

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 den 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/HUGENTOBLE VALÉRIE , Pflegebedürftigkeit in der Schweiz. Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert, Bern 2003

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

HUBER CHRISTIAN, Das Ausmass des Schadensersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr (zugleich Anmerkung zu OGH, 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, Pflege- und Betreuungsschaden, in: Haftung und Versicherung. Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht. 2. A., Basel 2015, S. 467 ff.
- 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.
- LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar, N 139 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR und N 241 ff. zu Art. 46 OR, Zürich 2007
- 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.

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

PIFFNER 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

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. KGer GR 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 07.07.2011 (9C_114/2011)
42. BGer vom 15.07.2011 (4A_225/2011)

43. BGer vom 10.10.2014 (4A_310/2014)

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, Pflege- und Betreuungsschaden, in: Haftung und Versicherung. Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht. 2. A., Basel 2015, S. 467 ff.
3. LANDOLT HARDY, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011/2, S. 115 ff.

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 Betreuungs- und Pflegeleistungen. Der Unfallversicherer war anfänglich bereit, eine monatliche Pflegeentschädigung von CHF 4 000.– auszurichten, erhöhte dieses Angebot aber auf CHF 5 500.–.

Es stellen sich folgende Fragen:

Thema 1: Rechtsnatur des Pflegeverhältnisses

1. Wie ist das Pflegeverhältnis rechtlich zu qualifizieren?
2. Wann ist der pflegebedürftige Geschädigte nicht mehr handlungsfähig?

Thema 2: Sozialversicherungsbeiträge und Steuern

3. Ist die Pflege behinderter Angehöriger eine beitragspflichtige Arbeit? Wenn nein/ja, welches sind die Konsequenzen für die haftungsrechtliche Ersatzpflicht?
4. Wie ist die Pflege behinderter Angehöriger steuerrechtlich zu qualifizieren?

Thema 3: Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht

5. Inwieweit besteht eine sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht für die Überwachung bzw. Wartezeiten von Schwerstverletzten?
6. Wie ist die Angehörigenpflege sozialversicherungsrechtlich gedeckt?

Thema 4: Haftungsrechtliche Ersatzpflicht

7. Inwieweit geht die haftungsrechtliche über die sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht hinaus?
8. Wie soll der zukünftige Pflegeschaden berechnet und abgegolten werden? Wie sollte ein Pflegerenten Antrag lauten?

Thema 5: Trennung

9. Welches sind die Ansprüche der pflegenden Konkubinatspartnerin bei einer Trennung?

10. Welches sind die Ansprüche des pflegenden Ehegatten bei einer Trennung/Scheidung?

Thema 6: Tod des Geschädigten

11. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Partnerin/des Ehegatten beim vorzeitigen Tod des Geschädigten?

12. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Partnerin/des Ehegatten beim vorzeitigen Tod des Geschädigten?

Thema 7: Invalidität der pflegenden Angehörigen

13. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten bei Invalidität der pflegenden Angehörigen?

14. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten bei Invalidität der pflegenden Angehörigen?

15. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche der pflegenden Angehörigen, wenn sie invalid werden?

Thema 8: Tod der pflegenden Angehörigen

16. Welches sind die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten beim Tod der pflegenden Angehörigen?

17. Welches sind die haftungsrechtlichen Ansprüche des Geschädigten beim vorzeitigen Tod der pflegenden Angehörigen?



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 responsabilité 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 Verwandtenunterstützungspflicht¹⁶ 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 Betreuung³⁰ 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 Pflegeassistentin) 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 Vollzeitwerbstätigkeit 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 22.00³⁵) 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 Pikettdienstes 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 Verdienstausschlag 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 auf⁴⁶ 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 möchte⁴⁹, 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 dürfte⁵². 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 Präsenzscha den 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 indiziert. 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 Entlohnung bemessen und als nominallohnindizierte, 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 träge. 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 Realloohnerhöhungen 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 Verdienstausschluss 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 Schadenausgleichssystemen, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 6.1, N 6.12; Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, 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.

§ 10 Pflege- und Betreuungsschaden

Hardy Landolt*

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

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

Literaturauswahl

BREITSCHMID PETER/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Rechtsfragen zum Heimaufenthalt und dessen Finanzierung, Zürich 2010; HÖPFLINGER FRANÇOIS, Demografische Alterung, Langlebigkeit und Pflegebedürftigkeit, CHSS 2005, 258 ff.; HÖPFLINGER FRANÇOIS/BAYER-OGLESBY LUCY/ZUMBRUNN ANDREA, Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter, Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011; HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLE VALÉRIE, Pflegebedürftigkeit in der Schweiz, Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert, Bern 2003; DIES, Familiäre, ambulante und stationäre Pflege im Alter, Perspektiven für die Schweiz, Bern 2005; HUBER CHRISTIAN, Das Ausmass des Schadensersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr (zugleich Anmerkung zu OGH, vom 27. April 2006 – 2 Ob 176/05d), ÖJZ 2007, 625 ff.; DERS., Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den «angemessenen marktkonformen Ausgleich» – zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. November 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741, MedR 2008, 712 ff. (zitiert: HUBER, Pflege eines Schwerstverletzten); DERS., Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, DAR 2010, 677 ff. (zitiert: HUBER, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen); KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, HAVE 2003, 123 ff.; LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile 4C.283/2005 vom 18. Januar 2006, 4C.413/2006 vom 27. März 2007 und 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, HAVE 2011, 3 ff. (zitiert: LANDOLT, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden); DERS., Angehörigenschaden: Reflex- oder Dircktschaden – oder sogar beides?, HAVE 1/2009, 3 ff. (zitiert: LANDOLT, Angehörigenschaden); DERS., Bundesgericht, II. Öffentliche Abteilung, Urteil 2P.190/2004 vom 24. November 2004 i.S. X. c. Schulgemeinde C., Schulgemeinden Näfels und Mollis, Erziehungsdirektion des Kanton Glarus und Verwaltungsgericht des Kanton Glarus, AJP 2005, 619 ff. (zitiert: LANDOLT, BGer Schulgemeinden Näfels und Mollis); DERS., Berechnung des Heimpflegeschiedens, Grundsätze und Besonderheiten, in: Fuhrer Stephan/Chappuis Christine (Hrsg.), Liber amicorum Roland Brehm. Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 2012, 219 ff. (zitiert: LANDOLT, Berechnung des Heimpflegeschiedens); DERS., Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegesicherungssystem); DERS., Der Fall Kramis – Pflegeschaden quo vadis?, Anmerkungen zum Urteil des Handelsgerichts Zürich E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 (publiziert in: plädoyer 6/2001, 66 ff., plädoyer 1/2002, 67 ff., und ZR 2002 Nr. 94) sowie zum in gleicher Sache ergangenen Urteil des BGer 4C.276/2001/rnd vom 26. März 2002 (publiziert und teilweise besprochen in: plädoyer 5/2002, 57 ff., HAVE 4/2002, 276 ff., und Pra 91 [2002] Nr. 212), gleichzeitig eine Kritik am Urteil des Bernischen Appellationshofs 358/II2001 vom 13. Februar 2002 (publiziert in: ZBJV 12/2002, 831 ff.), ZBJV 2003, 394 ff.; DERS., Der Pflegeschaden, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegeschaden); DERS., Der Pflegeschaden, in: Tagungsband 2. Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 67 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegeschaden, Personen-Schaden-Forum 2003); DERS., Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, HAVE 2/2011, 115 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegeversicherungsleistungen); DERS., Pflegerecht, Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftpflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002 (zitiert: LANDOLT, Pflegerecht II); DERS., Präsenzzeitaufwandschaden, Urteil OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006, HAVE 2007, 35 ff. (zitiert: LANDOLT, Präsenzzeitaufwandschaden); DERS., Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige, Urteil OLG Bamberg U 23/05 vom 28. Juni 2005 = VcrsR 33/2005, 1593 ff., HAVE 2006, 238 ff. (zitiert: LANDOLT, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige); DERS., Soziale Sicherheit älterer Geschädigten und ihrer Angehörigen, in: Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich 2010, 13 ff. (zitiert: LANDOLT, Soziale Sicherheit älterer Geschädigten); DERS., Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, AJP 10/2009, 1233 ff. (zitiert: LANDOLT, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger); DERS., Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, 59 ff. (zitiert: LANDOLT, Pflegende Angehörige); LANDOLT HARDY/RUGGLI SANDRO, Der Bereitschafts- (Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht, Band 1, Zürich 2010, 99 ff.; LATZEL GÜNTHER/ANDERMATT CHRISTOPH/WALTHER RUDOLF, Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit, Bern 1997;

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

I. Einleitung

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

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

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

- Spitalpflegeschaden = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Spitalpflegebedürftigkeit eintreten,
- Heimpflegeschaden = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Heimpflegebedürftigkeit eintreten,
- *Hauspflegeschaden* = Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer *Hauspflegepflegebedürftigkeit* eintreten und
- Selbstpflegeschaden = Geldwert des Selbstversorgungsmehraufwandes.

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

10.5

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

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

II. Ersatzfähigkeit und Aktivlegitimation

1. Ersatzfähigkeit

- 10.7 Das Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen die *Ersatzfähigkeit* des Betreuungs- und Pflegeschadens seit je. Art. 46 OR gewährt der verletzten Person insbesondere Anspruch auf Ersatz der Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens einzuschränken. Darunter fallen die tatsächlichen Kosten dauernder Betreuung und Pflege. Aber auch die Pflege zu Hause geht, soweit sie rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ist, zu Lasten des Haftpflichtigen, und zwar unabhängig davon, ob bereits tatsächlich Kosten entstanden sind oder entstehen werden¹.

¹ Vgl. BGE 28 II 200 ff. (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau); 33 II 594 ff. (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter); 35 II 216 ff. (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte); 57 II 94 ff. (Krankenbesuche des Ehemannes); 97 II 259 ff. (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter); 108 II 422 ff. (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter); BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 88 (1999) Nr. 171 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern) und 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = HAVE 2002, 276 ff.; 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2 und 3 = HAVE 2011, 3 (Pflege einer 8-Jährigen mit unfallbedingtem apallischem Syndrom mit Wachkoma durch Eltern); 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010, E. 1.3.4.2 (Abklärung des Betreuungs- und Pflegebedarfs) und BGer 4A_225/2011 vom 15. Juli 2011, E. 2 (Pflege einer

2. Aktivlegitimation

Bei entgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen tritt der Schaden beim pflegebedürftigen Geschädigten ein. Er muss die vom (regressierenden) Sozialversicherer ungedeckten Kosten, insbesondere den Selbstbehalt und die Franchise, bezahlen und kann dafür Ersatz verlangen. Werden Pflege- und Betreuungsleistungen von Angehörigen unentgeltlich erbracht, ist die hilfsbedürftige Person geschädigt und damit *aktivlegitimiert*, obwohl der Geschädigte den Angehörigen kein Pflegeentgelt bezahlt² und die – betreuenden – Angehörigen selber genutzungsberechtigt sind³. 10.8

Die ältere Rechtsprechung erachtete demgegenüber die besuchenden *Angehörigen* als aktivlegitimiert⁴. Die verletzte Person konnte den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag⁵. In BGE 97 II 266 E. III/2–4 änderte das Bundesgericht ohne nähere Begründung seine Auffassung. Es erwog, dass der besuchte *Verletzte* aktivlegitimiert ist und die Besuchskosten der Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu ersetzen sind⁶. Diese beiden Auffassungen hat das Bundesgericht in neueren Urteilen bestätigt. Es erachtet den Verletzten nicht nur in Bezug auf den Pflege- und Betreuungsschaden, sondern auch hinsichtlich des Besuchsschadens als aktivlegitimiert und die *Geschäftsführung ohne Auftrag* im Verhältnis zwischen dem Verletzten und den Angehörigen als anwendbar⁷. 10.9

Sowohl die Aktivlegitimation des Verletzten als auch die Anwendung der *Geschäftsführung ohne Auftrag* werden mit den Hinweisen kritisiert, dass der *Besuchsaufwand* letztlich nicht von der Hilfsbedürftigkeit des Verletzten, sondern vom Vor- 10.10

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

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

3 Statt vieler BGE 112 II 220 ff.

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

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

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

7 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3; 4C.413/2006 vom 27. März 2007, E. 4.

handensein des *Besuchswillens* der Angehörigen abhängt und die besuchenden Angehörigen keine Geschäftsführer sind, die ein fremdes Geschäft auftragslos erbringen, sondern in eigenem Interesse tätig werden. Der *Vermögensschaden* fällt ferner bei den besuchenden Angehörigen an, weshalb – wie bei der *Angehörigen-genugtuung* – von der Aktivlegitimation der Angehörigen ausgegangen werden sollte⁸.

III. Ersatzpflichtiger Betreuungs- und Pflegeaufwand

1. Allgemeines

- 10.11 Die Schadenersatzpflicht setzt einen objektiv ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsmehrbedarf voraus, der lebenslänglich oder vorübergehend bestehen kann⁹. Es genügt nicht, dass der Geschädigte effektiv *Dritthilfe* beansprucht. Die Dritthilfe muss im Hinblick auf die erlittene Beeinträchtigung der Gesundheit gerechtfertigt sein.
- 10.12 Die Rechtsprechung ist etwa bei folgenden *Gesundheitsschädigungen* von einem ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsbedarf ausgegangen:
- Querschnittlähmung¹⁰;
 - Hirnschädigung¹¹;
 - Gliedmassenverlust¹²;
 - Blindheit¹³;
 - offener Beinbruch¹⁴.
- 10.13 Das Vorliegen eines objektiven Pflege- und Betreuungsbedarfes begründet keine Haftung für beliebige Dienstleistungen. Zwischen der Pflegebedürftigkeit und den fraglichen Dienstleistungen muss ein *Bedingungsverhältnis* bestehen. Ersatzfähig sind Pflege- und Betreuungsdienstleistungen nur dann, wenn sie geeignet und notwendig sind, um die eingeschränkte Selbstversorgungsfähigkeit des Geschädigten zu kompensieren. *Eignung* und *Notwendigkeit* lassen sich abstrakt nicht umschreiben. Im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage ist eine Ersatzpflicht in jedem Fall immer dann zu bejahen, wenn der Geschädigte für bestimmte

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

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

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

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

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

13 Vgl. BGE 35 II 405 ff.

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

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

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

- der Heilung dienliche Pflegeleistungen, insbesondere Behandlungs- und Grundpflege sowie Krankenbesuche¹⁵,
- bei notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, wozu auch ein *Pflegetraining* im Hinblick auf künftige Hauspflege durch Angehörige¹⁶ und die ausserhäusliche Begleitung und Betreuung¹⁷ zählen,
- bei verletzungsbedingt erforderlichen hauswirtschaftlichen *Verrichtungen Dritter*¹⁸ und
- bei verletzungsbedingt erforderlichen *Überwachungs- und Präsenzzeiten*¹⁹.

Je nach den konkreten Umständen kann eine Notwendigkeit für eine *Angehörigenpflege und -betreuung* trotz stationärer Unterbringung in einem Spital oder einem Pflegeheim bestehen. Dies ist insbesondere der Fall für notwendige Besuche²⁰, ein *Pflegetraining*²¹ und die spital- bzw. heimexterne Begleitung²². **10.15**

2. Betreuungsaufwand

a) Allgemeines

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

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

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

16 Vgl. BGE 108 II 422.

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

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

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

20 Vgl. dazu unten Rz 10.25.

21 Vgl. BGE 108 II 422.

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

im Zusammenhang mit Therapiebesuchen sowie Freizeit- und Ferienaktivitäten oder bei dessen Betreuung am Arbeitsplatz an. Ein externer Betreuungsbedarf besteht bei *Erblindeten*²³, *Gelähmten* bzw. zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesenen Geschädigten²⁴ sowie *Kindern*²⁵.

- 10.18 – Als *unmittelbare Betreuungsleistungen* lassen sich Dienstleistungen qualifizieren, welche den Geschädigten betreffen. Müssen Hilfsmittel unterhalten oder hauswirtschaftliche Mehrleistungen erbracht werden, liegen *mittelbare Betreuungsleistungen* vor.
- 10.19 – In der Regel besteht die Betreuung in *physischen Hilfeleistungen*. Ausnahmsweise sind aber auch die Kosten einer *psychischen Unterstützung*, z.B. einer parapsychologischen Betreuung durch einen Geistheiler²⁶, ersatzfähig.

b) *Betreuung in schulischen Belangen*

- 10.20 Kinder benötigen je nach der Schwere der Verletzung mitunter auch Hilfe bei der Erledigung von Schulaufgaben. Beeinträchtigt die erlittene Verletzung die frühere Lernfähigkeit, sind unter Umständen sogar besondere *schulische Fördermassnahmen* erforderlich. Die Invalidenversicherung hat traditionsgemäss während Jahrzehnten die schulische Eingliederung der behinderten Kinder im Rahmen von Versicherungsleistungen und Subventionen finanziert²⁷.
- 10.21 Im Rahmen der Neuordnung des Finanzausgleiches wurde die *Sonderschulung* bzw. die schulische Eingliederung in den ausschliesslichen Verantwortungsbereich der Kantone übertragen. Die Kantone haben nunmehr seit dem 1. Januar 2008 den verfassungsmässigen Auftrag, für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen²⁸. Dieser verfassungsmässige Auftrag korreliert mit dem aus dem *Behindertendiskriminierungsverbot*²⁹ folgenden Grundrechtsanspruch auf eine integrative Schulung³⁰. Die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) und die separierte Sonderschulung in einer externen Institution müssen im konkreten Einzelfall gleichwertig sein³¹.
- 10.22 Die vom zuständigen Kanton nicht erbrachten bzw. finanzierten Betreuungsdienstleistungen stellen einen *Direktsschaden* des geschädigten Kindes dar. Sieht das kan-

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

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

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

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

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

28 Vgl. Art. 62 Abs. 3 BV.

29 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

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

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

tonale Schulrecht kein *Regressrecht* für die schulischen *Integrationskosten* vor, können die Kantone nicht auf die Haftpflichtigen Rückgriff nehmen. Erbringen nicht zugelassene Personen, namentlich Eltern, pädagogisch-therapeutische oder andere Förderungsmassnahmen, ist der gesamte Betreuungsaufwand zu entschädigen, wenn die fraglichen Massnahmen notwendig sind und in geeigneter Weise durchgeführt werden. Zu entschädigen sind z.B. tägliche Lese-, Schreib- und Rechenübungen, die Repetition der schulischen Lerninhalte, Erarbeitung und Fortentwicklung des Förderkonzeptes, die Koordination mit den externen Förderungsmassnahmen und die organisatorische Durchführung³².

c) *Betreuung am Arbeitsplatz*

Bei erwerbs- bzw. arbeitsfähigen Geschädigten ist mitunter neben der ausserhäuslichen Begleitung auch eine Betreuung am Arbeitsplatz erforderlich. Erwerbstätige Geschädigte erhalten von der *Invalidenversicherung* lediglich die Kosten von notwendigen Hilfsmitteln am Arbeitsplatz und für *bauliche Vorkehren* zur Überwindung des Arbeitsweges ersetzt³³. 10.23

Als Direktschaden ersatzpflichtig sind insoweit nicht nur die ungedeckten *Transport- und die Lohnkosten* der Begleitperson, sondern auch die *Betreuungskosten* am Arbeitsplatz. Diese sind jedoch – im Gegensatz zu den übrigen Betreuungs- und Pflegekosten – nach Aktivität bzw. bis zum mutmasslichen Ende der Berufstätigkeit zu kapitalisieren. Arbeitgeber und Arbeitskollegen des Versicherten ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen – über die gesetzliche bzw. vertragliche Lohnfortzahlungspflicht hinaus – nicht zumutbar, sofern deren Bezug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat³⁴. 10.24

d) *Spital- und Heimbesuche*

Die Rechtsprechung hat seit je den *Spitalbesuchsschaden* als ersatzfähig qualifiziert³⁵. Das Bundesgericht hat in jüngster Zeit auch die Ersatzpflicht des *Heimbesuchsschadens* bejaht, eine solche aber – aus prozessualen Gründen – nur für die Mutter, nicht aber für den Vater des wachkomatösen Kindes bejaht³⁶. Der Besuchsschaden ist mit dem Pflege- und dem übrigen Betreuungsschaden kumulierbar³⁷. 10.25

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

33 Vgl. Ziff. 13 Anhang HVI.

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

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

36 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.4 und 3.5 = HAVE 2011, 3.

37 S. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 1–3 = HAVE 2011, 3.

- 10.26** Bei in einem Heim untergebrachten Geschädigten ist neben dem Heimpflege- und dem Heimb Besuchsschaden auch und zusätzlich der *Angehörigenpfleges*chaden zu entschädigen, der entsteht, wenn sich der Geschädigte an Wochenenden oder ferienhalber zu Hause aufhält und dort gepflegt und betreut wird³⁸. Bei Kindern, die in einem Heim untergebracht sind, bejaht die Rechtsprechung einen Anspruch auf ein Besuchswochenende pro Monat³⁹.
- 10.27** Entschädigungspflichtig ist *nur der* komplementäre, nicht aber der substituierende Betreuungsschaden bei einem Heimaufenthalt: «Wenn die Eltern anlässlich ihrer Besuche auch für die Pflege der Beschwerdeführerin sorgen und das Heimpersonal insoweit entlasten, kann die Beschwerdeführerin diesen freiwillig geleisteten Aufwand ihrer Eltern nicht noch einmal zum Ersatz verstellen»⁴⁰. Ersatzfähig sind nur Betreuungs- und Pflegeleistungen, die nicht durch die *Pflege- und Pensionstaxe* abgedeckt sind. Im Einzelfall muss deshalb anhand des *Heimunterbringungsvertrages* festgestellt werden, welche Betreuungsleistungen vom Heim geschuldet und durch die Heimtaxen mitabgegolten werden.
- 10.28** Die bisherigen Urteile haben die Ersatzpflicht lediglich für tatsächlich angefallene Besuchskosten bejaht. Der tatsächliche Besuchsschaden umfasst sowohl *Kosten*, insbesondere Reise-⁴¹, Unterbringungs-⁴², Verpflegungs-⁴³ und Kinderbetreuungskosten⁴⁴ als auch einen *Erwerbsausfallsschaden* der besuchenden Angehörigen⁴⁵, sofern dieser im Rahmen einer selbständig erwerbenden Tätigkeit nicht durch Vor- oder Nacharbeit aufgefangen⁴⁶ bzw. mit den Arbeitszeiten koordiniert werden kann⁴⁷.
- 10.29** Eine «Normativierung» des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, indem er eine Ersatzpflicht für den Zeitaufwand der Mutter eines

38 S. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.6 = HAVE 2011, 3.

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

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

41 Vgl. AppGer TI vom 12. Februar 1982 i.S. Lamoni c. Grisoni = CaseTex Nr. 1178; KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (bei Besuchen im Inland nur Kosten von öffentlichen Verkehrsmitteln, nicht aber Kosten eines Mietautos; bei Besuchen im Ausland auch Auto- und Flugkosten); LG Saarbrücken 14 O 117/87 vom 18. Dezember 1987 = NJW 1988, 2958.

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

43 Vgl. KGer VS vom 2. März/6. September 1979 i.S. Hennemuth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union = SG 1979 Nr. 16 E. 7b (CHF 60 pro Tag für Unterkunft und Verpflegung).

44 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.5 = HAVE 2011, 3; BGH VI ZR 263/88 vom 24. Oktober 1989 = DAR 1990, 58 = NJW 1990, 1037 = VersR 1989, 1308; VI ZR 201/83 vom 21. Mai 1985 = NJW 1985, 2757; VI ZR 303/79 vom 28. Oktober 1980 = VersR 1981, 239.

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

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

47 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3.

schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Weges vom und ins Spital und die Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25 bejaht⁴⁸. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls eine Ersatzpflicht für eine «konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung»⁴⁹.

Die bisherige schweizerische Praxis bejaht eine Ersatzpflicht nur für Eltern⁵⁰ und Ehegattenbesuche⁵¹. Mitunter wird sogar nur ein Anspruch auf den Besuch eines Elternteils bejaht, obwohl beide Eltern bzw. Geschwister den Geschädigten besucht haben⁵². Die deutsche Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass nicht nur «nächste», sondern auch «nahe» Angehörige besuchsberechtigt sind⁵³, schränkt den Ersatzanspruch aber auf medizinisch notwendige Besuchskosten ein⁵⁴. **10.30**

Diese Voraussetzung ist praktisch nicht beweisbar, weshalb in der Regel eine Ersatzpflicht, insbesondere für Besuchskosten von Geschwistern, abgelehnt wird⁵⁵. Immerhin anerkennt die deutsche Rechtsprechung, dass nichteheliche bzw. gleichgeschlechtliche Lebenspartner den Ehegatten gleichgestellt sind⁵⁶. Die Ersatzpflicht hängt zudem nicht davon ab, ob die Partner ständig zusammen gewohnt haben⁵⁷. **10.31**

Der Ausschluss des Besuchsschadenersatzes für nahe Angehörige bzw. von Mehrfachbesuchen ist nicht haltbar. Einerseits steht auch anderen Angehörigen, insbesondere den Kindern oder den Geschwistern, ein grund- und persönlichkeitsrechtlich geschütztes *Kontaktrecht* zu, das sich letztlich auch in einem *Genugtuungsanspruch* niederschlägt. Genugtuungsberechtigt sind die Angehörigen der *Kernfamilie*, d.h. Ehegatten⁵⁸, Verlobte bzw. Konkubinatspartner⁵⁹, Eltern⁶⁰, Nachkommen⁶¹ sowie Geschwister des Verletzten. Geschwister sind genugtuungsbe- **10.32**

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

49 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.5 = HAVE 2011, 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

reichtigt, sofern ein gemeinsamer Haushalt oder eine besonders starke Bindung besteht⁶².

- 10.33** Es wäre vernünftig, *Genugtuungs- und Besuchsberechtigung* einheitlich zu handhaben. Andererseits ist im Hinblick auf die von der Rechtsprechung zur Begründung der Ersatzpflicht des Verletzten gegenüber dem besuchenden Angehörigen herangezogene Geschäftsführung ohne Auftrag konsequenterweise davon auszugehen, dass alle nützlichen und notwendigen Besuche zu entschädigen sind⁶³. Notwendig sind unter Umständen sogar Besuche von Dritten, z.B. Geschäftspartnern oder engen Mitarbeitern.
- 10.34** Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für den Besuchsschaden mit der Erwägung bejaht, dass Angehörigenbesuche der Heilung förderlich seien⁶⁴. Das Bundesgericht hat zwar auch auf das Erfordernis der medizinischen Notwendigkeit hingewiesen, aber eine nichtmedizinische Notwendigkeit anerkannt und erwogen, dass sich Elternbesuche als erforderlich erweisen können, «um über die medizinische Behandlung zu bestimmen»⁶⁵.
- 10.35** Die ersatzpflichtige Besuchshäufigkeit lässt sich nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bestimmen. Die Rechtsprechung ist zurückhaltend bis rigide:
- In BGE 99 II 259 ff. wurden die gelegentlichen Spitalbesuche der Mutter einer mit einem offenen Beinbruch im Spital befindlichen erwachsenen Tochter als ersatzfähig bezeichnet.
 - Das Walliser Kantonsgericht hat die Anspruchsberechtigung sehr restriktiv ausgelegt. Anerkannt wurden drei Besuche durch den Vater eines Querschnittgelähmten in einem Monat⁶⁶.
 - Das EVG hat festgestellt, dass Kinder im vorschul- und schulpflichtigen Alter einen Anspruch auf Vergütung der Kosten für Spitalbesuche an jedem dritten Tag haben⁶⁷.
 - Der Berner Appellationshof demgegenüber hat bei Elternbesuchen im Spital während der Akutphase fünf bis sieben Stunden (inklusive Anfahrzeit) pro Tag als ersatzfähig qualifiziert⁶⁸.
 - Das Amtsgericht Stadt-Luzern hat drei Besuche der Eltern eines im Wachkoma liegenden Kindes pro Woche (inklusive einem wöchentlichen Familienbesuchstag) bzw. wöchentlich insgesamt einen Zeitaufwand von 20 Stunden als der konkreten Situation angemessen bezeichnet⁶⁹. Das Luzerner Obergericht kürzte

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

63 Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

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

65 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.3 = HAVE 2011, 3.

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

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

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

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

diesen Anspruch auf drei Stunden pro Woche⁷⁰, was das Bundesgericht nicht be-
anstandete⁷¹.

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

3. Pflegeaufwand

a) Allgemeines

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

Unter Pflege wird im krankenversicherungsrechtlichen Kontext die Behandlungs- und **10.38**
Grundpflege und im unfallversicherungsrechtlichen Kontext die *medizinische Pflege*
verstanden. Die Behandlungspflege meint Pflegeleistungen, die einen eigentlichen
Behandlungszweck erfüllen⁷⁴. Im *Krankenversicherungsrecht* besteht eine abschlies-
sende Aufzählung der versicherten behandlungspflegerischen Verrichtungen⁷⁵, wöh-

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

71 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.6 = HAVE 2011, 3.

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

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

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

75 Vgl. BGE 136 V 172 E. 4.3 = Pra 99 (2010) Nr. 135; BGer 9C_702/2010 vom 21. Dezember
2010, E. 4.2.2.

rend das *Unfallversicherungsrecht* keine Legaldefinition für die medizinische Pflege kennt⁷⁶.

b) *Behandlungspflege*

- 10.39** Die *Behandlungspflege* ist eine *medizinische Pflege*, deren *Zweck die Heilung* darstellt. Mit der Grundpflege werden pflegerische Verrichtungen verstanden, die erforderlich sind, weil sich der Verletzte nicht mehr selber versorgen kann. Behandlungspflegerischer Natur sind die beim Vorliegen eines Hirntumors erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit der Kontrolle der Ausscheidung (Durchfall), die Temperaturkontrolle, die Beurteilung von Allgemeinzustand/Kreislaufkontrolle/Schmerzerfassung sowie die Lagerung/Hilfestellung bei Aspirationsgefahr und Shuntlagerung. Schwierigkeiten bereitet demgegenüber die leistungsrechtliche Einordnung der Hilfestellungen rund um das chemotherapiebedingte Erbrechen mit einem Aufwand von zwei bis fünf Stunden pro Nacht; das Bundesgericht qualifizierte auch diese Leistungen, unter Einschluss der Wartezeiten, als *Behandlungspflege*⁷⁷.
- 10.40** Zur medizinischen Pflege zählen ferner die tägliche Verabreichung von Medikamenten und das Anlegen einer Bandage⁷⁸ sowie das Katheterisieren oder Klopfen und Pressen der Blase, das Anlegen eines Kondoms mit Urinal und das digitale Stuhlausräumen⁷⁹. Massnahmen, die im Zusammenhang mit alltäglichen Lebensverrichtungen erbracht werden, oder der Führung des Haushaltes oder der Besorgung von alltäglichen Angelegenheiten dienen, sind nicht zur medizinischen Pflege zu zählen. Diese begründen, soweit die vorerwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, eine *Hilflosigkeit*⁸⁰.
- 10.41** Die Unterscheidung in Behandlungs- und Grundpflege ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Bei der *Behandlungspflegeliste* gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV handelt es sich um eine positive Liste, weshalb nur explizit aufgeführte Leistungen versichert sind⁸¹, während die *Grundpflegeliste* exemplarisch ist⁸². Für behandlungs- und grundpflegerische Leistungen gelten sodann unterschiedliche *Tarife*⁸³, weshalb sie auch haftpflichtrechtlich unterschiedlich zu entschädigen sind. Schliesslich ist die *Hilflosenentschädigung* nur mit der Grund-, nicht aber der *Behandlungspflege* sachlich kongruent⁸⁴.

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

77 Vgl. BGER 9C_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.2.

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

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

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

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

82 Vgl. BGER 9C_702/2010 vom 21. Dezember 2010, E. 4.2.2.

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

84 Vgl. BGER 9C_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.1.

c) *Grundpflege*

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

- Zur *allgemeinen* Grundpflege zählen etwa Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten, Lagern, Bewegungsübungen, Mobilisieren, Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden oder beim Essen und Trinken⁸⁶. **10.43**
- Die *Massnahmen zur Überwachung* und *Unterstützung* psychisch kranker Personen umfassen u.a. die Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte, Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen⁸⁷. **10.44**

d) *Selbstpflege*

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Ersatzfähigkeit des normativen Angehörigenpflegeschiedens anerkannt und unbestritten⁸⁸. Bislang wurde noch nicht entschieden, ob auch der Selbstversorgungsmehraufwand bzw. der normative Selbstpflegeschieden ersatzpflichtig ist. Gegen eine Ersatzpflicht des Selbstversorgungsmehraufwandes spricht der Umstand, dass der blosser Zeitverlust (sprich: Freizeitverlust) kein materieller Schaden ist, wohl aber ein Umstand darstellt, der bei der Bemessung des immateriellen Schadens zu berücksichtigen ist. Betrifft die Selbstversorgung einen Zeitraum, in welchem der Geschädigte erwerbstätig oder hauswirtschaftlich tätig gewesen wäre, ist eine Entschädigung ausgeschlossen, weil der Geschädigte für diesen Zeitraum entschädigt wird und es ihm zumutbar ist, den Zeitgewinn mit dem Selbstversorgungsmehraufwand zu kompensieren⁸⁹. **10.45**

Trotz dieser Vorbehalte ist eine Ersatzpflicht für den normativen Selbstpflegeschieden zu bejahen. Beim Haushaltschaden wird der hauswirtschaftliche Selbstversorgungsmehraufwand (zeitlicher Mehraufwand für hauswirtschaftliche Verrichtungen, die der Verletzte ausführt) entschädigt⁹⁰. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist deshalb auch der Selbstpflegemehraufwand zu entschädigen. Der pflegerische Selbstversorgungsmehraufwand wird sodann bei der Hilfflosenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insbesondere bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege⁹¹, wie das insbesondere für das Ausräumen des Darms von Hand zu-

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

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

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

88 Vgl. z.B. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 3.2 = HAVE 2011, 3.

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

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

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

trifft⁹². Von der Ersatzfähigkeit ist in jedem Fall dann auszugehen, wenn der Geschädigte berechtigt wäre, die fragliche Pflegeverrichtung, z.B. die Dekubitusprophylaxe bzw. -pflege⁹³, durch Dritte vornehmen zu lassen. Die Rechtsprechung bejaht ein solches *Substitutionsrecht* insbesondere bei Querschnittgelähmten⁹⁴.

4. Hauswirtschaftlicher Mehraufwand

- 10.47** Pflege- bzw. betreuungsbedürftige Geschädigte sind in der Regel nicht mehr in der Lage, ihren Haushalt selber zu führen. Der durch die eingeschränkte *Haushaltarbeitsfähigkeit* im *Validenhaushalt* entstehende Haushaltschaden ist zu entschädigen. Das Opfer hat einen opferhilferechtlichen Anspruch auf Ersatz des normativen Haushaltschadens⁹⁵. Die Pflege- bzw. Betreuungsbedürftigkeit kann darüber hinaus mit einem hauswirtschaftlichen Mehraufwand im Invalidenhaushalt, z.B. mit vermehrtem Waschen von Kleidern bei Inkontinenz oder einem Putzmehraufwand, verbunden sein. Der hauswirtschaftliche Mehraufwand im Invalidenhaushalt ist – zusätzlich zum Haushaltschaden – entschädigungspflichtig⁹⁶.
- 10.48** Ein *hauswirtschaftlicher Mehraufwand* ist nur solange möglich, als der Geschädigte zu Hause betreut wird. Der behinderungsbedingte Mehraufwand und der mit dem Haushaltschaden abzugeltende hauswirtschaftliche Versorgungsaufwand des Geschädigten fallen weg, wenn dieser in einem Spital bzw. Heim betreut und gepflegt werden muss und regelmässig auch hauswirtschaftlich versorgt wird⁹⁷. In diesem Fall ist der effektive Besuchsschaden als Besuchsschaden und der hauswirtschaftliche Versorgungsaufwand, den der Geschädigte für Dritte erbracht hätte, als Haushaltschaden zu entschädigen.

5. Überwachungsbedarf

- 10.49** Das Bundesgericht hat bereits vor über hundert Jahren die «beständige Überwachung» nebst der Pflege des Geschädigten durch die Ehefrau als ersatzfähig bezeichnet⁹⁸, aber in den seither ergangenen Entscheiden keine grundsätzlichen Erwägungen zum *Bereitschafts-, Präsenz- und Überwachungsschaden* angestellt⁹⁹.

92 Vgl. ZAK 1981, 387.

93 Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 10 KLV.

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

95 Vgl. BGE 131 II 656, 664 E. 6.

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

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

98 Vgl. BGE 28 II 200, 213 E. 5.

99 Weiterführend LANDOLT/RUGGLI, 99 ff.

In der Schweiz hat sich das Zürcher Handelsgericht im Fall «Kramis» erstmals vertiefter mit diesem besonders anspruchsvollen *Schadensposten* auseinandergesetzt¹⁰⁰. Bei der Bemessung des ersatzfähigen Präsenzzeitaufwands erwog das Gericht, dass die an einer schweren Hirnverletzung leidende Geschädigte neben eigentlichen Pflegeleistungen von einer Stunde pro Tag zusätzlich drei bis vier Stunden pro Tag an Anwesenheits- und Überwachungsleistungen im Sinne des «Hegens und Pflagens» bedarf¹⁰¹. 10.50

Bereitschafts- und Überwachungszeiten werden haftpflichtrechtlich nicht nur von der schweizerischen¹⁰², sondern auch von der deutschen¹⁰³ und der österreichischen¹⁰⁴ Rechtsprechung als ersatzfähig qualifiziert, wenngleich keine gefestigte Rechtsprechung besteht und zudem zahlreiche Fragen unterschiedlich beantwortet werden. Eine Entschädigungspflicht für Angehörigenbetreuung besteht selbst dann, wenn der betreuende Angehörige als Haftpflichtiger für den Betreuungs- und Pflegeschaden einzustehen hat¹⁰⁵. Von allen Gerichten wird anerkannt, dass auch Bereitschafts- und Überwachungszeiten von Angehörigen, insbesondere von Eltern kleiner¹⁰⁶ oder er- 10.51

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

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

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

103 Vgl. OLG Zweibrücken 5 U 6/07 vom 22. April 2008, E. II/A = BeckRS 2008, 11967 = MedR 2009, 88 = NJOZ 2009, 3241 (körperlich schwerstbehindertes und nahezu blindes Kind; Berücksichtigung der elterlichen Bereitschaftszeiten zu einem Viertel); OLG Schleswig 4 U 34/06 vom 28. September 2007, E. II.1 = BeckRS 2008, 00060 (1986 geborene Geschädigte mit Cerebralparese, PEG-Sonde, Urin- und Stuhlinkontinenz; Bereitschaftszeit der Eltern 45 Minuten pro Nacht zuzüglich effektive Nachwachskosten); OLG Düsseldorf 8 U 197/01 vom 23. Mai 2002, E. I.2 = NJW-RR 2003, 90 (spastische Tetraplegie, zwei Stunden pro Nacht); OLG Koblenz 12 U 1464/99 vom 18. September 2000 = BeckRS 2001, 04053 = NJOZ 2002, 292 = VersR 2002, 244 (72-jährige Geschädigte mit Hirnstammtrauma, eine hohe Halsmarkläsion mit hochgradiger Tetraparese bei HWK 2-Fraktur; 2 Stunden pro Tag); OLG Zweibrücken 1 W 48/88 vom 31. Oktober 1988 = NJW-RR 1989, 47; OLG Bremen 3 U 45–96 vom 21. April 1998 = NJW-RR 1999, 1115 = VersR 1999, 1030 (erwachsener Sohn mit hypoxischem Hirnschaden; 5.5 Stunden pro Nacht).

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

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

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

wachsener¹⁰⁷ Kinder, Ehegatten¹⁰⁸ oder erwachsenen Kindern¹⁰⁹, ersatzfähig sind. Es spielt auch keine Rolle, ob sich mehrere Angehörige die «Rund-um-die-Uhr-Betreuung» teilen¹¹⁰, eine einzelne Person diese Betreuung erbringt oder Dritte Angehörige entlasten¹¹¹.

- 10.52** Die Bereitschafts- und Überwachungszeiten können in unmittelbarer Nähe bzw. am Aufenthaltsort beim Geschädigten, in der Regel bei ihm Zuhause oder extern anfallen. Arbeitsrechtlich stellen beide Formen *Pikettdienste* dar¹¹², wobei in Bezug auf die Anrechnung an die Arbeitszeit der Pikettdienst im Betrieb (sog. *Rufbereitschaft*) und der Pikettdienst ausserhalb des Betriebs (sog. *Arbeitsbereitschaft*) unterschieden werden¹¹³. Die Arbeitsbereitschaft ist durch angemessene, den Verhältnissen Rechnung tragende Freizeit auszugleichen oder angemessen in Geld zu vergüten¹¹⁴. Die Rufbereitschaft demgegenüber ist voll zu entlohnen, wenn der Arbeitgeber mit der Zuweisung von Arbeit in Verzug ist¹¹⁵ oder die Wartezeit die eigentliche Arbeitsleistung darstellt¹¹⁶.
- 10.53** Die schweizerische Rechtsprechung qualifiziert alle Arten als grundsätzlich entschädigungsfähig¹¹⁷. Sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtsprechung äussern aber durchwegs Vorbehalte in Bezug auf eine Heranziehung des ungekürzten *Pflegestundenansatzes* im Zusammenhang mit der monetären Bewertung von Wartezeiten. Das Obergericht Luzern anerkennt zwar, dass «diesen Leistungen ein gewisser Pikettcharakter nicht abzusprechen ist», ist aber der Meinung, dass «der Vergleich mit dem arbeitsrechtlichen Pikettdienst im Betrieb schon deswegen fraglich ist, weil die anwesende Person während der Präsenzzeit andere Arbeiten

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

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

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

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

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

112 Vgl. Art. 14 f. ArGV 1.

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

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

115 Vgl. Art. 324 OR.

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

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

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

Die Betreuung von *Schwerstpflegebedürftigen*, auch wenn man «nur» auf einen Einsatz wartet, weist regelmässig ein höheres Anforderungsprofil auf als das Besorgen des Haushaltes. Der *Bereitschaftsstundenansatz* sollte deshalb höher als bzw. in jedem Fall gleich hoch wie der *Haushaltstundenansatz* sein. Ein *Qualitätszuschlag* zum Haushaltstundenansatz ist ohnehin gerechtfertigt, wenn die Hausfrau nicht nur Hausarbeiten erledigen, sondern auch Angehörige pflegen und betreuen muss¹²¹. Die im Jahr 2008 vom Handelsgericht Zürich modifizierte Praxis, Präsenzleistungen voll gemäss Mittelwert des Stundenlohns einer diplomierten Pflegeperson und einer Pflegehilfe zu entschädigen, verdient daher der uneingeschränkten Zustimmung¹²². 10.54

6. Bedarfsfeststellung

a) Individuelle und konkrete Bedarfsermittlung im Einzelfall

Art und Ausmass der notwendigen Pflege-, Betreuungs- und Bereitschaftszeiten sind vom Geschädigten in zumutbarer Weise zu substantiieren und zu beweisen. In praktisch allen Fällen werden von den Gerichten entweder Fachärzte, Psychologen¹²³ oder Pflegefachkräfte¹²⁴ mit der gutachterlichen Feststellung des Betreuungs- und Pflegeaufwands beauftragt. Das Bundesgericht betont, dass «kein Weg daran vorbeiführt, den Betreuungsschaden individuell und konkret zu ermitteln, wozu die Einholung eines Gutachtens angebracht ist»¹²⁵. 10.55

Der Betreuungs- und Pflegebedarf wird im Rahmen der jeweiligen sozialversicherungsrechtlichen Deckung von der IV, Kranken- und Unfallversicherern festgestellt. Wie auch immer der sozialversicherungs- und haftpflichtrechtliche Betreuungs- und Pflegebedarf festgestellt wurde, die jeweiligen Ergebnisse sind nicht eins zu eins übertragbar. Einem im Haftpflichtprozess eingeholten Gerichtsgutachten zu dem im Einzelfall erforderlichen Pflegeaufwand kommt sozialversicherungsrechtlich nur insofern Beweiskraft zu, als die darin enthaltenen Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen der gesetzlichen Regelung von Art. 7 Abs. 2 KLV und den vertraglichen Vereinbarungen des massgebenden *Tarifvertrages* entsprechen¹²⁶. 10.56

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) *Ausklammerung des Ohnehinaufwandes*

- 10.57** Im Zusammenhang mit der Feststellung des entschädigungspflichtigen Mehrbedarfs ist der *Ohnehinaufwand* in Abzug zu bringen. Bei Kindern, namentlich auch Säuglingen, besteht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kein Behandlungspflegebedarf nach der Geburt, weshalb der verletzungsbedingte Bedarf an Behandlungspflege und ein allfälliger akzessorischer Überwachungsbedarf vollumfänglich zu entschädigen ist. Abgrenzungsprobleme stellen sich demgegenüber in den drei Bereichen Grundpflege, Betreuung und nicht akzessorischer Überwachung, da Kleinkinder alltägliche Lebensverrichtungen nicht selbstständig ausführen können und überwacht werden müssen. Der Ohnehinaufwand bei Kindern ist durch eine Gegenüberstellung des Gesamtkinderversorgungsaufwands vor und nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses gemäss den statistischen Erfahrungswerten der SAKE zu ermitteln¹²⁷.
- 10.58** Die Problematik des Ohnehinaufwands stellt sich auch bei älteren bzw. bereits hilfsbedürftigen Geschädigten. Bei Geschädigten, die bereits hilfsbedürftig sind, kann die Körperverletzung zu einer Erhöhung des bereits bestehenden Betreuungs- und Pflegeaufwands führen. Der Haftpflichtige ist für diesen Mehraufwand vollumfänglich ersatzpflichtig. Wurde das Ausmass des Mehraufwands durch einen Vorzustand nachteilig beeinflusst, ist die Ersatzpflicht bzw. eine allfällige Reduktion nach den für die *konstitutionelle Prädisposition* geltenden Schadenersatzregeln zu beurteilen. Leidet der Geschädigte an einer Altersdemenz, die innerhalb von 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte, besteht keine Ersatzpflicht ab diesem Zeitpunkt¹²⁸.
- 10.59** Eine bloss theoretische *Betreuungs- bzw. Pflegewahrscheinlichkeit* genügt nicht. Ein Abzug ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Geschädigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin betreuungs- oder pflegebedürftig geworden wäre. Eine altersbedingte Pflegebedürftigkeit tritt statistisch erst ab dem 75. Altersjahr signifikant in Erscheinung; die *Pflegebedürftigkeitsquote* beträgt in dieser Altersgruppe aber gleichwohl nur 23,4% (Männer: 21,2%, Frauen: 25,9%)¹²⁹. Eine derartige überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht bei einer im Urteilszeitpunkt 84-jährigen Geschädigten nicht, die im Unfallzeitpunkt an einer Sehstörung litt, aber körperlich rüstig war bzw. ihre Einkäufe noch selbst erledigen konnte und sich nach dem Unfall von ihren sehr erheblichen Verletzungen sowie von späteren schweren Belastungen (Thrombose, Lungenentzündung sowie eine Gallen- und Blinddarmoperation) jeweils körperlich gut erholt hat¹³⁰. Die *Heimeintrittswahrscheinlichkeit* steigt erst ab Alter 90 über 50%¹³¹.

127 S. LANDOLT/RUGGLI, 99 ff.

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

129 Vgl. dazu SCHÖN-BAUMANN, 275.

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

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

IV. Schadenberechnung

1. Tatsächliche Kosten

a) Allgemeines

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

b) Heimaufenthaltskosten

Der Heimpflegeschieden besteht in den von den privaten Schaden- und Sozialversicherern nicht gedeckten Pflege- und Betreuungskosten, die bei einem Heimaufenthalt entstehen, sowie in den Besuchskosten der nächsten Angehörigen¹³². Bei schwerverletzten Geschädigten, die zu Hause gepflegt werden, geht die Rechtsprechung davon aus, dass allfällige Angehörige bis zu ihrem 70. Altersjahr in der Lage sind, die Betreuung und Pflege zu Hause zu erbringen. 10.61

Es darf nicht angenommen werden, dass der wegfallende Ehegatte bzw. Elternteil durch ein Kind, Geschwister oder andere Angehörige ersetzt und die Hauspflege fortgesetzt wird¹³³. Ob diese Regel auch für den Geschädigten selbst gilt und demzufolge von einem *Heimübertritt* mit Erreichen des 70. Altersjahres der betreuenden Angehörigen und/oder des Geschädigten auszugehen ist, hat das Zürcher Handelsgericht im Kramis-Urteil offengelassen. In einem neueren Fall erwog das Handelsgericht Zürich, dass eine querschnittgelähmte Geschädigte spätestens mit Erreichen des 75. Altersjahrs ins Heim geht¹³⁴. 10.62

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

- Die Pflegekosten werden durch einen in zwölf Bedarfsstufen gegliederten *Pflegebeitrag* der Kranken- bzw. des Unfallversicherers¹³⁵ für versicherte Grund- und Behandlungspflege von CHF 9–108 pro Tag¹³⁶, Kostenbeteiligungen des pflegebedürftigen Versicherten (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und dem neu ab 1. Januar 2011 eingeführten *Pflegekostenselbstbehalt*) und kantonale Sub-

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

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

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

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

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

ventionen gedeckt. Zusätzlich zu den Kostenbeteiligungen dürfen wegen des *Tarifschutzes* keine weiteren Selbstzahlungen für versicherte Pflegeleistungen vom Geschädigten verlangt werden. Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für echte Mehrleistungen geltend gemacht werden¹³⁷.

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

10.64 Die Berechnung des Heimpflegeschadens ist solcherart komplex. Das Handelsgericht Zürich hat folgende Berechnungsgrundsätze im Zusammenhang mit den ungedeckten Heimtaxen entwickelt¹³⁸:

- Zunächst sind die vom Geschädigten im Heimeintritts- bzw. Urteilszeitpunkt nach Abzug allfälliger sozialversicherungsrechtlicher Pflegeentschädigungen, insbesondere auch der Hilflosenentschädigung, zu bezahlenden *Pensions-, Betreuungs- und Pflegekosten* sowie allfällige weitere Auslagen zu ermitteln.
- Die vom Geschädigten im Zusammenhang mit den sozialversicherungsrechtlichen Pflegeentschädigungen zu tragenden Selbstzahlungen (Franchise, allgemeiner Selbstbehalt und Pflegekostenselbstbehalt bei einem Pflegeheimaufenthalt einerseits und Kostenbeteiligung bei einem Aufenthalt in einer Behinderteneinrichtung andererseits) sind, soweit sie nicht ohnehin angefallen wären, hinzuzurechnen.
- Die infolge des Heimaufenthalts eingesparten *Lebenshaltungskosten* sind in Abzug zu bringen. Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1465 und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LIKP steigt. Für das Jahr 2008 betragen die monatlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz bei tiefen Ansprüchen ca. CHF 2500¹³⁹.
- Der Saldo ergibt den *Heimpflegedirektschaden*, der nach Massgabe der jeweiligen Teuerung für ungedeckte Heimtaxen, Selbstzahlungen und Lebenshaltungskosten bis Ende Mortalität (bei dauerhafter Pflegebedürftigkeit) bzw. befristet bis zum mutmasslichen Heimaustritt zu kapitalisieren ist.

10.65 Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Pfelegetaxe bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die allgemeine *Teuerung der Gesundheitskosten* von jährlich 5,5 %, bei der Pensionstaxe auf die Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenkosten (LIKP) ab¹⁴⁰. Das Handelsgericht Zürich hat im Jahr 2008 in Bezug auf die Pflegekosten eine jährliche Teuerungsrate von 3,2 % für Österreich (Land Vorarlberg) bestätigt¹⁴¹.

137 Vgl. BGer 2P.25/2000 vom 12. November 2002, E. 8 und 14; 9C_103/2007 vom 10. Juli 2007, E. 4.

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

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

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

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

2. Normative Kosten

Werden an sich ersatzpflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen von Dritten, insbesondere Angehörigen, unentgeltlich erbracht, sind diese gleichwohl zu entschädigen, da sich unter dem Gesichtspunkt des *Vorteilsausgleichs* derartige freiwillige Leistungen nicht zu Gunsten des Schädigers auswirken sollen, wenn der Leistende nicht diesen, sondern den Geschädigten begünstigen will¹⁴². 10.66

Der Schaden ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Zugrundelegung des erforderlichen Stundenaufwandes nach dem ortsüblichen Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln, wobei der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung massgeblich ist. Sämtliche Lohnkosten sind einzubeziehen; mittlerweile wurde von der Rechtsprechung auch geklärt, dass auch *Stellvertretungskosten* zu berücksichtigen sind¹⁴³. Es ist auf die tatsächlichen Kosten abzustellen, die eine entsprechende Betreuung verursachen würde, bzw. auf deren Marktwert¹⁴⁴. 10.67

Der Pflegebedarf ist mit dem *Einstiegslohn einer diplomierten Pflegefachperson*, der übrige Angehörigenaufwand mit dem *Haushaltstundenansatz* zu bewerten. Das Handelsgericht Zürich hat 2008 in einem Fall, in welchem der Konkubinatspartner die querschnittgelähmte Geschädigte (Paraplegie Th 9) pflegte und betreute, präzisiert, dass unter Einstiegslohn ein Stundenansatz eines diplomierten Krankenpflegers im 1.–5. Berufsjahr als Orientierungsmassstab dienen soll¹⁴⁵. Betreuungsleistungen, die zwar keine eigentliche Pflegequalität aufweisen, aber doch von spezieller Natur sind und zum Teil nachts erbracht werden müssen, und sich deshalb klar von gewöhnlicher Hausarbeit unterscheiden, sind mit dem Pflegestundenansatz zu bewerten¹⁴⁶. 10.68

Das Kantonsgericht Graubünden ist 2009 von einem Stundenansatz für das Jahr 2005 von CHF 38.36 brutto-brutto für Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von Angehörigen ausgeführt wurden, ausgegangen¹⁴⁷. Das Bundesgericht hat in einem Fall, der Art. 18 Abs. 2 UVV betraf, einen Stundenansatz von CHF 35 für Angehörigenpflege (Basis: 1999/2000) nicht beanstandet¹⁴⁸. Der Pflegestundenansatz brutto-brutto dürfte aktuell rund CHF 40 betragen. Der Haushalt- bzw. Betreuungsstundenansatz demgegenüber macht CHF 30 aus¹⁴⁹. Die zukünftigen Pflegekosten sind nach Massgabe der zu erwartenden *Lohnentwicklung im Pflegesektor* zu bestimmen, wobei die Berechnungsgrundsätze des Lohnausfallschadens – auch hinsichtlich der Reallohnerhöhung – analog heranzuziehen sind. 10.69

142 Vgl. BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.4 ff. = HAVE 2011, 3.

143 BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 5.

144 BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010, E. 2.1.

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

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

147 Vgl. KGer GR ZK2 09 49 vom 23. November 2009, E. 7c/cc. Dazu ferner BGer 4A_244/2010 vom 12. Juli 2010.

148 S. BGer 8C_896/2009 vom 23. Juli 2010, E. A und 5.1.

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

3. Fiktive Kosten

- 10.70** Der Geschädigte kann zwar Ersatz für *normative, nicht aber fiktive Pflegekosten* beanspruchen¹⁵⁰. Ersatzfähig sind nur notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die tatsächlich entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wurden¹⁵¹. Nicht in Anspruch genommene Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, z.B. unterlassene Spitalbesuche und dank staatlicher Subventionen eingesparte Pflegekosten, sind nicht ersatzpflichtig, auch wenn sie normalerweise bei einer Pflegebedürftigkeit der vorliegenden Art anfallen.

V. Schadenersatzbemessung

1. Ausmass der Schadenminderungspflicht

- 10.71** Vom Geschädigten kann gestützt auf die *Schadenminderungspflicht* nicht verlangt werden, stets die billigste Pflegeform zu wählen. Betreuungs- und Pflegekosten sind deshalb vom Haftpflichtigen grundsätzlich unabhängig davon zu entschädigen, ob eine billigere Pflegealternative besteht¹⁵².
- 10.72** Die kantonale Rechtsprechung erachtet sogar *Doppelkosten* als mit dem Schadenminderungsgebot vereinbar. Der im Heim untergebrachte Geschädigte kann sowohl den Heimpflege- und den Besuchsschaden als auch den Hauspflegeschieden, der bei Wochenend- und Ferienaufenthalten zu Hause entsteht, geltend machen¹⁵³. Das Handelsgericht Zürich erwog 2008, dass die Hauspflege durch Angehörige auch dann geschuldet ist, wenn diese Pflegeform zwei bis zweieinhalb Mal soviel wie eine Heimversorgung kostet¹⁵⁴. Diese Rechtsprechung befindet sich in guter sozialversicherungsrechtlicher Gesellschaft, die eine Unwirtschaftlichkeit der Hauspflege im Vergleich zu einer Heimunterbringung erst bei dreieinhalb Mal so hohen Kosten bejaht¹⁵⁵.
- 10.73** Der in der Schweiz wohnhafte bzw. aufenthaltsberechtigte Geschädigte hat sich tiefere Betreuungs- und Pflegekosten, die bei einer *Wohnsitzverlegung* ins Ausland entstehen würden, nicht anrechnen zu lassen, weil er nicht verpflichtet ist, seinen bisherigen (schweizerischen) Wohnsitz an einen billigeren (ausländischen) Pflegeort zu verlegen¹⁵⁶. Ebenso ist er nicht verpflichtet, ausländische Pflegeunternehmen

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

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

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

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

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

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

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

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

Geschädigte, die im Ausland wohnhaft sind, haben sich demgegenüber die tieferen **10.74** Betreuungs- und Pflegekosten anrechnen zu lassen¹⁵⁷. Bei Geschädigten, die über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, aber im Ausland leben, ist ab dem Zeitpunkt auf die höheren schweizerischen Betreuungs- und Pflegekosten abzustellen, in dem eine Rückkehr in die Schweiz überwiegend wahrscheinlich ist. Bei Kindern und Jugendlichen erfolgt eine Rückkehr in die Schweiz frühestens mit dem Erreichen des 30. Altersjahrs. Bei hirntraumatisch Verletzten, bei denen ein Heimübertritt wahrscheinlich ist, ist eine Rückkehr aber unwahrscheinlich¹⁵⁸.

2. Ausklammerung der Subventionen

Je nach Aufenthaltsort trägt das Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) einen Teil **10.75** der Heimkosten mittels Subventionen, die dem jeweiligen Heim als Defizitgarantie, pauschale Subvention pro Bewohner oder bedarfsabhängige Subvention ausgerichtet werden. Das Handelsgericht Zürich hat im Fall «Kramis» erwogen, dass der Geschädigte, weil nicht subventionsberechtigt, nicht Ersatz der vom Gemeinwesen einem Heim geleisteten Subventionen vom Haftpflichtigen geltend machen kann¹⁵⁹. Die Kantone sehen in Bezug auf die *Pflege- und Betreuungskosten* subventionen zunehmend *Regress- oder Subsidiärklauseln* vor¹⁶⁰.

3. Anrechnung der Hilflosenentschädigung

Die Hilflosenentschädigung ist in Abzug zu bringen, soweit sie mit dem **10.76** Betreuungs- und Pflegeschaden kongruent ist und sozialversicherungsrechtlich nicht schon an den Grundpflegeentschädigungen angerechnet wurde. Leistungen behandlungspflegerischer Natur sind mit der Hilflosenentschädigung und dem *Intensivpflegezuschlag* nicht kongruent, weshalb deren Einbezug in die *Überentschädigungsberechnung* ausser Betracht fällt¹⁶¹.

Leistungen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV sind demgegenüber **10.77** «weitgehend gleichartig» mit der Hilfe bei der Verrichtung *alltäglicher Lebensverrichtungen*¹⁶². Nicht unter die Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV fallen jedoch Dienstleistungen Dritter zur Kontaktnahme mit der Umwelt¹⁶³. Eine Überschneidung der Hilflosenentschädigung und der Grundpflege kann sich in Bezug

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

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

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

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

161 Vgl. BGer 9C_43/2012 vom 12. Juli 2012, E. 4.1.2; U 595/06 vom 19. Juni 2007, E. 3.3.2.

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

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

auf die anderen alltäglichen Lebensverrichtungen, insbesondere derjenigen der «Verrichtung der Notdurft» und der «Körperpflege», sowie das für eine schwere Hilflosigkeit qualifizierende Merkmal der «Pflegebedürftigkeit» ergeben. Bei einem Bezüger einer Hilflosenentschädigung schweren Grades, der zu Hause gepflegt wurde, erlaubte das Bundesgericht eine anteilmässige Anrechnung der Hilflosenentschädigung¹⁶⁴.

- 10.78** In die sozialversicherungsrechtliche Überversicherungsrechnung miteinzubeziehen sind nicht nur die nachgewiesenen tatsächlichen Mehrkosten, z.B. für Kleiderreinigung, Hygieneartikel oder hauswirtschaftliche Verrichtungen, sondern auch die erfahrungsgemäss anfallenden sonstigen Kosten; diese Letzteren wurden für das Jahr 1999 auf CHF 15 pro Tag festgesetzt, was zur Folge hatte, dass 56 % der Hilflosenentschädigung nicht angerechnet werden konnten¹⁶⁵. Bei Heimbewohnern führt das Zusammenfallen von Hilflosenentschädigungen mit den Leistungen der Krankenversicherung in aller Regel zu keiner *Überentschädigung*, weil den Betroffenen ungedeckte Kosten entstehen, die höher sind als die Hilflosenentschädigung der AHV oder der IV¹⁶⁶.
- 10.79** Die nach der sozialversicherungsrechtlichen *Überverkürzung* noch zur Verfügung stehende Hilflosenentschädigung ist vom Grundpflege- und Betreuungsschaden, nicht aber vom Besuchsschaden in Abzug zu bringen.

4. Wahlrecht zwischen Kapital und Rente

- 10.80** Dem Geschädigten steht ein Wahlrecht zwischen *Kapital* oder *Rente* zu¹⁶⁷. Dieses Wahlrecht besteht auch in Bezug auf den Betreuungs- und Pflegeschaden¹⁶⁸. Der Geschädigte kann bis zum Abschluss des (erstinstanzlichen) Verfahrens eine Änderung der *Abgeltungsform* bzw. eine Änderung des Rechtsbegehrens verlangen, soweit er sich innerhalb des eingeklagten tatsächlichen Klagefundaments bewegt¹⁶⁹. Der Geschädigte hat entsprechend seiner Wahl ein Rechtsbegehren zu formulieren. Verlangt er beispielsweise eine Betreuungs- und Pflegeschadenrente, kann das Rechtsbegehren lauten¹⁷⁰:

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

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

164 S. BGE 127 V 94 ff.

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

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

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

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

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

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

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

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

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

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

Hardy Landolt*

Im Verlauf der letzten Jahrzehnte hat sich historisch gewachsen ein unübersichtliches duales System der Pflege- und Betreuungskostenfinanzierung entwickelt. Bund und Kantone sehen einerseits eine Objektfinanzierung (Subventionierung) von Heimen, Behinderteneinrichtungen und Hilfsorganisationen vor; diese wurde mit Inkrafttreten des «Neuen Finanzausgleichs» per 1. Januar 2008 und der «Neuen Pflegefinanzierung» per 1. Januar 2011 weitgehend kantonalisiert. Neu sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen allein zuständig. Im Rahmen der Subjektfinanzierung (Versicherungs- und Entschädigungsleistungen) sehen Bund und Kantone zahlreiche Vergütungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen vor. Diese werden im vorliegenden Beitrag überblicksweise dargestellt.

I. Einleitung

Alter, Krankheit und Unfall können eine dauernde oder vorübergehende Pflegebedürftigkeit zur Folge haben. Eine Pflegebedürftigkeit ist mit einem teilweisen oder vollständigen *Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit*, d.h. der Fähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen selbständig auszuführen (Hilflosigkeit, Grundpflegebedarf), verbunden. Besteht als Folge der zu Grunde liegenden Krankheit oder der Unfallfolgen zudem eine *Behandlungsbedürftigkeit*, so ergibt sich ein zusätzlicher *Behandlungspflegebedarf*¹.

Das Risiko «Pflegebedürftigkeit» stellt ein *Sonderisiko* dar: Es tritt relativ selten ein, ereignet es sich aber, ist es mit hohen Kosten verbunden. Die *Risikowahrscheinlichkeit* hängt von den Ursachen ab. Krankheit und Unfall führen äusserst selten zu einer dauerhaften Pflegebedürftigkeit, während eine altersbedingte Pflegebedürftigkeit bei Kindern bis zu einem bestimmten Alter immer besteht und bei älteren Personen ab dem 75. Altersjahr stetig zunimmt². Der *kontinuier-*

Au cours des décennies passées le financement des frais de soins et d'assistance s'est développé dans le cadre d'un système dual et peu transparent. D'une part, la confédération et les cantons prévoient le subventionnement des homes, des institutions pour handicapés et des organisations d'aide, subventionnement qui a été largement cantonalisé par l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de la nouvelle péréquation financière et au 1^{er} janvier 2011 par le financement nouveau des frais de soins. Désormais les cantons sont seuls compétents pour le subventionnement des maisons de retraite, des homes médicalisés ainsi que des institutions pour handicapés. D'autre part, la confédération et les cantons versent de nombreuses indemnités pour les prestations d'assistance et de soins sous la forme de prestations d'assurance ou de prestations à caractère indemnitaire. La présente contribution donne un aperçu de ces dernières.

liche Anstieg der Lebenserwartung, die veränderten Sozialstrukturen und die medizinischen Fortschritte tragen dazu bei, dass die Anzahl der Pflegebedürftigen in den kommenden Jahrzehnten steigen wird³.

Die *Versorgung der Pflegebedürftigen* durch professionelle Fachkräfte ist allerdings *nicht sichergestellt*. Im Jahr 2009 wurden nur zwei Drittel der benötigten Pflegefachkräfte bzw. 2400 Pflegefachkräfte zuwenig ausgebildet⁴. Die Prognosen gehen davon aus, dass bis 2020 rund 25 000 zusätzliche Pflegefachkräfte notwendig werden⁵. Das Phänomen «Pflegebedürftigkeit» und damit auch die Frage, wie die Pflegekosten finanziert werden sollen, wird sich daher im Verlauf der nächsten Jahre zu einem *zentralen gesellschaftlichen Problem* entwickeln. Entsprechend anspruchsvoll gestaltet sich die Abgeltung des Betreuungs- und Pflegeschadens in haftpflicht- und versicherungsrechtlicher Hinsicht⁶.

die Hinweise bei LANDOLT HARDY, *Pflegerecht*. Band I: Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 10 ff. und 104 ff.

* Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsultent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

¹ Vgl. dazu Art. 7 KLV, der zwischen Behandlungs- und Grundpflege unterscheidet.

² Vgl. z.B. SCHÖN-BÜHLMANN JACQUELINE, *Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten*, in: CHSS 2005/5, 274 ff., und

³ Siehe HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLE VALÉRIE, *Pflegebedürftigkeit in der Schweiz. Prognosen und Szenarien für das 21. Jahrhundert*, Bern 2003.

⁴ Vgl. SCHWEIZERISCHE KONFERENZ DER KANTONALEN GESUNDHEITSDIREKTOREN (GDK), *Nationaler Versorgungsbericht für die Gesundheitsberufe. Personalbedarf und Massnahmen zur Personalsicherung auf nationaler Ebene*, Bern 2009.

⁵ Vgl. SCHWEIZERISCHES GESUNDHEITSOBSERVATORIUM (OBSAN), *Gesundheitspersonal in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Perspektiven bis 2020*, Neuenburg 2009.

⁶ Siehe in Bezug auf den Besuchsschaden den unlängst in HAVE 2011/1, 3 ff. erschienen Beitrag.

II. Grundlagen des Pflegekostenersatzrechts

Für pflegebedürftige Personen von vorrangiger Bedeutung sind die *Versorgungssicherheit* und die *Absicherung gegen hohe Pflegekosten*. Das Gesundheitswesen, insbesondere die Versorgung der Bevölkerung, fällt traditionsgemäss in die Kompetenz der Kantone. Die Bundesverfassung hält lediglich in Art. 41 Abs. 1 lit. b fest, dass sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen haben, dass jede Person *die für ihre Gesundheit notwendige Pflege* erhält. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nach dem klaren Wortlaut und ihrer systematischen Stellung weder um eine Kompetenznorm⁷ noch um ein soziales Grundrecht⁸.

Die Bundesverfassung weist dem Bund verschiedene Teilkompetenzen zur Regelung des Sozialversicherungsrechts zu⁹. Die sozialversicherungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes bestehen namentlich in Bezug auf die sozialen Risiken Alter und Invalidität¹⁰ sowie Krankheit und Unfall¹¹. Der Bund verfügt allerdings nicht über eine umfassende Bundeskompetenz zur Regelung des Sozialversicherungsrechts schlechthin. Die Kantone sind entweder gestützt auf Art. 3 BV, eine besondere Verfassungsbestimmung¹² oder eine vom Bund an sie delegierte Kompetenz¹³ ebenfalls zum Erlass sozialversicherungsrechtlicher Normen berechtigt.

Pflegebedürftigkeit wird in den sozialversicherungsrechtlichen Kompetenznormen nicht als ein selbständiger Anknüpfungsbegriff verwendet, weist aber mannigfaltige Gemeinsamkeiten mit anderen von der Verfassung anerkannten Tatbeständen¹⁴ auf. Da Pflegebedürftigkeit immer eine Folge von Alter, Krankheit oder Unfall ist, besteht eine besonders enge Verflechtung mit diesen sozialen Risiken. Entsprechend ist der Bund primär zuständig zu entscheiden, ob und wie die Pflegekosten sozialversicherungsrechtlich zu decken sind.

Im Verlauf der letzten Jahrzehnte hat sich historisch gewachsen ein unübersichtliches *duales System der*

Pflege- und Betreuungskostenfinanzierung entwickelt. Bund und Kantone sehen einerseits eine *Objektfinanzierung* (Subventionierung) von Heimen, Behinderteneinrichtungen und Hilfsorganisationen vor; diese wurde mit In-Kraft-Treten des «Neuen Finanzausgleichs» per 1. Januar 2008 und der «Neuen Pflegefinanzierung» per 1. Januar 2011 weitgehend kantonalisiert. Neu sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen¹⁵ allein zuständig. Der Bund subventioniert nur noch Organisationen der privaten Invalidenhilfe¹⁶ sowie die Pro Senectute, die Pro Infirmis und die Pro Juventute¹⁷ und trägt ⁵/₈ der Ergänzungsleistungen für Heimbewohner¹⁸.

Im Rahmen der *Subjektfinanzierung* (Versicherungs- und Entschädigungsleistungen) sehen Bund und Kantone zahlreiche Vergütungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen vor. Es handelt sich insbesondere um folgende Vergütungen:

- Pflegeentschädigung
- Hilflosenentschädigung
- Entschädigung für lebenspraktische Begleitung
- Pflegehilfsmittel
- Entschädigung für Dienstleistungen Dritter
- Betreuungsgutschriften

Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene «Neue Pflegefinanzierung» und die zu diesem Datum abgelaufene Übergangsfrist für die Einführung des «Neuen Finanzausgleichs»¹⁹ haben das Pflegeversicherungsrecht ebenfalls in einigen wesentlichen Bereichen geändert. Diese Vergütungen und unlängst eingeführten Veränderungen sollen nachfolgend überblicksweise dargestellt werden²⁰.

III. Pflegeentschädigung

Das Sozialversicherungsrecht des Bundes kennt eine uneinheitliche Entschädigung für Pflegekosten. Unter «Pflege» wird dabei die *Behandlungs- und Grundpflege* verstanden. Erstere meint Pflegeleistungen, die einen eigentlichen Behandlungszweck erfüllen²¹, Letztere umfasst alle Hilfeleistungen Dritter, die anfallen, weil sich der Pflegebedürftige nicht mehr selbst versorgen kann. Zur Behandlungspflege zählen beispiels-

⁷ Vgl. Art. 41 Abs. 3 BV.

⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

⁹ Siehe z.B. Art. 59 Abs. 5 BV und Art. 112 ff. BV.

¹⁰ Vgl. Art. 112 f. BV.

¹¹ Vgl. Art. 117 BV.

¹² Vgl. Art. 114 Abs. 4 BV und Art. 115 BV.

¹³ Vgl. z.B. Art. 111 Abs. 3 BV.

¹⁴ Z.B. Alter (Art. 8 Abs. 2, 41 Abs. 2 und 111 BV), Behinderung bzw. Behinderte/r (Art. 8 Abs. 2 und 108 Abs. 4 BV), Betagte/r (Art. 108 Abs. 4 und 112 Abs. 4 BV), Bedürftige (Art. 108 Abs. 4 und 115 BV), Invalidität bzw. Invalide/r (Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV), Krankheit bzw. Geisteskrankheit (Art. 41 Abs. 2, 117, 118 Abs. 2 lit. b, 119 Abs. 2 lit. c und Art. 136 Abs. 1 BV), Unfall (Art. 41 Abs. 2, und 117 BV) sowie Existenzbedarf (Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und 10. Übergangsbestimmung BV).

¹⁵ Siehe dazu Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG).

¹⁶ Vgl. Art. 74 IVG.

¹⁷ Vgl. Art. 17 Abs. 1 ELG.

¹⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

¹⁹ Vgl. Art. 197 Ziff. 4 BV.

²⁰ Der Bundesgesetzgeber hat unlängst entschieden, einen Assistenzbeitrag im Rahmen der hängigen 6. IV-Revision einzuführen.

²¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ff. KLV.

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

weise die tägliche Verabreichung von Medikamenten und das Anlegen einer Bandage²² sowie das Katheterisieren oder Klopfen und Pressen der Blase, das Anlegen eines Kondoms mit Urinal und das digitale Stuhlausräumen²³. Grundpflegeleistungen sind etwa Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen, Betten und 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, beim Essen und Trinken²⁴.

A. Unfallversicherung

Die verschiedenen Sozialversicherungszweige sehen eine *unterschiedliche Ersatzpflicht für Behandlungs- und Grundpflegeleistungen* vor. Die *unfallversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung* deckt nur Behandlungs- und akzessorische Grundpflegeleistungen²⁵, nicht aber die Grundpflege an sich²⁶ und auch nicht die Betreuung sowie Überwachung des Versicherten²⁷. Entschädigt werden die versicherten Pflegeleistungen, wenn sie in einem Spital oder Heim oder durch die Spitex oder freiberuflich tätige Pflegefachpersonen erbracht werden²⁸. Die Pflegeentschädigung kann *nach Eintritt der Berentung* nur in den nachfolgenden Fällen gewährt werden, wenn der Versicherte²⁹:

- an einer Berufskrankheit leidet,
- unter einem Rückfall oder an Spätfolgen leidet und die Erwerbsfähigkeit durch medizinische Vorkehren wesentlich verbessert oder vor wesentlicher Beeinträchtigung bewahrt werden kann,
- zur Erhaltung seiner verbleibenden Erwerbsfähigkeit dauernd der Behandlung und Pflege bedarf oder
- erwerbsunfähig ist und sein Gesundheitszustand durch medizinische Vorkehren wesentlich verbessert oder vor wesentlicher Beeinträchtigung bewahrt werden kann.

²² Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b, 106 V 153 E. 2a und 105 V 52 E. 4.

²³ Vgl. BGE 116 V 41 E. 4b.

²⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

²⁵ Bei der akzessorischen Grundpflege handelt es sich um grundpflegerische Verrichtungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung von behandlungspflegerischen Massnahmen anfallen bzw. notwendig sind. Akzessorisch ist zum Beispiel die grundpflegerische Körperpflege bzw. -reinigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV) nach behandlungspflegerischer Darmentleerung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 11 KLV).

²⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 1 UVG und Art. 18 UVV.

²⁷ Siehe z.B. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kt. Zürich vom 28.1.2009 (UV.2007.00455) E. 4.3.

²⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVV.

²⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 1 UVG und weiterführend Ziffer 3 Empfehlungen der Ad-Hoc-Kommission Schaden UVG zur Anwendung von UVG und UVV, Nr. 7/90 Hauspflege, vom 27.11.1990, revidiert am 29.3.2005.

Pflegende Angehörige sind ebenfalls als Leistungserbringer anerkannt, nur wird bei ihnen unterschieden, ob es sich um eine diplomierte Pflegefachperson handelt oder nicht. Unfallversicherer bzw. andere Sozialversicherer sind verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches Versicherte und Angehörige über ihre Rechte und Pflichten, insbesondere auch das Recht zur selbständigerwerbenden Pflegeverrichtung, aufzuklären. Stellt ein Versicherungsträger fest, dass der Versicherte oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, hat er ihnen unverzüglich davon Kenntnis zu geben³⁰.

Angehörige, die im Besitz eines Pflegediploms sind, können eine sog. ZSR-Nummer (Zahlstellenregisternummer) beantragen und im Anschluss wie freiberuflich tätige Pflegefachpersonen abrechnen. Der leistungspflichtige Pflegeaufwand ist gemäss einschlägigem Tarifvertrag³¹ mit CHF 72.– für Behandlungspflege und CHF 66.– für akzessorische Grundpflege sowie CHF 6.– für Sonn- und Feiertags- bzw. Nachtdienste pro Stunde zu entschädigen. Für den Erhalt der ZSR-Nummer hat der Angehörige der *santésuisse* Folgendes nachweisen³²:

- kantonale Berufsausübungsbewilligung,
- Diplom,
- Anerkennung Ausbildungsabschluss SRK (Anerkennungsausweis oder Anerkennungsverfugung),
- Nachweis einer zweijährigen praktischen Tätigkeit zu 100 % unter der Leitung einer zugelassenen Pflegefachperson,
- Beitrittserklärung zum Tarifwerk Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK und *santésuisse* mit Visum und Unterschrift von SBK
- Eröffnung eines AHV-Kontos als selbständig erwerbende Person (Kopie der Anmeldung) und
- bei Teilzeitbeschäftigung Einverständnis des Arbeitgebers oder persönliche schriftliche Erklärung, dass keine Anstellung mehr vorliegt.

Angehörige, die kein Pflegefachdiplom besitzen, erhalten nach pflichtgemäßem Ermessen eine Entschädigung, auf die aber kein Rechtsanspruch besteht³³. Die einschlägigen Empfehlungen Nr. 7/90 der Ad-hoc-

³⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 1 und 3 ATSG.

³¹ Der UVG-Tarifvertrag kann unter <http://www.sbk-asi.ch/webseiten/deutsch/8dokumente/freiberufliche/Tarifvertrag-Sozialw.pdf> heruntergeladen werden (zuletzt besucht am 18.2.2011).

³² Siehe weiterführend http://www.santesuisse.ch/de/dyn_output.html?content.void=19446&navid=913 (zuletzt besucht am 18.2.2011)

³³ Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

Kommission Schaden UVG³⁴ machen die Entschädigung für Angehörigenpflege davon abhängig, dass ein materieller Schaden (z.B. Lohnausfall des sonst auch erwerbstätigen Ehegatten, Reisespesen von auswärts wohnenden Kindern) nachgewiesen werden kann. Ist dem nicht so, soll eine Entschädigung gewährt werden, wenn die Hilfe eindeutig über das hinausgeht, was man von einem Familienmitglied füglich erwarten darf (z.B. täglich stundenlange Betreuung über eine grössere Zeitspanne hinaus).

Die *Stundenansätze* reichen von CHF 12.– im Jahr 1991³⁵ bis CHF 35.– im Jahr 2010³⁶. In der Praxis wird regelmässig ein Stundenansatz von CHF 25.– herangezogen, wobei dieser Ansatz anhand der Lohnstrukturhebung (LSE) ermittelt wird bzw. dem gesamtschweizerischen Durchschnitts- bzw. Medianlohn für das Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) der Tätigkeitskategorie «Medizinische, soziale und pflegerische Tätigkeiten» entspricht. Dieser Stundenansatz ist zu tief³⁷; zudem stellt sich die Frage, ob für die Langzeitpflege, namentlich eines Tetraplegikers, die ein gewisses Mass an Qualität erfordert, auf das Anforderungsniveau 4 abgestellt werden darf.

Werden *familienfremde Dritte* (Nachbarn usw.) zugezogen, so ist auf die tatsächlichen Auslagen abzustellen. Entstehen diesen Personen keine Auslagen, so kann je nach Arbeitsaufwand ein Betrag ausgerichtet werden, der indessen pro Tag $\frac{1}{5}$ des höchstversicherten Tagesverdienstes von derzeit CHF 346.–, d.h. also CHF 70.– pro Tag, nicht übersteigen soll.

B. Krankenversicherung

Die Krankenversicherung ist als finale Sozialversicherung sowohl bei einer krankheits- als auch einer unfallbedingten Pflegebedürftigkeit anwendbar, in letzterem Fall aber nur subsidiär zur Unfallversicherung und insoweit die Leistungsvoraussetzungen der Krankenversicherung erfüllt sind³⁸. Im Gegensatz zur Unfallversicherung sind im Anwendungsbereich der Krankenversicherung sowohl Behandlungs- als auch Grundpflegeleistungen³⁹, nicht aber Betreuungs-

und Überwachungs- sowie hauswirtschaftliche Leistungen versichert. Die krankenversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung setzt zwingend voraus, dass die fraglichen Pflegeleistungen von einem *anerkannten Leistungserbringer* erbracht werden. Dazu zählen Spitäler, Pflegeheime, Spitex-Organisationen und freiberuflich tätige Pflegefachpersonen mit eigener ZSR-Nummer⁴⁰.

Der ab 1. Januar 2011 geltende *Pflegeheimtarif* sieht zwölf Bedarfsstufen bzw. eine monatliche Vergütung von CHF 270.– (Tarifstufe 1: täglicher Pflegebedarf bis 20 Minuten) bis CHF 3240.– (Tarifstufe 12: täglicher Pflegebedarf über 220 Minuten) vor⁴¹. Gemäss dem *Spitextarif* sind für Massnahmen der Abklärung und der Beratung pro Stunde CHF 79.80, für Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung CHF 65.40 und für Massnahmen der Grundpflege CHF 54.60 zu entschädigen⁴². Massgeblich sind Zeiteinheiten von 5 Minuten, wobei pro versicherte Verrichtung mindestens 10 Minuten zu entschädigen sind⁴³. Im Gegensatz zum Spitex- unterscheidet der Pflegeheimtarif nicht nach Art der Pflegemassnahme, sondern einzig nach dem zeitlichen Pflegebedarf pro Tag. Dieser ist denn auch in der Abrechnung aufzuführen⁴⁴.

Werden die an sich versicherten Pflegeleistungen von nicht anerkannten Leistungserbringern, z.B. Behinderteneinrichtungen oder Angehörigen, erbracht, besteht keine Entschädigungspflicht. Eine solche besteht nur, wenn der pflegende Angehörige über eine ZSR-Nummer verfügt⁴⁵. Das Bundesgericht hat eine Leistungspflicht bei einem Ehegatten abgelehnt, der die Voraussetzungen für eine ZSR-Nummer erfüllte, aber eine solche (noch) nicht beantragt hatte⁴⁶. Pflegenden Angehörige können von der örtlichen Spitex angestellt werden⁴⁷. Angestellte Angehörige dürfen relativ einfache Grundpflege und/oder Grundpflege in einfachen Situationen⁴⁸, nicht aber Behandlungspflege⁴⁹ erbringen.

Die Neue Pflegefinanzierung führt neu für Heim- und Spitexpflegekosten eine *Selbstzahlung in Bezug auf die «nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten»* von höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages ein und hält

³⁴ Siehe <http://www.koordination.ch/fileadmin/files/ad-hoc/archiv/07-90-alt-08.pdf> (zuletzt besucht am 18.2.2011).

³⁵ Vgl. Urteil Versicherungsgericht Zürich vom 23.4.1991 = SG Nr. 764 E. II (CHF 12.– pro Stunde für Spitalgehilfin, die ihren Bruder pflegte).

³⁶ Vgl. Urteil BGER vom 23.7.2010 (8C.896/2009) (vier Stunden pro Tag bei einem Tetraplegiker) und Einspracheentscheid SUVA vom 25.2.2000 (221099.SAM) (vier Stunden pro Tag bei einem Tetraplegiker, CHF 35.– für ausländische Pflegerin mit Diplom in allgemeiner Krankenpflege, die nicht in der Schweiz zugelassen war).

³⁷ Der Medianwert (Männer und Frauen) betrug im Jahr 2008 CHF 27.– (siehe http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_taeatigkeiten.html – zuletzt besucht am 18.2.2011).

³⁸ Vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG.

³⁹ Vgl. Art. 25a KVG und Art. 7 Abs. 1 KLV.

⁴⁰ Vgl. Art. 7 Abs. 1 KLV.

⁴¹ Vgl. Art. 7a Abs. 3 nKLV.

⁴² Vgl. Art. 7a Abs. 1 nKLV.

⁴³ Vgl. Art. 7a Abs. 2 nKLV.

⁴⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2 nKLV.

⁴⁵ Vgl. BGE 133 V 218 E. 6.

⁴⁶ Vgl. Urteil BGER vom 10.5.2007 (K 141/06 und K 145/06) E. 5.2.

⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 21.6.2006 (K 156/04) = RKUV 2006, 303 E. 4.

⁴⁸ Vgl. Art. 9a Abs. 1 lit. a und b KLV sowie Urteile EVG vom 25.8.2003 (K 60/03) E. 3.3 und VersGer SG vom 18.8.2006 i. S. L. = SGGVP 2006 Nr. 18.

⁴⁹ Vgl. Urteil BGER vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5.1.

die Kantone an, die Restfinanzierung der nicht gedeckten Pflegekosten zu regeln⁵⁰. Für Heim- und Spitexpflegebedürftige bedeutet dies, dass sie inskünftig jährlich *maximal CHF 7 884.– (Heimpflege) bzw. CHF 5 825.– (Spitexpflege) für versicherte Pflegeleistungen* zusätzlich zu Franchise und allgemeinem Selbstbehalt zu tragen haben.

Unklar ist, was mit den von Sozialversicherungen nicht gedeckten Pflegekosten gemeint ist. Bezieht sich diese Wendung auf die Pflegegesamtkosten unter Einschluss von Lohnausfällen der pflegenden Angehörigen oder nur auf die von den gemäss KVG anerkannten Leistungserbringern erbrachten, aber nicht voll entschädigten Pflegeleistungen? Sind von den ungedeckten Pflegekosten vorab alle sozialen Pflegeversicherungsleistungen, namentlich auch solche, die das KVG nicht vorsieht, wie z.B. die Hilflosenentschädigung, in Abzug zu bringen und die 20% vom verbleibenden Restsaldo zu berechnen? In den Erläuterungen zur Änderung der KVV wird festgehalten, dass unter dem Begriff «Sozialversicherungen» im Wesentlichen die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verstehen und weder Ergänzungsleistungen noch Hilflosenentschädigung vorab in Abzug zu bringen sind⁵¹.

Es obliegt den Kantonen, zu entscheiden, ob der maximale Pflegekostenselbstbehalt verrechnet wird oder nicht. Vereinzelt Kantone, so z.B. der Kanton Zürich, haben entschieden, in Nachachtung des Grundsatzes «ambulant vor stationär» bei einer Hauspflege die Hälfte der Selbstkostenbeteiligung zu übernehmen⁵².

C. Invalidenversicherung

Die Invalidenversicherung übernimmt die *Kosten für medizinische Massnahmen*⁵³ und gewährt minderjährigen Versicherten einen *Intensivpflegezuschlag für Betreuungs-, Pflege- und Überwachungsmassnahmen* von Angehörigen und Dritten zur Hilflosenentschädigung⁵⁴. Das Bundesgericht hat in einem neueren Grundsatzentscheid erwogen, dass die tägliche Krankenpflege nicht zu den medizinischen Massnahmen zählt, weil ihr kein therapeutischer Charakter im eigentlichen Sinn zukommt. Keine medizinischen Massnahmen sind ferner Vorkehren – auch lebenserhaltender Art –, die eine medizinisch nicht geschulte Person auszuführen in der Lage ist oder wenn sie dazu angeleitet werden kann⁵⁵.

Pflegerelevant ist insoweit einzig der den *Minderjährigen zukommende Intensivpflegezuschlag*. Dieser wird gewährt für den Mehrbedarf an Behandlungs- und Grundpflege und für dauernde Überwachung im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters⁵⁶. Nicht anrechenbar ist der Zeitaufwand für ärztlich verordnete medizinische Massnahmen, welche durch medizinische Hilfspersonen vorgenommen werden, sowie für pädagogisch-therapeutische Massnahmen⁵⁷. Eine intensive Betreuung liegt vor, wenn die versicherten Betreuungsleistungen im Tagesdurchschnitt mindestens vier Stunden ausmachen. Die monatlichen Zuschläge zur Hilflosenentschädigung machen CHF 464.– (ab vier Stunden), CHF 928.– (ab sechs Stunden) und CHF 1392.– (ab acht Stunden) aus.

D. Ergänzungsleistungen

1. Jährliche Ergänzungsleistung

Die versicherten Ergänzungsleistungen bestehen einerseits in einer *jährlichen Ergänzungsleistung*⁵⁸ sowie in einer *Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten*⁵⁹. Bei beiden Leistungen ist das Pflegerisiko mitversichert, aber nicht voll gedeckt. Die jährliche Ergänzungsleistung wird bei *Alleinstehenden* individuell berechnet und entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen⁶⁰.

Bei den *Ausgaben* wird unterschieden, ob der Versicherte in einem Heim oder Zuhause betreut und gepflegt wird. Anrechenbare Ausgaben sind bei Versicherten, die zu Hause wohnen, u.a. der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf, die Wohnungskosten und die Krankenkassenprämie. Lebt der Versicherte in einem Paar- oder Familienhaushalt, erfolgt eine Gesamtberechnung, in welche die anerkannten Ausgaben und Einnahmen aller Mitglieder des fraglichen Haushalts miteinbezogen werden⁶¹. Bei den Wohnungskosten können behinderungsbedingte Auslagen bis maximal CHF 3600.– für die *Miete einer rollstuhlgängigen Wohnung* zusätzlich zum jährlichen Maximalbetrag berücksichtigt werden⁶². Bewohnt der pflegebedürftige Versicherte eine eigene Wohnung oder ein Eigenheim, sind behinderungsbedingte Investitionen, z.B. für den Einbau und Betrieb eines Treppenlifts, als Gebäudeunterhalts-

⁵⁰ Vgl. Art. 25a Abs. 5 nKVG.

⁵¹ Vgl. Kommentar EDI Änderungen KVV vom 10.6.2009, S. 3.

⁵² Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 Pflegegesetz vom 27.9.2010 (ZH).

⁵³ Vgl. Art. 12 ff. IVG.

⁵⁴ Vgl. Art. 39 IVV.

⁵⁵ Vgl. BGE 136 V 209 ff.

⁵⁶ Vgl. Art. 39 Abs. 2 und 3 IVV.

⁵⁷ Vgl. Art. 39 Abs. 2 IVV.

⁵⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a ELG.

⁵⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b ELG.

⁶⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 ELG.

⁶¹ Vgl. Art. 9 Abs. 2 ELG.

⁶² Vgl. Art. 10 lit. b Ziff. 3 ELG.

kosten bis zum steuerlichen Maximalbetrag anzurechnen, sofern sie nicht als werterhaltend zu qualifizieren sind⁶³.

Bei Heimbewohnern wird an Stelle des Betrags für den allgemeinen Lebensbedarfs ein Betrag für persönliche Auslagen und an Stelle der Wohnungskosten eine Tagestaxe berücksichtigt⁶⁴. Die Kantone können eine Obergrenze bei den anrechenbaren Tagestaxen vorsehen⁶⁵. Bislang war es den Kantonen nicht untersagt, Tagestaxen vorzusehen, die den Versicherten zum Bezug von Sozialhilfeleistungen zwangen. Seit In-Kraft-Treten der «Neuen Pflegefinanzierung» müssen die anrechenbaren Tagestaxen von Bundesrechts wegen so hoch sein, dass der Versicherte nicht sozialhilfebedürftig wird⁶⁶.

Von den anrechenbaren Ausgaben werden die *anrechenbaren Einnahmen* in Abzug gebracht. Dazu zählen u.a. Erwerbs- und Renteneinkommen sowie Zinserträge. Angerechnet wird ein Fünfzehntel bzw. Zehntel bei Altersrentnern des Vermögens, das über der Vermögensfreigrenze von CHF 37 500.– für Alleinstehende und CHF 60 000.– für Ehegatten liegt. Die für in *selbstbewohntes Wohneigentum investiertes Eigenkapital* bisher geltende Vermögensfreigrenze von CHF 112 500.– wurde mit In-Kraft-Treten der «Neuen Pflegefinanzierung» am 1. Januar 2011 auf CHF 300 000.– erhöht, wenn ein Ehegatte im Heim und der andere Ehegatte in einer selbstbewohnten Liegenschaft lebt bzw. die Ehegatten in einer selbstbewohnten Liegenschaft leben und einer von ihnen Bezüger einer Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Unfallversicherung oder Militärversicherung ist⁶⁷. Sind in der Tagestaxe eines Heims oder Spitals auch die *Kosten für die Pflege* einer hilflosen Person enthalten, so wird die Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Militär- oder Unfallversicherung als Einnahme angerechnet⁶⁸.

2. Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten

Eine *Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten* kann von den Bezüger einer jährlichen Ergänzungsleistung beansprucht werden⁶⁹. Auch Heimbewohner sind anspruchsberechtigt⁷⁰. Versicherte, die auf Grund eines Einnahmenüberschusses keinen Anspruch

auf eine jährliche Ergänzungsleistung haben, im Übrigen aber alle Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug einer jährlichen Ergänzungsleistung erfüllen, haben Anspruch auf die Vergütung der Krankheits- und Behinderungskosten, die den Einnahmenüberschuss übersteigen⁷¹.

Die vergütbaren Krankheits- und Behinderungskosten werden im Rahmen bundesrechtlicher Vorgaben⁷² durch die Kantone bezeichnet⁷³. Die Kantone haben von Bundesrechts wegen folgende Kosten zu vergüten⁷⁴:

- Kosten für zahnärztliche Behandlung,
- Kosten für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen,
- Kosten für ärztlich angeordnete Bade- und Erholungskuren,
- Diätkosten,
- Kosten für Transporte zur nächstgelegenen Behandlungsstelle,
- Hilfsmittel und
- die Kostenbeteiligung nach Artikel 64 KVG.

Die Kantone sind im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben frei, die ersatzfähigen Kosten und die zu ersetzenden Höchstbeträge zu bestimmen⁷⁵. Sie sind insbesondere berechtigt, die Kostenvergütung auf im Rahmen einer wirtschaftlichen und zweckmässigen Leistungserbringung erforderliche Ausgaben zu beschränken.

Bis zum 31. Dezember 2010 wurde der *Erwerbsausfall pflegender Angehöriger* entschädigt, sofern diese nicht in die EL-Berechnung eingeschlossen waren und der Erwerbsausfall sowohl «wesentlich» als auch «länger dauernd» war⁷⁶. Praxisgemäss kann unter Umständen bereits eine Erwerbseinbusse von 10 % als erheblich betrachtet werden; ein Ausfall von lediglich fünf Arbeitstagen begründet aber keine dauernde Erwerbseinbusse⁷⁷. *Kosten von Entlastungsaufenthalten* des Versicherten zu Gunsten von Angehörigen sind ebenfalls vergütungsfähig, wenn der Aufenthalt in einem Heim oder Spital oder in Tagesstrukturen erfolgt⁷⁸. Allfällige Kostenbegrenzungen bei einem Daueraufenthalt

⁶³ Siehe Art. 16 ELV und Ziffer 4.3.9 des Kreisschreibens Nr. 11 «Abzug von Krankheits- und Unfallkosten sowie von behinderungsbedingten Kosten vom 31.8.2005» der Eidgenössischen Steuerverwaltung.

⁶⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG.

⁶⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG. Siehe zum Zweck dieses kantonalen Vorbehalts Urteil EVG vom 21.9.2004 (P 25/04) E. 4.3 und ferner die Übersicht über die im Jahr 2009 geltenden Taxen, in: Mitteilungen vom 10.6.2009 an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungstellen Nr. 251.

⁶⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 2 ELG.

⁶⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 1^{bis} lit. b ELG.

⁶⁸ Vgl. Art. 15b ELV.

⁶⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

⁷⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b ELG.

⁷¹ Vgl. Art. 14 Abs. 6 ELG.

⁷² Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3 ELG.

⁷³ Vgl. Art. 14 Abs. 2 ELG.

⁷⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

⁷⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 2 und 3 ELG.

⁷⁶ Vgl. Art. 13b aELKV. Siehe z.B. die Anwendungsfälle Urteile BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) (Pflege durch Mutter), vom 11.2.2009 (8C_773/2008) (Pflege durch Enkelin) und vom 23.11.2007 (8C_227/2007) (Pflege durch Schwester).

⁷⁷ Vgl. Urteil BGer vom 25.4.2007 (P 18/06) E. 4 und SVR 1998 EL Nr. 10 S. 25.

⁷⁸ Vgl. Urteil BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) E. 4.4.

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

in einem Heim oder Spital gelten auch für vorübergehende Aufenthalte⁷⁹. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen verweisen regelmässig auf die früheren bundesrechtlichen Grundsätze, sehen aber mitunter für pflegende Angehörige, unabhängig vom Nachweis eines Erwerbsausfalls, Entschädigungen vor, im Kanton Bern beispielsweise maximal CHF 9600.– pro Jahr⁸⁰. Eine finanzielle Förderung der Angehörigenpflege erfolgt ferner im kantonalen Recht durch *besondere Steuerabzüge*⁸¹ und gesundheitsrechtliche *Pflegeentschädigungen*⁸². Diese werden dabei in der Regel dem pflegenden Angehörigen und zudem unabhängig davon ausgerichtet, ob der Pflegebedürftige die Voraussetzungen der seit 2008 kantonalisierten Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten erfüllt⁸³.

Die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass der pflegende Angehörige einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, ist mit Rücksicht auf die persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse unter Berücksichtigung des Umfangs der zu leistenden Pflege zu beurteilen⁸⁴. Die Verwaltung hat angesichts der Beweisschwierigkeiten den anspruchsbegründenden Sachverhalt der mutmasslichen Erwerbstätigkeit «besonders sorgfältig» zu erheben⁸⁵. Die Annahme einer Erwerbseinbusse gestützt auf statistische Werte ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar⁸⁶. Bestanden beim pflegenden Angehörigen vor Beginn des Betreuungsverhältnisses seit Jahren grosse Einkommensschwankungen, ist die Annahme einer Erwerbseinbusse nicht gerechtfertigt⁸⁷.

Die ausgewiesenen Krankheits- und Behinderungskosten werden im Umfang der geltenden *allgemeinen und besonderen Höchstbeträge*, die je nach Hilflosigkeitsgrad abgestuft sind, übernommen. Die Kantone können seit dem 1. Januar 2011 allgemeine und besondere Höchstbeträge festlegen. Die allgemeinen kantonalen Höchstbeträge dürfen folgende Beträge nicht unterschreiten, und zwar bei:

Zu Hause lebenden Personen:

- alleinstehenden und verwitweten Personen sowie Ehegatten von in Heimen oder Spitälern lebenden Personen: CHF 25 000.–,

– Ehepaaren: CHF 50 000.– und

– Vollwaisen: CHF 10 000.–⁸⁸

In Heimen lebenden Personen: CHF 6000.–⁸⁹.

Bei zu Hause lebenden alleinstehenden und verwitweten Personen oder bei zu Hause lebenden Ehegatten von in Heimen oder Spitälern lebenden Personen, denen ein Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung der Invaliden- oder der Unfallversicherung zusteht, erhöht sich der Mindestbetrag von CHF 25 000.– bei schwerer Hilflosigkeit auf CHF 90 000.– bzw. bei mittlerer Hilflosigkeit auf CHF 60 000.–⁹⁰. Dieselbe Erhöhung wird auch bei Bezüglern einer Hilflosenentschädigung der AHV gewährt, die vorher eine Hilflosenentschädigung der IV bezogen haben⁹¹.

Bei zu Hause lebenden Ehepaaren, von denen einer oder beide hilflos sind, erhöht sich der Mindestbetrag von CHF 50 000.– wie folgt⁹²:

Anzahl Personen mit HE	Grad der Hilflosigkeit	Höchstbetrag
beide Ehegatten	je schwer	CHF 180 000.–
	je mittelschwer	CHF 120 000.–
	ein Ehegatte schwer	CHF 150 000.–
	ein Ehegatte mittelschwer	CHF 150 000.–
ein Ehegatte	schwer	CHF 115 000.–
	mittelschwer	CHF 85 000.–

Die besonderen Höchstgrenzen, bei schwer hilflosen Alleinstehenden CHF 90 000.–, bezwecken, pflege- und betreuungsbedürftigen Personen die Gelegenheit zu geben, möglichst lange selbständig wohnen zu können und nicht in ein Heim eintreten zu müssen. Aus diesem Grund beschränkt sich die Erhöhung der allgemeinen Höchstgrenze von CHF 25 000.– auf die Vergütung von Pflege- und Betreuungskosten. Im Unterschied zur allgemeinen Höchstgrenze, bei Alleinstehenden CHF 25 000.–, wird bei der Festlegung der besonderen Höchstgrenze, bei Alleinstehenden maximal CHF 90 000.–, die Hilflosenentschädigung vorab in Abzug gebracht, da die Erhöhung nur in Frage kommt, «soweit die Kosten für Pflege und Betreuung durch die Hilflosenentschädigung nicht gedeckt sind»⁹³.

IV. Hilflosenentschädigung

Für *interne und externe Betreuungsleistungen* von Angehörigen bzw. Dritten erhält der Geschädigte eine

⁷⁹ Vgl. Urteil BGER vom 21.9.2004 (P 25/04) E. 3 und 4.

⁸⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 3 EV ELG (BE).

⁸¹ Siehe z.B. § 42 I d StG AG (CHF 3000.–) und Art. 28 lit. g StG BE.

⁸² Vgl. § 24 lit. c SPG AG und § 21 lit. b SPV AG (Pflegeentschädigung in der Höhe der maximalen Waisenrente gemäss AHVG), § 11 SpitexG BS und §§ 6 ff. SpitexVO BS (ab einer Stunde Pflegebedürftigkeit pro Tag, maximal 35% des Höchstbetrages der AHV-Rente) und Art. 4 HPfIG FR (Pauschalentschädigung von CHF 25.– pro Tag).

⁸³ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

⁸⁴ Vgl. Urteil BGER vom 11.2.2009 (8C_773/2008) E. 5.2.

⁸⁵ Ibid. E. 5.2

⁸⁶ Vgl. Urteil BGER vom 23.11.2007 (8C_227/2007) E. 4.3.

⁸⁷ Vgl. Ibid. E. 4.5.

⁸⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. a ELG.

⁸⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b ELG.

⁹⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 4 ELG und Art. 19b Abs. 1 ELV.

⁹¹ Vgl. Art. 14 Abs. 5 ELG.

⁹² Vgl. Art. 19b Abs. 2 ELV.

⁹³ Art. 3d Abs. 2^{bis} 2. Halbsatz von Satz 1 aELG und ferner Urteil BGER vom 10.8.2009 (9C_84/2009) E. 4.2.

Hilflosenentschädigung. Eine solche kennen AHV⁹⁴, Invaliden-⁹⁵, Unfall-⁹⁶ und Militärversicherung⁹⁷. Der Anspruch entsteht bei Eintritt einer Hilflosigkeit⁹⁸. Eine Person gilt als hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf⁹⁹. Die spezifischen Ausführungsbestimmungen¹⁰⁰ erwähnen neben der *Hilfe bei der Verrichtung von alltäglichen Lebensverrichtungen* und der *persönlichen Überwachung* auch die *Pflege* und die *lebenspraktische Begleitung*. Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet weder die direkte oder indirekte Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege oder die Überwachung. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar¹⁰¹.

Die alltäglichen Lebensverrichtungen betreffen sechs Bereiche:

- *Ankleiden und Auskleiden* (inkl. allfälliges Anziehen oder Ablegen der Prothese),
- *Aufstehen, Absitzen und Abliegen* (inkl. ins Bett gehen oder das Bett verlassen),
- *Essen* (Nahrung ans Bett bringen, Nahrung zerkleinern, Nahrung zum Mund führen, Nahrung pürieren und Sondenernährung),
- *Körperpflege* (waschen, kämmen, rasieren, baden/duschen),
- *Verrichten der Notdurft* (Ordnen der Kleider, Körperreinigung/Überprüfen der Reinlichkeit, unübliche Art der Verrichtung der Notdurft), und
- *Fortbewegung* (in der Wohnung, im Freien, Pflege gesellschaftlicher Kontakte).

Für die Hilfsbedürftigkeit in einer Lebensverrichtung mit mehreren Teilfunktionen ist nicht verlangt, dass der Versicherte bei allen oder bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf; vielmehr genügt es, wenn er bei *einer dieser Teilfunktionen* regelmässig in erheblicher Weise auf Dritthilfe angewiesen ist¹⁰².

Die Bemessung der Hilflosenentschädigung richtet sich in der AHV, Invaliden- und Unfallversicherung

nach denselben Kriterien¹⁰³, unterscheidet sich aber betragsmässig. Unterschieden wird zwischen der Hilflosigkeit schweren, mittleren oder leichten Grades:

Die Hilflosigkeit gilt als schwer, wenn der Versicherte vollständig hilflos ist. Dies ist der Fall, wenn er in *allen alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies der *dauernden Pflege* oder der *persönlichen Überwachung* bedarf¹⁰⁴.

Die Hilflosigkeit gilt als mittelschwer, wenn der Versicherte trotz der Abgabe von Hilfsmitteln

- in den *meisten alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist;
- in mindestens *zwei alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies einer *dauernden persönlichen Überwachung* bedarf; oder
- in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter und überdies dauernd auf *lebenspraktische Begleitung* angewiesen ist¹⁰⁵.

Die Hilflosigkeit gilt als leicht, wenn der Versicherte trotz der Abgabe von Hilfsmitteln:

- in mindestens *zwei alltäglichen Lebensverrichtungen* regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist;
- einer *dauernden persönlichen Überwachung* bedarf;
- einer durch das Gebrechen bedingten ständigen und *besonders aufwendigen Pflege* bedarf;
- wegen einer schweren Sinnesschädigung oder eines schweren körperlichen Gebrechens nur dank regelmässiger und *erheblicher Dienstleistungen Dritter gesellschaftliche Kontakte* pflegen kann; oder
- dauernd auf *lebenspraktische Begleitung* angewiesen ist¹⁰⁶.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht bei «tiefen» Paraplegien, bei denen eine Rumpfstabilität besteht, *in der Regel von einer leichten Hilflosigkeit* aus¹⁰⁷. Eine derartige Hilflosigkeit besteht bei einem Paraplegiker selbst dann, wenn er voll erwerbstätig ist bzw. keine Rente erhält¹⁰⁸. Bei Tetraplegikern wird demgegenüber von einer Hilflosigkeit schweren Gra-

⁹⁴ Vgl. Art. 43^{bis} AHVG und Art. 66^{bis} AHVV.

⁹⁵ Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.

⁹⁶ Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.

⁹⁷ Vgl. Art. 20 MVG.

⁹⁸ Art. 37 UVV, der den Beginn des Anspruchs auf eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung an den Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs knüpft, ist verfassungs- und gesetzeswidrig (vgl. BGE 133 V 42 E. 3).

⁹⁹ Vgl. Art. 9 ATSG.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. Art. 37 IVV und Art. 38 UVV.

¹⁰¹ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

¹⁰² Vgl. BGE 117 V 146 E. 2.

¹⁰³ Vgl. BGE 127 V 115 E. 1d.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 37 Abs. 1 IVV.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 37 Abs. 2 IVV.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 37 Abs. 3 IVV.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 117 V 146 ff. (dieser Fall betraf einen Paraplegiker mit einer Lähmungshöhe Th 8).

¹⁰⁸ Vgl. BGE 133 V 42 E. 3.5 und SVR 2005 IV Nr. 4 S. 14.

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

des ausgegangen, weil eine hilflosenrechtlich relevante Pflegebedürftigkeit zusätzlich zur Hilflosigkeit in allen sechs massgeblichen Lebensverrichtungen besteht¹⁰⁹.

Die Höhe der Hilflosenentschädigung beträgt in der Invalidenversicherung bei schwerer Hilflosigkeit 80 Prozent, bei mittelschwerer Hilflosigkeit 50 Prozent und bei leichter Hilflosigkeit 20 Prozent des Höchstbetrages der Altersrente¹¹⁰, was CHF 464.– (leichte Hilflosigkeit), CHF 1160.– (mittlere Hilflosigkeit) und CHF 1856.– (schwere Hilflosigkeit) entspricht. AHV-Bezüger erhalten zwar seit dem 1. Januar 2011 auch bei einer leichten Hilflosigkeit eine Entschädigung; die Höhe der Hilflosenentschädigungen entspricht aber bei Versicherten, die zu Hause leben, der Hälfte der vorerwähnten Beträge. In der Unfallversicherung beträgt die Hilflosenentschädigung bei schwerer Hilflosigkeit das Sechsfache, bei mittelschwerer Hilflosigkeit das Vierfache und bei leichter Hilflosigkeit das Doppelte des Höchstbetrages des versicherten Tagesverdienstes¹¹¹, was CHF 692.– (leichte Hilflosigkeit), CHF 1384.– (mittlere Hilflosigkeit) und CHF 2076.– (schwere Hilflosigkeit) entspricht.

Hält sich eine Bezügerin oder ein Bezüger einer Hilflosenentschädigung zu Lasten der Sozialversicherung in einer Heilanstalt auf, so entfällt der Anspruch auf die Entschädigung für jeden vollen Kalendermonat des Aufenthalts in der Heilanstalt¹¹². Die Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung wird bei einem Heimaufenthalt *pro Monat* um die Hälfte gekürzt¹¹³. Als Versicherte, die sich in einem Heim aufhalten, gelten Personen, welche dort mehr als fünfzehn Nächte in einem Kalendermonat verbringen¹¹⁴. Bei Minderjährigen, die sich in einer Eingliederungsinstitution befinden, wird die Hilflosenentschädigung *tageweise* gekürzt¹¹⁵.

Hilflosen- und Pflegeentschädigung können grundsätzlich kumuliert werden. Die Hilflosenentschädigung ist nicht mit der Behandlungspflege¹¹⁶, wohl aber mit der Grundpflegeentschädigung teilweise kongruent, je nachdem, ob und inwieweit alltägliche Lebensverrichtungen mit den Grundpflegeverrichtungen identisch sind¹¹⁷. Eine Überschneidung kann sich bei den auf die alltäglichen Lebensverrichtungen «Verrichtung der Notdurft» und «Körperpflege» ergeben. Trotz sachlicher Kongruenz entfällt praxisgemäss eine Anrechnung der Hilflosenentschädigung an die Grund-

pflegeentschädigung in dem Ausmass, als keine Überentschädigung vorliegt¹¹⁸. Eine Überentschädigung liegt nur dann vor, wenn die Pflegeentschädigung und die Hilflosenentschädigung die Pflegekosten und allfällige zusätzliche Betreuungskosten, unter Einschluss allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen¹¹⁹, betragsmässig übersteigen würden¹²⁰.

V. Entschädigung für lebenspraktische Begleitung

Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung stellt ein «zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe»¹²¹ für *psychisch und physisch Behinderte* dar¹²². Diese Versicherungsleistung steht volljährigen Versicherten zu, die ausserhalb eines Heimes leben¹²³ und unter das IVG fallen. Verunfallte Versicherte, die sowohl eine Hilflosenentschädigung nach IVG und nach UVG beanspruchen könnten, erhalten ausschliesslich die Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung¹²⁴, bei der ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung nicht berücksichtigt wird¹²⁵. *Altersrentner*, die auf lebenspraktische Begleitung angewiesen sind, erhalten ebenfalls keine Entschädigung für lebenspraktische Begleitung. Dieser Ausschluss stellt keine verfassungswidrige Diskriminierung dar¹²⁶.

Die Entschädigung für lebenspraktische Begleitung entspricht der *Hilflosenentschädigung bei leichter Hilflosigkeit*¹²⁷. Liegen eine leichte Hilflosigkeit und ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung vor, besteht Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung bei mittelschwerer Hilflosigkeit¹²⁸. Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung ist im Gegensatz zur Überwachungs- und Pflegebedürftigkeit keine alternative Voraussetzung für die Annahme einer schweren Hilflosigkeit, weshalb Versicherte, die begleitet werden, zusätzlich überwachungs- oder pflegebedürftig sein müssen, um eine Hilflosenentschädigung schweren Grades zu erhalten.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 19.6.2007 (595/06) E. 3.3.2.

¹¹⁰ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 1 IVG.

¹¹¹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 UVV.

¹¹² Vgl. Art. 67 Abs. 2 ATSG.

¹¹³ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG.

¹¹⁴ Vgl. BGE 132 V 321 E. 6 und 7.

¹¹⁵ Vgl. Art. 42^{bis} Abs. 4 IVG.

¹¹⁶ Vgl. Urteil BGer vom 19.6.2007 (U 595/06) E. 3.3.2.

¹¹⁷ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5a und b.

¹¹⁸ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c.

¹¹⁹ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG.

¹²⁰ Vgl. BGE 125 V 297 E. 5c und Urteil VerwGer GR vom 28.8.2008 (S 07 214) E. 3h.

¹²¹ BGE 133 V 450 E. 9.

¹²² Vgl. Urteile BGer vom 23.10.2007 (I 317/06) E. 4.3.2, vom 23.7.2007 (I 211/05) E. 2.2.3 und vom 17.10.2005 (I 528/05) E. 1.

¹²³ Vgl. Art. 42^{bis} Abs. 5 IVG und Art. 38 Abs. 1 UVV.

¹²⁴ Vgl. Art. 66 Abs. 3 ATSG. Der Versicherte kann von der AHV oder der IV den Betrag der Hilflosenentschädigung beanspruchen, den diese Versicherungen dem Versicherten ausrichten würden, wenn er keinen Unfall erlitten hätte, wenn die Hilflosigkeit nur zum Teil auf einen Unfall zurückzuführen ist (vgl. Art. 38 Abs. 5 UVV).

¹²⁵ Vgl. Art. 38 Abs. 1–4 UVV.

¹²⁶ Vgl. BGE 133 V 569 E. 5.3 und 5.5.

¹²⁷ Vgl. Art. 42 Abs. 3 IVG.

¹²⁸ Vgl. Art. 37 Abs. 2 lit. c IVV.

Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung liegt vor, wenn ein volljähriger Versicherter ausserhalb eines Heimes lebt und infolge Beeinträchtigung der Gesundheit ohne Begleitung einer Drittperson nicht *selbstständig wohnen* kann, für *Verrichtungen und Kontakte ausserhalb der Wohnung* auf Begleitung einer Drittperson angewiesen oder ernsthaft gefährdet ist, sich *dauernd von der Aussenwelt zu isolieren*¹²⁹. Nicht darunter fallen insbesondere Vertretungs- und Verwaltungstätigkeiten im Rahmen vormundschaftlicher Massnahmen¹³⁰. Zu berücksichtigen ist nur diejenige lebenspraktische Begleitung, die regelmässig und im Zusammenhang mit den vorerwähnten Situationen erforderlich ist. Regelmässigkeit liegt vor, wenn die lebenspraktische Begleitung *über eine Periode von drei Monaten gerechnet im Durchschnitt mindestens zwei Stunden pro Woche* benötigt wird¹³¹.

Es spielt dabei keine Rolle, ob die «Begleitung» direkt oder indirekt erfolgt. Die Begleitperson kann deshalb die notwendigerweise anfallenden Tätigkeiten auch selber ausführen, wenn der Versicherte dazu gesundheitsbedingt trotz Anleitung oder Überwachung/Kontrolle nicht in der Lage ist¹³². Unmassgeblich ist ferner, ob die Hilfeleistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden¹³³. Die vom BSV in den Verwaltungsweisungen vorgenommene Konkretisierung der Anwendungsfälle der lebenspraktischen Begleitung sind gesetzes- und verordnungskonform¹³⁴.

VI. Pflegehilfsmittel

Eine Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit zieht normalerweise Kosten für Pflegehilfsmittel (Pflegebett, Rollstuhl, Duschrollstuhl etc.) nach sich. Zudem fallen für die Inkontinenzpflege sowie die Dekubitusprophylaxe je nach Art der Lähmung Auslagen an. Die Pflegehilfsmittel werden einerseits von der Krankenversicherung im Rahmen der Mittel und Gegenstände-Liste (sog. MiGel-Liste)¹³⁵ und andererseits von der Invalidenversicherung übernommen. Der Versicherte hat Anspruch auf die in den jeweiligen Hilfsmittellisten aufgeführten Hilfsmittel¹³⁶, unabhängig davon, ob er das fragliche Hilfsmittel oder ein gleichwertiges Hilfsmittel bereits angeschafft hat¹³⁷.

Die Hilfsmittellisten, insbesondere die im Anhang zur HVI enthaltene Liste, sind insofern abschliessend, als sie

die in Frage kommenden Hilfsmittelkategorien aufzählen. Dagegen ist bei jeder Hilfsmittelkategorie zu prüfen, ob die Aufzählung der einzelnen Hilfsmittel (innerhalb der Kategorie) ebenfalls abschliessend oder bloss exemplifikativ ist¹³⁸. Die jeweiligen Hilfsmittel können entweder in natura – leihweise oder zu Eigentum – in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben¹³⁹ oder – im Bereich der Invaliden- und Militärversicherung – als Geldleistung (Amortisationsbeiträge, Ersatzleistung bzw. Entschädigung für Dienstleistungen Dritter)¹⁴⁰ entschädigt werden. Die Invalidenversicherung hat die in der Hilfsmittelliste unter Ziffer 14 erwähnten und nachfolgend aufgeführten Pflegehilfsmittel (Hilfsmittel für die Selbstvorsorge) abzugeben:

14.01	WC-Dusch- und WC-Trockenanlagen sowie Zusätze zu bestehenden Sanitäreinrichtungen: – sofern die versicherte Person ohne einen solchen Behelf nicht zur Durchführung der betreffenden Körperhygiene fähig ist. Die Abgabe erfolgt leihweise.
14.02	Krankenheber: – Zur Verwendung im privaten Wohnbereich. Die Abgabe erfolgt leihweise.
14.03	Elektrobetten (mit Aufzugbügel, jedoch ohne Matratze und sonstiges Zubehör): – Zur Verwendung im privaten Wohnbereich für Versicherte, die darauf angewiesen sind, um zu Bett zu gehen und aufzustehen. Die Abgabe erfolgt leihweise. Dauernd Bettlägerige sind vom Anspruch ausgeschlossen. – Vergütet wird der Kaufpreis eines Bettes bis zum Höchstbeitrag von 2500 Franken. Der Beitrag an die Auslieferungskosten des Elektrobettes beträgt 250 Franken.
14.04	Invaliditätsbedingte bauliche Änderungen in der Wohnung: – Anpassen von Bade-, Dusch- und WC-Räumen an die Invalidität, Versetzen oder Entfernen von Trennwänden, Verbreitern oder Auswechseln von Türen, Anbringen von Haltestangen, Handläufen und Zusatzgriffen, Entfernen von Türschwellen oder Erstellen von Schwellenrampen, Installation von Signalanlagen für hochgradig Schwerhörige, Gehörlose und Taubblinde. Der Höchstbeitrag für Signalanlagen beträgt 1300 Franken.
14.05	Treppenfahrstühle und Rampen: – Für Versicherte, die ohne einen solchen Behelf ihre Wohnstätte nicht verlassen können. – Wird anstelle eines Treppenfahrstuhls ein Treppenlift eingebaut, so beträgt der Höchstbeitrag 8000 Franken. In diesem Fall besteht kein Anspruch auf Vergütung von Reparaturkosten. Die Abgabe erfolgt leihweise.
14.06	Assistenzhund für körperbehinderte Personen, – sofern die Eignung der versicherten Person als Assistenzhundhalterin erwiesen ist und sie dank dieser Hilfe eigenständiger zu Hause leben kann. Der Anspruch besteht nur für schwer körperbehinderte Erwachsene, die eine Entschädigung für eine Hilflosigkeit mittleren oder schweren Grades beziehen. Die Versicherung leistet zum Zeitpunkt der Abgabe des Assistenzhundes einen Pauschalbetrag von 15500 Franken, der sich wie folgt zusammensetzt: 12500 Franken für die Anschaffungskosten und 3000 Franken für Futter- und Tierarztkosten. Die Leistung kann maximal alle acht Jahre eingefordert werden, für jeden Hund jedoch nur einmal.

¹²⁹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 IVV.

¹³⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 3 IVV.

¹³¹ Vgl. BGE 133 V 450 E. 6.2.

¹³² Vgl. BGE 133 V 450 E. 10.2.

¹³³ Vgl. BGE 133 V 472 E. 5.3.2.

¹³⁴ Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.

¹³⁵ Anhang 2 zur KLV (verfügbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04184/index.html> (zuletzt besucht am 18.2.2011)).

¹³⁶ Vgl. Art. 21 f. IVG und HVI, Art. 11 UVG und HVUV, Art. 21 MVG.

¹³⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 5 HVI.

¹³⁸ Vgl. BGE 121 V 260 E. 2b und Art. 2 Abs. 5 HVI.

¹³⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 1 und 2 IVG sowie Art. 21 Abs. 2–4 MVG.

Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick

Einen darüber hinaus gehenden Pflegehilfsmittelkatalog kennen weder die AHV noch die Unfallversicherung. Pflegebedürftige AHV-Rentner erhalten entweder im Rahmen der Besitzstandswahrung die bisher von der Invalidenversicherung abgegebenen Pflegehilfsmittel oder sind auf die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten verwiesen. Die bis 31. Dezember 2010 geltende ELKV sah unter diesem Titel die leihweise Abgabe (*) bzw. die Abgabe zu Eigentum folgender Pflegehilfsmittel vor:

- Atmungsapparate bei Ateminsuffizienz (Ziffer 20*),
- Inhalationsapparate (Ziffer 21*),
- Automatische Zusätze zu Sanitäreinrichtungen, sofern ein Versicherter ohne diesen Behelf allein nicht zur betreffenden Körperhygiene fähig ist (Ziffer 22*),
- Krankenheber, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Krankenheber für die Hauspflege notwendig ist (Ziffer 23*),
- Elektrobetten, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Elektrobett für die Hauspflege eine absolute Notwendigkeit darstellt (Ziffer 24*),
- Nachtstühle (Ziffer 25),
- Coxarthrosestühle (Ziffer 26*) und
- Aufzugständer (Bettgalgen) (Ziffer 27*).

Die Kantone sind spätestens mit Wirkung ab 1. Januar 2011 gehalten, eine Vergütungspflicht für notwendige, zweckmässige und wirtschaftliche Hilfsmittel, namentlich Pflegehilfsmittel, vorzusehen, wobei sie den Umfang festlegen können¹⁴¹. Die meisten Kantone führen die frühere Pflegehilfsmittel-Liste der ELKV fort.

VII. Entschädigung für Dienstleistungen Dritter

Invaliden¹⁴² und Militärversicherung¹⁴³ sehen einen Anspruch auf Dienstleistungen Dritter vor. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Versicherte die Voraussetzungen für die Abgabe eines bestimmten Hilfsmittels, namentlich auch, sofern erforderlich, eine dauernde existenzsichernde Erwerbstätigkeit ausführt¹⁴⁴, erfüllen würde, dieses aber wegen Gegebenheiten, die in seiner Person liegen, nicht benützen kann¹⁴⁵. An Stelle des Hilfsmittels erhält der Versicherte in einem solchen Fall eine Geldleistung.

Die monatliche Vergütung für die Dienstleistungen Dritter darf weder den Betrag des monatlichen Bruttoerwerbseinkommens des Versicherten noch den anderthalbfachen Mindestbetrag der ordentlichen einfachen Altersrente, d.h. CHF 1740.–, übersteigen¹⁴⁶. Hätte der Versicherte Anspruch auf ein Hilfsmittel, kann dieses aber nicht selber bedienen, z.B. selbst ein Motorfahrzeug lenken, sind ihm die Substitutionskosten bis zum vorerwähnten Maximalbetrag zu entschädigen. Ist der Versicherte bereits mit Hilfsmitteln, z.B. einem Hörgerät, adäquat versorgt, können auf Grund der substitutiven Natur keine zusätzlichen Dienstleistungen Dritter, z.B. eines Gebärdendolmetschers, gewährt werden¹⁴⁷. Die Dienstleistung Dritter darf lediglich den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers kompensieren, um den Versicherten zu befähigen, den Arbeitsweg zurückzulegen oder berufliche Funktionen wahrzunehmen¹⁴⁸.

Die Hilfsmittelverordnung erwähnt insbesondere folgende Dienstleistungen Dritter¹⁴⁹:

- *Transport und Begleitung von Behinderten vom Wohn- zum Arbeitsort* anstelle eines Motorfahrzeuges oder eines Blindenführhundes, insbesondere auch Taxikosten,
- *Vorlesen von berufsnotwendigen Texten* zur Ermöglichung der Berufsausübung im Falle von Blindheit oder hochgradiger Sehbehinderung¹⁵⁰,
- *Dolmetschen von speziell anspruchsvollem Gesprächs-/Lernstoff*, wenn dies für die Berufsausübung oder den Schulbesuch im Falle von Gehörlosigkeit oder schwerer Hörbehinderung notwendig ist.

Gemäss dem Wortlaut des Verordnungstextes können nur berufsnotwendige Hilfsmittel, nicht aber andere Hilfsmittel, insbesondere solche im hauswirtschaftlichen Aufgabenbereich und Pflegehilfsmittel, substituiert werden, was die Frage nach der Rechtmässigkeit der Benachteiligung nicht erwerbstätiger Versicherter aufwirft.

Bei *Bürohilfskräften* ist zu unterscheiden, ob die Hilfskraft anstelle eines Hilfsmittels, das einen behinderungsbedingten Funktionsausfall des Versicherten, z.B. den Verlust der Sehkraft, substituiert, tätig ist oder nur Tätigkeiten ausführt, die der nur noch teilerwerbsfähige Versicherte behinderungsbedingt noch ausführen könnte bzw. ausgeführt hätte. Letztere Tätigkeiten stellen, auch wenn sie unter der Anleitung und Aufsicht

¹⁴¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. f ELG.

¹⁴² Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 2 IVG. Die Regeln der IV gelten sinngemäss auch für die AHV (vgl. Art. 4 HVU).

¹⁴³ Vgl. Art. 21 Abs. 4 MVG.

¹⁴⁴ Vgl. 118 V 200 E. 3c.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 112 V 11 E. 1a und EVGE 1968, S. 272.

¹⁴⁶ Vgl. Rz. 1042 KHMI und Anhang 1 Ziff. 6.4.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 17.3.2005 (I 354/03) E. 3.4.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 112 V 11 E. 1b und 96 V 84.

¹⁴⁹ Vgl. Rz. 1037 KHMI.

¹⁵⁰ Siehe dazu Urteil BGE vom 18.9.2009 (9C_493/2009) E. 5.2.2.3.

des Versicherten erfolgen, und zeitlich relativ kurz dauern, z.B. ca. zwei Wochenstunden, keine Dienstleistung Dritter dar¹⁵¹.

Haben Versicherte für die Erwerbstätigkeit in einem *Landwirtschafts- oder Gewerbebetrieb* Anspruch auf ein *kostspieliges Hilfsmittel*, das von der Invalidenversicherung nicht zurückgenommen oder nur schwer wieder abgegeben werden kann, so kann an Stelle des vom Versicherten angeschafften Hilfsmittels ein *selbst-amortisierendes Darlehen* ausgerichtet werden¹⁵². Die Darlehenssumme verringert sich jährlich, je nach Abschreibungsdauer der Investitionen. Fallen die Anspruchsvoraussetzungen vor Ablauf der Abschreibungsdauer dahin, ist der Versicherte gegenüber der Invalidenversicherung zur Rückzahlung der Restschuld verpflichtet¹⁵³.

VIII. Betreuungsgutschriften

Die Betreuungsgutschriften bestehen in einer jährlichen Rentengutschrift für Angehörige, die hilflose Personen im gleichen Haushalt betreuen, sofern diese mindestens in *mittlerem Grad* hilflos sind¹⁵⁴. Die Rechtsprechung hat gezeigt, dass es genügt, wenn die betreute Person hilflos ist und eine Hilflosenentschädigung der AHV/IV oder der Unfallversicherung¹⁵⁵ beanspruchen könnte. Ob sie tatsächlich eine Hilflosenentschädigung bezieht, ist unerheblich¹⁵⁶. Der Anspruch auf Anrechnung der Betreuungsgutschriften ist bei der kantonalen Ausgleichskasse am Wohnsitz der betreuten Person anzumelden; eine rückwirkende Geltendmachung ist während längstens fünf Jahren möglich¹⁵⁷. Die Anmeldung ist sowohl von der betreuenden als auch von der betreuten Person oder deren gesetzlichen Vertreter zu unterzeichnen¹⁵⁸.

Als Angehörige gelten abschliessend Urgrosseltern, Grosseltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatte, Ge-

schwister, Kinder, Stiefkinder und Enkelkinder. Die Betreuungsgutschrift kann durch eine betreuende Person frühestens ab dem der Vollendung des 17. Altersjahres folgenden Kalenderjahres bis längstens zum 31. Dezember des Kalenderjahr, welches dem Eintritt des Versicherungsfalles Alter vorangeht, beansprucht werden. Der Anspruch steht nicht dem betreuungsbedürftigen Versicherten, sondern den ihn pflegenden Angehörigen zu.

Das *Erfordernis des gemeinsamen Haushaltes* mit der betreuten Person ist erfüllt bei gleicher Wohnung, einer anderen Wohnung im gleichen Gebäude oder einer Wohnung in einem anderen Gebäude auf demselben oder einem benachbarten Grundstück¹⁵⁹. Bei einer Entfernung von 800 Metern zwischen dem Haus der betreuenden und der Wohnung der pflegebedürftigen Person kann nicht mehr von einem benachbarten Grundstück bzw. von einem gemeinsamen Haushalt gesprochen werden¹⁶⁰. Der betreuende Angehörige muss zudem nicht permanent im gemeinsamen Haushalt wohnen, sich aber überwiegend dort aufhalten. Das Erfordernis des überwiegend gemeinsamen Haushaltes ist ab einem *Aufenthalt von insgesamt rund 180 Tagen im Jahr* erfüllt.

Die Betreuungsgutschrift wird unabhängig von der Betreuungs- und Pflegeintensität egalitär ausgerichtet und entspricht dem Betrag der dreifachen minimalen jährlichen Altersvollrente im Zeitpunkt der Entstehung des Rentenanspruchs, aktuell sind das CHF 41 760¹⁶¹. Bei verheirateten Personen wird die Betreuungsgutschrift während der Kalenderjahre der Ehe hälftig aufgeteilt¹⁶². Treffen die Anspruchsvoraussetzungen für mehrere Angehörige zu, ist die Betreuungsgutschrift durch die Anzahl Anspruchsberechtigter aufzuteilen und mit dem entsprechenden Bruchteil auf dem individuellen Konto (IK) der betreffenden Person einzutragen¹⁶³.

¹⁵¹ Vgl. BGE 112 V 11 E. 2 und 96 V 84.

¹⁵² Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 2^{bis} IVG.

¹⁵³ Vgl. Urteil BGer vom 25.01.2008 (9C_592/2007) E. 3.2 und Botschaft vom 21.2.2001 über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung = BBl 2001, S. 3205 ff., 3264.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 29^{septies} AHVG und Art. 52g ff. AHVV.

¹⁵⁵ Siehe BGE 127 V 113 ff.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 126 V 435 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 52l AHVV.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 52g AHVV.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 129 V 352 ff.

¹⁶¹ Vgl. Art. 29^{septies} Abs. 4 AHVG.

¹⁶² vgl. Art. 29^{septies} Abs. 6 AHVG.

¹⁶³ Vgl. Art. 52i AHVV.