Fachausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Lehrgang des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen

---

Betreuungs- und Pflegeschaden

von

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

Rechtsanwalt und Notar

Lehrbeauftragter an der Universitäten St. Gallen und Zürich

mail@hardy-landolt.ch

http://www.hardy-landolt.ch

I. Theorie

(siehe Power-Point-Folien im Anhang)

II. Literatur und Urteile

A. Literatur

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

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

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

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

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

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

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

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

HUBER CHRISTIAN, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, in: DAR 2010, S. 677 ff.

KAUFMANN Daniel N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff.

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

LANDOLT HARDY, Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002

LANDOLT HARDY, Der Fall Kramis - Pflegeschaden quo vadis? Anmerkungen zum Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12.6.2001(E01/0/HG950440) (publiziert in: plädoyer 6/2001, 66 ff., plädoyer 1/2002, 67 ff., und ZR 2002 Nr. 94) sowie zum in gleicher Sache ergangenen Urteil des Bundesgerichts vom 26.3.2002 (4C.276/2001/rnd) (publiziert und teilweise besprochen in: plädoyer 5/2002, 57 ff., HAVE 4/2002, 276 ff., und Pra 2002 Nr. 212, 1127 ff.), gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs vom 13.2.2002 (358/II2001) (publiziert in: ZBJV 12/2002, 831 ff.), in: ZBJV 2003, S. 394 ff.

LANDOLT HARDY, Der Pflegeschaden, Bern 2002

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

LANDOLT HARDY, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011/2, S. 115 ff.

LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N 139 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR und N 241 ff. zu Art. 46 OR, Zürich 2007

LANDOLT HARDY, Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002

LANDOLT HARDY, Präsenzzeitaufwandschaden. Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) in: HAVE 2007, S. 35 ff.

LANDOLT HARDY, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige. Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) = VersR 2005/33, S. 1593 ff., in: HAVE 2006, S. 238 ff.

LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit älterer Geschädigten und ihrer Angehörigen, in: Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich, S. 13 ff.

LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, in: AJP 2009/10, S. 1233 ff.

LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, S. 59 ff.

LANDOLT HARDY/RUGGLI SANDRO, Der Bereitschafts-(Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, S. 99 ff.

LATZEL GÜNTHER/ANDERMATT CHRISTOPH/WALTHER RUDOLF, Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit, Bern 1997

MÖSLE HANSUELI, Etablissements médico-sociaux et divisions des soins, in: Système de santé suisse 2001/2002 , Solothurn 2001, S. 90 ff.

PFIFFNER RAUBER BRIGITTE, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege. Zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Zürich 2003

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

SCHAETZLE MARC, Betreuungsschaden. Marktgerechte Entlöhnung und nominallohnindexierte, lebenslängliche Rente. Urteil des BGE vom 26.3.2002, in: HAVE 2002, S. 276 ff.

SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005, S. 274 ff.

B. Betreuungs- und Pflegeschadenurteile

1. BGE 21, 1042
2. BGE 28 II 200
3. BGE 33 II 594
4. BGE 35 II 216
5. BGE 35 II 405
6. BGE 40 II 68
7. BGE 57 II 94
8. BGE 69 II 324
9. BGE 97 II 259
10. KGer VS vom 06.09.1979 = SG 1979 Nr. 1
11. BGE 108 II 422
12. ZivGer BS vom 15.06.1987
13. BezGer Affoltern vom 23.11.1994
14. ZivGer NE vom 06.11.1995
15. BezGer March vom 21.08.1997
16. BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I 489

17. HGer ZH vom 12.06.2001 (E01/O/HG950440) = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394
18. Appellationshof BE vom 13.02.2002
19. BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394
20. OGer LU vom 13.10.2004
21. AmtsGer Sursee vom 02.11.2004
22. KassGer SG vom 20.12.2005 = SG Nr. 1604
23. BGer vom 18.01.2006 (4C.283/2005) = HAVE 2011, S. 3
24. OGer AR vom 25.04.2006 = ARGVP 2006 S. 108
25. OGer LU vom 27.09.2006 (11 04 163) = SG Nr. 1612 = HAVE 2007, S. 35
26. BezGer Zürich vom 23.10.2006
27. BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) = HAVE 2011, S. 3
28. BGer vom 10.05.2007 (K 141/06 und K 145/06)
29. KGer SG vom 11.06.2007 = SG Nr. 1613
30. AmtsGer Luzern-Stadt vom 17.06.2008
31. HGer ZH vom 23.06.2008 (HG030230/U/ei) = SG Nr. 1634
32. OGer LU vom 27.08.2009 (11 08 127) = LGVE 2010 I Nrn. 12 und 20
33. BGer vom 15.09.2009 (4A_47/2009)
34. KGerGR vom 23.11.2009 (ZK2 09 49)
35. BGer vom 25.05.2010 (4A_500/2009) = HAVE 2011, S. 3
36. BGer vom 09.07.2010 (4A_48/2010)
37. BGer vom 25.08.2010 (4A_296/2010)
38. SozVersGer ZH vom 25.08.2010 (OH.2009.00003)
39. BGer vom 21.12.2010 (9C_702/2010)
40. OGer LU vom 14.02.2011 (11 10 177)
41. BGer vom 15.07.2011 (4A_225/2011)

III. Materialien

Zur Vorbereitung wird die Lektüre von folgenden Materialien empfohlen:

1. KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2003, S. 123 ff.;

2. LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N 139 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR und N 241 ff. zu Art. 46 OR, Zürich 2007

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

IV. Der Fall

Daniel M., geb. 23.06.1971, hat am 19.09.2007 einen Gleitschirmunfall und infolgedessen eine Tetraplegie (C 2) erlitten. Daniel M. wurde unmittelbar nach dem Unfall ins Paraplegiker-Zentrum Nottwil überführt, wo er bis zum 05.09.2008 behandelt und rehabilitiert wurde. Daniel M. lebt mit seiner Konkubinatspartnerin Natascha P. in deren umgebautem Einfamilienhaus und wird von ihr und Angehörigen sowie von der örtlichen Spitex betreut und gepflegt. Die Grundpflege- und Behandlungspflege am Morgen und meistens auch am Abend wird von der örtlichen Spitex übernommen. Im Zeitpunkt des Unfalls war die Konkubinatspartnerin Natascha P. zu 80 % als Physiotherapeutin erwerbstätig und verdiente rund CHF 68 800.–. Natascha P. ist seit Juli 2009 nicht mehr erwerbstätig und kümmert sich seither um die Betreuung und Pflege von Daniel M. Leistungspflichtig für den Unfall sind die Ersatzkasse UVG (Unfallversicherer) und die Schweizerische Ärzte-Krankenkasse (EGK) (Krankenversicherer). Der Unfallversicherer richtet Daniel M. voraussichtlich eine Hilflosenentschädigung basierend auf einer schweren Hilflosigkeit von monatlich CHF 2 076.– aus. Unklar ist die Leistungspflicht des Unfall- bzw. Krankenversicherers für die Betreu-

ungs- und Pflegeleistungen. Der Unfallversicherer geht davon aus, dass bei Daniel M. täglich 77 Minuten an medizinischer Pflege anfallen, und war anfänglich bereit, eine monatliche Pflegeentschädigung von CHF 4 000.– auszurichten, erhöhte dieses Angebot aber auf CHF 5 500.–. Daniel M. möchte wissen, wie viel Unfall- bzw. Krankenversicherer für die Betreuungs- und Pflegeleistungen zu bezahlen haben.

Betreuungs- und Pflegeschaden

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

Inhaltsübersicht

- Grundlagen
- Betreuungs- und Pflegeleistungen
- Betreuungs- und Pflegeschaden
- Koordination mit anderen Schadensposten
- Sozialversicherungsregress

Grundlagen

- Rechtsprechungsüberblick
  - Anfänge
    - BGE 21, 1042
    - BGE 28 II 200
  - Miteinbezug Angehöriger (BGE 97 II 259)
  - Anerkennung des normativen Schadens (BGer 4C. 276/2001)

Grundlagen

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

Grundlagen

- Anspruchsvoraussetzungen
  - Verletzungsbedingte Hilflosigkeit
    - Unterscheidung zwischen der haftpflicht- und der sozialversicherungsrechtlichen Hilflosigkeit
  - Dritthilfebedarf
    - Mehraufwand
    - Ohnehinaufwand
      - Ohnehinaufwand bei Kindern (SAKE 2004 und Anhang III KSIH)
      - Ohnehinaufwand bei Erwachsenen
        - » Bedeutung der Beistandspflicht

Grundlagen

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

Grundlagen

- Anspruchsvoraussetzungen
  - Angemessenheit
    - analoge Problematik im Bereich der KV
    - Sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeit der Spitexkosten
    - keine absolute Prozentgrenze (EVG K 161/00 E. 4c)
    - BGE 126 V 334 E. 3b (350 % – der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet)

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- Betreuung
  - Interne Betreuung
    - OLG Bamberg vom 28.06.2005 (U 23/05) (Hilfe in schulischen Belangen)
  - Externe Betreuung
    - Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) (Begleitung eines Kindes)
    - BGE 35 II 405 (Begleitung eines blinden Erwachsenen)

Betreuungs- und Pflegeleistungen

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

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- Überwachung/Präsenz
  - HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis
  - OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163)
  - Ersatzfähigkeit der Hälfte der Präsenzzeit!?
- hauswirtschaftlicher Mehraufwand
  - Haushaltschaden: Hausarbeitsunfähigkeit im Validenhaushalt
  - Betreuungsschaden: Mehraufwand im Invalidenhaushalt
  - unklar: HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis

Betreuungs- und Pflegeleistungen

- Bedarfsfeststellung
  - Sozialversicherungsrechtliche Bedarfsfeststellung
    - ärztliche Anordnung
    - Zeitbedarfsfeststellung durch dipl. Pflegefachpersonen
    - Resultat unterschiedlich je nach Leistungspflicht der UV, KV und IV
  - Haftpflichtrechtliche Bedarfsfeststellung
    - sozialversicherungsrechtliche Bedarfsfeststellung
    - ergänzende Abklärungen unumgänglich
    - Fachstelle (www.kopr.ch); Instruktion

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Spitalpflegeschaden
- Heimpflegeschaden
- Spitexpflegeschaden
- Angehörigenpflegeschaden
- Selbstpflegeschaden

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

Betreuungsschaden i.w.S.	
Pflegeschaden (Grund- und Behandlungspflegemassnahmen)	*Betreuungsschaden i.e.S.* (übriger Versorgungsmehraufwand)
Hauspflegeschaden – Spitexpflegeschaden – Angehörigenpflegeschaden	interner Betreuungsschaden (Dritthilfe beim Geschädigten Zuhause) – Hilfe bei der Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen – hauswirtschaftliche Verrichtungen (erhöhter Koch-, Reinigungs- und Wäschebedarf) – Präsenz und Überwachung
Selbstpflegeschaden	Selbstversorgungsschaden
Spitalpflegeschaden	externer Betreuungsschaden (externe Dritthilfe) – Begleitung ausser Haus – Besuchsschaden (Spital- und Heimbesuchsschaden)
Heimpflegeschaden	

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

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

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Heimpflegeschaden
  - Mutmasslicher Heimübertritt
    - Alter 30 des Verletzten (BGer 4C.412/1998)
    - Alter 70 des Angehörigen (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
  - Mehrkosten bei Heimaufenthalt
    - Pensionstaxe minus Ohnehinkosten
    - Pflegetaxe (Franchise sowie allgemeiner Selbstbehalt)
      - HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis
      - seit 01.01.2011 neu besonderer Selbstbehalt: CHF 7 884.– (Heimpflege) bzw. CHF 5 825.– (Spitexpflege)

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Heimpflegeschaden
  - Zukünftige Heimkosten
    - Unklarheiten
      - der sozialversicherungsrechtlichen Leistungspflicht
      - der staatlichen Subventionierung (NFA: Kantonalisierung)
    - Teuerungsproblematik
      - Teuerungsrate (Sozialversicherer)
      - Teuerungsrate (Verletzter)
      - Widersprüchlich: HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Heimpflegeschaden
  - Zukünftige Heimkosten

Index	Stand 1960	Stand 2010	Jährliche Veränderung (in %)
LIKP	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 %

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Heimpflegeschaden
  - Mehrkosten der Angehörigen
    - BGer 4A_500/2009:
      - nur Besuchsschaden und komplementärer, nicht aber der substituierende Betreuungsschaden im Heim
      - zusätzlich Angehörigenpflegeschaden bei Wochenend- und Ferienaufenthalten

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Spitexpflegeschaden
  - Mehrkosten der Spitexpflege
    - Franchise
    - Selbstbehalt
  - Kosten von Nichtpflichtleistungen
    - Präsenz-/Überwachungskosten
    - Mehrkosten für hauswirtschaftliche Leistungen
    - Pflegehilfsmittel etc.
  - Angehörige als Spitexangestellte
    - BGer 9C_597/2007 und EVG K 156/04: nur Grundpflege

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Angehörigenpflegeschaden
  - BGer 4C.276/2001: konkreter Erwerbsausfall oder normative Lohnkosten einer Ersatzkraft
  - konkreter Erwerbsausfall nur, sofern kein grobes Missverhältnis (OLG Bamberg U 23/05)
  - Stundenansatz
    - Generalisten- versus Spezialistenansatz
    - Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
    - Haushaltschadenansatz (OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163])

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

- Angehörigenpflegeschaden
  - Vollkostenersatz („Brutto-Brutto“)
    - Nettolohn (inklusive 13. Monatslohn)
    - Sozialversicherungsbeiträge (inklusive BVG)
      - BGer 4A_500/2009
  - Stellvertretungskosten
    - effektive Stellvertretungskosten (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
    - mutmassliche bzw. normative Stellvertretungskosten
      - freie Tage/Ferien (HGer Zürich vom 12.06.2001 i.S. Kramis)
      - Absenzen (3,8 %; siehe Arbeitsvolumenstatistik)
      - pro vollbeschäftigte Ersatzkraft fallen jährlich rund 111 Stellvertretungsstunden an bzw. gemäss SAKE 2004: 14%

Arten des Betreuungs- und Pflegeschadens

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

Berechnung und Bemessung

- Berechnung (OR 42)
  - Aufgelaufener Betreuungs- und Pflegeschaden
    - konkret
    - Bedeutuung von Substantiierungs- und Beweis-obliegenheit
      - BezGer ZH vom 23.10.2006 (CG010056/U)
  - Zukünftiger Betreuungs- und Pflegeschaden
    - unbefristet/befristet
    - Mortalität
- Bemessung (OR 43 f.)

Abgeltung

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

Koordination

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

Koordination

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

Koordination

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

Koordination

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

Koordination

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

Sozialversicherungsregress

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

Sozialversicherungsregress

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

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Folien verfügbar unter
www.hardy-landolt.ch

Pflegeversicherungsleistungen

Fachausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Lehrgang der Universität St. Gallen

PD Dr. iur. Hardy Landolt

Inhaltsübersicht

- Begriffe
- Pflegeversicherungsleistungen in der KV
- Pflegeversicherungsleistungen in der IV
- Pflegeversicherungsleistungen in der UV
- Pflegeversicherungsleistungen in der AHV
- Pflegeversicherungsleistungen in der EL
- Leistungskoordination

Begriffe

- Pflegebedürftigkeit (Art. 7 KLV und Art. 39 Abs. 2 IVV)
  - Behandlungspflegebedürftigkeit
  - Grundpflegebedürftigkeit
- Hilflosigkeit
  - Hilfe bei der *Verrichtung alltäglicher Lebensverrichtungen* (Art. 37 IVV und Art. 38 UVV)
    - An- und Auskleiden
    - Köperpflege
    - Fortbewegen
    - Essen
    - Verrichten der Notdurft
    - Aufstehen, Absitzen und Abliegen)

Begriffe

- Hilflosigkeit
  - dauernder *Pflegebedarf* (Art. 37 IVV und Art. 38 UVV)
  - Notwendigkeit *persönlicher Überwachung* (Art. 37 IVV und Art. 38 UVV sowie Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 14 und lit. c Ziff. 2 KLV)
  - Bedarf an *lebenspraktischer Begleitung*: Begleitung (Wohnen, ausserhäusliche Kontakte) und Schutz vor Isolation (Art. 42 Abs. 3 IVG und Art. 38 IVV)
  - Intensivpflege; *Betreuung* von mindestens vier Stunden pro Tag (Art. 39 IVV)

Pflegeversicherungsleistungen der KV

- Versicherte Pflegeformen
  - Spitalpflege (Art. 24 Abs. 2 lit. a und e KVG)
  - Heimpflege (Art. 24 Abs. 2 lit. a KVG, Art. 7 ff. KLV)
  - Spitexpflege (Art. 24 Abs. 2 lit. a KVG, Art. 7 ff. KLV)
  - *nicht* Angehörigenpflege (BGE 126 V 330 und 111 V 324), jedoch Anstellung von Angehörigen durch Spitexorganisation (BGer 9C_597/2007)

Pflegeversicherungsleistungen der KV

- Versicherte Leistungen
  - Verpflegung und Unterkunft (nur Spitalpflege)
  - Behandlungspflege (Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV)
  - Grundpflege (Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV) und neu sozialpsychiatrische Leistungen und Überwachung (Art. 7 Abs.2 lit. b Ziff. 13 und 14)
  - Pflegehilfsmittel (MiGel)

Pflegeversicherungsleistungen der IV

- Versicherte Pflegeformen
  - Anstaltspflege (Art. 2 ff. IVV)
  - Hauspflege (Art. 14 Abs. 3 IVG), auch Angehörigenpflege (BGE 120 V 280 [Austauschbefugnis])

Pflegeversicherungsleistungen der IV

- Versicherte Leistungen
  - eingliederungswirksame Heilbehandlung bis Alter 20 (Art. 12 IVG), einschliesslich Behandlungspflege und akzessorische Grundpflege (EVG I 643/00)
  - Heilbehandlung von Geburtsgebrechen (Art. 13 IVG)
    - restriktiv BGE 136 V 209
  - Hilfe bei Hilflosigkeit (Art. 42 f. IVG)
  - Dienstleistungen Dritter (an Stelle eines Hilfsmittels)
    - Vorlesen berufsnotwendiger Texte (EVG vom 30.1.1991 i.S. X E. 2b und 3a)
    - Kosten eines Fahrers (ZAK 1986, 633)
  - Pflegehilfsmittel (Art. 21 f. IVG, Ziff. 14 HVI: Pflegebett, Rollstuhl, bauliche Massnahmen)

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Versicherte Pflegeformen
  - Spitalpflege (Art. 10 UVG)
  - Heimpflege (Art. 10 und 21 UVG)
  - Spitexpflege (Art. 10 und 21 UVG, Art. 18 Abs. 1 UVV [Pflichtleistung])
  - Angehörigenpflege (Art. 10 und 21 UVG, Art. 18 Abs. 2 UVV [Ermessensleistung])

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Versicherte Leistungen
  - Verpflegung und Unterkunft (Art. 10 Abs. 1 lit. c UVG)
  - Medizinische Pflege (BGE 116 V 41 E. 4 und 5: Katheterisieren, Anlegen eines Kondoms mit Urinal, Klopfen/Pressen der Blase und digitale Stuhlausräumung)
  - Hilfe bei Hilflosigkeit (Art. 37 f. UVG, Art. 37 f. UVV)
  - Pflegehilfsmittel (HVUV: Prothesen und Rollstühle)

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Unterscheidung vor und nach Rentenfestsetzung (Art. 21 UVG)
- Leistungspflicht nach Art. 21 UVG setzt voraus:
  - Berufskrankheit
  - Rückfall/Spätfolgen und wesentliche Verbesserung/ Erhaltung der Erwerbsfähigkeit
  - Erhaltung der verbleibenden Erwerbsfähigkeit
  - wesentliche Verbesserung/Erhaltung des Gesundheitszustandes

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Weitgehender Ausschluss von Pflegeversicherungsleistungen nach Rentenfestsetzung:
  - Spitalpflege (BGE 124 V 52, Grundsatz von Treu und Glauben)
  - Heimpflege (nur Pflegetaxe, regelmässig Ablehnung: EVG U 233/98 E. 2 [schwere inkomplette spastische Tetraplegie nach schwerem Schädelhirntrauma mit u.a. Stuhl- und Urininkontinenz])
  - Hauspflege (BGE 116 V 41 E. 6 [Behandlungspflege])
    - Problem: akzessorische Grundpflege
    - Ad-hoc-Empfehlung 7/90: Hauspflege vom 27.11.990 (mit Änderungen vom 29.03. und 27.08.2005)

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Kasuistik
  - EVG vom 10.02.1998 i.S. R. (Tetraplegiker)
    - Die SUVA übernimmt gemäss Art. 21 Abs. 1 UVG nur die Kosten für die medizinische Pflege in der Höhe von Fr. 2600.– monatlich bzw. Fr. 87.– pro Tag; der Versicherte hat die restliche Tagestaxe (Fr. 248.–) selbst zu bezahlen.
  - EVG vom 08.06.1998 i.S. X. (halbseitig gelähmter Versicherter mit Schädelhirntrauma)
    - Die SUVA übernimmt die Kosten für die Ergotherapie in der Höhe von Fr. 744.– monatlich. Das EVG heisst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gut. Der Versicherte hat gestützt auf Art. 21 Abs. 1 UVG Anspruch auf Übernahme der medizinischen Behandlungskosten, nicht aber der gesamten Hospitalisationskosten.

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Kasuistik
  - OGer UR vom 17.09.1998 i.S. M. B. (OG V 97 40) (halbseitig gelähmte Versicherter mit Schädelhirntrauma)
    - Die SUVA übernimmt Fr. 882.– monatlich für Physiotherapiekosten, keine Leistungspflicht für die Wohnheimkosten der Eingliederungs- und Arbeitswerkstätte Schattdorf und keine Leistungspflicht für Wochenendbesuchskosten.
  - SozVersGer ZH vom 19.11.1998 i.S. H.M. (UV.96.00062) (Schädelhirntrauma)
    - keine Leistungspflicht für Unterkunft, Verpflegung und nichtmedizinische Pflege und Betreuung beim Aufenthalt in der Schweizerischen Epilepsie-Klinik

Pflegeversicherungsleistungen der UV

- Kasuistik
  - VersGer AG vom 10.08.1999 i.S. V.Z. (BE.97.01193) (Schädelhirntrauma)
    - Verrichtungen des Pflegepersonals im Zusammenhang mit Ankleiden und Auskleiden, Körperpflege (Intimwäsche, Baden, Duschen, Haar- und Nagelpflege), Essen, Verrichten der Notdurft, Bettwäsche wechseln und Überwachung der Medikamenten-einnahme fallen nicht unter Art. 21 Abs. 1 lit. d UVG.
  - Einsprache-Entscheid SUVA vom 24.06.1999 i.S. S.P. (tetraplegisch gelähmter Versicherter mit Schädelhirntrauma)
    - Fr. 9035.– monatlich für 200 Pflege- und Betreuungsstunden

Pflegeversicherungsleistungen der AHV

- Hilflosenentschädigung, auch bei leichter Hilflosigkeit, nicht aber bei Heimaufenthalt (Art. 43bis Abs. 1bis AHVG)
- Betreuungsgutschrift für Pflege und Betreuung von Personen, die Anspruch auf eine mittlere HE haben (Art. 29septies AHVG).
- Hilfsmittel, insbesondere Rollstuhl (Ziff. 9.51 HVA)

Pflegeversicherungsleistungen EL

- Ergänzungsleistung (Art. 9 ff. ELG)
  - Aufenthalt zu Hause
  - Heimaufenthalt
    - getrennte Berechnung je Ehegatte
    - Vermögensfreigrenze: Fr. 300 000.– (Art. 11 Abs. 1bis ELG)
- Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten (Art. 14 ELG und Art. 19b ELV)
  - Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause (max. Fr. 90 000.– bzw. Fr. 180 000.– wenn beide Ehegatten schwer hilflos sind)
- kein Regress (Art. 30 ELG)

Leistungskoordination

- Innersystemische Koordination (eine Sozialversicherung)
  - Formelle Koordination
    - Spital- und Heimpflege (BGE 124 V 362 und 115 V 53 [einmonatige Umplatzierungsfrist], neu Art. 25a Abs. 2 KVG nur noch zwei Wochen Übergangspflege)
    - Heim- und Spitexpflege (BGE 126 V 334 [Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit])
  - Grundsatz der Kumulation

Leistungskoordination

- Intrasystemische Koordination (innerhalb der Sozialversicherungen)
  - Hilflosenentschädigung und
    - Hauspflegeleistungen (BGE 116 V 48 E. 6)
    - Spitex- bzw. Heimpflege, jedoch Kürzungsrecht (BGE 127 V 94 E. 4 und 125 V 297 E. 5) bzw. nur Hälfte (Art. 43ter Abs. 2 IVG)
    - *nicht* Spitalpflege (Art. 67 Abs. 2 ATSG und Art. 42 Abs. 5 IVG und Art. 35bis IVV)
  - Pflegeleistungen gemäss Art. 21 Abs. 1 UVG und Art. 7 KLV (VersGer AG vom 10.08.1999 [BE. 97.01193])

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Folien verfügbar unter www.hardy-landolt.ch

Schulthess §

HAVE 2003 S. 123-130

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

In einem Entscheid vom 26. März 2002 äusserte sich das Bundesgericht eingehend zu einer Problematik, die erst vor relativ kurzer Zeit neu entdeckt (oder wiederentdeckt) worden ist, nämlich über die Pflege- und Betreuungskosten im Haftpflichtrecht. Dieser Aufsatz versucht einerseits, den Begriff der Pflege- und Betreuungskosten - hier Hilfeleistungskosten genannt - zu definieren und zu konkretisieren. Andererseits werden darin auch deren Ersatzfähigkeit und Abgeltung entsprechend behandelt. Anhand von einzelnen Thesen sollen die entsprechenden Aussagen auf den Punkt gebracht werden.

Dans un arrêt du 26ème mars 2002, le Tribunal fédéral s'exprime de manière détaillée au sujet d'une question apparue (ou réapparue) récemment, celle des frais d'assistance en responabilité civile. Cette contribution fait le point de la situation en la matière sous la forme de quelques thèses. D'une part, elle tente de définir et de concrétiser la notion des frais d'assistance. D'autre part, elle traite du caractère indemnisable de tels frais et de leur indemnisation concrète.

Daniel N. Kaufmann *

**** HAVE 2003 Seite 123 ****

Einleitung

Dem Bundesgerichtsentscheid vom 26. März 2002 [1] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 3. Juni 1990 ereignete sich in Zug eine heftige Kollision zwischen dem Motorrad von Frau X, geboren am 24. Januar 1971, und dem Personenwagen von Herrn Y, weil Letzterer das Vortrittsrecht von Frau X missachtet hatte. Frau X erlitt sehr schwere Verletzungen - unter anderem ein Schädel-Hirn-Trauma. Nach langem Spital- und Rehabilitationsaufenthalt wurde sie im April 1992 nach Hause entlassen. Seit jenem Zeitpunkt wohnt sie bei ihrer Mutter, welche sie pflegt und betreut.

Im Jahre 1995 reichte Frau X beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen den Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer von Herrn Y ein.

Das Handelsgericht verpflichtete in der Folge den Haftpflichtversicherer zur Abgeltung des erlittenen Pflege- und Betreuungsschadens sowie des Haushaltschadens zugunsten der Geschädigten. [2] Das Bundesgericht bestätigte das Urteil des Handelsgerichts in sämtlichen mit Berufung angefochtenen Punkten.

Mit Hilfe des Handelsgerichts- und des Bundesgerichtsentscheids wird die Frage der Abgeltung der Pflege- und Betreuungskosten in verschiedene Thesen gefasst.

Begriffsbestimmungen

Rechtsprechung und Lehre verwenden für die Umschreibung des Schadens, welcher unter anderem Leistungen von Angehörigen zugunsten des Geschädigten umfasst, entweder den Begriff Pflegeschaden, [3] Betreuungsschaden [4] oder Pflege- und Betreuungsschaden. [5] Rechtsprechung und Lehre sind sich aber nicht nur über die Wahl des "richtigen" Begriffs uneinig, sondern auch über die Definitionen der einzelnen Begriffe. So ist bis zum heutigen Zeitpunkt nicht geklärt, was unter Pflege- und/oder Betreuungskosten konkret zu verstehen ist. Auch das Handelsgericht Zürich hat in

**** HAVE 2003 Seite 124 ****

seinem Urteil vom 12. Juni 2001 diese Unsicherheit nicht geklärt.

Aus diesem Grund wird zugunsten einer verbesserten Übersichtlichkeit und Verständlichkeit im Folgenden der Oberbegriff Hilfeleistungsschaden (bzw. Hilfeleistung oder Hilfeleistungskosten) anstelle des sonst üblichen Pflege- und/oder Betreuungsschadens verwendet. Weiter unten wird der Begriff Hilfeleistungsschaden zudem in verschiedene Unterkategorien aufgeteilt und damit auch entsprechend definiert. [6]

These 1: Grundsätzlich entscheidet der Geschädigte über seinen Aufenthalt zu Hause oder in einem Heim - Ausnahme: Die vom Geschädigten gewählte Form der Lebensgestaltung ist den Umständen des Falles nicht angemessen.

Das Handelsgericht Zürich entschied, dass der Schädiger in der Regel den Pflege- und Betreuungsbedarf in der vom Geschädigten gewählten Lebensgestaltung zu decken hat, und zwar immer dann, "wenn die gewählte Pflegeform den konkreten Umständen des Falles angemessen erscheint und im Einklang mit der objektiven Pflegebedürftigkeit steht". [7] Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass von diesem Grundsatz dann abzuweichen ist, wenn die vom Geschädigten bzw. von seinem Vertreter gewählte Form der Lebensgestaltung den Umständen des Falles nicht entspricht und/oder nicht in einem ausgewogenen Verhältnis zur objektiven Pflegebedürftigkeit des Geschädigten steht. [8]

In diesem Fall kann der Geschädigte nicht Kostenersatz für eine im Verhältnis zur Heimunterbringung in der Regel viel teurere Rundum-Pflege [9] zu Hause verlangen. Eine solche gewählte Pflegeform dürfte in den meisten Fällen infolge fehlender Verhältnismässigkeit von vornherein nicht im Einklang mit der objektiven Pflegebedürftigkeit stehen. [10]

Eine andere Beurteilung würde höchstens derjenige Fall erfordern, in welchem die Kosten einer Rundum-Pflege nur unwesentlich höher sind als diejenigen einer Heimunterbringung. In einer solchen Situation muss der Geschädigte weiterhin die Wahl haben, ob er zu Hause oder in einem Heim gepflegt und betreut werden möchte.

Zu entscheiden ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung insbesondere der folgenden Faktoren:

-- Bedürfnis des Geschädigten nach entsprechenden Hilfeleistungen (zeitlicher Umfang, Art, Ort, technische und medizinische Mittel etc.);

-- Alter des Geschädigten - einem Kind ist eine Heimunterbringung wohl weniger zuzumuten als einer erwachsenen Person;

-- finanzielle Aspekte (Kosten der Heimunterbringung etc.);

-- Möglichkeit einer Heimunterbringung (Angebot, Standort des Heims etc.);

-- familiäre Situation des Geschädigten (Es muss nicht zwingend ein naher Verwandter für den Geschädigten sorgen. Betreuung durch einen guten Bekannten oder Nachbarn ist ebenfalls möglich. Von Bedeutung ist ausschliesslich, dass die Betreuung zu Hause tatsächlich gewährleistet ist.).

These 2: Unentgeltliche Hilfeleistungen zugunsten des Geschädigten durch nahe stehende Personen sind vom Haftpflichtigen zu entschädigen. - Die Schadensberechnung hat in der Regel nach normativen Kriterien zu erfolgen.

Rechtsprechung und Lehre gehen übereinstimmend davon aus, dass unentgeltlich besorgte Hilfeleistungen von nahen Angehörigen des Geschädigten vom Haftpflichtigen entschädigt werden müssen. [11]

**** HAVE 2003 Seite 125 ****

Was unentgeltliche Hilfeleistung zugunsten des Geschädigten betrifft, ist in einem relativ engen Rahmen die eheliche Beistandspflicht heranzuziehen. [12] Diese umfasst sowohl materielle als auch immaterielle Leistungen. Zu den immateriellen Leistungen ist unter anderem auch die Unterstützung des anderen Ehegatten in gesundheitlichen und anderen Krisen zu verstehen. [13]

Die Grenze der ehelichen Beistandspflicht ist jedoch dann erreicht, wenn das Persönlichkeitsrecht des unterstützenden Ehegatten betroffen ist. So darf die eheliche Beistandspflicht die Ehegatten nicht zur Selbstaufopferung zwingen. [14] Dies wäre sicher dann der Fall, wenn ein Ehegatte gezwungen würde, seine Erwerbstätigkeit aufzugeben, um seinen schwerstgeschädigten Ehepartner zu pflegen. Immerhin dürfte die eheliche Beistandspflicht aber zumindest bei einem untergeordneten und zeitlich beschränkten Hilfeleistungsbedarf des Ehegatten anwendbar sein, zum Beispiel bei Verstauchungen, einfachen Knochenbrüchen etc. [15]

Auch der Verwandtenunterstützungspflicht [16] kommt in bezug auf Hilfeleistungen des Geschädigten nur sehr geringe Bedeutung zu, geht diese doch noch viel weniger weit als die eheliche Beistandspflicht.

Im Fall von unentgeltlich besorgten Hilfeleistungen ist die Schadensberechnung nach normativen Gesichtspunkten - analog dem Haushaltschaden - vorzunehmen. [17]

Zur Berechnung des Hilfeleistungsschadens ist einerseits der erforderliche Mehraufwand für den Geschädigten in pflegerischer und betreuerischer Hinsicht zu ermitteln. Auszugehen ist vom konkreten gegenwärtigen und zukünftigen Hilfeleistungsbedarf des Geschädigten. [18] Selbstverständlich müssen bei der Schätzung des zukünftigen Hilfeleistungsaufwands mutmassliche Änderungen im Pflege- und Betreuungsbedarf des Geschädigten berücksichtigt werden.

Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach dem Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen. [19]

These 3: Die Hilfeleistungskosten umfassen vier Arten der Pflege und Unterstützung des Geschädigten: Pflegekosten, Betreuungskosten, Präsenzkosten und Haushaltschaden.

Das Handelsgericht nahm in seinem Urteil eine Unterscheidung in Pflege- und Betreuungskosten sowie in allgemeine Präsenz- und Betreuungskosten vor, ohne jedoch die einzelnen Begriffe zu definieren bzw. eine Definition heranzuziehen. [20]

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

Pflegekosten

Die Pflegekosten umfassen diejenigen Leistungen, welche nur von entsprechend ausgebildetem medizinischem Personal - insbesondere von Ärzten und von Krankenpflegern - erbracht werden können. Es handelt sich dabei ausschliesslich um anspruchsvolle Behandlungspflege.

Es ist im Regelfall ausgeschlossen, dass Familienangehörige Tätigkeiten, welche unter den Begriff Pflegekosten fallen, vornehmen. Ausnahmen sind unter anderem die beiden folgenden Fälle:

-- Der hilfeleistende Familienangehörige hat selbst eine Ausbildung als Arzt, Krankenpfleger etc. absolviert, und die Erbringung von Pflegeleistungen im Sinne dieses Absatzes gegenüber dem Geschädigten ist tatsächlich erforderlich.

-- Der hilfeleistende Familienangehörige ohne Ausbildung als Arzt, Krankenpfleger etc. hat sich im Hinblick auf die Pflege des Geschädigten entsprechend weitergebildet bzw. ist von den zuständigen Stellen entsprechend instruiert worden und führt somit anspruchsvolle Behandlungspflege selbst durch.

**** HAVE 2003 Seite 126 ****

Unter den Begriff Pflegekosten fallen insbesondere:

-- Physiotherapie

-- nicht routinemässiges Verabreichen von Spritzen

-- Infusionstherapie

-- komplizierte Wundversorgung

-- Tracheostomiepflege inkl. Absaugen

-- etc.

Betreuungskosten

Die Betreuungskosten umfassen insbesondere die folgenden Tätigkeiten zugunsten des Geschädigten:

-- An- und Auskleiden

-- Anziehen und Ablegen von Prothesen

-- Essen (Nahrung zerkleinern, zum Mund führen etc.)

-- Waschen, Kämmen etc.

-- auf die Toilette bringen

-- Hilfstätigkeiten, welche keine besondere Ausbildung erfordern, wie Verabreichung von Tabletten, Wechsel von Bandagen etc.

-- Unterstützung in der Fortbewegung

-- etc.

Präsenzkosten

Bei schwer behinderten Menschen ist es je nach Zustand des Geschädigten aus medizinischen Gründen erforderlich, dass eine Person während einer bestimmten Zeit des Tages anwesend ist, ohne jedoch in der Regel konkrete Betreuungsleistungen für den Behinderten erbringen zu müssen. Diese Zeit ist im Sinne eines Pikettdienstes zu verstehen. Bei allfälligen auftretenden Problemen oder Beschwerden des Geschädigten hat ihm die anwesende Person entsprechend zu helfen bzw. die zuständige Stelle zu alarmieren.

Haushaltschaden

Beim Haushaltschaden handelt es sich um den wirtschaftlichen Wertverlust, welcher durch die Beeinträchtigung oder den Verlust der Arbeitsfähigkeit des Geschädigten im Haushalt entsteht. Für die Beurteilung der Ersatzpflicht ist unerheblich, ob eine Ersatzkraft im Haushalt eingestellt wird, ob der Geschädigte einen vermehrten Aufwand betreiben muss, ob Familienangehörige Mehrarbeit leisten müssen oder ob Qualitätseinbussen im Haushalt resultieren. [21]

Der Haushaltschaden ist in vielen Fällen mit Hilfeleistungen seitens von Angehörigen des Geschädigten verbunden. Aus diesem Grund ist der Haushaltschaden ebenfalls unter den Oberbegriff Hilfeleistungsschaden zu subsumieren.

These 4: Mit Hilfe eines Gutachters ist die Ermittlung des täglichen Zeitbedarfs anhand der Unterkategorien Pflegekosten - Betreuungskosten - Präsenzkosten und allenfalls Haushaltschaden vorzunehmen.

Der Vorgehensweise des Handelsgerichts, wonach der Hilfeleistungsaufwand der Angehörigen des Geschädigten unter Hinweis auf Art. 46 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen zu schätzen ist, ist zuzustimmen. [22]

In den einzelnen Fällen kann es sich als notwendig erweisen, dass der tägliche erforderliche Zeitbedarf für die einzelnen Unterkategorien der Hilfeleistungskosten mit Hilfe eines Gutachters zu ermitteln ist. Was die Person des Gutachters betrifft, sollte es sich in der Regel nicht um einen Arzt, sondern um eine Person mit entsprechender Pflege- und Betreuungserfahrung handeln. [23]

These 5: Betreuungsleistungen werden gleich wie der Haushaltschaden berechnet; Präsenzleistungen werden zur Hälfte des Ansatzes für Betreuungsleistungen entschädigt.

Pflegeleistungen

Wie bereits oben ausgeführt, werden Pflegeleistungen in der Regel nicht von Familienangehörigen des Geschädigten, sondern von Dienstleistern (Ärzten, Physiotherapeuten etc.) erbracht. Deshalb ist bei dieser Kategorie von den effektiv in Rechnung gestellten Beträgen auszugehen.

Falls der pflegende Familienangehörige selbst Arzt, Krankenpfleger etc. ist und sich eine entsprechende Pflege des Geschädigten als notwendig erweist, sind die diesbezüglichen Lohnansätze für Ärzte, Krankenpfleger etc. zu verwenden.

Betreuungsleistungen

Was die Betreuungskosten betrifft, sind gemäss dem Bundesgericht die zum Haushaltschaden entwickelten

**** HAVE 2003 Seite 127 ****

Grundsätze analog heranzuziehen. Danach ist einerseits der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und andererseits der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln. [24] In diesem Sinne hatte das Handelsgericht festgestellt, dass die von der Mutter der Geschädigten erbrachte Pflege und Betreuung derjenigen einer Krankenpflegerin in einem Pflegeheim entspreche. [25] Für die Schadensberechnung übernahm das Handelsgericht in der Folge den Bruttolohn einer Krankenpflegerin [26] inkl. 13. Monatslohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen in der Höhe von 10% des Bruttolohns. [27]

Der Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Bestimmung der Betreuungskosten analog derjenigen des Haushaltschadens erfolgen soll, ist grundsätzlich zuzustimmen. Fraglich ist jedoch, ob der Schadensberechnung tatsächlich der Lohnansatz einer ausgebildeten Krankenpflegerin zugrunde zu legen ist.

Unbestritten ist, dass die Pflegequalität des Geschädigten zu Hause durch einen Angehörigen in der Regel mindestens derjenigen in einem Pflegeheim entspricht. So wird der Angehörige durch seine enge persönliche Beziehung zum Geschädigten wohl besonders auf diesen eingehen und die Betreuung entsprechend auf ihn abstimmen.

Was die Pflegequantität betrifft, ist der Angehörige des Geschädigten bei weitem nicht mit so hohen Anforderungen wie der Krankenpfleger in einem Pflegeheim konfrontiert. [28] Der Angehörige hat einen einzigen, der Krankenpfleger mehrere Patienten zu betreuen. [29] Dies erfordert natürlich, dass der Krankenpfleger jeden einzelnen Patienten sowie dessen Bedürfnisse kennen und bei Problemen entsprechend handeln muss. Ebenso gehört dazu, dass der Krankenpfleger - im Gegensatz zum Angehörigen - in der Regel mit einer Vielzahl von Medikamenten konfrontiert wird und deren Wirkungen sowie Nebenwirkungen selbstverständlich kennen muss. Infolge ihrer hohen Anforderungen ist die Tätigkeit des Krankenpflegers mit einer entsprechenden drei- bis vierjährigen Ausbildung verbunden, in welcher neben der manuellen Tätigkeit auch umfangreiches theoretisches Wissen vermittelt wird.

Der nicht entsprechend ausgebildete Angehörige wird in der Regel darin instruiert, wie er den Geschädigten manuell zu betreuen hat. Was das Fachwissen betrifft, wird ihm derjenige Stoff weitervermittelt, welcher für die sichere Betreuung [30] des Geschädigten unentbehrlich ist. Fachwissen, welches darüber hinausgeht, sowie die daraus entstehende Fähigkeit, Zusammenhänge zu erkennen, fehlen dem Angehörigen jedoch weitgehend.

Aus den genannten Gründen ist danach zu fragen, ob der Betreuungstätigkeit des Angehörigen tatsächlich der Lohnansatz eines Krankenpflegers zugrunde zu legen oder ob nicht vielmehr von einem etwas tieferen Lohn (z.B. von einer Pflegeassistenz) auszugehen ist. [31]

Bei der Berechnung des Betreuungsschadens ging das Handelsgericht von einem Bruttolohn einer Krankenpflegerin von CHF 4500.00 zuzüglich 13. Monatslohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge von 10% aus. [32] Wenn man eine Vollzeiterwerbstätigkeit zugrunde legt, ergibt dies den Betrag von CHF 5362.50 pro Monat. [33] Daraus resultiert ein Stundensatz von CHF 29.05. [34]

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

**** HAVE 2003 Seite 128 ****

Stundenansätze in der Grössenordnung von CHF 25.00 bis CHF 30.00 (in einem einzigen Fall CHF 22.00 [35)] als angemessen. [36] Der Stundensatz von CHF 29.05 eines Krankenpflegers entspricht somit demjenigen für den Ersatz des Haushaltschadens. Der Stundensatz für einen Pflegeassistenten wäre etwas tiefer anzusetzen. Auch dieser Ansatz wäre aber noch in der Bandbreite des Haushaltschadens enthalten.

Dies führt zur Schlussfolgerung, dass der Betreuungsschaden mit dem für den Ersatz des Haushaltschadens anwendbaren Stundensatz berechnet werden kann. Damit kann die Diskussion darüber, ob der Angehörige lohnmässig nun wie ein ausgebildeter Krankenpfleger oder wie ein Pflegeassistent zu qualifizieren ist, entfallen. Dies ist auch richtig so, handelt es sich beim Angehörigen, welcher einen einzigen Patienten betreut, doch um so etwas wie eine neue Berufsgruppe, welche nicht einfach in ein bestehendes Schema gezwängt werden kann. [37] Als nicht unerwünschter Nebeneffekt ist damit eine wesentliche Erleichterung der Fallabwicklung zwischen Geschädigtem und Haftpflichtigem verbunden.

Präsenzleistungen

Gemäss dem Handelsgericht kann die Geschädigte auch dann, wenn keine eigentlichen Pflege- oder Betreuungsleistungen zu erbringen sind, nicht sich selbst überlassen werden. Die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages ist somit erforderlich. [38]

Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich bei der Präsenzzeit um eine Art Pikettdienst. Der Angehörige muss einerseits somit in der Nähe des Geschädigten sein, um ihm bei Problemen helfen zu können. Andererseits kann er während dieser Zeit zum Beispiel den Haushalt besorgen oder sich seinem Hobby widmen. Aus diesem Grund scheint eine entsprechende Herabsetzung des Stundenansatzes für die Entschädigung des Präsenzschadens als gerechtfertigt. Wie hoch eine derartige Herabsetzung anzusetzen ist, ist Ermessensfrage. An dieser Stelle wird von einer 50%-igen Reduktion des Stundenansatzes für den Haushaltschaden bzw. für den Betreuungsschaden ausgegangen. Es wird deshalb vorgeschlagen, dass der

Stundenansatz für die Erstattung des Präsenzschadens zwischen CHF 12.50 und CHF 15.00 beträgt.

Was die Austauschbarkeit der Erbringung von Präsenzleistungen von Angehörigen im Vergleich zu derjenigen auf dem freien Markt betrifft, ist Folgendes zu erwähnen: Für die Leistung dieses Pikettdienstes für eine einzige Person wäre auf dem freien Markt wohl tatsächlich mehr als CHF 12.50 bis CHF 15.00 zu bezahlen. So hat die Betreuungsperson im fremden Haushalt kaum die Möglichkeit, ihrem Hobby nachzugehen etc. Infolge der hohen Kosten dürfte diese Art von Tätigkeit heute auf dem freien Markt aber nur in Sondersituationen nachgefragt werden. [39]

Die Situation würde sich jedoch anders präsentieren, wenn eine einzige Person entweder mit der Anwendung von technischen Hilfsmitteln oder mit der Anwesenheit von mehreren Betreuungsbedürftigen am selben Ort die so genannten Präsenzleistungen im Sinne eines Pikettdiensts erbringen könnte. Zu denken ist zudem auch an die Möglichkeit, dass sich der betreuende Angehörige selbst ausser Haus begeben und mit dem Geschädigten trotzdem in Kontakt bleiben kann. Mit dem Einsatz von technischen Hilfsmitteln ist dies heute ohne weiteres möglich. [40]

Haushaltschaden

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

**** HAVE 2003 Seite 129 ****

These 6: Die Differenz zwischen dem Erwerbsausfall des hilfeleistenden Angehörigen und den Kosten für die von ihm erbrachte Hilfeleistung ist grundsätzlich nicht zu ersetzen.

Es ist nicht auszuschliessen, dass der Angehörige infolge der von ihm übernommenen Hilfeleistung in seiner ursprünglichen Berufsarbeit einen Verdienstausfall erleidet oder im Extremfall gar seinen bisherigen Beruf aufgeben muss. [42]

Gemäss dem Bundesgericht entspricht der vom Haftpflichtigen zu ersetzende Schaden in jenem Fall, in welchem ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit aufgibt, um den Geschädigten zu betreuen, in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen des Angehörigen. [43] Weiter führte das Bundesgericht aus, dass der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur die tieferen Betreuungskosten als Schaden geltend machen kann, wenn der Erwerbsausfall des Angehörigen die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson wesentlich übersteigt. [44] In diesem Fall muss somit eine externe Betreuungsperson hinzugezogen werden.

Einerseits ist die Auffassung des Bundesgerichts unter Berücksichtigung des folgenden Beispiels abzulehnen: Der Haftpflichtige begleicht den zukünftigen Hilfeleistungsschaden des Geschädigten mit einer Kapitalzahlung. Entschädigt werden nicht die mutmasslichen Hilfeleistungskosten des Geschädigten, sondern der höhere Erwerbsausfall des hilfeleistenden Angehörigen. [45] Nach kurzer Zeit gibt der Angehörige die Hilfeleistung auf [46] und entschliesst sich, wieder einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Damit liegt eine Überentschädigung seitens des Geschädigten vor, welche es zu vermeiden gilt. [47]

Andererseits ist der Argumentation des Bundesgerichts zum Erwerbsausfall des Angehörigen auch deshalb nicht zu folgen, weil es sich diesbezüglich um einen nicht zu ersetzenden Reflexschaden handelt. [48]

Im Sinne einer Ausnahme dazu ist meines Erachtens ausschliesslich derjenige Fall zu behandeln, in welchem der Erwerbsausfall des Angehörigen den Wert seiner Hilfeleistung zugunsten des Geschädigten nur unwesentlich übersteigt. Das Interesse des Geschädigten zu wählen, ob er zu Hause oder in einem Pflegeheim betreut werden möchte [49], steht dem Interesse des Haftpflichtigen gegenüber, nicht für einen Reflexschaden aufkommen zu müssen. In der Praxis soll die Wahl der Pflegeform durch den Geschädigten nun nicht daran scheitern müssen, dass der Erwerbsausfall des Angehörigen nur unwesentlich höher ist als der diesbezügliche Hilfeleistungsschaden. In diesem Fall ist deshalb die Differenz der Hilfeleistungskosten zum Erwerbsausfall zu entschädigen. Eine geringe Überentschädigung des Geschädigten ist damit in Kauf zu nehmen.

These 7: Die neben der Hilfeleistung durch Angehörige des Geschädigten entstehenden externen Hilfeleistungskosten werden ersetzt, sofern sie notwendig und angemessen sind.

Laut Handelsgericht zog die Geschädigte trotz der grundsätzlich umfassenden Betreuung durch ihre Mutter sporadisch einen so genannten Familienbetreuungs-Hausservice bei. Die Beklagte bestritt die dafür geltend gemachten Kosten nicht. [50]

Dass die Kosten eines externen Familienbetreuungs-Hausservices grundsätzlich einen vom Haftpflichtigen zu entschädigenden Posten darstellen, ist klar. Auch hier kommen - wie bei den übrigen Hilfeleistungskosten - die Kriterien der Notwendigkeit und der

**** HAVE 2003 Seite 130 ****

Angemessenheit in der betreffenden Situation zur Anwendung.

These 8: Es muss im Einzelfall geschätzt und begründet werden, während wie vielen Jahren Angehörige gegenüber dem Geschädigten wohl Hilfeleistungen erbringen werden.

Voraussetzung einer Betreuung des Geschädigten durch Angehörige ist, dass diese willens und in der Lage sind, den Geschädigten tatsächlich zu betreuen. Bei der Schadensberechnung der zukünftigen Betreuungskosten besteht natürlich immer eine Unsicherheit, während wievielen Jahren der Geschädigte wohl von Angehörigen betreut werden wird. [51]

So schätzte das Handelsgericht in seinem Urteil die Zeitdauer, während welcher die Geschädigte von ihrer Mutter betreut werden dürfte [52] . In der Folge ging es davon aus, dass dies bis zum 70. Altersjahr der Mutter der Geschädigten erfolgen dürfte. [53]

Für die Schätzung, während welcher Zeit ein Geschädigter von einem Familienangehörigen betreut wird, sind unter anderem die Beschwerden des Geschädigten zu berücksichtigen. Bei Schwerstinvaliden ist - infolge der sehr hohen körperlichen und auch psychischen Belastungen des betreuenden Angehörigen - davon auszugehen, dass dieser längstens bis zu seinem 65. Altersjahr entsprechende Betreuungsleistungen vornehmen kann. [54] Bei leichteren Beschwerden des Geschädigten dürfte die Altersgrenze höher liegen. [55]

These 9: Während den folgenden täglichen Zeitperioden kann der Geschädigte nicht die Erstattung von Präsenzkosten geltend machen:

-- der Angehörige besorgt den Haushalt des Geschädigten;

-- der Angehörige besorgt seinen eigenen Haushalt oder denjenigen der Familie;

-- der Angehörige wäre auch ohne Unfall des Geschädigten zu Hause.

Das Handelsgericht führte in seinem Urteil aus, dass bei der Erstattung von Präsenzkosten zu berücksichtigen sei, dass die Anwesenheit der Mutter der Geschädigten von Montag bis Samstag bereits durch die Notwendigkeit der Haushaltsarbeit gegeben sei. Während dieser Zeit seien deshalb keine Präsenzkosten zu erstatten. [56] Der Argumentation des Handelsgerichts ist zuzustimmen.

So ist es einerseits dem Geschädigten verwehrt, kumulativ den Ersatz von Pflege- oder Betreuungskosten und Präsenzkosten geltend zu machen. Die Pflege und Betreuung des Geschädigten bedingt selbstverständlich auch die Anwesenheit einer entsprechenden Pflege- oder Betreuungsperson.

Andererseits müssen darüber hinaus die folgenden Fallkonstellationen - jeweils auf den Einzelfall angewendet - unterschieden werden:

-- Der Angehörige des Geschädigten besorgt für ihn Haushaltarbeiten. Zudem ist es erforderlich, dass eine Betreuungsperson rund um die Uhr im Sinne einer Leistung von Pikettdienst anwesend ist.

Für diejenige Zeitperiode, während welcher der Angehörige den Haushalt des Geschädigten besorgt, kann Letzterer nicht den Ersatz von Haushalt- und Präsenzschaden fordern. Eine Kumulation ist somit per se ausgeschlossen. Davon dürfte nur diejenige Zeit ausgenommen sein, welche der Angehörige benötigt, um Einkäufe (für sich selbst bzw. für seine Familie und für den Geschädigten) zu besorgen.

-- Der Geschädigte kann auch nicht - wenn er bei einem Angehörigen wohnt - Ersatz für Präsenzkosten während derjenigen Zeit verlangen, während welcher der Angehörige seinen eigenen Haushalt oder denjenigen seiner Familie besorgt.

Auch ohne das eingetretene Schadenereignis wäre der Angehörige während dieser Zeit zu Hause.

-- Schliesslich kommt ein Ersatz von Präsenzkosten auch während derjenigen Zeit nicht in Betracht, während welcher der Angehörige ohnehin - das heisst auch ohne Unfall des Geschädigten - zu Hause wäre (zum Beispiel in der Nacht, bei Freizeitaktivitäten des Angehörigen zu Hause etc.).

Fussnoten:

* Rechtsanwalt, Ottoberg.

1 4C.276/2001/1/rnd.

2 HGer ZH vom 12.06.2001, E01/O/HG950440. Konkret hatte der Haftpflichtversicherer unter anderem die folgenden Leistungen auszurichten:
-- einmalige Zahlung zur Abgeltung des bisherigen Pflege- und Betreuungsschadens sowie des bisherigen und des zukünftigen Haushaltschadens zuzüglich Zinsen;
-- monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente ab dem Zeitpunkt des Urteils bis zum 31. August 2017. Die Rente wird indexiert. Massgebend ist der Totalnominallohnindex;
-- monatliche Pflege- und Betreuungsschadensrente ab dem 1. September 2017 bis ans Lebensende der Geschädigten. Auch diese Rente wird jährlich dem Totalnominallohnindex angepasst.

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

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

5 HGer ZH vom 12.06.2001.

6 Siehe These 3.

7 HGer ZH vom 12.06.2001, 15.

8 Siehe dazu auch Geisseler, 120.

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

10 Auch das BGB lässt - gleich wie das OR - offen, wer (der Geschädigte oder der Haftpflichtige) über die Art der Hilfeleistung entscheiden kann. Das Oberlandesgericht Koblenz entschied diese Frage in seinem Entscheid vom 18.09.2000 (12 U 1464/99) in analoger Weise zum Handelsgericht Zürich. Konkret forderte der Geschädigte Ersatz für Pflege und Betreuung durch Angehörige von 24 Stunden pro Tag. Gemäss dem Oberlandesgericht Koblenz kann angesichts der wesentlich günstigeren Möglichkeiten der Pflege in einem Heim eine volle Vergütung einer Rund-um-die-Uhr-Pflege nicht verlangt werden (VersR 2002, 244).

11 BGE 97 II 259; BK-Brehm, Art. 46 N 14; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. 2, Bern 1998, 56; Landolt, Pflegeschaden, N 29; Schaetzle, Betreuungsschaden - Kosten an marktgerechter Entlöhnung bemessen und als nominallohnindexierte, lebenslängliche Rente ersetzt, Urteil des BGE vom 26.3.2002, HAVE 2002, 276, 278. Ausführlich mit dem Thema der Ersatzpflicht für unentgeltliche Pflege- und Betreuungsleistungen befasst sich Landolt, Pflegerecht, Bd. 2: Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002, N 736 ff. In diesem Sinne siehe auch HGer ZH vom 12.06.2001, 16: "Die Klägerin wird durch ihre Mutter gepflegt und betreut. Erfolgt die Pflege und Betreuung in der Familie kostenlos, so wird dadurch der Schädiger bzw. seine Versicherung nicht entlastet." Das Bundesgericht bestätigte die Ausführungen des HGer ZH wie folgt: "Die Kosten sind vom Haftpflichtigen grundsätzlich auch dann zu ersetzen, wenn die notwendige Betreuung auf familiärer oder freundschaftlicher Basis unentgeltlich erfolgt. Eine Entlastung des Schädigers im Umfang unentgeltlicher Hilfeleistung zu Gunsten des Geschädigten käme allenfalls in Frage, wenn und soweit den Geschädigten eine entsprechende Rechtspflicht zur Schadensminderung träfe. Davon kann indessen vorliegend nicht die Rede sein." BGer vom 26.03.2002, 16.

12 Art. 159 Abs. 3 ZGB.

13 OR-Schwander, Art. 159 N 12.

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

15 Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 739, besteht eine Schadenersatzpflicht nicht nur bei schwerer bzw. dauerhafter Pflegebedürftigkeit wie bei Querschnittlähmung, Hirnschädigung etc., sondern auch bei geringfügigeren Gesundheitsschäden wie bei einem offenen Beinbruch sowie bei einer bloss vorübergehenden Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit. Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 752, ist das innerfamiliäre Dienstleistungssystem wie ein gesetzliches Schadenausgleichssystem zu behandeln, und zwar in Anlehnung an Art. 51 Abs. 1 OR. Danach ist die familienrechtliche Beistands-, Unterhalts- oder Unterstützungspflicht gegenüber der Deliktshaftung subsidiär.

16 Art. 328 ZGB.

17 Danach wird der klassische Schadensbegriff - Schaden als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte - wertend konkretisiert oder korrigiert. Siehe dazu Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, N 176; Schaetzle, Der Schaden und seine Berechnung, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 9.1, N 9.65.

18 Landolt, Pflegerecht, N 869 ff.

19 HGer ZH vom 12.06.2001, 16.

[20] HGer ZH vom 12.06.2001, 17 f.: Danach ist neben dem Pflegeaufwand auch die allgemeine Präsenz- bzw. Betreuungszeit zu vergüten, weil die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages notwendig ist. Das Handelsgericht verwarf in der Folge die Ausführungen des eigens zur Bestimmung des Pflegeaufwands eingesetzten Gutachters und nahm in der Folge eine komplizierte Berechnung der zeitlichen Aufwendungen der Mutter der Geschädigten vor (HGer ZH vom 12.06.2001, 19 ff.).

[21] Landolt, Pflegerecht, N 707 ff.; Rey, N 305a; Walder, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haushaltschaden, in: Ileri (Hrsg.), Die Ermittlung des Haushaltschadens nach Hirnverletzung, 15, 22. Ausführlich mit diesem Thema befasst sich Geisseler, Der Haushaltschaden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1997, St. Gallen 1997, 59 ff.

[22] HGer ZH vom 12.06.2001, 14 und 16.

[23] Im selben Sinn führt Landolt, Pflegerecht, N 872 ff., aus, dass die Einholung eines Pflegeaufwandgutachtens in der Mehrheit der Fälle unabdingbar sein wird. Dieses Pflegeaufwandgutachten soll aus zwei Teilen bestehen, einer von einem Arzt vorgenommenen medizinisch-theoretischen und einer von einem Arzt oder einer Pflegefachkraft durchgeführten Pflegebedarfsfeststellung. Die Praxis zeigt jedoch, dass Pflegekräfte infolge ihrer spezifischen Berufsausbildung und Erfahrung in der Regel besser als Ärzte entsprechende Pflegebedarfsfeststellungen vornehmen können.

[24] BGer vom 26.03.2002, 15.

[25] HGer ZH vom 12.06.2001, 19 f. So stellte das Handelsgericht fest: "Der Gutachter Prof. K hält fest, dass es bei seiner Untersuchung keinen Hinweis dafür gebe, dass die Pflegequalität durch eine andere Person höher sein könne, als die von der Mutter erbrachte."

[26] HGer ZH vom 12.06.2001, 20. Das Handelsgericht übernahm von der Besoldungstabelle des Kantons Zug für das Jahr 1995 einen Einstiegslohn als Krankenpflegerin von CHF 4072.00 und führte weiter aus: "Da (die Mutter der Geschädigten) keine Ausbildung als Krankenschwester absolviert hat und der Beruf als Krankenschwester mit unterschiedlichen Patienten, Medikamenten und Vorgesetzten usw. höhere Anforderungen als die Betreuung nur eines Patienten zu Hause stellt, ist der Einstiegslohn lediglich leicht zu erhöhen und auf Fr. 4500.00 festzulegen." HGer ZH vom 12.06.2001, 21.

[27] Die Berechnung dieses Schadens aufgrund des Bruttolohns zuzüglich Arbeitgeberbeiträge (= Brutto-Bruttolohn) stellt gemäss dem Bundesgericht sicher, dass der Geschädigte frei wählen kann, wie er die notwendige Pflege organisieren will - mithilfe von Angehörigen oder mittels eines Pflegeheimaufenthalts (BGer vom 26.03.2002, 16). Landolt, Pflegerecht, N 920 ff., nimmt noch weitere Zuschläge für Stellvertretungskosten, für Nacht- und Sonntagsarbeit und für künftige Reallohnerhöhungen vor.

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

[29] So sorgt der Krankenpfleger auch bei sehr hohem Betreuungsbedarf in der Regel für mindestens drei Personen gleichzeitig. Bei tieferem Bedarf betreut der Krankenpfleger selbstverständlich entsprechend mehr Patienten.

[30] Mit der sicheren Betreuung ist nicht die optimale Betreuung gemeint. Die sichere Betreuung gewährleistet, dass der Patient vor weiteren schädigenden Einflüssen bewahrt wird. Die optimale Betreuung wird nur dann erreicht, wenn der Patient von praktisch und theoretisch sehr gut qualifiziertem Personal umsorgt wird.

[31] Eine Übersicht zu den Lohnansätzen des Pflegepersonals findet sich in der NZZ vom 19./20.05.2001, Der Rahmen der Löhne für Spitalberufe, 49. Auch das Handelsgericht führte in seinem Urteil diesbezüglich aus: "Es ist zu berücksichtigen, dass Familienangehörige die Pflege des Verletzten im Rahmen ihrer sonstigen häuslichen Aufgaben rationeller gestalten können und dass sie keine ausgebildeten Fachkräfte sind. Für die Schadensbemessung ist gleichwohl auf die Kosten einer Hilfskraft als Orientierungsrahmen abzustellen." HGer vom 12.06.2001, 21. Auf der einen Seite führte das Handelsgericht somit aus, dass auf die Kosten einer Hilfskraft abzustellen ist, auf der anderen Seite legte es aber trotzdem den Lohn einer ausgebildeten Krankenpflegerin zugrunde.

[32] HGer ZH vom 12.06.2001, 22.

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

[34] CHF 5362.50 dividiert durch 21,7 Arbeitstage pro Monat (siehe dazu Art. 40a AVIV sowie Bollier, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, Wädenswil 2001, 212) ergeben CHF 247.10 pro Tag. Der Betrag von CHF 247.10 ist zudem durch 8,5 Stunden pro Tag (siehe dazu HGer ZH vom 21.06.2001, 21) zu dividieren. Dies ergibt den Stundensatz von CHF 29.05.

[35] BGer vom 12.03.2002 (4C.195/2001).

[36] BGer vom 08.01.2003 (1A.109/2002): CHF 25.00; BGer vom 19.12.2002 (4C.194/2002): CHF 25.00 (dieser Stundenansatz wurde von den Parteien anerkannt); HGer ZH vom 12.06.2001, 52 f., bestätigt durch das BGer vom 26.03.2002: CHF 27.00; BGer vom 09.09.1998 (4C.495/1997): CHF 30.00. Ebenso geht auch Landolt, Pflegerecht, N 712, für das Jahr 1998 von einem Stundensatz von CHF 30.00 aus.

[37] Im konkreten Fall ging das Handelsgericht für den Haushaltschaden von einem Stundensatz von CHF 27.00 aus (HGer ZH vom 12.06.2001, 52 f.). Unter Anwendung dieser These hätten die Hilfeleistungen der Mutter der Geschädigten somit nicht mit einem Stundensatz CHF 29.05, sondern mit CHF 27.00 berechnet werden müssen. Wenn man berücksichtigt, dass für die Lohnansätze der jeweiligen Berufsgruppen keine fixen Beträge, sondern Bandbreiten gelten, und wenn man in Betracht zieht, dass die Hilfeleistungen des Angehörigen als eigenständige neue Berufsgruppe irgendwo zwischen dem Lohn eines Pflegeassistenten und demjenigen eines Krankenpflegers anzusetzen ist, ist ein Stundensatz von CHF 27.00 im konkreten Fall als angemessen zu qualifizieren.

[38] So führte das Handelsgericht aus: "Da die Anwesenheit einer Betreuungsperson während des Tages nach dem Gutachten notwendig ist, ist diese aufgewendete Zeit zu vergüten. (...) Es liegt auf der Hand, dass bei einer Hirnverletzten eine Person während des Tages verfügbar sein muss, die bei Problemen um Hilfe gebeten werden kann. Die allgemeine Betreuung einer Hirnverletzten durch eine Hilfskraft während des Tages (ohne eigentliche Pflegeleistungen) ist auf dem Arbeitsmarkt nur gegen Entgelt zu haben. Der angestellte Arbeitnehmer, der diese Arbeit erbringt, ist dafür zu entschädigen." HGer ZH vom 12.06.2001, 18.

[39] Zum Beispiel dann, wenn ein Student, welcher sich auch im fremden Haushalt auf seine Prüfung vorbereiten kann, Präsenzleistungen zugunsten des Geschädigten erbringt. Der Student wird wohl mit einem Stundensatz von CHF 12.50 bis CHF 15.00 zufrieden sein, da er sich zum grössten Teil seinem Studium widmen kann und nur im Ausnahmefall Betreuung des Geschädigten zu leisten hat.

[40] Zu denken ist beispielsweise an ein funkähnliches Gerät, das so genannte Babyphon. Babyphons haben eine Reichweite von mehreren hundert Metern. Es ist ohne weiteres denkbar, dass diese Geräte auch für die Überwachung von Personen mit entsprechendem Bedarf eingesetzt werden.

[41] Siehe Fn. 21.

[42] Der Schadenersatzanspruch entsteht beim Geschädigten, nicht beim Angehörigen. Aus diesem Grund hat auch der Geschädigte den Anspruch geltend zu machen (BGer vom 26.03.2002, 16); siehe dazu auch Geisseler, 123; Keller, 56.

[43] Im Entscheid des BGer vom 26.03.2002 machte die Beklagte unter anderem geltend, dass beim Angehörigen ein Abzug wegen Steuererleichterung vorzunehmen sei. Das Bundesgericht verneinte dies auf S. 16 mit der Begründung, dass der eigene Schaden des Geschädigten und nicht derjenige des Angehörigen abgegolten werde.

[44] BGer vom 26.03.2002, 15; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, N 110; Keller, 56. Auch gemäss Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 655, geht die Pflege zu Hause durch einen Angehörigen zulasten des Haftpflichtigen. Dem Angehörigen sei neben den Kosten der unvermeidliche Verdienstausfall zu ersetzen. Aufgrund der Schadenminderungspflicht hätten die Tätigkeiten jedoch nach Möglichkeit während der Freizeit des Angehörigen zu erfolgen. So sei der Erwerbsausfall des Angehörigen nur dann zu ersetzen, wenn ihm tatsächlich nicht mehr zugemutet werden könne, einer Erwerbstätigkeit im bisherigen Ausmass nachzugehen. Landolt spricht sich dagegen aus, dass der Erwerbsausfall des Angehörigen ersetzt wird. Das Abstellen auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Angehörigen würde bei Langzeitpflegefällen oft zu einer massiven Über- oder Unterentschädigung führen. Zudem seien aus Gründen der rechtsgleichen Schadenersatzbemessung stets die mutmasslichen Kosten einer externen Fachkraft zu entschädigen (Landolt, Pflegerecht, N 887 f.). Dieselbe Meinung vertritt Geisseler, 123. Danach ist der Lohnausfall des Familienangehörigen als irrelevanter Reflexschaden zu qualifizieren.

[45] Gemäss BGer vom 26.03.2002, 15.

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

[47] zum Überentschädigungsverbot siehe Beck, Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 6.1, N 6.12; Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, Basel 1984, N 464.

[48] Geisseler, 123.

[49] Siehe These 1.

[50] HGer vom 12.06.2001, 23 ff.

[51] So zum Beispiel, wenn ein Angehöriger selbst die Betreuung des Geschädigten infolge Invalidität etc. aufgeben muss oder wenn er nicht mehr bereit ist, den Geschädigten zu betreuen. Der Angehörige kann selbstverständlich nicht gezwungen werden, für den Geschädigten zu sorgen (siehe dazu auch These 6).

[52] HGer vom 12.06.2001, 37: "Es kann lediglich geschätzt werden, wann mit einer Heimunterbringung der Klägerin zu rechnen ist. Das Gericht muss hier zur Schätzung greifen. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass die Schätzung nicht der Wirklichkeit entspricht."

[53] Die Geschädigte machte weiter geltend, dass sie von jenem Zeitpunkt an beispielsweise von ihrer Schwester betreut werden könnte. Das Handelsgericht verwarf diese Hypothese und betrachtete es als

wahrscheinlich, dass die Geschädigte ab dem 70. Altersjahr ihrer Mutter in einem Heim betreut werden muss (HGer vom 12.06.2001, 37).

[54] Die Annahme des Handelsgerichts, welches von einer Altersgrenze von 70 Jahren ausgeht, ist als sehr hoch zu qualifizieren, wenn man bedenkt, dass die Geschädigte gemäss HGer ZH vom 12.06.2001, 13, vollständig pflegebedürftig ist.

[55] Gemäss Landolt, Pflegerecht, N 878 ff., ist auf die mittlere Aktivität (Mittelwert zwischen Aktivität und Mortalität) des pflegenden Angehörigen abzustellen. Diese liegt sowohl bei Männern als auch bei Frauen weit über 70 Jahren. Ob dies der Realität entspricht, scheint doch eher fraglich zu sein, zumal Hilfeleistungen von Personen in der Regel mit hohen physischen Belastungen verbunden sind.

[56] HGer ZH vom 12.06.2001, 19.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.

ii. Besuchsschaden

1) Allgemeines

139 Angehörige sind gegenüber dem Geschädigten beistands- bzw. fürsorgepflichtig (BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, S. 46 [Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun] E. 4b/bb, 57 II 180/184 und 28 II 200 E. 5 sowie Urteil OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6). Fürsorgepflichtig sind ferner der Arbeitgeber und die Arbeitskollegen des Geschädigten (Urteil EVG vom 27.08.2004 [I 3/04] E. 3.1).

140 Aus der Beistands- bzw. Fürsorgepflicht zu Gunsten des Verletzten kann *keine Schadenminderungs- bzw. Schadenselbsttragungspflicht* angeleitet werden (a.A. BREHM, BE-K, N 14 zu Art. 46 OR). Der «Schaden», der im Zusammenhang mit der Erfüllung von Beistands- und Fürsorgepflichten bei Dritten, insbesondere Angehörigen, anfällt, ist deshalb zu entschädigen. Dies trifft insbesondere auch für den Besuchsschaden der Angehörigen zu (BGE 97 II 259 E. 2–4).

141 Die ältere Rechtsprechung qualifizierte den Besuchsschaden ebenfalls als ersatzfähig, erachtete jedoch den *besuchenden Angehörigen* als aktivlegitimiert («perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore» [BGE 57 II 94 E. 3b]). Der Verletzte konnte den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag (BGE 69 II 324 E. 3a).

142 In BGE 97 II 266 E. 2–4 änderte das Bundesgericht ohne nähere Begründung seine Auffassung. Es erwog, dass die Besuchskosten des Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu ersetzen sind. Entsprechend ist der Verletzte und nicht der besuchende Angehörige aktivlegitimiert. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist die Geschäftsführung ohne Auftrag für innerfamiliäre Schadenausgleichsleistungen nicht anwendbar (supra N 111). Die Aktivlegitimation des Verletzten ist auch nicht durch ein überwiegendes Restitutionsinteresse indiziert, weshalb der besuchende Angehörige aktivlegitimiert ist, den Besuchsschaden geltend zu machen.

2) Umfang der Ersatzpflicht

Verletzter und nahe Angehörige haben einen grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten *Anspruch auf angemessenen Kontakt* miteinander (BGE 118 V 206 E. 3 und 4). Die Ersatzpflicht für Besuchskosten von Angehörigen von stationär in einem Spital oder Heim untergebrachten Verletzten ist deshalb generell zu bejahen, sofern die Angehörigenbesuche einem vernünftigen Zweck dienen und die Kosten selbst angemessen sind (rechtsvergleichend HUBER C., Schadensberechnung, S. 289 ff., SCHLEICH H.-W., Besuchs- und Nebenkosten, S. 145 ff., und SEIDEL H.-J., Besuchskosten, S. 1319 ff.). 143

Da auch die Angehörigen besuchsberechtigt sind, spielt es keine Rolle, ob der Geschädigte bei Bewusstsein ist oder nicht (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8a sowie Urteile BGH = NZV 1991, S. 225 und OLG Saarbrücken vom 23.10.1987 [3 U 176/85] = NZV 1989, S. 26 [dreiwöchige Besuche der Eltern eines komatösen Kindes]; ferner NEUMANN-DUESBERG H., Krankenbesuchskosten, S. 455 ff., 456 f.). 144

Aus dem Besuchsanspruch der Angehörigen folgt auch eine *Ersatzpflicht für Mehrfachbesuche*, z.B. von Eltern und Geschwister des Geschädigten (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8a [beide Eltern]; a.A. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b [Anspruch auf den Besuch durch einen Elternteil]). Das zeitliche Intervall der ersatzpflichtigen Besuche ist einzelfallweise zu beurteilen. 145

Nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten und Kinder, sowie Schwerstverletzte sind dabei öfters, u.U. sogar mehrmals täglich (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8a [zwei Besuche pro Tag bei achtjährigem Kind]) als andere Geschädigte zu besuchen (Urteil OLG Koblenz vom 23.03.1981 [12 U 880/80] = VersR 1981, S. 887 [18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf zwei Besuche der Eltern], a.A. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b [drei Besuche durch den Vater in einem Monat]; ferner BGE 118 V 206 E. 4c [zwei Hin- und Rückfahrten je Kalendermonat]). 146

147 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Besuchskosten nur bei einer *stationärer Unterbringung in einem Spital* und zudem nur soweit zu entschädigen, als die Angehörigenbesuche der Heilung förderlich sind (BGE 97 II 266 E. 4). Daraus leiten Lehre (z.B. KELLER A., Haftpflicht II, S. 57, und NEUMANN-DUESBERG H., Krankenbesuchskosten, S. 455 ff., 455) und kantonale Rechtsprechung mitunter ab, dass für *medizinisch nicht indizierte Besuche* kein Ersatzanspruch besteht (etwa Urteile Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 und KGer VS vom 27.10.1989 i.S. N. c. La Commune de Lens = SG 1989 Nr. 62 E. 4b/aa [Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist für die Heilung nicht erforderlich] und vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb sowie BezGer SG vom 27.05.1988 i.S. Steinauer c. Kanton SG = SG 1988 Nr. 35 E. 5a, KGer FR vom 01.07.1980 = CaseTex Nr. 1850 [Besuche der Eltern eines 6-jährigen Kindes, das eine Niere verlor] und KGer VS vom 30.01.1975 = CaseTex Nr. 216 = ZWR 1975, S. 260; ferner rechtsvergleichend Urteile BGH vom 19.02.1991 [VI ZR 171/90] = NJW 1991, S. 2340 = MDR 1991, S. 729 = VersR 1991, S. 559 sowie OLG Bremen vom 31.08.1999 [3 U 165/98] = CaseTex Nr. 4441 = FamRZ 2001, S. 1300 = VersR 2001, S. 595 und OLG Nürnberg [11 U 267/95] = AusR 1998, S. 3). Mitunter wurde eine Ersatzpflicht abgelehnt, weil die Angehörigen *keine Pflegeleistungen* für den Verletzten erbracht haben (Urteil BGH vom 22.11.1988 [VI ZR 126/88] = CaseTex Nr. 3647 = VersR 1989, S. 188).

148 Im Hinblick auf die von der Rechtsprechung zur Begründung der Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber dem besuchenden Angehörigen herangezogenen Geschäftsführung ohne Auftrag (supra N 142) sind konsequenterweise nicht nur der Heilung dienliche, sondern alle *nützlichen und notwendigen Besuche* zu entschädigen (Art. 422 Abs. 1 OR). Eine Notwendigkeit von Besuchen Angehöriger kann ohne weiteres auch aus *nichtmedizinischen Gründen*, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten, im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften oder dem Erlernen der nach Spitalentlassung erforderlichen Pflege (dazu BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 bzw. das vorinstanzliche Urteil AppGer TI vom 12.02.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 [Ersatzfähigkeit der Besuchskosten von Fr. 20 000.–, die im Zusammenhang mit dem Spitalaufenthalt der Mutter, welche die spätere Pflege des verletzten Kindes zu Hause erlernen musste, anfielen]), gegeben sein.

Notwendig sind u.U. sogar *Besuche von Dritten*, z.B. Geschäftspartnern oder engen Mitarbeitern.

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb nur Spital-, nicht aber auch *Heimbesuche* entschädigungspflichtig sein sollen. Der Anspruch auf angemessenen Kontakt besteht nicht nur bei einer Unterbringung des Geschädigten im Spital, sondern auch dann, wenn der Geschädigte sich in einem Heim aufhält (Urteile OLG Bremen vom 31.08.1999 [3 U 165/98] = CaseTex Nr. 4441 = FamRZ 2001, S. 1300 = VersR 2001, S. 595 und LG Mainz vom 28.07.1997 [8 T 144/97] = JurBüro 1998, S. 39 [Angemessenheit von monatlich 1–2 Besuche des Betreuten durch den vormundschaftlichen Vertreter im Altersheim]). 149

Bei den *das Pflegepersonal entlastenden Pflege- und Betreuungsleistungen*, z.B. im Zusammenhang mit der Freizeitgestaltung, ist die Entschädigungspflicht ebenfalls zu bejahen, vorausgesetzt, die fragliche Dienstleistung ist nicht im Rahmen des Spital- bzw. Heimaufnahmevertrages geschuldet (LANDOLT H., Pflegerecht II, N 668, und ferner Urteil OLG Bremen vom 31.08.1999 [3 U 165/98] = VersR 2001, S. 595 [minderjähriges Kind, das infolge eines apallischen Syndroms in einem auswärtigen Pflegeheim stationär untergebracht ist]). 150

Der Besuchsschaden umfasst: 151

- *Reisekosten* (Urteile AppGer TI vom 12.02.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178 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. 7b [bei Besuchen im Inland nur Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, nicht aber Kosten eines Mietautos; bei Besuchen im Ausland auch Auto- und Flugkosten]; ferner Urteil LG Saarbrücken vom 18.12.1987 [14 O 117/87] = NJW 1988, S. 2958), 152
- *Unterbringungskosten* (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 und Urteil AppGer TI vom 12.02.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178), 153
- *Verpflegungskosten* (Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b [Fr. 60.– pro Tag für Unterkunft und Verpflegung]) sowie 154
- *weitere besuchsbedingte Mehrkosten*, insbesondere Kinderbetreuungskosten (Urteile BGH vom 24.10.1989 [VI ZR 263/88] = DAR 1990, S. 155

58 = NJW 1990, S. 1037 = VersR 1989, S. 1308, vom 21.05.1985 [VI ZR 201/83] = NJW 1985, S. 2757 und vom 28.10.1980 [VI ZR 303/79] = VersR 1981, S. 239; ferner GEISSELER R., Kinderschäden, S. 105 ff.).

156 Ersatzpflichtig sind ferner der *Lohn- bzw. Haushaltausfallschaden* der besuchenden Angehörigen (BGE 97 II 259 E. 3 und 52 II 384 E. 5 sowie Urteile Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 und 12 [Ersatz des Zeitaufwands der Mutter für die Zurücklegung des Wegs vom und ins Spital und der Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von Fr. 25.–] und KGer VS vom 01.12.1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = ZWR 1979, S. 322 = SG 1978 Nr. 30 E. IV), sofern dieser nicht durch Vor- oder Nachtarbeit aufgefangen werden kann (Urteil BGH vom 19.02.1991 [VI ZR 171/90] = NJW 1991, S. 2340 = VersR 1991, S. 559).

D. Verfügbarkeit des Schadenersatzanspruches

I. Abtretung und Verrechnung

1. Schadenersatzansprüche

a. Grundsatz der freien Verfügbarkeit

157 Schadenersatzansprüche stellen Forderungen dar und sind als solche grundsätzlich abtretbar und verrechenbar (Art. 120 ff. und 164 ff. OR; BGE 110 II 120 E. 7a, 81 II 159 E. 4 und 74 II 193 E. 1). Die Gültigkeit der Abtretung von Schadenersatzansprüchen beurteilt sich nach dem für die Haftung anwendbaren Recht (BGE 98 II 231 E. 1b). Bei der Abtretung handelt es sich um ein Verfügungsgeschäft (BGE 118 II 142 E. 1b).

158 Mit Vorliegen der *schriftlichen Abtretungserklärung und Mitteilung an den Haftpflichtigen* geht der Schadenersatzanspruch auf den Dritten (Zessionar) über. Der Haftpflichtige kann dem Zessionar gegenüber alle Einwendungen und Einreden erheben, die er dem Geschädigten (Zedenten) gegenüber hätte erheben können; dazu gehört auch der Einwand der mangelnden Adäquanz und des Entfallens der Ersatzpflicht nach Art. 44 Abs. 1 OR (BGE 92 I 516 E. 8c).

C. Betreuungs- und Pflegeschaden

I. Grundlagen

241 Der Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst die Kosten, die dem Verletzten als Folge eines Dienst- und Sachleistungsmehrbedarfs, der durch eine verletzungsbedingte Hilfsbedürftigkeit hervorgerufen wird, entstehen (LANDOLT H., Der Pflegeschaden, S. 67 ff.). Der *Dienstleistungsmehrbedarf* umfasst die Betreuungs- und Pflegedienstleistungen, die auf Grund der verletzungsbedingten Hilfsbedürftigkeit erforderlich sind. Ein *Sachleistungsmehrbedarf* entsteht, wenn der Geschädigte Pflegehilfsmittel, z.B. Pflegebetten, Lagerungsmaterial, Bett- und Inkontinenzeinlagen etc., anschaffen muss (supra N 163).

242 Pflege- und Betreuungsdienstleistungen werden in der Regel entgeltlich erbracht. Dies trifft insbesondere für *Spital-, Heim- und Spitexdienstleistungen* zu. Der Geschädigte, der solche Dienstleistungen in Anspruch nimmt, muss dafür ein *Honorar* bezahlen. Dieses wird teilweise von der Kranken- bzw. Unfallversicherung übernommen (statt vieler LANDOLT H., Pflegesicherungssystem, passim, und PFIFFNER RAUBER B., Krankheitsbehandlung, passim). Der Geschädigte hat *Selbstbehalte und Franchisen* zu tragen. Beansprucht er nicht versicherte Dienstleistungen, hat er das Honorar selbst zu bezahlen. In all diesen Fällen entstehen beim Geschädigten *effektive Mehrkosten*.

243 Werden Betreuungs- und Pflegedienstleistungen unentgeltlich von Angehörigen des Geschädigten, entstehen keine Kosten beim Verletztzen. Geschädigt werden u.U. die Angehörigen. Zu entschädigen sind in diesem Fall die eingesparten Kosten (infra N 365 ff.). Der *Angehörigenpflegeschaden* stellt deshalb einen *normativen Schaden* dar (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/aa).

244 Vom *verletzungsbedingten Betreuungsschaden* ist der Betreuungsschaden zu unterscheiden, der als Folge eines ungeplanten Kindes bei den Eltern entsteht (BGE 132 III 359 = AJP 2006, S. 1150 [Bemerkungen von Isabelle Steiner] = FamPra.ch 2006, S. 671 = HAVE 2006, S. 224 [Bemerkungen von Patrick G. Fleury] = Jusletter vom 10.07.2006 [Bemerkungen von Christoph Müller] E. 4.6):

- Der *verletzungsbedingte Betreuungsschaden* stellt einen *Personenschaden* des Verletzten dar. Ersatzpflichtig sind nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die *normativen Betreuungskosten*, insbesondere auch dann, wenn die Betreuung durch Angehörige erfolgt (infra N 361 ff.). 245
- Der *Betreuungsschaden im Zusammenhang mit einem ungeplanten Kind* ist ein blosser *Vermögensschaden* der Eltern. Zu entschädigen ist zudem nur der tatsächliche Vermögensschaden, mithin die Unterhaltskosten, nicht aber die «Pflege und Erziehung» der Eltern (BGE 132 III 359 = AJP 2006, S. 1150 [Bemerkungen von Isabelle Steiner] = FamPra.ch 2006, S. 671 = HAVE 2006, S. 224 [Bemerkungen von Patrick G. Fleury] = Jusletter vom 10.07.2006 [Bemerkungen von Christoph Müller] E. 4.6). 246

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Eingeschränkte Selbstversorgungsfähigkeit

Der Betreuungs- und Pflegeschaden setzt voraus, dass die Gesundheitsbeeinträchtigung, für die der Ersatzpflichtige verantwortlich ist, in rechtserheblicher Weise einen teilweisen oder vollständigen *Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit*, d.h. eine Hilfsbedürftigkeit, verursacht hat. 247

In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ist eine Person hilflos (dazu ETTLIN R., Hilflosigkeit, passim), wenn sie bei der Ausübung von mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen der Hilfe Dritter bedarf oder überwacht werden muss (Art. 37 Abs. 3 IVV) bzw. dauernd der lebenspraktischen Begleitung bedarf (Art. 42 Abs. 3 IVG und Art. 38 IVV) oder intensiv betreut werden muss (Art. 36 Abs. 2 IVV). 248

Die alltäglichen Lebensverrichtungen umfassen *sechs Teilfunktionen* (statt vieler BGE 125 V 297 E. 4a und 121 V 88 E. 3a): 249

- Ankleiden, Auskleiden, 250
- Aufstehen, Absitzen, Abliegen, 251
- Essen, 252
- Körperpflege, 253
- Verrichtung der Notdurft und 254
- Fortbewegung (im oder ausser) Haus sowie Kontaktaufnahme. 255

256 Die Hilfsbedürftigkeit i.S.v. Art. 46 Abs. 1 OR unterscheidet sich vom sozialversicherungsrechtlichen Hilflosigkeitsbegriff. Eine entschädigungspflichtige Hilfsbedürftigkeit i.S.v. Art. 46 Abs. 1 OR liegt nicht nur dann vor, wenn der Geschädigte für die Verrichtung von mehr als zwei alltäglichen Lebensverrichtungen Hilfe benötigt. Zu entschädigen ist der *gesamte verletzungsbedingte Hilfsbedarf*, und nicht nur der Hilfsbedarf, der im Zusammenhang mit den spezifischen alltäglichen Lebensverrichtungen entsteht. Nicht zu entschädigen sind Dienstleistungen Dritter, die unabhängig vom Haftungsereignis, für das der Ersatzpflichtige einzustehen hat, später ohnehin hätten erbracht werden müssen bzw. worden wären (infra N 313 ff.).

2. Betreuungs- und Pflegemehraufwand

a. Allgemeines

257 Die Dritthilfe muss im Hinblick auf die erlittene Beeinträchtigung der Gesundheit notwendig sein und von geeigneten Personen erbracht werden. Ausmass und Dauer des Betreuungs- und Pflegebedarfs sind unerheblich. Auch ein *kurzfristiger Bedarf* ist zu entschädigen (BGE 97 II 259 [42–tägige Hauspflege] und 33 II 594 [drei Monate]).

258 Die Rechtsprechung bejaht die Notwendigkeit der Betreuung und Pflege u.a. bei:

259 • einer *Querschnittlähmung* (BGE 35 II 216 ff., Urteile Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B. K. E. 5, BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1 und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a und 5b/bb),

260 • einer *Hirnschädigung* (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 und Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8, 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2 sowie OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. K.),

261 • einem *Gliedmassenverlust* (BGE 33 II 594 ff. und 40 II 68 ff.),

262 • *Blindheit* (BGE 35 II 405 ff.),

263 • einem offenen *Beinbruch* (BGE 97 II 259 E. 3).

b. Ersatzfähige Betreuungs- und Pflegeleistungen

i. Pflegeleistungen

1) Behandlungspflege

Mit dem Begriff «Behandlungspflege» werden *Pflegeverrichtungen medizinischer Art* umschrieben, die einen Untersuchungs- oder Heilbehandlungszweck verfolgen (BGE 116 V 41 E. 5a; siehe dazu die exemplarische Aufzählung in Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV). Behandlungspflege stellt insbesondere die Inkontinenzpflege bei Querschnittgelähmten (BGE 116 V 41 E. 7 und Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 10 KLV), das Verabreichen von Medikamenten oder das Anlegen von Wundverbänden dar (BGE 107 V 139 E. 1b sowie Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 7 und 10 KLV). Soweit die Rechtsprechung eine Ersatzpflicht für *Angehörigenbesuche* zulässt, sofern diese der Heilung förderlich sind (unklar BGE 97 II 259 E. 4; dazu supra N 139 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR) oder dem Erlernen der Behandlungspflege dienen (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30), sind auch diese Verrichtungen der Behandlungspflege zuzuordnen. 264

2) Grundpflege

Von der Behandlungspflege zu unterscheiden ist die Grundpflege, die Pflegeverrichtungen medizinischer Art umfasst, die nicht auf die Untersuchung oder Behandlung ausgerichtet sind. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung weist die Grundpflege mitunter der Behandlungspflege zu, wenn sie im Zusammenhang mit dieser anfällt (sog. *akzessorische Grundpflege*; dazu LANDOLT H., Pflegerecht II, N 1215 f.). 265

Neben dem seelischen Zuspruch umfasst die Grundpflege in der Hauptsache jene Handreichungen und Handlungen, welche die geschädigte Person selbst ohne Unterstützung vornehmen würde, wenn sie über die nötige Kraft, den Willen oder das Wissen verfügen würde (EUGSTER G., Krankenversicherung, S. 58 Rz 114). 266

Die Grundpflege dient letztlich der Aufrechterhaltung der allgemeinen täglichen Lebensverrichtungen (Urteile SozVersGer ZH vom 23.06.2004 [KV.2003.00096] E. 6 und vom 14.07.2004 [KV.2003.00069] E. 2.3 sowie LANDOLT H., Pflegerecht I, N 39), geht aber über die Hilfestellung hinaus, die Anspruchsvoraussetzung bei der Hilflosenentschädigung ist. Hilflosen- 267

entschädigung und Pflegeleistungen der Kranken- und Unfallversicherung können deshalb kumuliert werden (BGE 125 V 297 E. 5b; infra N 420 ff.).

268 Grundpflegerische Massnahmen sind z.B. Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten, Lagern, Bewegungsübungen, Mobilisieren, Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut sowie Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden oder beim Essen und Trinken (Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV). Darunter fallen auch *psychiatrische bzw. psychogeriatrische Pflegemassnahmen* (BGE 131 V 178 E. 2.2.3 sowie Urteile EVG vom 18.03.2005 [K 101/04, K 97/03, K 105/04, K 113/04, K 114/04] = AJP 2005, S. 1152 [Bemerkungen von Christoph Lüthy] und VerwGer LU vom 08.06.2006 [S 03 301] = LGVE 2005 II Nr. 42).

269 Die häusliche Grundpflege ist abzugrenzen von der hauswirtschaftlichen Versorgung (Haushalthilfe), welche nicht unter Art. 7 KLV fällt (infra N 353 ff.). Diese umfasst die notwendigen Arbeiten für die Ernährung der verletzten Person, die Versorgung mit Wäsche und ähnliche Tätigkeiten, welche die Wirtschafts- und Lebensführung der verletzten Person betreffen (Urteil BGer vom 20.12.2004 [P.19/03] E. 4.2.2 und EUGSTER G., Krankenversicherung, S. 58 Rz 114).

ii. Betreuungsleistungen

1) Allgemeines

270 Von den eigentlichen Pflegeleistungen sind die Betreuungsleistungen zu unterscheiden. Diese dienen weder der Behandlung noch der Aufrechterhaltung der alltäglichen Lebensverrichtungen, sondern bestehen in zusätzlichen Dienstleistungen, die als Folge eines *verletzungsbedingten Funktionsdefizits* erforderlich sind.

271 Die Betreuungsleistungen lassen sich in interne und externe, unmittelbare und mittelbare sowie physische und psychische Dienstleistungen unterscheiden:

272 • 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 im Zusammenhang mit Therapiebesuchen sowie Freizeit- und Ferienaktivitäten oder bei dessen Betreuung am Arbeitsplatz an.

- Als *unmittelbare Betreuungsleistungen* lassen sich Dienstleistungen qualifizieren, welche den Geschädigten betreffen. Müssen Hilfsmittel unterhalten oder hauswirtschaftliche Mehrleistungen erbracht werden, liegen *mittelbare Betreuungsdienstleistungen* vor (infra N 295). 273
- 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* (Urteil AppGer TI vom 12.02.1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178) ersatzfähig. 274

2) Ausserhäusliche Begleitung

Ein externer Betreuungsbedarf besteht bei *Erblindeten* (Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.5.1, S. 42 [Röhrenblick] und BGE 35 II 405 E. 4), *Gelähmten* bzw. zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesenen Geschädigten (Urteile BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1 und OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997 Nr. 2) sowie *Kindern* (Urteile Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 10 [Schulwegbegleitung und Begleitung zur Therapie] und KGer VS vom 01.12.1978 i.S. Jordan c. Mutuelle Vaudoise = ZWR 1979, S. 322 = SG 1978 Nr. 30 E. IV). 275

3) Betreuung am Arbeitsplatz

Bei erwerbs- bzw. arbeitsfähigen Geschädigten ist mitunter neben der ausserhäuslichen Begleitung auch eine Betreuung am Arbeitsplatz oder in der Schule erforderlich. Die IV gewährt *bildungsfähigen Kindern* diverse Beiträge im Zusammenhang mit dem Besuch der Volks- bzw. Sonderschule, namentlich Schulgeld-, Kostgeld- und Transportkostenbeiträge (Art. 19 IVG und Art. 8 ff. IVV). Im Übrigen besteht ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und müssen allfällige Kosten der schulinternen Betreuung von den Schulbehörden übernommen werden. Insoweit hat der Ersatzpflichtige von der IV nicht gedeckte Transportkosten und die Lohnkosten für die Begleitperson auf dem Schulweg zu übernehmen. 276

277 Keinen Anspruch auf Betreuungsbeiträge der IV können demgegenüber *erwerbstätige Geschädigte* geltend machen; sie erhalten lediglich die Kosten von notwendigen Hilfsmitteln am Arbeitsplatz und für bauliche Vorkehren zur Überwindung des Arbeitsweges ersetzt (Ziff. 13 Anhang HVI). Der Ersatzpflichtige hat so nicht nur die ungedeckten Transport- und die Lohnkosten der Begleitperson, sondern auch die Betreuungskosten am Arbeitsplatz zu tragen. Diese sind jedoch – im Gegensatz zu den übrigen Betreuungs- und Pflegekosten – nach Aktivität bzw. bis zum mutmasslichen Ende der Berufstätigkeit zu kapitalisieren (infra N 1269 f.).

4) Betreuung in schulischen Belangen

278 Kinder benötigen je nach der Schwere der Verletzung mitunter auch *Hilfe bei der Erledigung von Schulaufgaben*. Beeinträchtigt die erlittene Verletzung die frühere Lernfähigkeit, sind u.U. sogar besondere *schulische Förderungsmassnahmen* erforderlich. Die Invalidenversicherung übernimmt die Kosten von Massnahmen pädagogisch-therapeutischer Art, die zur Vorbereitung auf den Volks- bzw. Sonderschulunterricht oder begleitend dazu erforderlich sind (Art. 8ter und 10 IVV).

279 Die Leistungspflicht der IV besteht nur dann, wenn der Leistungserbringer nach der SZV zugelassen ist. 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 (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 [U 23/05] = HAVE 2006, S. 238 [Bemerkungen von Hardy Landolt] = VersR 2005, S. 1593).

280 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 (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 [U 23/05] = HAVE 2006, S. 238 [Bemerkungen von Hardy Landolt] = VersR 2005, S. 1593).

5) Überwachung und Präsenz

281 Die Gesundheitsbeeinträchtigung kann eine *Überwachungsbedürftigkeit* des Geschädigten zur Folge haben. Dies trifft namentlich bei urteilsunfähigen und bei hirngeschädigten oder bewegungsunfähigen Personen zu. Der

Überwachungs- und Präsenzzeitaufwand ist ebenfalls entschädigungspflichtig (Urteile 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V [Präsenzzeitaufwand der Mutter von täglich 4,5 Stunden] sowie OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 [5,5 Stunden pro Tag] und vom 13.10.2004 [11 03 117] i.S. Erben von M. M. E. 4.3).

Das Ausmass der Entschädigungspflicht für den verletzungsbedingten Präsenzzeitaufwand ist in Übereinstimming mit dem *arbeitsvertraglichen Lohnanspruch für Bereitschaftsdienst* zu bestimmen. Als Bereitschaftsdienste gelten der Pikettdienst in und ausserhalb des Betriebes sowie die «Arbeit auf Abruf». Die Entlöhnung der Wartezeit im Rahmen der verschiedenen Formen des Bereitschaftsdienstes richtet sich *nicht* nach dem Arbeitsgesetz (siehe Art. 14 f. ArGV 1), sondern nach dem Obligationenrecht und allfälligen öffentlich-rechtlichen Besoldungsrichtlinien (dazu Wegleitung des Seco zu Art. 14 f. ArGV 1). 282

Die *Wartezeit im Betrieb* bei einem Pikettdienst im Betrieb ist zu entlöhnen, wenn der Arbeitgeber mit der Zuweisung von Arbeit in Verzug ist (Art. 324 OR) oder die Wartezeit die eigentliche Arbeitsleistung darstellt. Die Wartezeit ausserhalb des Betriebes gilt – bei Pikettdienst ausserhalb des Betriebes – arbeitsschutzrechtlich gestützt auf Art. 15 Abs. 2 ArGV zwar nicht als Arbeitszeit, gleichwohl geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einer *eingeschränkten Lohnpflicht für Wartezeiten, die der Arbeitnehmer bei sich Zuhause* verbringt, aus (BGE 124 III 249 E. 3b). 283

Die Wartezeit des Arbeitnehmers bei sich Zuhause muss nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlöhnt werden. Geht weder aus dem Einzel- noch aus einem Kollektivarbeitsvertrag hervor, wie hoch die Entschädigung sein soll, schuldet der Arbeitgeber das, was üblich bzw. billig ist (BGE 124 III 249 E. 3b). Der Bundesratsbeschluss über den *Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal* vom 23.12.1971 sieht in Art. 10 Abs. 3 eine *volle Entlöhnung der Rufbereitschaft* vor, lässt dem Arbeitgeber aber die Möglichkeit, die Zuhause verbrachte Wartezeit durch angemessene, den Verhältnissen Rechnung tragende Freizeit auszugleichen. 284

Je nach den konkreten Betreuungs- und Pflegeverhältnissen sind bei Schwerstverletzten *verschiedene Arbeitsformen* denkbar: 285

- Der hilfsbedürftige Geschädigte kann einen Arbeitnehmer anstellen, damit dieser ihn bei sich Zuhause betreut und pflegt. Eine allfällige 286

Wartezeit des Arbeitnehmers, z.B. im Rahmen einer Sitz- bzw. Nachtwache, stellt in einem solchen Fall Arbeitszeit dar und muss entlöhnt werden. Der Geschädigte kann jedoch dem Arbeitnehmer im Rahmen des abgeschlossenen Betreuungs- und Pflegevertrages andere Arbeiten, z.B. Hausarbeiten, zuweisen und Pausen anordnen.

287 • Ist der Arbeitnehmer, der den Geschädigten bei sich zu Hause betreut und pflegt, zusätzlich in seiner Freizeit, z.B. an Wochenenden, in Rufbereitschaft, um bei einem Notfall tätig zu werden, liegt ein eigentlicher Pikettdienst neben der normalen Arbeit vor. Die Wartezeit des Arbeitnehmers bei sich zu Hause ist in diesem Fall nur angemessen zu entschädigen, gilt aber nach dem Arbeitsgesetz uneingeschränkt als Arbeitszeit. Voll zu entschädigen sind aber die effektiven Arbeitszeiten im Rahmen der geleisteten Piketteinsätze.

288 • Der hilfsbedürftige Geschädigte kann einen Arbeitnehmer ferner auf Abruf beschäftigen. In diesem Fall benötigt der Geschädigte sporadisch Hilfe. Die effektiv beim Geschädigten zu Hause geleistete Arbeits- bzw. Wartezeit ist wie im vorstehenden ersten Fall vollumfänglich, die vom Arbeitnehmer bei sich zu Hause absolvierte Wartezeit nur angemessen zu entlöhnen.

289 • Denkbar ist schliesslich, dass der Arbeitnehmer ersatzweise bzw. temporär, z.B. an Wochenenden oder während der Ferien des Hauptbetreuers, beschäftigt wird. Je nach der konkreten Situation sind alle bzw. Kombinationen der vorstehend beschriebenen Arbeitsformen vorstellbar.

290 Der *verletzungsbedingte Präsenzzeitaufwand* ist mit dem *Pikettdienst im Betrieb* vergleichbar. Entsprechend ist von der *Entschädigungspflicht der gesamten Wartezeit* auszugehen. Ein Teil der Lehre und die kantonale Rechtsprechung vertreten die Auffassung, dass der Präsenzzeitaufwand generell nur zur Hälfte abzugelten sei, sei es, dass nur der hälftige Zeitaufwand als entschädigungspflichtig betrachtet oder die monetäre Bewertung des Präsenzzeitaufwands mit einem reduzierten bzw. dem hälftigen beim Haushaltschaden anwendbaren Stundenansatz bewertet wird (KAUFMANN D. N., Hilfeleistungskosten, S. 123 ff., 126 und 128, und HUBER C., Schadensberechnung, S. 375 f., sowie Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 [Heranziehung des hälftigen Präsenzzeitaufwands] und OGer LU vom 13.10.2004 [11 03 117] i.S. Erben von M. M. E. 4.3.4 [Präsenzzeitstundenansatz entspricht 44% des Betreuungsstundenansatzes]).

Wird von vornherein nur die Hälfte des Präsenzzeitaufwands als entschädigungspflichtig betrachtet, erhält der Geschädigte u.U. nicht die mutmasslichen Lohnkosten ersetzt, die er benötigt, um Ersatzkräfte gesetzeskonform entschädigen zu können. Ob und inwieweit der Präsenzzeitaufwand zu entschädigen ist, hängt letztlich von der im konkreten Einzelfall erforderlichen Präsenzzeitarbeit ab und wie diese arbeitsvertraglich zu entlöhnen ist. Dementsprechend ist auch der Präsenzzeitschaden zu bestimmen. 291

6) Hauswirtschaftliche Leistungen

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 und mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden kumulierbar (infra N 1283 ff.). 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. 292

Der hauswirtschaftliche Mehraufwand im Invalidenhaushalt ist – zusätzlich zum Haushaltschaden – entschädigungspflichtig (unklar 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V [Hilfe bei der Führung eines Einpersonenhaushalts im Umfang von 18,5 Stunden pro Woche]). 293

Ein *hauswirtschaftlicher Mehraufwand* ist nur solange möglich, als der Geschädigte zu Hause betreut wird. Ein Mehraufwand fällt weg, wenn der Geschädigte in einem Spital bzw. Heim betreut und gepflegt werden muss (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 5). In diesem Fall ist allenfalls ein Besuchsschaden zu berücksichtigen (supra N 149 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 294

7) Hilfsmittelunterhalt

Ist der Geschädigte auf die Benützung von Hilfsmitteln, insbesondere eines Rollstuhles, angewiesen, fallen nicht nur Unterhalts- und Reparatur- 295

kosten, sondern auch ein zeitlicher Unterhaltsbedarf an, wenn die Hilfsmittel geputzt oder zur Reparatur gebracht werden müssen. Die Sozialversicherer sehen unterschiedliche Regelungen vor, übernehmen in der Regel aber nur eigentliche Reparaturkosten (Art. 7 Abs. 2 und 3 HVI sowie Art. 6 Abs. 2 und 3 HVUV). Der Haftpflichtige hat die ungedeckten Unterhalts- bzw. Reparaturkosten und den zeitlichen Unterhaltsbedarf zu entschädigen.

c. Ersatzfähiger Zeitaufwand

i. Aktueller Betreuungs- und Pflegeaufwand

1) Allgemeines

296 Der verletzungsbedingte Betreuungs- und Pflegemehraufwand fällt je nach den Verletzungsfolgen in zeitlicher Hinsicht unterschiedlich an. Täglich wiederkehrend sind Leistungen aus dem Bereich Pflege und Betreuung, Hauswirtschaft und Präsenz. Gewisse Leistungen fallen wöchentlich unregelmässig, aber immer an, z.B. die Notdurftverrichtung bzw. Inkontinenzpflege oder Physiotherapie. Ein wöchentlicher Mehrbedarf entsteht sodann im Zusammenhang mit ausserhäuslicher, insbesondere freizeitbedingter Betreuung und Begleitung. Ausnahmsweise Inkontinenz kann alle paar Monate einen zusätzlichen Pflege- und ferner einen hauswirtschaftlichen Mehraufwand verursachen. Ein Mehraufwand entsteht sodann im Zusammenhang mit einem Entlastungsurlaub der pflegenden Angehörigen (LANDOLT H., Pflegerecht II, N 743 und 904).

2) Sozialversicherungsrechtliche Bedarfsabklärung

297 Der *Behandlungs- und Grundpflegeaufwand* wird in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht im Rahmen einer Bedarfsabklärung durch eine *anerkannte Pflegefachperson in Zusammenarbeit mit dem Arzt* festgestellt. Zuständig für die Pflegebedarfsfeststellung sind Pflegefachpersonen (Art. 49 KVV), Spitex-Organisationen (Art. 51 KVV) und Pflegeheime. Der zuständige Arzt hat die konkreten Pflegemassnahmen anzuordnen (Art. 10 Abs. 1 lit. a UVG, Art. 18 Abs. 1 UVV, Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG und Art. 7 f. KLV sowie Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG).

Der *Betreuungsbedarf in Bezug auf die für die Hilflosenentschädigung massgeblichen Funktionsdefizite* wird von der IV bzw. dem Unfallversicherer von Amtes wegen festgestellt. Die IV-Stelle unterbreitet das einschlägige Abklärungsformular (Formular 5420) dem behandelnden Arzt. Gestützt auf dessen Angaben wird die Stellungnahme des RAD eingeholt. Dieser stellt der IV-Stelle einen schriftlichen Bericht mit den Ergebnissen der medizinischen Prüfung und einer Empfehlung betreffend der weiteren Bearbeitung des Leistungsbegehrens aus ärztlicher Sicht zu. Die IV-Stelle holt im Anschluss allfällige ergänzende ärztliche Berichte ein (Ziff. 8131 KSIH) und nimmt zudem eine Abklärung an Ort und Stelle vor (Art. 69 Abs. 2 IVV und Ziff. 8133 KSIH). 298

Das EVG geht davon aus, dass die *Abklärung an Ort und Stelle* die geeignete Vorkehr für die Ermittlung des massgeblichen Bedarfs ist. Dem Abklärungsbericht kommt dann voller Beweiswert zu, wenn *als Berichterstatter/-in eine qualifizierte Person* wirkt, die Kenntnis der örtlichen und räumlichen Verhältnisse sowie der aus den seitens der Mediziner gestellten Diagnosen sich ergebenden Beeinträchtigungen und Behinderungen der pflegebedürftigen Person hat (statt vieler BGE 128 V 93 E. 4 und Urteil EVG vom 02.06.2003 [I 610/01] E. 2.1). Der Abklärungsbericht muss dabei nicht zwingend durch eine versicherungsexterne Person vorgenommen werden. Allein die Tatsache, dass ein Bericht durch eine interne Abklärungsstelle der IV verfasst wird, lässt praxisgemäss nicht auf mangelnde Objektivität und Befangenheit schliessen (statt vieler BGE 120 V 364 E. 3a und Urteil EVG vom 04.06.2003 [I 494/01] E. 2.2). 299

Das EVG hat ferner inhaltliche Anforderungen aufgestellt, denen der Bedarfsbericht zu genügen hat. Im Abklärungsbericht sind nicht nur die *örtlichen und räumlichen Verhältnisse* sowie aus den medizinischen Diagnosen sich ergebenden *Beeinträchtigungen und Behinderungen der pflegebedürftigen Person* zu erwähnen. Ebenso sind die *Angaben der die Pflege Leistenden* zu berücksichtigen, wobei divergierende Meinungen der Beteiligten im Bericht aufzuzeigen sind. Der Berichtstext muss schliesslich *plausibel, begründet und detailliert* bezüglich der einzelnen, konkret in Frage stehenden Massnahmen der Behandlungs- und Grundpflege sein und in *Übereinstimmung mit den an Ort und Stelle erhobenen Angaben* stehen (statt vieler BGE 128 V 93 E. 4 und Urteil EVG vom 02.06.2003 [I 610/01] E. 2.1). 300

3) Haftpflichtrechtliche Bedarfsabklärung

301 In Anlehnung an diese höchstrichterlichen Vorgaben für die sozialversicherungsrechtliche Bedarfsabklärung ist auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht ein *qualifiziertes Aufwandgutachten* zu fordern. Praxisgemäss erfolgt denn auch in Betreuungs- und Pflegeschadenfällen eine *ärztliche Begutachtung* (Urteile HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2 [Gutachten Klinik Valens], AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.5.1 [Gutachten Inselspital Bern] und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb [Arztgutachten]).

302 Das *Pflegeaufwandgutachten* hat sowohl medizinisch-theoretische Feststellungen eines Arztes (Gesundheitszustand, Notwendigkeit des Betreuungs- und Pflegebedarfs etc.; ferner Urteil OGer LU vom 13.10.2004 [11 03 117] E. 3.4 [zur Relevanz eines privaten Arztgutachtens]) als auch pflegerische Feststellungen (Art und Umfang der notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, anwendbarer Pflegestundenansatz etc.) einer diplomierten Pflegefachperson oder einer Spitex-Organisation (analog Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 KLV) zu enthalten (weiterführend LANDOLT H., Pflegerecht I, N 99 ff., und LANDOLT H., Pflegesicherungssystem, N 157 ff.).

303 Liegt ein sozialversicherungsrechtliches Bedarfsgutachten vor, ist zu beachten, dass darin nur der *Zeitbedarf in Bezug auf die im fraglichen Sozialversicherungsbereich versicherten Betreuungs- und Pflegeleistungen*, nicht aber der gesamte Zeitbedarf der nach Art. 46 OR entschädigungspflichtigen Betreuungs- und Pflegeleistungen festgehalten wird. Die *krankversicherungsrechtliche Bedarfsabklärung* z.B. umfasst nur den Bedarf der in Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV aufgeführten 14 Massnahmen der Untersuchung und Behandlungspflege sowie den nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV versicherten Grundpflegebedarf (dazu LANDOLT H., Pflegerecht II, N 1130 ff. und 1260 ff.).

304 Im Rahmen der *invaliden- und unfallversicherungsrechtlichen Bedarfsabklärung* wird der gesamte Behandlungspflegebedarf und der Betreuungsbedarf in Bezug auf die für die Hilflosenentschädigung massgeblichen Funktionsdefizite (dazu LANDOLT H., Pflegerecht II, N 1090 ff., 1160 ff. und 1245 ff.), nicht aber der Grundpflege- und der übrige Mehrbedarf (hauswirtschaftlicher Mehrbedarf, Betreuung und Präsenz etc.) festgestellt.

Entsprechend ist der Zeitaufwand für die nicht erfassten, aber nach Art. 46 OR zu entschädigenden Betreuungs- und Pflegeleistungen im konkreten Einzelfall zusätzlich zu ermitteln.

ii. Zukünftiger Betreuungs- und Pflegeaufwand

Der zukünftige Betreuungs- und Pflegeaufwand kann, muss aber nicht mit dem aktuellen Zeitaufwand übereinstimmen. Einem zukünftigen *Wechsel der Pflegeform*, z.B. einem Heimübertritt, oder einer überwiegend wahrscheinlichen *Veränderung des zeitlichen Betreuungs- und Pflegebedarfs* ist Rechnung zu tragen. Verschiedene Umstände können zu einer Erhöhung bzw. Verringerung des Betreuungs- und Pflegeaufwands führen. Zu nennen sind z.B.: 305

- der *Wegfall der pflegenden Angehörigen* (Tod, Alter, Scheidung; Urteil HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/2.4 und BGE 28 II 200 E. 5), 306
- eine *Verschlechterung des Gesundheitszustandes beim Verletzten* (z.B. Blasen- und Nierenprobleme, Dekubitus, Osteoporose etc.; Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.5.1 [abgelehnt mangels ungenügender Substantiierung]), 307
- die *Aufnahme einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit* oder 308
- die *Begründung eines eigenen Haushalts* (Urteile BezGer March vom 21.08.1997 [BZ 95 67], S. 8 und BGer vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489). 309

Bei schwerverletzten Geschädigten, die von Angehörigen gepflegt und betreut werden, geht die Rechtsprechung davon aus, dass *Eltern bis zum 70. Altersjahr* in der Lage sind, die Betreuung und Pflege zu Hause zu erbringen (Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] = plädoyer 2001/6, S. 66 = plädoyer 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 0 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI), bzw. das *Kind bis zu seinem 30. Lebensalter* von den Eltern gepflegt wird (Urteil BezGer March vom 21.08.1997 [BZ 95 67], S. 8 ff.; bestätigt durch Urteil BGer vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489). 310

311 Wird der Geschädigte von anderen Angehörigen gepflegt, sind diese Altersgrenzen analog anwendbar. Mit Erreichen dieser *Altersgrenzen* ist in jedem Fall von einem Heimübertritt auszugehen. Es darf nicht angenommen werden, dass der wegfallende Elternteil durch ein Geschwister oder andere Angehörige ersetzt und die (billigere) Hauspflege fortgesetzt wird (Urteil HGer ZH vom 12.6.2001 [E01/0/HG950440] = plädoyer 2001/6, S. 66 = plädoyer 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI). Steht ein Heimübertritt kurz bevor, rechtfertigt es sich, die mutmasslich ungedeckten Heimkosten bereits von allem Anfang an heranzuziehen (BGE 28 II 200 E. 5).

312 Ein *vorzeitiger Heimübertritt* ist zu beachten. Der pflegende Angehörige kann aus anderen Gründen, z.B. Tod, Krankheit oder Heirat, wegfallen. Bei Ehegatten ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Ehe vor dem Tod des Geschädigten, sei es durch Tod des pflegenden Ehegatten oder auf andere Weise, aufgelöst werden kann (BGE 28 II 200 E. 5). Es müssen deshalb nicht nur die *Sterbe-*, sondern auch die *Scheidungs- bzw. Trennungswahrscheinlichkeit* berücksichtigt werden. Fehlen konkrete Anhaltspunkte für eine baldige Auflösung der Ehegemeinschaft, ist anhand der *statistischen Restehedauer* der Zeitpunkt des mutmasslichen Heimübertritts zu bestimmen. Ab diesem Zeitpunkt sind dem Geschädigten die mutmasslichen Heimpflegekosten zu ersetzen.

iii. Ohnehinaufwand

1) Allgemeines

313 Betreuungs- und Pflegeleistungen, die ohnehin, d.h. ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses, erbracht worden wären, z.B. die Mithilfe des Ehemannes beim Eincremen der Ehefrau (Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1), sind nicht ersatzfähig.

2) Ohnehinaufwand bei Kindern

a) Allgemeines

314 Ein Ohnehinaufwand liegt namentlich bei kleinen Kindern vor, die verletzungsbedingt Hilfe benötigen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge

aber ohnehin der Hilfe und Betreuung durch Eltern bedurft hätten. Ersatzpflichtig ist in solchen Fällen nur der *verletzungsbedingte Mehraufwand* (siehe Art. 39 Abs. 2 IVV).

Bei Kindern, namentlich auch Säuglingen, besteht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kein *Behandlungspflegebedarf* nach der Geburt, weshalb der verletzungsbedingte Bedarf an Behandlungspflege vollumfänglich zu entschädigen ist. Abgrenzungsprobleme stellen sich demgegenüber in den drei Bereichen *Grundpflege, Betreuung und Präsenz*, da Kleinkinder alltägliche Lebensverrichtungen nicht selbstständig ausführen können und überwacht werden müssen. 315

b) Ohnehinaufwand gemäss KSIH

Das Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) umschreibt den diesbezüglichen Mehraufwand – im Zusammenhang mit der Bestimmung der Hilflosigkeit – wie folgt (Anhang III KSIH): 316

- *An- und Auskleiden*: Mit *3 Jahren* kann sich ein Kind an- und ausziehen, wobei es für einzelne Handreichungen, wie Knöpfe öffnen und schliessen, auf Hilfe angewiesen ist. Die Schuhe zieht es am richtigen Fuss an, merkt sich die Vorder- und Rückseite der Kleider. Mit *6 Jahren* kann es die Schuhe binden (massgebend bei Kindern, welche behinderungsbedingt Schnürschuhe tragen müssen). Ein Mehraufwand wird anerkannt beim Anlegen von Prothesen, insbesondere bei starker Spastizität (z.B. CP). 317
- *Aufstehen, Absitzen und Abliegen*: Mit *10 Monaten* sitzt das Kind recht gut frei (am Boden und auf dem Schoss der Mutter) und in seinem Kinderstuhl besonders sicher. Mit *14 Monaten* steht es ohne Hilfe auf. Mit *23 Monaten* setzt es sich allein auf einen Stuhl oder an den Tisch. Als Mehraufwand *ab 4 Jahren* gilt ein regelmässiges Aufstehen nachts, um das Kind anzubinden. 318
- *Essen*: Mit *20 Monaten* kann das Kind zuverlässig mit dem Löffel umgehen und ebenso mit der Tasse, die es aufhebt und wieder hinstellt, wenn es daraus getrunken hat. Mit *2 1/2 Jahren* braucht es beim Essen von zerkleinerter Nahrung nur noch selten Hilfe. Mit *5 1/2 Jahren* kann es die Speisen selber zerkleinern (ausgenommen Fleisch). Der Umgang mit dem Besteck bereitet keine Probleme mehr. Mit *8 Jahren* isst das Kind selbstständig inkl. Fleisch zerkleinern. Als Mehraufwand zu be- 319

rücksichtigen sind: pürierte Nahrung, Breinahrung, Sondenernährung, Überwachung wegen Erstickungsgefahr beim Essen (z.B. bei Epilepsie, ZAK 1986, S. 484) oder das Zubereitenmüssen vermehrter Mahlzeiten (z.B. bei Stoffwechsel- und Magendarmkrankheiten).

320 • *Waschen, Kämmen, Baden/Duschen*: Mit 6 Jahren lässt sich das Kind bei der Körperpflege nicht mehr gerne helfen. Kontrolle ist jedoch noch nötig. Haarewaschen und Kämmen ist noch nicht selbstständig möglich. Als Mehraufwand ab *3 Jahren* anerkannt ist bei Schwerstbehinderten (Lähmungen, CP), wenn zwei Personen zum Baden erforderlich sind, weil das Kind nicht selber in der Wanne sitzen und beim Waschen nicht mithelfen kann, und bei Epileptikern für die persönliche Überwachung (Ertrinkungsgefahr beim Baden oder sturzbedingte Verletzungsgefahr beim Duschen).

321 • *Verrichten der Notdurft*: Mit *2 1/2 Jahren* benötigt das Kind tagsüber mehrheitlich keine Windeln mehr. Mit *4 Jahren* sind nachts keine Windeln mehr erforderlich, da in der Regel nicht mehr genässt wird. Mit *6 Jahren* kann sich das Kind selber reinigen (Kindergartenalter). Als Mehraufwand zu berücksichtigen sind: manuelle Darmausräumung, regelmässiges Katheterisieren, tägliche Massagen der Bauchdecke, zeitaufwendige Einläufe, überaus häufiges Wechseln der Windeln wegen auf die Einnahme von Antibiotika zurückzuführenden Pilzbefalls, erschwertes Wickeln bedingt durch die hohe Spastizität bereits ab 2. Altersjahr (ZAK 1989, S. 173).

322 In Anlehung an diese verwaltungsinterne Weisung ist davon auszugehen, dass ein *Grundpflegeschaden* in den ersten neun Lebensmonaten gänzlich ausgeschlossen ist. In der Zeitspanne zwischen zehn Monaten und dem achten Lebensjahr kommt ein Grundpflegeschaden in Frage, doch muss ein angemessener *Ohnehinaufwandabzug* gemacht werden. Nach Erreichen des achten Lebensjahrs ist ein Abzug nicht mehr gerechtfertigt. Der Ohnehinabzug ist schematisch vorzunehmen: im ersten Lebensjahr 7/7, im zweiten Lebensjahr 6/7, im dritten Lebensjahr 5/7, im vierten Lebensjahr 4/7, im fünften Lebensjahr 3/7, im sechsten Lebensjahr 2/7 und im siebten Lebensjahr 1/7 des gesamten Betreuungs- und Grundpflegeaufwands.

323 Ab dem achten Lebensjahr erbringen Eltern für ihre Kinder erfahrungsgemäss *Betreuungs- und hauswirtschaftliche Leistungen*. Der diesbezügliche Aufwand kann nicht als Betreuungsschaden geltend gemacht werden. Soweit ersichtlich existiert keine gefestigte Rechtsprechung zum Ohnehin-Betreuungsaufwand von Kindern. Als entschädigungspflichtig ist der *verletzungsbedingte Zeitaufwand für Therapie- und Schulwegbegleitung*

(Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 10) und die *schulische Betreuung* (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 [U 23/05] = HAVE 2006, S. 238 [Bemerkungen von Hardy Landolt] = VersR 2005, S. 1593) anerkannt.

c) Ohnehinaufwand gemäss SAKE

Der Ohnehinaufwand bei Kindern kann auch durch eine *Gegenüberstellung des Gesamtkinderversorgungsaufwands vor und nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses* ermittelt werden. Der durchschnittliche Gesamtkinderversorgungsaufwand vor Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses lässt sich anhand der SAKE-Erhebung (infra N 1063 ff.) bestimmen. Diesem ist der tatsächliche Gesamtkinderversorgungsaufwand nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses gegenüberzustellen. 324

Kinderversorgungsaufwand gemäss SAKE 2004: 325

	Essen geben, waschen, ins Bett bringen	*Spielen, Hausaufgaben machen*	*Begleitung, Transport*
Alleinerziehende Mütter – ein Kind (T 2.5.1)	8,4	10,8	1,0
Alleinerziehende Väter – ein Kind (T 2.5.2)	()	5,9	1,3
Alleinerziehende Mütter – zwei und mehr Kinder (T 2.5.1)	7,4	9,2	1,5
Alleinerziehende Väter – zwei und mehr Kinder (T 2.5.2)	()	4,5	0,5
Familienhaushalt mit einem Kind – Mütter (T 2.3.1)	12,1	12,1	1,4
Familienhaushalt mit einem Kind – Väter (T 2.4.1)	5,4	8,6	1,0
Familienhaushalt mit zwei Kindern – Mütter (T 2.3.2)	8,6	10,7	1,4
Familienhaushalt mit zwei Kindern – Väter (T 2.4.2)	4,2	7,9	0,9
Familienhaushalt mit drei und mehr Kindern – Mütter (T 2.3.3)	8,0	9,8	1,7
Familienhaushalt mit drei und mehr Kindern – Väter (T 2.4.3)	3,2	6,8	1,0

3) Ohnehinaufwand bei Erwachsenen

326 Die Problematik des Ohnehinaufwands stellt sich auch bei Erwachsenen. Dienstleistungen, die im innerehelichen Verhältnis bzw. im innerfamiliären Verhältnis auch ohne das haftungsbegründende Ereignis erbracht worden wären, sind nicht ersatzfähig (Urteil BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1 [Mithilfe des Ehemannes beim Eincremen der Ehefrau]; ferner Urteil EVG vom 21.06.2006 [K 156/04] E. 4.2).

327 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 den Vorzustand nachteilig beeinflusst, ist eine allfällige Reduktion nach den für die *konstitutionelle Prädisposition* geltenden Schadenersatzregeln zu beurteilen (dazu Urteil BGer vom 15.01.2002 [4C.215/2001] = Pra 2002 Nr. 151 = plädoyer 2002/2, S. 59 = HAVE 2002, S. 138 = HAVE 2002, S. 302 [Bemerkungen von Stefan A. Dettwiler] = HAVE 2002, S. 382 [Bemerkungen von Sabine Porchet] E. 3a).

328 War der Geschädigte im Zeitpunkt der Verletzung nicht hilfsbedürftig, stellt sich die Frage, ob ein Azug vorzunehmen ist, weil alterungsbedingt eine Hilfsbedürftigkeit ohnehin eingetreten wäre (zur überholenden Kausalität siehe BGE 115 II 440 E. 4a). Ist von einer *Ohnehinbedürftigkeit* auszugehen, besteht mangels eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs keine Ersatzpflicht (exemplarisch Urteil OGer LU vom 13.10.2004 [11 03 117] E. 3.4 und 3.5 [Altersdemenz, die innerhalb 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte]).

329 Eine bloss *theoretische Betreuungs- bzw. Pflegewahrscheinlichkeit* genügt nicht (Urteil OLG Hamm vom 12.02.1998 [6 U 64/97] = MDR 1998, S. 902). Ein Abzug ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Geschädigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin betreuungs- oder pflegebedürftig geworden wäre. 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%; dazu SCHÖN-BAUMANN J., Pflegeleistungen, S. 274 ff., 275), weshalb ein Abzug mangels überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Regel nicht gerechtfertigt ist.

iv. Kognition des Bundesgerichts

Das Bundesgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Gerichts in Bezug auf den Betreuungs- und Pflegeaufwand gebunden (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/dd und vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489). 330

III. Schadenberechnung

1. Spitalpflegeschaden

Der Spitalpflegeschaden besteht in den von den privaten Schaden- und Sozialversicherern nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei einem Spitalaufenthalt entstehen. Bei einem Spitalaufenthalt sind nicht nur die eigentliche Heilbehandlung, sondern auch Pflege, Betreuung sowie Kost und Logis obligatorisch versichert (Art. 25 Abs. 2 lit. a und e KVG soaiw Art. 10 Abs. 1 lit. c UVG). Beim Geschädigten fallen nur Franchise und Selbstbehalt an. Diese sind vom Haftpflichtigen zu entschädigen, wobei eingesparte Lebenshaltungskosten in Abzug zu bringen sind (supra N 227). Zu entschädigen ist schliesslich ein allfälliger Besuchsschaden von Angehörigen (supra N 139 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 331

2. Heimpflegeschaden

a. Allgemeines

Der Heimpflegeschaden besteht in den von den privaten Schaden- und Sozialversicherern nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei einem Heimaufenthalt entstehen, sowie in den Besuchskosten der Angehörigen (supra N 149 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). Die Heimkosten setzen sich aus einer *Pensions- und einer Pflegetaxe* zusammen. Mit der Pflegetaxe werden die versicherten Behandlungs- und Grundpflegeleistungen erfasst (Art. 9a Abs. 2 KLV), während mit der Pensionstaxe die übrigen Aufenthaltskosten abgerechnet werden. 332

333 Der Unfallversicherer ist im Umfang von Art. 21 UVG zur Übernahme der Heimpflegekosten verpflichtet (LANDOLT H., Pflegerecht II, N 1192 ff.), während der Krankenversicherer die Kosten für die versicherten Behandlungs- und Grundpflegeleistungen (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG und Art. 7 f. KLV) gemäss dem geltenden Rahmentarif zu übernehmen hat (Art. 9a Abs. 2 KLV), sofern das fragliche Pflegeheim nicht eine einheitliche Kostenstellenrechnung führt (siehe dazu VKL).

b. Aufgelaufener Heimpflegeschaden

334 Als Folge des Tarifschutzes (Art. 44 KVG) können dem Geschädigten für versicherte Pflegeleistungen keine ungedeckten Kosten entstehen. Er hat sich vielmehr mit *Kostenbeteiligungen* (Selbstbehalten und Franchise) an den vom jeweiligen Sozialversicherer getragenen Pflegekosten zu beteiligen. Die *Kosten für Nichtpflichtleistungen*, z.B. Pensionskosten oder Kosten für ausserordentliche Dienstleistungen Dritter, die nicht in der Pflegetaxe eingeschlossen sind, gehen zu Lasten des Geschädigten und sind vom Ersatzpflichtigen zu ersetzen, wobei die eingesparten Lebenshaltungskosten in Abzug zu bringen sind (supra N 227).

335 Die Berechnung der ungedeckten Heimkosten ist solcherart komplex (exemplarisch 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI):

336 • In einem ersten Schritt sind die vom Geschädigten im Urteilszeitpunkt zu bezahlenden *Pensions- und Pflegetaxen* sowie allfällige weitere Auslagen zu ermitteln.

337 • Von diesem Betrag sind die vom *Unfall- bzw. Krankenversicherer übernommenen Versicherungsleistunge*n als Folge der Subrogation des Sozialversicherers in Abzug zu bringen.

338 • Sofern der Geschädigte durch den Heimaufenthalt *Lebenshaltungskosten* einspart oder später ohnehin Heimpflegekosten angefallen wären, sind diese ebenfalls anzurechnen.

339 Der verbleibende Differenzbetrag ist vom Ersatzpflichtigen zu ersetzen, soweit die Heimpflegekosten notwendig und angemessen sind. Je nach der jeweiligen Veränderung der verschiedenen Kostenstellen erhöht bzw. vermindert sich der ersatzpflichtige *Heimpflegedirektschaden* vom Zeitpunkt des Heimeintritts bis zum Urteilszeitpunkt.

c. Zukünftiger Heimpflegeschaden

i. Allgemeines

Die zukünftigen Heimkosten, die im Zeitpunkt des mutmasslichen Heimübertritts entstehen, sind ausgehend von den *tatsächlichen Heimkosten im Urteilszeitpunkt* zu berechnen. Der Richter muss dabei die *mutmassliche Kostensteigerung* der Pflege- und Pensionstaxe sowie die in Abzug zu bringenden Lebenshaltungskosten und die mutmassliche *Veränderung in der sozialversicherungsrechtlichen Leistungsordnung* berücksichtigen. 340

ii. Zukünftige Teuerung der Heimpflegekosten

Die zukünftige Teuerung der einzelnen Kostenarten verläuft unterschiedlich. Bei den von den Sozialversicherern nicht gedeckten *Pensionskosten* kann davon ausgegangen werden, dass sie sich wie die allgemeinen Lebenshaltungskosten verändern. Entsprechend ist auf den LIKP abzustellen (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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI). 341

Die *Behandlungs- bzw. Gesundheitskosten* sind in der Vergangenheit stärker als die Konsumentenpreise und Löhne gestiegen (supra N 266 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). Bei den Pflegekosten lässt sich zudem eine noch höhere Teuerungsrate als bei den allgemeinen Gesundheitskosten feststellen. Von 1995 bis 2002 stiegen die Heimpflegekosten um 5,2% pro Jahr (Ziff. 1.2.2 Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16.02.2005). 342

In Anbetracht der durchschnittlichen Teuerungsrate der Heimpflegekosten von jährlich rund 5% und der allgemeinen Teuerung von 1–2% wäre der Kapitalisierungszinssatz von 3,5% an sich angemessen zu reduzieren (supra N 267 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). Eine Reduktion des Kapitalisierungszinses ist jedoch nur bei der *Regressberechnung* gerechtfertigt, da der Geschädigte im Zusammenhang mit der Pflegetaxe nach dem (noch) geltenden Sozialversicherungssystem nur Franchise und Selbstbehalt zu tragen hat. 343

Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Heimpflegekosten (Pensions- und Pflegekosten) bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die *allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten* ab 344

(Urteil HGer ZH vom 12.6.2001 [E01/0/HG950440] = plädoyer 2001/6, S. 66 = plädoyer 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI [5,5% p.a. bis 2017]), bindet die Heimpflegerente aber an den *Nominallohnindex* (Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] i.S. Kramis = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/3).

345 Diese Praxis ist in sich widersprüchlich, weil in Bezug auf dieselben Kosten nicht unterschiedliche Teuerungsraten gelten können. Der Gesundheitskostenanstieg betrifft die von den Sozialversicherern zu tragenden *Gesamtkosten*, nicht aber die *ungedeckten Heimkosten*, weshalb nicht auf die allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten abgestellt werden kann. Mangels eines einschlägigen Indexes hat die Hochrechnung mittels des Nominallonindexes zu erfolgen. Die Heimpflegeschadenrente ist ebenfalls an den Nominallohnindex anzubinden, weil die Lohnkosten des Heimpflegepersonals erfahrungsgemäss den grössten Ausgabenposten ausmachen und insoweit der Lohnanstieg auch den Heimkostenanstieg massgeblich beeinflusst.

3. Spitexpflegeschaden

a. Allgemeines

346 Der Spitexpflegeschaden umfasst die von den privaten Schaden- und Sozialversicherern nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei Hinzuziehen einer Spitex-Organisation (Art. 51 KVV), einer selbstständigen Pflegefachperson (Art. 49 KVV) oder einem anderen entgeltlich arbeitenden Dienstleistungserbringer entstehen (BGE 35 II 216). Der Beizug eines nicht anerkannten Leistungserbringers ist für die Entschädigungspflicht irrelevant (Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] i.S. Kramis = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2), wirft aber regressrechtliche Fragen auf (infra N 416 f.).

347 Die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Spitexkosten besteht für *Behandlungs- und Grundpflegeleistungen*, sofern diese von einem anerkannten Leistungserbringer erbracht werden (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG und Art. 7 f. KLV, Art. 10 Abs. 1 lit. a und Art. 21 UVG sowie Art. 18 Abs. 1 UVV und Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG). In der Unfallversicherung ist

nur die eigentliche Behandlungspflege versichert (BGE 116 V 41 E. 5–7). Sowohl von der Unfall- als auch der Krankenpflegeversicherung nicht gedeckt sind die Kosten für Betreuungsleistungen und hauswirtschaftliche Dienstleistungen (Art. 7 KLV und ferner LANDOLT H., Pflegerecht II, N 1292 ff.).

348 Eine der eigentlichen Spitexpflege nachempfundene sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für *Angehörigenpflege* kennen *Unfall- und Militärversicherung* (Art. 10 Abs. 3 UVG i.V.m. 18 UVV sowie Art. 16 MVG). Der Unfallversicherer kann Beiträge an die Hauspflege (dazu BGE 116 V 47 E. 5a) durch nicht zugelassene Personen, insbesondere Angehörige, gewähren (Art. 18 Abs. 2 UVV). Es besteht diesbezüglich aber kein Rechtsanspruch; Hauspflegebeiträge sind im «zurückhaltend auszuübenden Ermessen» des Versicherers zuzusprechen (BGE 116 V 41 E. 7c und Urteile EVG vom 24.04.2002 [U 479/00] E. 3, vom 14.07.2000 [U 297/99] E. 3, vom 17.12.1992 i.S. Sch. = RKUV 1993, S. 55 und vom 11.04.1990 i.S. B. = SUVA 1990/5, S. 9).

349 In der *Krankenversicherung* demgegenüber sind Angehörige, die selbst nicht die Zulassungsvoraussetzungen des KVG erfüllen, keine anerkannten Leistungserbringer (BGE 111 V 324). Es besteht deshalb für die Angehörigenpflege selbst gestützt auf die Austauschbefugnis keine Leistungspflicht (BGE 126 V 330 = RKUV 2000, S. 288 E. 1b). Spitex- und nicht Angehörigenpflege liegt aber vor, wenn die pflegenden Angehörigen von einer anerkannten Spitex-Organisation angestellt sind, was krankenversicherungsrechtlich möglich ist (Urteil EVG vom 21.06.2006 [K 156/04] E. 4).

b. Aufgelaufener Spitexpflegeschaden

i. Selbstbehalt und Franchise bei Pflichtleistungen

350 Die Kosten der versicherten Behandlungs- und Grundpflegeleistungen werden vom jeweiligen Sozialversicherer nach Massgabe der einschlägigen Spitextarife übernommen (für die Krankenversicherung: Art. 43 ff. KVG, Art. 59a ff. KVV und Art. 9a Abs. 1 KLV). Der Geschädigte muss sich an den Kosten für Pflichtleistungen des Krankenversicherers mit *Selbstbehalt und Franchise* beteiligen; ist der Unfallversicherer leistungspflichtig, besteht keine Kostenbeteiligung.

351 Die *gesetzlichen Rahmentarife* betragen für Massnahmen der Grundpflege in einfachen und stabilen Situationen Fr. 30.– bis Fr. 47.– pro Stunde, für Massnahmen der Grundpflege in instabilen und komplexen Situationen sowie für Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung Fr. 45.– bis Fr. 68.– pro Stunde sowie für Massnahmen der Abklärung und Beratung Fr. 50.– bis Fr. 73.– pro Stunde (Art. 9a Abs. 1 lit. a–c KLV [Stand: 01.01.2007]).

352 Die *kantonalen Pflegetarife* bzw. Verbandstarife (z.B. gemäss Vertrag zwischen Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger) variieren innerhalb dieses Rahmentarifs nicht unwesentlich; der (verrechnete) Pflegestundenansatz im gesamtschweizerischen Durchschnitt betrug 2005 rund Fr. 55.– bzw. variierte innerhalb der Kantone zwischen knapp über Fr. 40.– (JU) bis über Fr. 70.– (NE) (BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Spitex-Statistik 2005, Bern 2006, S. 27, Grafik 8.9).

ii. Tatsächliche Kosten von Nichtpflichtleistungen

353 Die Nichtpflichtleistungen umfassen hauswirtschaftliche Leistungen und eine Vielzahl von anderen Leistungen (Mahlzeitendienst, ausserhäusliche Begleitung etc.). Der Geschädigte muss die *Kosten von Nichtpflichtleistungen* selber tragen; allenfalls übernimmt eine private Pflegeversicherung einen Teil dieser Kosten. Vom Haftpflichtigen sind die ungedeckten Kosten für notwendige Dienstleistungen zu übernehmen (Urteil HGer ZH vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] i.S. Kramis = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2). Sind die tatsächlichen Kosten unbekannt, ist auf die im mutmasslichen Wohnkanton üblichen Kosten abzustellen.

354 Der im Jahr 2005 von Spitex-Organisationen für hauswirtschaftliche Dienstleistungen verrechnete Stundenansatz lag im gesamtschweizerischen Durchschnitt bei Fr. 24.–, variierte innerhalb der Kantone aber von Fr. 18.– (VS) bis Fr. 33.– (SO) (BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Spitex-Statistik 2005, Bern 2006, S. 27, Grafik 8.10). Da die kantonalen Spitex-Betriebe subventioniert werden, entsprechen die verrechneten Stundenansätze nicht den mutmasslichen Substitutionskosten. Die Ansätze liegen so regelmässig unter dem Stundenansatz, der beim Haushaltschaden zur Anwendung gelangt (infra N 1096 ff.).

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Nichtpflichtleistungen der Spitex mit einem tieferen Stundenansatz bewertet werden sollen als die mit dem Haushaltschaden entschädigten hauswirtschaftlichen Leistungen. Damit der Geschädigte in die Lage versetzt wird, statt Spitex- eigenes Hilfspersonal beschäftigen zu können, ist in jedem Fall auf den *Haushaltschadenstundenansatz* abzustellen. 355

c. Zukünftiger Spitexpflegeschaden

Die zukünftigen Spitexkosten sind ausgehend von den effektiven Kosten im Urteilszeitpunkt abzuschätzen. Dabei ist die *mutmassliche Kostensteigerung* zu berücksichtigen, die bei den Spitexkosten ebenfalls überdurchschnittlich ist. Von 1995 bis 2002 stiegen die von den Versicherern bezahlten *Spitexgesamtkosten* pro Jahr durchschnittlich um 4,88% (Ziff. 1.2.2 Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16.02.2005). 356

Gemäss Spitex-Statistik sind in den Jahren 1998–2005 die durchschnittlichen Kosten für hauswirtschaftliche Dienstleistungen von Fr. 18.– pro Stunde (Tabelle 10.7.5 Spitex-Statistik 1998) auf Fr. 25.– (supra N 354) und diejenigen für Pflegeleistungen von Fr. 46.– pro Stunde (Tabelle 10.7.4 Spitex-Statistik 1998) auf Fr. 55.– (supra N 352) gestiegen, was einer jährlichen Teuerung pro Jahr von 5,6% bzw. 3,3% entspricht. 357

Die *Kosten von Pflichtleistungen* trägt der Unfall- bzw. Krankenversicherer; der Geschädigte hat lediglich Kostenbeteiligungen zu leisten, die seit 1996 relativ stabil sind. Ob das auch in Zukunft so sein wird, ist in Anbetracht der Reformfreudigkeit des Gesetzgebers ungewiss (siehe z.B. Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16.02.2005 = BBl 2005, S. 2033 und Entwurf Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung = BBl 2005, S. 2095). In Analogie zum Heimpflegeschaden ist – sofern überhaupt eine Berechnung ratsam ist – auf die *allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten* abzustellen (supra N 344). 358

Bei den *Nichtpflichtleistungen* ist die höhere Teuerungsrate zu berücksichtigen, da der Geschädigte die Kosten vollumfänglich trägt. Wird auf eine durchschnittliche Teuerungsrate von 4,5% abgestellt und von einer allgemeinen Teuerung von 1–2% pro Jahr bzw. einem Kapitalisierungszins von 3,5% ausgegangen, ergäbe sich ein *Negativzins von 1% bis 3%* (je nach Höhe des Realertrags, supra N 265 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 359

Eine *Reduktion des üblichen Kapitalisierungszinssatzes* von 3,5% um 1% wird diesbezüglich angeregt.

360 Die *Spitexpflegeschadenrente* ist wie die Heim- und Angehörigenpflegerente an den *Nominallohnindex* anzubinden, nicht zuletzt deshalb, weil die Personalkosten bei den Spitex-Betrieben in noch weit grösserem Ausmass als bei Heimen die Ausgaben dominieren. Im Hinblick auf die vorerwähnt vorgeschlagene Reduktion des Kapitalisierungszinses um 1% ist bei einer Berentung ein Teuerungszuschlag von 1% zuzüglich zur jeweiligen Nominallohnindexsteigerung zu gewähren.

4. Angehörigenpflegeschaden

a. Allgemeines

361 Betreuungs- und Pflegedienstleistungen werden oft von Angehörigen des Geschädigten – in der Regel unentgeltlich – erbracht. Bei einer *unentgeltlichen Angehörigenpflege* tritt beim Verletzten kein Vermögensschaden ein. Geschädigt wird demgegenüber der Angehörige, wenn er ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte bzw. diese zu Gunsten der Betreuung und Pflege des Verletzten aufgegeben hat.

362 Eine *entgeltliche Angehörigenpflege* liegt vor, wenn der Geschädigte mit dem Angehörigen einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat oder umständehalber vom Zustandekommen eines stillschweigenden Arbeitsvertrages (Art. 320 Abs. 2 OR) auszugehen ist (Urteile EVG vom 15.12.1997 i.S. M. – W. O. = AHI-Praxis 1998, S. 153 E. 3 [Pflege und Betreuung einer hochbetagten Mutter] und vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4). In diesem Fall hat der Geschädigte Lohnkosten zu zahlen, wie wenn er sich durch Dritte versorgen lassen würde (supra N 346 ff.).

363 Vom *Zustandekommen eines stillschweigenden Arbeitsvertrages* ist auszugehen, wenn eine die übliche Familien- und Verwandtschaftshilfe in wesentlichem Masse übersteigende Hilfe durch Angehörige vorliegt. Dies trifft bei einer (bloss) dreimonatigen Pflege und Betreuung der Mutter durch den Sohn nicht (BGE 70 II 21 E. 2), wohl aber bei einer 12-jährigen Pflege zu (Urteil EVG vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c [Entschädigung von Fr. 60 000.–]). Die Betreuung und Pflege eines schwerverletzten Angehörigen erfüllt diese Voraussetzung regelmässig.

b. Ersatzfähigkeit

Der Verletzte kann nach der herrschenden Rechtsprechung – unabhängig von der Betreuungsform – Ersatz für den Angehörigenpflegeschaden verlangen (statt vieler Urteile BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6; rechtsvergleichend Urteil BGH vom 08.06.1999 [VI ZR 244/98] = MDR 1999, S. 1137). Vereinzelt wurde die Angehörigenpflege (nur) als genugtuungserhöhenden Umstand bei der Bemessung der Verletztengenugtuung berücksichtigt (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30 E. 5 und Urteil KGer VS vom 26.09.1990 i.S. I = ZWR 1991, S. 227 E. 5c). 364

Die Ersatzfähigkeit wurde insbesondere auch für die *unentgeltliche Betreuung und Pflege* durch den Ehegatten (BGE 28 II 200 und 21, 1042/1050) bzw. Konkubinatspartner (Urteil AmtsGer Sursee vom 02.11.2004 [21 02 22] i.S. Bernet c. Nyffeler und Schweizerische Mobiliar E. C/4.3) oder die Eltern (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30, 35 II 216 und 33 II 594 sowie Urteil BGer vom 23.06.1999 i.S. P. St. [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489) bejaht, wobei es unerheblich ist, ob das betreute Kind bereits mündig ist (BGE 97 II 259 und Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt]). 365

c. Monetäre Bewertung der Angehörigenpflege

i. Allgemeines

Die monetäre Bewertung der von Angehörigen erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen erfolgt praxisgemäss uneinheitlich. Ein Teil der Rechtsprechung geht von der Ersatzfähigkeit des *Erwerbsausfalls des Angehörigen* aus (BGE 97 II 259 E. 3 und 33 II 594 E. 4 sowie Urteile BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/aa, OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8, VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. und OGer AG = AGVE 1975, S. 37 E. 5a). 366

367 Gleichzeitig betont das Bundesgericht, dass die *hypothetischen Lohnkosten einer Ersatzkraft* (BGE 99 II 221 E. 2 und 35 II 216 sowie Urteile 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2 und vom 20.10.1986 i.S. S. gegen W. [HG 286/80] E. 5.3 sowie KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/aa und 5b/bb) bzw. die *mutmasslichen Kosten bei einer absehbaren Heimunterbringung* (BGE 28 II 200 E. 5) massgeblich sind.

ii. Tatsächlicher Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden des Angehörigen

1) Erwerbsausfallschaden

368 Nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der tatsächliche Erwerbsausfall des Angehörigen zu ersetzen, wenn dieser eine Erwerbstätigkeit aufgegeben hat, um die geschädigte Person zu pflegen. Der Verdienstausfall darf aber die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson nicht wesentlich übersteigen (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/aa; ferner Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 [Konkubinatspartner, der seine 50%-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen]; zustimmend KELLER A., Haftpflicht II, S. 56).

369 Wann der tatsächliche Erwebsausfall die hypothetischen Lohnkosten «wesentlich» übersteigt, wurde von der schweizerischen Rechtsprechung noch nicht entschieden. Das OLG Bamberg hat erwogen, dass eine *Überschreitung um rund 25%* noch gerechtfertigt ist, betonte aber gleichzeitig, dass «der vorliegende Fall aufgrund seiner Besonderheiten nicht verallgemeinerungsfähig» sei (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 [U 23/05] = HAVE 2006, S. 238 [Bemerkungen von Hardy Landolt] = VersR 2005, S. 1593). Die Ersatzpflicht für den höheren Erwerbsausfall des Vaters wurde zudem nur befristet bejaht.

370 Die Rechtsprechung wird zu klären haben, ob der Ersatz des Erwerbsausfalls nur beim aufgelaufenen oder auch beim zukünftigen Angehörigenpflegeschaden in Frage kommt und wie der *Vorbehalt der wesentlich*

tieferen Kosten einer Ersatzkraft zu konkretisieren ist. Eine allzu strenge Praxis ist – in jedem Fall beim aufgelaufenen Betreuungs- und Pflegeschaden – nicht angebracht, weil der Geschädigte ein *persönlichkeitsgeschütztes Wahlrecht* hat, wie und vom wem er sich betreuen und pflegen lassen will (Art. 41 KVG, Art. 10 Abs. 2 UVG und Art. 14 Abs. 3 IVG).

2) Haushaltschaden

Angehörige, die nicht eine Erwerbs-, sondern eine Hausarbeit aufgeben oder ihre Freizeit für die Betreuung und Pflege des Geschädigten verwenden, erleiden keinen Erwerbsausfall, sondern einen «Zeitausfallschaden». Dieser «Zeitausfallschaden» ist in jeden Fall ersatzfähig, wenn der Angehörige seine Hausarbeitstätigkeit einschränkt. Der fragliche Zeitausfall ist mit dem Haushaltstundenansatz zu bewerten (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 und 12). 371

Erfolgt die Betreuung und Pflege während der Freizeit, ist die Ersatzpflicht an sich fraglich, weil ein blosser *Freizeitverlust* nicht ersatzfähig ist (infra N 528 ff.). Beim Besuchsschaden wird mitunter die Auffassung vertreten, der besuchende Angehörige habe die Besuchs- seinen Arbeitszeiten anzupassen und könne keinen Ersatz für den Freizeitausfall fordern (supra N 156 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). Im Hinblick auf die *Normativität des Angehörigenpflegeschadens* ist es aber unerheblich, was der Angehörige machen würde, wenn er den Verletzten nicht betreuen und pflegen würde. Zu entschädigen sind die mutmasslichen Lohnkosten einer Ersatzkraft. 372

iii. Mutmassliche Lohnkosten einer Ersatzkraft

1) Allgemeines

Der Betreuungs- und Pflegeschaden bezweckt grundsätzlich keinen Erwerbs-, sondern *Kostenersatz*. Weshalb ein allfälliger Einkommensverlust der Angehörigen entschädigt werden soll, ist deshalb dogmatisch fragwürdig, nicht zuletzt deshalb, weil dieser höher oder tiefer sein kann als die mutmasslichen Lohnkosten einer Ersatzkraft. Sofern der Geschädigte zweckmässig zu Hause bzw. durch Angehörige betreut und gepflegt werden kann, besteht die sachgerechteste Lösung darin, unentgeltlich er- 373

brachte Betreuungs- und Pflegeleistungen anhand des Stundenansatzes, der für eine hypothetische Ersatzkraft bzw. beim Zustandekommen eines (stillschweigenden) Arbeitsvertrages bezahlt werden müsste, zu bewerten.

374 Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Geschädigte beim Wegfall des Angehörigen Dritte marktgerecht entlöhnen kann und ein *Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeperson* hat sowie der Ersatzpflichtige nur die mutmasslichen Dienstleistungskosten, nicht aber einen höheren Erwerbsausfall muss (Urteile BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/dd und HGer ZH vom 12.06.2001 [E01/0/HG950440] i.S. Kramis = plädoyer 2001/6, S. 66 und 2002/1, S. 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2).

375 Der Ersatz des tatsächlichen Erwerbsausfalls der Angehörigen ist nur beim *temporären bzw. aufgelaufenen Betreuungs- und Pflegeschaden* (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005 [U 23/05] = HAVE 2006, S. 238 [Bemerkungen von Hardy Landolt] = VersR 2005, S. 1593) sachlich gerechtfertigt. Soweit die bereits erbrachte Betreuung und Pflege durch den Angehörigen angemessen war, ist der *tatsächliche Angehörigenschaden* zu ersetzen. Mit Bezug auf die Zukunft steht aber nicht fest, ob der Angehörige weiterhin den Verletzten betreut und das bisherige Erwerbseinkommen erzielt hätte, weshalb die Substitutionskosten heranzuziehen sind.

2) Brutto-Bruttolohnprinzip

376 Der ersatzfähige Betreuungs- bzw. Zeitaufwand wird mit einem Stundenansatz multipliziert, der einer Fachkraft bezahlt werden müsste, die befähigt ist, die fraglichen Dienstleistungen auszuführen. Dabei müssen sämtliche Lohnnebenkosten berücksichtigt werden (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6c; rechtsvergleichend Urteil BGH vom 10.11.1998 [VI ZR 354/97] = DB 1999, S. 379 = MDR 1999, S. 160 = VersR 1999, S. 252 = VRS 1999, S. 167 = ZfS 1999, S. 99 [Ersatzfähigkeit der Rentenbeiträge]; weiterführend infra N 1125 ff.).

3) Massgeblicher Vergleichslohn

a) Allgemeines

Ist davon auszugehen, dass der Geschädigte seinen bisherigen Wohnsitz beibehalten wird, sind die *konkreten Vergleichslöhne an seinem Wohnsitz* heranzuziehen. Der fragliche Vergleichslohn bestimmt sich dabei nach Massgabe der *öffentlich-rechtlichen Besoldungsrichtlinien*, die auch für den privaten Pflegearbeitsmarkt bzw. stationäre Einrichtungen anwendbar sind (Art. 1 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971). 377

Auf die *Spitex-Rahmentarife* (Art. 9a KLV), die im fraglichen Kanton gelten, kann nicht abgestellt werden, weil diese neben den Lohnkosten des Personals auch Organisations- und Betriebskosten der Spitex-Organisation beinhalten und diese Subventionen erhalten (supra N 351). 378

Ist ein *zukünftiger Wohnsitzwechsel* überwiegend wahrscheinlich, sind die im mutmasslichen Wohnkanton massgeblichen Besoldungsrichtlinien oder ein *gesamtschweizerischer Durchschnittswert* heranzuziehen. Ein Durchschnittswert ist namentlich bei Kindern und Jugendlichen gerechtfertigt, da bei ihnen davon auszugehen ist, dass sie mit dem 30. Altersjahr einen eigenen Haushalt begründen und der zukünftige Wohnort regelmässig nicht bekannt ist (supra N 310). 379

b) Diskriminierungszuschlag

Sowohl bei der Verwendung konkreter Vergleichslöhne als auch eines gesamtschweizerischen Durschschnittsansatzes ist zu beachten, dass betreuerische und pflegerische Tätigkeiten traditionell von Frauen erbracht und unterbezahlt werden (Urteil BGer vom 08.04.2005 [2A.141/2004, 2A.142/2004 und 2A.143/2004] E. 7.5.1: «Es ist allgemein bekannt, dass gerade die weiblich dominierten Berufe im Pflegebereich lange unterbezahlt wurden.»; ferner BGE 131 II 393 ff.). 380

Bei der Bestimmung von konkreten Vergleichslöhnen in Kantonen, die verfassungsmässig unzulässige Löhne ausbezahlen (siehe dazu Urteil BGer vom 08.04.2005 [2A.141/2004, 2A.142/2004 und 2A.143/2004] E. 5 ff. [Solothurner Pflegepersonal], BGE 126 II 217 E. 6–9 [St. Galler Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege] und 125 I 71 E. 4 [Berner Pflegepersonal]), und bei den statistischen Durschnittslöhnen ist deshalb ein 381

Diskriminierungszuschlag einzurechnen (LANDOLT H., Pflegerecht II, N 908 ff.).

382 Im Kanton Zürich wurden die Löhne des kantonalen Pflegepersonals im Jahr 2000 diskriminierungsbereinigt und dem für Polizeiberufe anwendbaren Lohnniveau gleichgestellt (Urteil VerwGer ZH vom 22.01.2001 [VK.1996.00011]). Im Jahr 2006 erging ein identischer Entscheid für das stadtzürcherische Pflegepersonal (Urteil VerwGer ZH vom 20.12.2006 [PB.2006.00007]). Das Zürcher Verwaltungsgericht hat in beiden Fällen eine *Erhöhung um zwei Lohnklassen* (von Lohnklasse 12 in die Lohnklasse 14) vorgenommen, was beim kantonalen Pflegepersonal einen rund 11% höheren Minimallohn zur Folge hat (siehe Anhang Personalverordnung vom 16.12.1998).

4) Massgeblicher Stundenansatz

a) Uneinheitlicher Stundenansatz

383 Die *Bewertung von Behandlungs- und Grundpflegeleistungen* erfolgt anhand der Löhne des Pflegepersonals. Massgeblicher Vergleichslohn ist der *leicht erhöhte Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson* (Urteile HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2 und ferner KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb und 5b/bb sowie BGE 35 II 216 E. 5).

384 In Bezug auf *Betreuungs-, Präsenz- und hauswirtschaftlichen Leistungen* zieht die Praxis den Stundenansatz heran, der beim Haushaltschaden zur Anwendung gelangt. Mitunter wird sogar der gesamte Betreuungs- und Pflegeschaden mit diesem Stundenansatz bewertet (Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 und vom 13.10.2004 [11 03 117] i.S. Erben von M. M. E. 4.2.4 sowie Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 12, HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V und vom 20.10.1986 i.S. S. gegen

W. [HG 286/80] E. 5.3 sowie ferner BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen).

Die Betreuung von hilfsbedürftigen Personen weist ein höheres Anforderungsprofil auf als das Besorgen des Haushaltes (Urteil KGer SG vom 07.07.1985 = SGGVP 1986 Nr. 38 = SJZ 1987, S. 399 E. 3). Der durchschnittliche Pflege- und Betreuungsstundenansatz ist zudem höher als der Haushaltstundenansatz (infra N 1096 ff.). In zukünftigen Schadenfällen sollten deshalb Betreuungs- und Präsenzleistungen nicht mehr zum (tieferen) Haushaltstundenansatz, sondern zu einem angemessen höheren Stundenansatz bewertet werden (a.A. Urteil OGer LU vom 13.10.2004 [11 03 117] i.S. Erben von M. M. E. 4.2.4, S. 24, und ferner KAUFMANN D. N., Hilfeleistungskosten, S. 123 ff.). 385

b) Höhe des Betreuungs- und Pflegestundenansatzes

Der im Kanton Zürich angewandte Betreuungs- und Pflegestundenansatz von Fr. 36.– (brutto-brutto) für das Jahr 2001 (Urteil HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2) bzw. von Fr. 37.50 für das Jahr 2006 ist tendenziell als zu tief einzustufen. Einerseits liegt er – trotz unterschiedlichem Anforderungsprofil – nur unwesentlich über dem Haushaltstundenansatz von Fr. 30.– (infra N 1157 ff.); andererseits sind die vergleichbaren Durchschnittslöhne höher. 386

Der Bruttomonatslohn einer diplomierten Pflegefachperson lag im Jahr 2000 im gesamtschweizerischen Durchschnitt zwischen Fr. 4 100.– und Fr. 6 320.–, was einem Bruttostundenlohn von Fr. 24.40 bzw. Fr. 37.60 entspricht (WEYERMANN U./BRECHBÜHLER M., Pflege, S. 164 ff., 168). Unter Berücksichtigung der Arbeitgeberbeiträge und des Umstandes, dass zahlreiche Kantone die Pflegelöhne noch nicht diskriminierungsbereinigt haben, ist von einem höheren Durchschnittslohn auszugehen. 387

Die vom Bundesamt für Statistik für die Betreuung pflegebedürftiger Haushaltsmitglieder anhand der SAKE 2004 für das Jahr 2004 errechneten Äquivalenzstundenlohnansätze machen Fr. 29.80 (netto) Fr. 34.40 (brutto) bzw. Fr. 50.60 (brutto-brutto bzw. Arbeitskostenansatz) aus (BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Arbeitsplatz Haushalt, S. 42, T 3.1). Beim Arbeitskostenansatz werden nicht nur die zu bezahlenden Soll-, sondern die geleisteten 388

Ist-Arbeitsstunden und allfällige Stellvertretungskosten berücksichtigt (infra N 1147 ff.).

389 Soll der Geschädigte in die Lage versetzt werden, beim Wegfall der Angehörigen die mutmasslichen Lohnkosten, insbesondere auch Stellvertretungskosten, bezahlen zu können, sind höhere Stundenansätze gerechtfertigt (LANDOLT H., Der Pflegeschaden, S. 67 ff., 99 ff. und 107, wo ein Brutto-Brutto-Stundenansatz von Fr. 51.50 postuliert wird). Es wird angeregt, die hauswirtschaftlichen Dienstleistungen mit Fr. 30.– und die übrigen Betreuungs- und Pflegeleistungen mit Fr. 50.– zu bewerten (Stand: 01.01.2007).

5. Selbstpflegeschaden

390 Der Geschädigte kann verletzungsbedingte Pflegeverrichtungen selbst ausführen oder benötigt für die Vornahme von bestimmten Alltagsverrichtungen mehr Zeit. Der *Selbstversorgungsmehraufwand* wird bei der Hilflosenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insbesondere bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege (BGE 121 V 88 E. 6b/c und 106 V 153 E. 2 sowie Urteile EVG vom 04.02.2004 [H 128/03] E. 3.1 und vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d), wie das z.B. für das Ausräumen des Darms von Hand zutrifft (Urteil EVG vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d).

391 Soweit der zeitliche Mehraufwand zu Lasten einer mutmasslich ausgeübten Erwerbs- oder Hausarbeit geht, hat er einen *zusätzlichen Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden* zur Folge und wird insoweit entschädigt. Verwendet der Geschädigte einen Teil seiner Freizeit für die verletzungsbedingte Selbstversorgung, stellt sich die Frage, ob der Selbstversorgungsaufwand bzw. der Freizeitverlust zu entschädigen ist. Dem *Freizeitverlust* infolge vermehrter Selbstversorgung ist zunächst bei der Genugtuung Rechnung zu tragen, weil dadurch die Lebensqualität beeinträchtigt wird (infra N 177 zu Art. 47 OR).

392 Beim Haushaltschaden wird die im Zusammenhang mit der *hauswirtschaftlichen Selbstversorgung* anfallende erhöhte zeitliche Inanspruchnahme bzw. ein *Qualitätsverlust* bei entsprechendem *Selbstversorgungsverzicht* als entschädigungspflichtig erachtet (infra N 895). Beim Gewinnausfallschaden wird ebenfalls ein vermehrter Zeitaufwand entschädigt (infra N 846). In Analogie dazu ist auch ein verletzungsbedingter Selbstversorgungsmehraufwand als ersatzfähig zu betrachten, sofern der Zeitauf-

wand nicht bereits beim Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden erhöhend berücksichtigt wurde.

Von der Ersatzfähigkeit ist in jedem Fall dann auszugehen, wenn der Geschädigte berechtigt wäre, die fragliche Pflegeverrichtung, z.B. die Dekubitusprophylaxe bzw. -pflege (Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 10 KLV), durch Dritte vornehmen zu lassen. Die Rechtsprechung bejaht ein *Substitutionsrecht* insbesondere bei Querschnittgelähmten (BGE 35 II 216 E. 5 und Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5a/bb und 5b/bb). Eine Ersatzpflicht ist ferner – in Anlehnung an die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung – in jedem Fall bei einer *unüblichen Selbstversorgung bzw. -pflege* zu bejahen. 393

Die monetäre Bewertung des ersatzpflichtigen Selbstversorgungsmehraufwands ist mit dem Stundenansatz vorzunehmen, der bei der Angehörigenpflege zur Anwendung gelangt. Ist der Selbstpflegeaufwand höher als der Zeitaufwand, der anfallen würde, wenn eine Hilfskraft die fragliche Verrichtung ausführen würde, stellt sich die Frage, ob der tiefere oder der höhere Zeitaufwand zu entschädigen ist. 394

In Anbetracht des patientenrechtlichen *Selbstbestimmungs- bzw. Selbstversorgungsrechts* (siehe z.B. §§ 20 ff. Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 [ZH]) kann ein derartiger Schadenminderungsabzug nur dann gemacht werden, wenn die Selbstversorgung nicht die geeignete Pflegeform darstellt, z.B. weil spätere Komplikationen absehbar sind, oder der Beizug von Hilfspersonen umständehalber ausnahmsweise zumutbar ist. 395

IV. Schadenersatzbemessung

1. Vorteilsausgleichung

a. Vorteile des Geschädigten

i. Tiefere Lebenshaltungskosten

Der Geschädigte hat sich allfällige finanziellen Vorteile, die als Folge seiner Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit entstehen, anrechnen zu lassen. 396

Nicht anrechenbar sind bloss persönliche Vorteile, wie z.B. die infolge Drittbetreuung *eingesparte Selbstversorgung*. Auszugleichen sind aber *eingesparte Lebenshaltungskosten* bei Spital- oder Heimpflege (BGE 52 II 384 E. 5 und 35 II 405 E. 6 sowie Urteile HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI [monatlicher Abzug von Fr. 1 465.– per 2001 bei einem Heimaufenthalt] und ZivGer BS vom 15.06.1987 i.S. X. E. 7 [Verpflegungs- und Unterkunftskostenabzug von Fr. 18.– pro Heimtag]; ferner Art. 27 UVV und Art. 21 MVV).

ii. Tiefere Betreuungs- und Pflegekosten bei einem Auslandwohnsitz

397 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 (Urteil BGer vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489 E. 2c).

398 Geschädigte, die im Ausland wohnhaft sind, haben sich die tieferen Betreuungs- und Pflegekosten anrechnen zu lassen. 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 unwahrscheinlich (Urteil BGer vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489 E. 3).

b. Vorteile von Angehörigen

399 Bei einer Betreuung und Pflege durch Angehörige entstehen finanzielle Vorteile, wenn der Geschädigte dem betreuenden Angehörigen keinen Lohn bezahlt. Der Geschädigte «spart» in diesem Fall die Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung (*Beitragsersparnis*). Der Angehörige wird ebenfalls bevorteilt, da er für das faktische Entgelt keine Einkommens-

steuer bezahlen muss (*Steuerersparnis*). Wäre der Angehörige weiterhin erwerbstätig gewesen, spart er zudem Berufsunkosten ein (*Kostenersparnis*).

Es wäre mit dem normativen Charakter des Angehörigenpflegeschadens unvereinbar, dem Geschädigten einen Anspruch auf Ersatz der mutmasslichen Kosten einer fiktiven Ersatzkraft zu gewähren, gleichzeitig aber Beitrags-, Steuer- und Kostenersparnis in Abzug zu bringen. Die beim Angehörigen entstehenden Steuer- und Kostenersparnisse stellen zudem *Drittvorteile* dar, die nicht dem Geschädigten angerechnet werden können (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/cc). 400

Es kommt hinzu, dass der Angehörige, der das Betreuungs- und Pflegeentgelt nicht als Erwerbseinkommen deklariert, eine *Renteneinbusse* erleidet und zudem nicht obligatorisch UVG- bzw. BVG-versichert ist. Will er diese Nachteile abwenden, muss er freiwillige Personenversicherungen abschliessen. Bei zeitintensiven Pflegeverhältnissen kommt ohnehin Art. 320 Abs. 2 OR zur Anwendung (supra N 362 f.), was eine «Bereicherung» des Angehörigen ausschliesst. Beitrags- und Steuerentlastungen unterliegen der Vorteilsausgleichung zudem selbst dann nicht, wenn sie wesentlich sind (supra N 376 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 401

2. Schadenminderung

a. Schadenminderungspflicht des Geschädigten

i. Verbesserung der Selbstversorgungsfähigkeit

Der entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeaufwand umfasst den nach Vornahme zumutbarer Selbsteingliederungsmassnahmen verbleibenden Bedarf an Dritthilfe. Die Selbsteingliederung bezieht sich nicht nur auf die *Erhaltung bzw. Verbesserung der Selbstversorgungsfähigkeit*, z.B. durch zumutbare Gewichtsreduktion (BGE 102 V 73 E. 2a sowie Urteile EVG vom 20.06.2005 [I 553/04] E. 4, vom 17.09.2002 [I 714/01] E. 4.2, vom 19.07.2001 [I 70/01] E. 3, vom 29.01.2001 [K 171/00] E. 4 und vom 14.07.2000 [I 53/00] E. 4), sondern auch auch auf die *Anschaffung von geeigneten Hilfsmitteln*, wenn dadurch ein Bedarf an Dritthilfe vermieden 402

werden kann (ZAK 1989, S. 215 E. 2b und 1986, S. 483 E. 2a; ferner supra N 161 ff.).

ii. Verhinderung von unnötigen Kosten

1) Allgemeines

403 Der Geschädigte hat unnötige bzw. unnötig hohe Betreuungs- und Pflegekosten zu vermeiden. Vom Geschädigten kann aber gestützt auf die Schadenminderungspflicht nicht verlangt werden, stets die *billigste Pflegeform* zu wählen (Urteil HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. V/2; rechtsvergleichend Urteil OGH vom 26.05.1999 [5 Ob 50/99k] = ZVR 1999 Nr. 109, 375).

404 Soweit sich die vom Geschädigten gewählte Pflegeform als zweckmässig erweist, hat der Ersatzpflichtige die fraglichen Betreuungs- und Pflegekosten zu übernehmen, unabhängig davon, ob eine billigere, ebenfalls zweckmässige Pflegeform besteht (Urteil BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 6b/cc und GEISSELER R., Kinderschäden, S. 105 ff., 120).

2) Sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeit

405 Die Angemessenheit der Kosten ist im Hinblick auf das Regressrecht des Sozialversicherers immer dann zu bejahen, wenn für die fragliche Pflegeform eine Leistungspflicht der beteiligten Sozialversicherer, insbesondere des Krankenversicherers, besteht bzw. die sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeit zu bejahen ist (dazu BGE 126 V 334 = AJP 2001, S. 453 [Bemerkungen von Jean-Louis Duc] = AJP 2000, S. 1403 [Bemerkungen von Brigitte Pfiffner Rauber] sowie Urteil EVG vom 18.12.1998 [K 34/98] = AJP 1999, S. 996 [Bemerkungen von Jean-Louis Duc] = RKUV 1999, S. 64 = SAEB-Mitteilungen Nr. 1/1999 [Bemerkungen Georges Pestalozzi-Seger] = SVR 2000 KV Nr. 9).

406 Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung hat es abgelehnt, eine prozentuale Obergrenze festzusetzen, bei der automatisch von einem *groben Missverhältnis* auszugehen wäre (Urteil EVG vom 25.05.2001 [K 161/00 Gb] E. 4c, wo das EVG eine fixe Kostengrenze von 20% abgelehnt

hat). Als wirtschaftlich wurden Hauspflege- bzw. Spitexkosten bezeichnet, die 35 bzw. 37% (Urteil EVG vom 25.05.2001 [K 161/00] E. 4c.), 200% (Urteil EVG vom 22.09.2000 [K 59/00] E. 3b), 350% (BGE 126 V 334 E. 3b [der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet]) bzw. 400% (Urteil EVG vom 05.10.2000 [K 66/00] E. 3d [allerdings Rückweisung zur genauen Abklärung des versicherten Pflegeaufwands]) höher als Heimpflegekosten waren.

Unwirtschaftlich ist eine Pflegeform dann, wenn deren Kosten 500% und mehr als diejenigen einer anderen Pflegeform betragen (Urteil EVG vom 18.12.1998 [K 34/98] = RKUV 1999, S. 64 = SVR 2000 KV Nr. 9 E. 4b), was auch für Spitexpflegekosten im Vergleich zu Heimpflegekosten gilt (Urteil EVG vom 11.05.2004 [K 95/03] E. 3.2 [Wachkoma] und vom 22.09.2000 [K 52/99] E. 3b, wo zwar die Zweckmässigkeit der Spitexpflege bei einer Tetraplegie bejaht, der Fall aber betreffend Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten Erhöhung der Spitexpflege von 90 auf insgesamt 420 Stunden pro Quartal an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde). 407

b. Keine Schadenminderungspflicht von Dritten

i. Angehörige

In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht bei einer unentgeltlich ihrem Ehemann pflegenden Ehefrau festgestellt, dass der Haftpflichtige die familiäre Beistandspflicht nicht als Schadenreduktionsgrund ins Feld führen könne (BGE 28 II 200 E. 5). Die seitherige Rechtsprechung hat an der *Ersatzfähigkeit von Betreuungs- und Pflegeleistungen im innerehelichen Verhältnis* festgehalten (z.B. Urteile BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen E. 7.1 und ferner OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 [Konkubinatspartner, der seine 50%-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen, und diesen hernach heiratet]). 408

Eine uneingeschränkte Ersatzpflicht für den Angehörigenpflegeschaden gilt auch im *Verhältnis zwischen Eltern und (erwachsenen) Kindern* (BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30, 97 II 259 E. 3 und 33 II 594 E. 4 sowie Urteile BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] und vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999 Nr. 409

171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489; ferner Urteil EVG vom 30.09.1991 i.S. S. = Pra 199 Nr. 97 = ZAK 1992, S. 86 E. 2d).

410 Der Berner Appellationshof entlastet demgegenüber den Haftpflichtigen zu Lasten der beistandsverpflichteten Eltern unter Hinweis auf Art. 276 ZGB und geht von der grundsätzlichen Nichtersatzfähigkeit des unfallbedingten Betreuungs- und Haushaltsmehraufwands aus, soweit dieser nicht unbedingt notwendig bzw. nicht übermässig ist (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 E. 6 und 9). «Von den Eltern (darf) für eine gewisse Zeit sogar ein ganz erheblicher zusätzlicher Betreuungsaufwand verlangt werden»; entsprechend sind Umdispositionen als Folge eines früheren Aufstehen des Kindes, der erhöhte Zeitaufwand wegen vermehrter Aufmerksamkeit sowie der Mehraufwand für Toilette und Anziehen nicht ersatzpflichtig (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 E. 9).

411 Dieser Auffassung kann nur insoweit zugestimmt werden, als ohnehin erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen nicht ersatzfähig sind (supra N 313 ff.). Angehörige sind aber nicht verpflichtet, den Haftpflichtigen zu entlasten; eine *Selbsttragung des Schadens durch Angehörige, ohne dass sie haftpflichtig wären,* ist nicht nur ethisch verwerflich, sondern auch deshalb abzulehnen, weil Angehörige wegfallen können. Eine eigentliche *Schadenminderungspflicht der Angehörigen* besteht nur bei den Schadensposten, für die sie aktivlegitimiert sind, wie z.B. beim *Besuchsschaden*. Der besuchende Angehörige ist deshalb insbesondere verpflichtet, die Arbeits- den Besuchszeiten anzupassen (Urteil BGH vom 19.02.1991 [VI ZR 171/90] = NJW 1991, S. 2340 = VersR 1991, S. 559 und supra N 156 Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR).

ii. Arbeitgeber und Arbeitskollegen

412 Der Arbeitgeber ist zwar fürsorgepflichtig (infra N 800 ff. zu Art. 49 OR) und erbringt mitunter Ersatzleistungen, ist aber nicht haftpflichtig. Entsprechend regressiert er im Umfang der von ihm erbrachten Schadenausgleichsleistungen (supra N 240 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). Nicht schadenminderungspflichtig sind ferner Arbeitskollegen; deren Beizug für Hilfeleistungen, die einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beanspruchen und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge haben, ist nicht zumutbar (Urteil EVG vom 27.08.2004 [I 3/04] E. 3.1).

Anrechenbar sind lediglich *betriebsintern ohnehin erbrachte Dienstleistungen* bzw. Botengänge.

3. Regressanrechnung

a. Allgemeines

Private Schaden- und Sozialversicherer regressieren für die von ihnen erbrachten Pflegeversicherungsleistungen, soweit diese mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht kongruent sind und auf dasselbe Ereignis zurückgeführt werden können (supra N 222 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 413

b. Anrechenbare Pflegeversicherungsleistungen

i. Sozialversicherungsrechtliche Versicherungsleistungen

1) Pflegeentschädigung

Der Geschädigte hat im Rahmen des Heilbehandlungsanspruchs Anspruch auf Ersatz der Spital-, Heim- und Spitexpflegekosten; u.U. besteht auch eine Leistungspflicht für die Angehörigenpflege (supra N 348 ff.). Die von den Sozialversicherern geleisteten Pflegeentschädigungen sind mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden sachlich kongruent (Art. 74 Abs. 2 lit. a und d ATSG). 414

Pflegeentschädigung und Hilflosenentschädigung können zwar grundsätzlich kumuliert werden (BGE 125 V 297 E. 5b und 116 V 41 E. 6 sowie Urteil SozVersGer ZH vom 12.04.2001 [IV.00.00327 – Kumulation von Hauspflegeleistungen und Pflegebeitrag für die Betreuung hilfloser Minderjähriger]). Eine zusätzliche Pflegeentschädigung kann jedoch verweigert werden, wenn die Hilflosenentschädigung sämtliche Pflegekosten deckt (Urteil SozVersGer ZH vom 15.08.2000 = SG Nr. 1478 E. 3). 415

Regressrechtlich problematisch ist der *nachträgliche Wechsel der Pflegeform*. Haftpflichtiger bzw. Sozialversicherer werden benachteiligt, wenn der Geschädigte im Zeitpunkt der Direktschadenberechnung von Angehörigen, die nicht als Leistungserbringer der Unfall- oder Krankenversicherer anerkannt sind, gepflegt wird. Der Haftpflichtige entschädigt den 416

gesamten Angehörigenpflegeschaden und wird mit dem Regress für die bei Angehörigenpflege geschuldeten Pflegeversicherungsleistungen belastet. Ändert der Geschädigte nachträglich die Pflegeform, z.B. weil der Angehörige vorzeitig verstirbt oder von einer Spitex-Organisation angestellt wird, erhöhen sich die Pflegeversicherungsleistungen, für die bis zum Verjährungseintritt regressiert werden kann. Der Haftpflichtige leistet in diesem Fall eine Doppelzahlung, wenn er die Regress- nicht mit der Entschädigungsvereinbarung vornimmt.

417 Eine nachträgliche Änderung der Pflegeform kann sich auch zu Ungunsten des Geschädigten auswirken, wenn dieser im Zeitpunkt des Fallabschlusses von einer Spitex-Organisation gepflegt wird, nachträglich aber entgegen der gestellten Prognose zur Angehörigenpflege wechselt und die Spitex-Organisation sich weigert, den pflegenden Angehörigen anzustellen (supra N 349). Dem Geschädigten wurde in diesem Fall vom Haftpflichtigen nur der Spitexpflegeschaden ersetzt, der betragsmässig tiefer ist als der Angehörigenpflegeschaden.

418 Um derartige Benachteiligungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Annahmen in Bezug auf die Entwicklung der zukünftige Pflegeform und die Konsequenzen einer nicht erwarteten nachträglichen Änderung der Pflegeform in der *Entschädigungs- bzw. Regressvereinbarung* zu regeln. Allfällige *Vorbehalte* bzw. *Nachklagerechte* zu Gunsten einer Partei unterliegen der Verjährung, weshalb kontinuierlich *Verjährungseinredeverzichte* einzuholen sind.

419 Der Geschädigte kann gegenüber den an sich leistungspflichtigen Sozialversicherern auf *zukünftige* Versicherungsleistungen schriftlich verzichten (Art. 23 ATSG). Der Haftpflichtige hat in diesem Fall nicht nur den Direkt-, sondern den gesamten Betreuungs- und Pflegeschaden zu entschädigen. Ein *Verzicht auf Sozialversicherungsleistungen* ist zwar jederzeit widerrufbar (Art. 23 Abs. 1 und 2 ATSG). Ein Widerruf des Verzichts ist aber nichtig, wenn schutzwürdige Interessen von Versicherungen beeinträchtigt werden (Art. 23 Abs. 2 ATSG). Eine derartige Beeinträchtigung liegt vor, wenn der Widerruf Doppelzahlungen auslösen würde bzw. eine Überentschädigung des Geschädigten zur Folge hätte.

2) Hilflosenentschädigung

420 AHV, IV, UV und MV gewähren eine *Hilflosenentschädigung* (Art. 43bis AHVG und Art. 66bis ff. AHVV, Art. 42 IVG und Art. 35 ff. IVV, Art. 26

f. UVG und Art. 37 ff. UVV sowie Art. 20 MVG). Die Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere der Beginn der Hilflosenentschädigung, werden zwar unterschiedlich geregelt, gleichwohl weist die Hilflosenentschädigung eine einheitliche Grundstruktur auf.

421 Mit der anlässlich der 9. AHV-Revision eingeführten Entschädigung soll «an die zur Herstellung des Kontakts mit der Umwelt» erforderlichen invaliditätsbedingten Mehrkosten ein Beitrag entrichtet werden (BBl 1976 III 34 f. und BGE 111 V 315 f.). Diese Pflegeversicherungsleistung wird bei einer Hauspflegebedürftigkeit, nicht aber bei einer stationärer Heilbehandlung (Art. 67 Abs. 2 ATSG, Art. 20 Abs. 2 MVG) oder stationären Durchführung von Eingliederungsmassnamen (Art. 42 Abs. 5 IVG) gewährt.

422 Hilflos ist, wer bei der Verrichtung von *alltäglichen Lebensverrichtungen* Dritthilfe benötigt, persönlich überwacht werden muss (Art. 9 ATSG) oder auf lebenspraktische Begleitung angewiesen ist (Art. 42 Abs. 3 IVG). Die Hilflosenentschädigung ist insoweit mit dem Betreuungs- und dem Grundpflegeschaden, nicht aber mit dem Behandlungspflegeschaden sachlich kongruent. Sofern die Hilflosenentschädigung betragsmässig grösser als der Betreuungs- und Grundpflegeschaden ist, kann ein allfälliger *Differenzbetrag* deshalb nicht vom Behandlungspflegeschaden abgezogen werden (Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8.2.3 [keine Behandlungspflege behauptet]).

423 Die Rechtsprechung bejaht jedoch die *sachliche Kongruenz zwischen Hilflosenentschädigung und dem gesamten Betreuungs- und Pflegeschaden*. Entsprechend wird sowohl die Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung (Urteile BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001] = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 3 und 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/2.1) als auch die Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung (Urteil OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8) in Abzug gebracht.

424 Die Hilflosenentschädigung der AHV wird erst ab einem mittleren Hilflosigkeitsgrad gewährt (Art. 43bis Abs. 2 AHVG). Tritt die Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit erst nach Erreichen des Pensionierungsalters ein, kann eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung erst bei einer erwarteten Hilflosigkeit mittleren Grades erfolgen. Bezog der Geschädigte bereits vorher eine Hilflosenentschädigung der Invaliden- bzw. Unfallversiche-

rung, besteht der Anspruch über das Pensionierungsalter hinaus bis zum Tod (Art. 35 Abs. 2 IVV und Art. 37 UVV) und ist eine vollumfängliche Anrechnung statthaft.

3) Dienstleistungen Dritter

425 Invaliden- und Militärversicherung sehen einen Anspruch auf Dienstleistungen Dritter vor (Art. 21bis Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 4 HVA und Art. 21 Abs. 4 MVG), wenn der Geschädigte die Voraussetzungen für die Abgabe eines bestimmten Hilfsmittels erfüllen würde, dieses aber wegen Gegebenheiten, die in seiner Person liegen, nicht benützen kann (BGE 112 V 12 E. 1a und EVGE 1968, 272). An Stelle des Hilfsmittels erhält der Versicherte in einem solchen Fall eine Geldleistung zur Deckung der Betreuungskosten.

426 Wie das Hilfsmittel darf auch die Dienstleistung Dritter lediglich den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers kompensieren, um den Versicherten zu befähigen, den *Arbeitsweg* zurückzulegen oder selber seine *beruflichen Funktionen* zu verrichten (BGE 112 V 11 E. 1b). Diese Voraussetzung trifft nicht zu, wenn Dritte in Ausübung einer Erwerbstätigkeit an Stelle des Versicherten Arbeitsleistungen erbringen (BGE 112 V 11 E. 2 [Bürohilfskraft]).

427 Erhält der Geschädigte Dienstleistungen Dritter, entscheidet die Funktion des substituierten Hilfsmittels über die Anrechnung. Die Dienstleistungen Dritter sind entweder bei den Hilfsmittelkosten (supra N 161 ff.) oder beim Betreuungsschaden (BGE 112 V 11 E. 1a [Hilfe bei der Benützung eines Fahrzeugs]) in Abzug zu bringen.

ii. Privatversicherungsrechtliche Pflegeversicherungsleistungen

428 Die privaten Pflegeversicherungen stellen entweder *Zusatzversicherungen* zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung, so z.B. die Kur- und Pflegeversicherung der CSS (Urteil EVG vom 11.05.2004 [K 95/03]) oder die Cura- bzw. Vivante-Langzeitpflegeversicherung der Helsana, oder *Lebensversicherungen*, so z.B. die Life & Care-Lebensversicherung der Generali, dar.

429 In der Regel bestehen die Versicherungsleistungen in *Pflegetaggeldern*, die bei einer Behandlungs- oder Grundpflegebedürftigkeit zur Deckung der nicht obligatorisch versicherten Kosten, namentlich für Betreuung und

Haushalthilfe, ausgerichtet werden, exemplarisch z.B. die Pflegetaggeldversicherung der Visana. Ausnahmsweise wird eine *Pflegerente* bezahlt, sofern während der Laufzeit der Versicherung eine Hilfsbedürftigkeit auftritt.

Sofern das versicherte Pflegetaggeld bzw. die -rente unabhängig vom Nachweis von ungedeckten Kosten bzw. beim Nachweis einer Haus- oder Heimpflegebedürftigkeit – wie das z.B. bei der Life & Care-Lebensversicherung der Generali der Fall ist – ausgerichtet wird, liegt eine *Summenversicherung* vor. Die Pflegeversicherungsleistungen können in diesem Fall mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden kumuliert werden. 430

Hängt die Leistungspflicht des Versicherers vom Nachweis effektiver Mehrkosten ab – wie das z.B. gemäss Ziff. 5 der Zusätzlichen Versicherungsbedingungen für Cura-Langzeitpflegeversicherung der Helsana der Fall ist –, besteht eine *Schadenversicherung*, die an den Betreuungs- und Pflegeschaden angerechnet werden muss (zur Unterscheidung von Summen- und Schadenversicherung supra N 233 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 431

c. Nicht anrechenbare Pflegeversicherungsleistungen

Betreuungsgutschriften der AHV, die Angehörige beanspruchen können, die einen hilfsbedürftigen Geschädigten betreuen (Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG), und *Subventionen*, die Heim- oder Spitex-Betriebe erhalten, sind nicht an den Betreuungs- und Pflegeschaden anrechenbar (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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/3). 432

In beiden Fällen besteht keine personelle Kongruenz, da die Leistungen nicht dem Geschädigten, sondern dem Dienstleistungserbringer ausgerichtet werden. Die *Objektfinanzierung* via Subventionen hat insoweit einen *Regressverlust zu Lasten des Gemeinwesens* zur Folge. Würde der Staat *Pflegeversicherungsleistungen statt Subventionen* gewähren, könnten die Sozialversicherer gegenüber allfällig Haftpflichtigen regressweise Ersatz für kongruente Pflegeversicherungsleistungen verlangen. Diese Begünstigung des Schädigers bzw. dessen Haftpflichtversicherers ist *de lege ferenda* aufzuheben. 433

De lege lata können Subventionen auch nicht schadenersatzerhöhend berücksichtigt werden. Die durch Subventionen gedeckten Betreuungs- und 434

Pflegekosten kann der Geschädigte nur dann geltend machen, wenn eine *Subventionskürzung* überwiegend wahrscheinlich ist (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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/3).

d. Lohnfortzahlungen

435 Wird beim Angehörigenpflegeschaden von der Ersatzfähigkeit des Erwerbsausfalls ausgegangen (supra N 368 ff.), sind allfällige *Lohnfortzahlungen* i.S.v. Art. 324a Abs. 1 OR (dazu BESSENICH B., Betreuung, S. 41 ff., und LANDOLT H., Pflegerecht II, Fn 1998) anzurechnen, die der betreuende Angehörige von seinem Arbeitgeber erhält.

436 Der *Arbeitgeber des betreuenden Angehörigen* ist wie der Arbeitgeber des Verletzten an sich regressberechtigt (BGE 126 III 521 E. 2b). Da jedoch – nach herrschender Auffassung – nicht der Angehörige, sondern der Verletzte in Bezug auf den Angehörigenschaden, insbesondere auch den Besuchsschaden, aktivlegitimiert ist (supra N 139 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR), scheitert ein Regress des Arbeitgebers des Angehörigen am fehlenden Haftungsanspruch. Dadurch wird der Haftpflichtige zu Unrecht begünstigt, weshalb entweder die Lohnfortzahlungen nicht anzurechnen sind oder dem Arbeitgeber ein Regressrecht einzuräumen ist.

4. Reduktionsgründe

437 Der Kostenersatz kann bei Vorliegen eines Reduktionsgrundes angemessen gekürzt werden (BGE 40 II 68/69 und 35 II 216 E. 5).

V. Abgeltungsformen

1. Kapital

438 Der Geschädigte kann zwischen *Kapital oder indexierter Rente* wählen. Das Betreuungs- und Pflegeschadenkapital wird ermittelt, indem die aktuellen bzw. zukünftigen Betreuungs- und Pflegekosten bei Spital-, Heim- oder Spitexpflege bzw. die hypothetischen Lohnkosten beim Angehöri-

genpflegeschaden nach Massgabe deren mutmasslichen Dauer kapitalisiert werden (SCHAETZLE M./WEBER S., Kapitalisieren, Beispiel 9a).

Die Kapitalisierung wird durch den Umstand erschwert, dass die *zukünftige Teuerung* der beim Geschädigten anfallenden Betreuungs- und Pflegekosten ungewiss ist. Behandlungskosten im speziellen und Gesundheitskosten ganz allgemein sind in der Vergangenheit stärker als die Konsumentenpreise und Reallöhne gestiegen, weshalb sich beim *Spital-, Heim- und Spitexpflegeschaden* die Frage einer angemessenen *Herabsetzung des üblichen Kapitalisierungszinssatzes* von 3,5% stellt (supra N 265 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR). 439

Beim *Angehörigenpflegeschaden* sind – wie beim Lohnausfallschaden – die *zukünftigen Reallohnerhöhungen* zu berücksichtigen, die der mutmasslichen Ersatzkraft bezahlt werden müssten. Die für Pflege- und Betreuungspersonal einschlägigen Besoldungsrichtlinien sehen in der Regel eine höhere Lohneinstufung mit zunehmenden Dienstjahren bzw. zunehmendem Alter vor (siehe z.B. Art. 13 Abs. 1 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 und §§ 32 ff. Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19.05.1999 [ZH]). 440

Dem Geschädigten sind deshalb die zukünftig zu erwartenden Reallohnerhöhungen zu entschädigen, ansonsten er nicht in der Lage ist, in Zukunft marktkonforme Löhne zu bezahlen (LANDOLT H., Pflegerecht II, N 928 ff.). Die Berechnung des zukünftigen normativen Angehörigenpflegeschadens ist aus systemimmanenten Gründen mit denselben Parametern vorzunehmen, die bei der Haushaltschadenberechnung angewandt werden (infra N 1116 ff.). 441

2. Rente

Die Rente kann mit Wirkung ab Klageeinleitung bzw. ab dem Datum der Urteilsfällung beansprucht werden (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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/2.3). Ist in einem späteren Zeitpunkt mit einem Wechsel der Pflegeform bzw. einem Anstieg der Pflegekosten zu rechnen, sind *befristete bzw. abgestufte Rente* vorzusehen (SCHAETZLE M./WEBER S., Kapitalisieren, N 3.266 und Beispiel 9a). 442

Die *Angehörigenpflegeschadenrente* ist an den *Nominallohnindex* zu koppeln (Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 [11 04 163] = HAVE 2007, S. 443

35 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. 8 und HGer Zürich 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 [Bemerkungen von Hardy Landolt] E. VI/2.2; a.A. Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5b/bb [Koppelung der Pflegeschadenrente an den LIKP]).

444 Bei der *Spital-, Heim- und Spitexpflegeschadenrente* ist die Indexierung problematisch, weil die vom Geschädigten zu tragende zukünftige Teuerung nicht absehbar ist. Eine *Anbindung an den Nominallohnindex* ist in der Regel die sinnvollste Lösung, weil die Teuerung der Heim- und Spitexkosten massgeblich von der Lohnentwicklung des Heim- bzw. Spitexpersonals bestimmt wird sowie die Höhe der vom Geschädigten zu bezahlenden Kostenbeteiligungen (Franchise, Selbstbehalt, Nichtpflichtleistungen, Pensionstaxe etc.) ungewiss sind.

445 Eine Rente statt Kapital kann auch dann zugesprochen werden, wenn der Geschädigte eine *verkürzte Lebenserwartung* aufweist (Urteil KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 5b). Ist die Lebenserwartung verletzungsbedingt verkürzt, ist der «Lebensverkürzungsschaden» zu entschädigen bzw. sollte auf eine Berentung verzichtet werden, da sonst der Haftpflichtige zu Unrecht von den von ihm herbeigeführten Verletzungsfolgen profitiert (infra N 884 ff.).

3. Fortlaufende Schadensliquidation

446 Sowohl die Berechnung als auch die Abgeltung des Betreuungs- und Pflegeschadens weisen – nicht zuletzt wegen der noch nicht gefestigten Rechtsprechung und der Reformfreudigkeit des Sozialversicherungsgesetzgebers – einige «Klippen» auf, die nicht immer umschifft werden können. Besonders problematisch sind zukünftige Betreuungs- und Pflegekosten, die sich weder genau berechnen noch durch eine indexierte Rente effektiv abgelten lassen (PRIBNOW V., Einzelfragen, S. 500 ff., 503, und SCHAETZLE M./WEBER S., Kapitalisieren, N 3.64 f.).

447 Geschädigter, Anwalt und Haftpflichtiger sind daher oft gut beraten, nur den Teil des Betreuungs- und Pflegeschadens als Kapital oder Rente abzugelten, der sich einigermassen verlässlich berechnen lässt. Der restliche Schaden ist im Rahmen einer *fortlaufenden Schadensliquidation* abzugelten (KARLEN U., Empfehlungen Rente, S. 49 ff., 50). Der Vorteil einer

solchen Schadensliquidation liegt in der Beseitigung der zahlreichen Unwägbarkeiten und in einer effektiven Schadensabgeltung. Eine fortlaufende Schadensliquidation kann eine Partei jedoch nicht gegen den Willen der anderen Partei durchsetzen; es bedarf hierzu einer Entschädigungsvereinbarung.

448 Eine fortlaufende Schadensliquidation ist nicht zuletzt auch im Hinblick auf die *Irrtumsproblematik* sinnvoll. Wird der zukünftige Betreuungs- und Pflegeschaden mit einer Entschädigungsvereinbarung abgegolten, können sich die Erwartungen der Parteien hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung als falsch herausstellen. Nur ein wesentlicher Irrtum berechtigt aber zur Anfechtung der Entschädigungsvereinbarung (supra N 364 f. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR).

449 Eine Irrtumsanfechtung ist innerhalb eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums (Art. 31 Abs. 1 OR) und zudem nur vor Ablauf der absoluten Verjährungsfrist möglich. Tritt der Irrtum nach Eintritt der absoluten Verjährung ein oder ist er unwesentlich, gilt die irrtumsbehaftete Entschädigungsvereinbarung. Vor allem bei Kindern ist die zukünftige Entwicklung des Pflegebedarfs, der Pflegeform und des Pflegeversicherungsrechts innert zehn Jahren seit dem Verletzungszeitpunkt nicht absehbar, einschneidende Veränderungen aber wahrscheinlich.

450 Eine *irrtumsbehaftete Entschädigungsvereinbarung*, einmal abgeschlossen, gilt deshalb in aller Regel und wirft die Frage auf, ob und inwieweit *Falschprognosen* im Rahmen eine Entschädigungsvereinbarung einen *anwaltlichen Sorgfaltsfehler* darstellen. Im Hinblick auf das in Art. 42 Abs. 2 OR herabgesetze Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlicheit kommt ein Sorgfaltsfehler nur dann in Betracht, wenn eine überwiegend wahrscheinliche Entwicklung nicht erkannt wurde.

D. Einkommensausfallschaden

I. Grundlagen

451 Der Verletzte hat Anspruch auf Ersatz der «Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit» (Art. 46 Abs. 1 OR). In einem engeren Sinn besteht die Arbeitsunfähigkeit im (teilweisen) Verlust der Fähigkeit, Lohn-