

## DER PFLEGESCHADEN

Hardy Landolt \*

**\*\* HAVE 2003 I Seite 67 \*\***

### Inhaltsverzeichnis:

I.	Grundlagen	69
	A. Pflegebedürftigkeit	69
	B. Pflegeschadenrecht	70
II.	Begriff, Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Pflegeschadens	71
	A. Pflegeschaden	71
	1. Begriff	71
	2. Rechtsnatur	71
	B. Pflegeschaden als Dienstleistungsschaden	71
	C. Pflegeschaden als Sachleistungsschaden	72
III.	Haftpflichtrechtliche Problematik des Pflegeschadens	73
	A. Ausgangslage	73
	B. Widerrechtlichkeit	73
	C. Schaden	74
	D. Kausalzusammenhang	75
	E. Verschulden	77
IV.	Ersatzfähigkeit des Pflegeschadens	77
	A. Ersatzfähigkeit	77
	1. Ausgangslage	77
	2. Objektiv ausgewiesener Pflege- und Betreuungsmehrbedarf	78
	3. Notwendigkeit der erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen	78
	B. Schadenersatzberechtigung	79
	1. Ausgangslage	79
	2. Unmittelbarkeitstheorie	80
	3. Einheitstheorie	81
V.	Bemessung des Pflegeschadens	83
	A. Allgemeine Bemessungsgrundsätze	83
	1. Schadenminderungsgrundsatz	83
	a) Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person	83
	(1) Allgemeines	83
	(2) Selbstversorgungsmehrbedarf	85
	(3) Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform	86
	b) Schadenminderungspflicht der Angehörigen	88
	2. Vorteilsausgleichungsgrundsatz	88

3.	Ersatz für Direktschaden	88
B.	Bemessung des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschadens	90
1.	Allgemeines	90
2.	Krankenbesuchskosten	91

**\*\* HAVE 2003 I Seite 68 \*\***

C.	Bemessung des Angehörigenpflegeschadens	93
1.	Allgemeines	93
2.	Zeitlicher Bezugsrahmen	94
a)	Aktueller Zeitaufwand	94
b)	Zukünftiger Zeitaufwand	94
c)	Zur Bedeutung eines Pflegeaufwandgutachtens	95
3.	Monetärer Bezugsrahmen	95
a)	Bemessungsgrundlage	95
b)	Anwendbarer Stundenansatz	98
(1)	Uneinheitlicher Stundenansatz	98
(2)	Brutto-Bruttolohnprinzip	99
(a)	Nettolohn	99
(b)	Zuschläge	102
(i)	Sozialversicherungsbeiträge	102
(ii)	13. Monatslohn	103
(iii)	Stellvertretungskosten	103
(iv)	Nacht- und Sonntagsarbeit	104
(v)	Realloohnerhöhung	104
4.	Monats- und Stundenlohnberechnungsmethode	105
a)	Ausgangslage	105
b)	Berechnungsmodell "Stundenlohn"	106
c)	Berechnungsmodell "Monatslohn"	107
(1)	Variante A: Effektiver Stundenlohn	107
(2)	Variante B: Doppelte Lohnkosten	108
VI.	Abgeltung des Pflegeschadens	110
A.	Allgemeines	110
B.	Pflegeschadenkapital	110
C.	Pflegeschadenrente	112
D.	Fortlaufende Pflegeschadenliquidation	113

**\*\* HAVE 2003 I Seite 69 \*\***

## I. Grundlagen

### A. Pflegebedürftigkeit

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 selbstständig auszuführen (Hilflosigkeit, Grundpflegebedarf), verbunden. Besteht als Folge der zu Grunde liegenden Krankheit oder der Unfallfolgen zudem eine Behandlungsbedürftigkeit, so ergibt sich ein zusätzlicher Behandlungspflegebedarf<sup>1</sup>.

Das Risiko "Pflegebedürftigkeit" stellt ein Sonderrisiko 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 alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit bei Kindern bis zu einem bestimmten Alter immer besteht und bei älteren Personen ab dem 75. Altersjahr stetig zunimmt. Bei den (unter) 65-Jährigen ist der Anteil der Pflegebedürftigen zwischen 1 und

2%, während er bei den über 90-Jährigen bei 30% liegt <sup>2</sup>.

Die volkswirtschaftlichen Kosten der Pflegebedürftigkeit setzen sich aus den effektiven Kosten, die Bund und Kantone für individuelle Pflegesozialleistungen und Subventionen, die für den Bau und den Betrieb von Pflegebetrieben aufgewendet werden, und dem volkswirtschaftlichen Gesamtwert der unbezahlten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen <sup>3</sup> zusammen. Es existiert keine umfassende Pflegekostenstatistik, weshalb die Höhe der volkswirtschaftlichen Gesamtpflegekosten nicht klar ist <sup>4</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 70 \*\***

Seit der Einführung des KVG, das für die gesamte Bevölkerung obligatorische Heim- und Spitexpflegeleistungen eingeführt hat, lässt sich eine stetige Kostensteigerung beobachten (siehe nachfolgende Tabelle). Diese Tendenz wird sich durch die demographische Entwicklung (Zunahme der älteren Bevölkerung und von Einzelpersonenhaushalten, steigende Quote von erwerbstätigen Frauen etc.) und die Fortschritte der Medizin verstärken. Die Einführung einer Pflegeversicherung bzw. Reform des bestehenden Pflegesicherungssystems wird deshalb auf längere Sicht unvermeidbar sein.

Pflegekosten zulasten der Grundversicherung seit Einführung des KVG (in Mio. Fr.):

	Pflegeheim		Spitex		Pflege insgesamt	
	absolut	relativ zum Vorjahr	absolut	relativ zum Vorjahr	absolut	relativ zum Vorjahr
1996	.660		133		.739	
1997	.784	18,8%	163	22,6%	.947	19,4%
1998	1019	30,0%	200	22,7%	1219	28,7%
1999	1127	10,6%	223	11,5%	1350	10,7%
2000	1197	.6,2%	250	12,1%	1447	.7,2%
2001	1275	.6,5%	278	11,2%	1553	.7,3%

## B. Pflegeschadenrecht

In haftpflichtrechtlicher Hinsicht ist die Pflegeproblematik mit zwei grundsätzlichen Fragestellungen verbunden:

-- Das Pflegeschadenrecht befasst sich mit der Problematik, ob und inwieweit für die widerrechtliche Verursachung einer Pflegebedürftigkeit (= Pflegeschaden) Ersatz verlangt werden kann.

-- Das Pflegehaftpflichtrecht demgegenüber betrifft die Frage der Haftung von Pflegepersonen <sup>5</sup>.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich ausschliesslich mit dem Pflegeschadenrecht und möchte einen Überblick über die haftungsrechtliche Problematik des Pflegeschadens geben <sup>6</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 71 \*\***

## II. Begriff, Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Pflegeschadens

### A. Pflegeschaden

#### 1. Begriff

Der Pflegeschaden umfasst den Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Pflegebedürftigkeit eintreten. Der Geldwert bestimmt sich nach Massgabe der dem Haftungsrecht zu Grunde liegenden Schadentheorie. Nach der Vermögensschadentheorie besteht der Geldwert nur in unfreiwillig erlittenen effektiven Pflegekosten, während die Kommerzialisierungstheorie auf den volkswirtschaftlichen Wert der erbrachten Pflegeleistungen abstellt und neben den effektiven, auch hypothetische bzw. normative Kosten für unentgeltlich erbrachte Pflege und Betreuung umfasst <sup>7</sup>.

#### 2. Rechtsnatur

Eine Pflegebedürftigkeit ist einerseits mit einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verbunden und führt andererseits zu einem Dienst- und Sachleistungsmehrbedarf. Die monetären Folgen der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit werden als Erwerbsausfall- und Haushaltschaden (lucrum cessans) abgegolten <sup>8</sup>. Der

Pflegeschieden umfasst nur den eigentlichen Dienst- und Sachleistungsmehrbedarf, der als Folge der Pflegebedürftigkeit entsteht. Die Funktion des Pflegeschadens besteht deshalb nur in einem Kostenersatz (damnum emergens).

#### B. Pflegeschaden als Dienstleistungsschaden

Der Pflegeschaden stellt - wie bereits erwähnt - einen Dienstleistungsschaden dar. Als solcher umfasst er sämtliche Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die als Folge der Pflegebedürftigkeit erforderlich sind. Dazu zählen:

-- Spitalpflegeleistungen bzw. der Spitalpflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Spitalpflegebedürftigkeit eintreten),

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 72 \*\***

-- Heimpflegeleistungen bzw. der Heimpflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Heimpflegebedürftigkeit eintreten) und

-- Hauspflegeleistungen bzw. der Hauspflegeschieden (= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Hauspflegebedürftigkeit eintreten).

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

#### C. Pflegeschaden als Sachleistungsschaden

Der Pflegeschaden umfasst ferner auch die Kosten von Hilfsmitteln, die entweder Pflege- und Betreuungsdienstleistungen Dritter substituieren oder die zusätzlich zu solchen Dienstleistungen erforderlich sind. Als ersatzpflichtige Hilfsmittelkosten i.S.v. Art. 46 OR fallen praxisgemäss in Betracht <sup>9</sup>:

-- Auslagen für Medikamente und Pflegemittel (z.B. Inkontinenzartikel, Abfuhrmittel, Betteinlagen, Salben, Hautöle usw.),

-- Auslagen für die Anschaffung und den Unterhalt von Hilfsmitteln (z.B. Prothesen, Rollstühle, Pflege- und Stehbetten, Hörgeräte, Induktionsanlagen, Brillen, Schuheinlagen, Schreibtelefone, Liftanlagen usw.),

-- Lebenshaltungsmehrkosten (z.B. Kosten für Spezialkleider, Mehrkosten für behinderungsbedingte Ernährung oder für eine behindertengerechte Wohnung),

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 73 \*\***

-- Kosten für Dienstleistungen Dritter (z.B. vorprozessuale Anwalts- und Expertisekosten oder Kosten für den Beizug eines Steuerexperten oder eines Architekten) sowie

-- wiederkehrende Kosten (z.B. behinderungsbedingte Transportkosten an den Arbeitsort, zum Arzt oder zur Therapie, Kosten für behinderungsbedingte bauliche Anpassungen der Wohnung).

### III. Haftpflichtrechtliche Problematik des Pflege schadens

#### A. Ausgangslage

Eine Haftung für den Pflegeschaden setzt voraus, dass die in Art. 41 ff. OR bzw. den besonderen Haftungsnormen genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 i.V. m. Art. 46 OR ist gegeben, wenn der Haftpflichtige schuldhaft und widerrechtlich einen Personenschaden in rechtlich erheblicher Weise herbeigeführt hat.

#### B. Widerrechtlichkeit

Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie liegt eine Widerrechtlichkeit bei einer Verletzung eines absoluten Rechtsgutes oder einer Schutznorm vor <sup>10</sup>. Da die Gesundheit ein absolutes Rechtsgut darstellt und Art. 46 OR eine Haftung bei einer widerrechtlich zugefügten "Körperverletzung" ausdrücklich vorsieht, ergeben sich beim Pflegeschaden in Bezug auf die Widerrechtlichkeit keine Probleme. Eine Pflegebedürftigkeit setzt nämlich zwingend eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit eines absolut geschützten Rechtsgutes voraus.

Bei einer pränatal verursachten bzw. bestehenden Pflegebedürftigkeit ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten in zweierlei Hinsicht. In Bezug auf die aktive

**\*\* HAVE 2003 I Seite 74 \*\***

Widerrechtlichkeit (Schadenverursachung durch ein Tun) fragt es sich, ob und inwieweit vorgeburtliches Leben als absolutes Rechtsgut geschützt ist bzw. ein Embryo als potenziell Geschädigter überhaupt rechtsfähig ist<sup>11</sup>. Bei der passiven Widerrechtlichkeit (Schadenverursachung durch ein Unterlassen oder Dulden) stellt sich zudem das Problem nach dem Vorhandensein von Schutznormen, die zur Verhinderung vorgeburtlicher Schäden verpflichten<sup>12</sup>.

C. Schaden

Der dem Haftungsrecht zu Grunde liegende Schadensbegriff, insbesondere derjenige von Art. 41 ff. OR, basiert auf der Vermögensschadentheorie: Ein "Schaden" tritt ein, wenn der vom widerrechtlichen Verhalten Betroffene unfreiwillig einen Erwerbsausfall (lucrum cessans) oder eine Vermögensminderung (damnum emergens) erleidet<sup>13</sup>. Eine Pflegebedürftigkeit führt in der Regel zu unfreiwilligen Kosten (Vermögensminderung bzw. damnum emergens), weshalb ein eigentlicher "Vermögensschaden" vorliegt.

Werden die Pflegedienst- und Pflegesachleistungen unentgeltlich von Angehörigen erbracht, liegt vor dem Hintergrund der Vermögensschadentheorie kein Schaden vor. Der Pflegebedürftige muss für die erbrachten Dienst- bzw. Sachleistungen nichts bezahlen<sup>14</sup>. Ein Schaden kann in einem solchen Fall nur dann bejaht werden, wenn Art. 41 ff. OR auf einer anderen Schadentheorie beruhen. Die Rechtsprechung bejaht die Ersatzfähigkeit des Angehörigenpflegeschadens<sup>15</sup>, was

**\*\* HAVE 2003 I Seite 75 \*\***

die Geltung der Kommerzialisierungstheorie ("es kostet zwar nichts, hat aber einen Geldwert") zwingend voraussetzt. Der Angehörigenpflegeschaden stellt insoweit keinen effektiven, sondern einen normativen Schaden dar.

D. Kausalzusammenhang

Zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden muss sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang (rechtserheblicher Kausalzusammenhang) bestehen. Tritt eine Pflegebedürftigkeit als Folge eines widerrechtlich zugefügten Gesundheitsschadens ein, ist der rechtserhebliche Kausalzusammenhang in der Regel gegeben: Ohne das Ereignis wäre die Pflegebedürftigkeit nicht eingetreten (natürliche Kausalität) - eine Beeinträchtigung der Gesundheit führt erfahrungsgemäss - je nach den Umständen und der Schwere der Beeinträchtigung - zu einer (vorübergehenden) Pflegebedürftigkeit (adäquate Kausalität).

Bei einer vorbestehenden Pflegebedürftigkeit - es wird z.B. eine betagte Verkehrsteilnehmerin schwer verletzt und erleidet eine Querschnittlähmung - fragt es sich, ob der Haftpflichtige für den gesamten Pflegebedarf oder nur für den von ihm verursachten Pflegemehrbedarf entschädigungspflichtig ist. Diese Problematik ist nach Massgabe der beim Vorliegen einer konstitutionelle Prädisposition geltenden Schadenersatzregeln zu lösen<sup>16</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 76 \*\***

Bei einer später eintretenden Pflegebedürftigkeit - der Geschädigte wäre z.B. im Alter ohnehin pflegebedürftig geworden - stellt sich die Problematik der sog. "Ohnehin-Schäden" bzw. der "überholenden Kausalität"<sup>17</sup>. Eine (volle) Haftung fällt dann ausser Betracht, wenn eine Schadenersatzreduktion oder sogar eine Unterbrechung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs angenommen wird<sup>18</sup>.

Der Beweis der überholenden Kausalität dürfte in tatsächlicher Hinsicht vom Haftpflichtigen nicht zu erbringen sein, da eine alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit statistisch erst ab dem 75. Altersjahr zunehmend ins Gewicht fällt. Da die Kapitalisierung des Pflegedienstleistungsschadens nach Mortalität erfolgt und so auf die durchschnittliche Lebenserwartung abstellt, kommt eine Kürzung nur bei den Frauen, nicht aber bei den Männern in Betracht (diese sterben statistisch um das 79. Altersjahr)<sup>19</sup>. Zudem liegt die Wahrscheinlichkeit einer alterungsbedingten Pflegebedürftigkeit bei den über 90-Jährigen bei rund 30%, weshalb auch bei den Frauen, die statistisch mit 87 Jahren sterben, die Beweisanforderung (mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit) nicht erfüllt werden kann.

Tritt als Folge der Pflegebedürftigkeit bzw. des ihr zu Grunde liegenden Gesundheitsschadens eine verkürzte Lebenserwartung ein, ist unklar, ob eine vollumfängliche Ersatzpflicht besteht<sup>20</sup>. Eine Schadenersatzreduktion fällt von vornherein ausser Betracht, wenn die verkürzte Lebenserwartung eine Folge der Pflegebedürftigkeit bzw. des Gesundheitsschadens ist. Der Haftpflichtige, der die verkürzte Lebenserwartung verursacht hat, würde ungerechtfertigt begünstigt, wenn eine Kürzung erfolgen würde. Eine vorbestehende verkürzte Lebenserwartung ist demgegenüber als konstitutionelle Prädisposition zu behandeln.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 77 \*\***

Ein Kausalitätsproblem besteht ferner beim Angehörigenpflegeschieden. Alltägliche Dienstleistungen von Angehörigen, die auch ohne Eintritt der Pflegebedürftigkeit erbracht worden wären, sind nicht ersatzpflichtig, da der natürliche Kausalzusammenhang nicht gegeben ist<sup>21</sup>. Zudem ist unklar, ob der Angehörigenpflegeschieden ein in kausaler Hinsicht anrechenbarer Schaden darstellt. Vor dem Hintergrund des Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbotes und des Adäquanzerfordernisses wäre der Angehörigenpflegeschieden dann nicht ersatzfähig, wenn er als ein Drittschaden qualifiziert werden müsste<sup>22</sup>.

#### E. Verschulden

Eine Verschuldenshaftung setzt beim Schädiger Urteilsfähigkeit sowie ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraus<sup>23</sup>. Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit der Haftung für den Pflegeschaden nicht von primärer Bedeutung. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich aber bei einer pränatal verursachten Pflegebedürftigkeit, als in solchen Fällen unklar ist, inwieweit Eltern oder Dritte, insbesondere Ärzte, fahrlässig handeln<sup>24</sup>.

#### IV. Ersatzfähigkeit des Pflegeschadens

##### A. Ersatzfähigkeit

##### 1. Ausgangslage

Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen die Ersatzfähigkeit des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschiedens<sup>25</sup>. Unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen von Angehörigen sind ebenfalls als normative Pflegekosten ersatzfähig<sup>26</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 78 \*\***

##### 2. Objektiv ausgewiesener Pflege- und Betreuungsmehrbedarf

Die Schadenersatzpflicht setzt einen objektiv ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsmehrbedarf voraus. Es genügt nicht, dass der Geschädigte effektiv Dritthilfe beansprucht. Die Dritthilfe muss im Hinblick auf die erlittene Beeinträchtigung der Gesundheit gerechtfertigt sein.

Die Rechtsprechung ist etwa bei folgenden Gesundheitsschädigungen von einem ausgewiesenen Pflege- und Betreuungsbedarf ausgegangen:

- Querschnittlähmung<sup>27</sup>,
- Hirnschädigung<sup>28</sup>,
- Gliedmassenverlust<sup>29</sup>,
- Blindheit<sup>30</sup>,
- offener Beinbruch<sup>31</sup>,
- vorübergehender Hilfs- und Betreuungsbedürftigkeit<sup>32</sup>.

##### 3. Notwendigkeit der erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen

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 Dienstleistungen Dritter Pflegesozialleistungen, insbesondere eine Hilflosenentschädigung, beanspruchen kann.

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

**\*\* HAVE 2003 I Seite 79 \*\***

- bei der Heilung dienlichen Pflegeleistungen: z.B. Behandlungs- und Grundpflege sowie Krankenbesuche <sup>33</sup>,
- bei notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen: z.B. "Pflegetraining" im Hinblick auf künftige Hauspflege durch Angehörige <sup>34</sup> und ausserhäusliche Begleitung und Betreuung <sup>35</sup>,
- bei pflegebedingt erforderlichen Haushaltleistungen Dritter <sup>36</sup>, und
- bei pflegebedingt erforderlichen Präsenzzeiten <sup>37</sup>.

Je nach den konkreten Umständen kann eine Notwendigkeit für eine Angehörigenpflege und -betreuung trotz stationärer Unterbringung in einem Spital oder einem Pflegeheim bestehen. Dies ist insbesondere der Fall für notwendige Besuche <sup>38</sup>, ein Pflegetraining <sup>39</sup> und die spital- bzw. heimexterne Begleitung <sup>40</sup>.

## B. Schadenersatzberechtigung

### 1. Ausgangslage

Bei entgeltlich erbrachten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen tritt der Schaden beim pflegebedürftigen Geschädigten ein. Er muss die vom (regressierenden) Sozialversicherer ungedeckten Kosten, insbesondere Selbstbehalt und Franchise, bezahlen und kann dafür Ersatz verlangen. Bei der Angehörigenpflege ist die Ausgangslage unklar: Der pflegebedürftige Geschädigte muss den Angehörigen kein Pflegeentgelt bezahlen bzw. diese wollen nicht bezahlt werden, trotzdem bejaht die Rechtsprechung eine Ersatzpflicht.

Es fragt sich deshalb, wer eigentlich geschädigt ist: der Pflegebedürftige, der nichts zu bezahlen hat, oder der Angehörige, der nicht entlohnt wird? Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass für Pflege- und

**\*\* HAVE 2003 I Seite 80 \*\***

Betreuungsleistungen - auch wenn sie von Angehörigen unentgeltlich erbracht werden - immer die pflegebedürftige Person geschädigt und damit aktivlegitimiert ist <sup>41</sup>.

Bei den Krankenbesuchskosten hat das Bundesgericht in seiner früheren Praxis die besuchenden Angehörigen als aktivlegitimiert bezeichnet <sup>42</sup>. In BGE 97 II 259 wich es ohne nähere Begründung von dieser Auffassung ab und erachtete die besuchte Person als geschädigt. Im fraglichen Entscheid wurde dabei die Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen, um die - vor dem Hintergrund des Reflexschadenersatzverbotes - an sich nicht bestehende Ersatzfähigkeit von Besuchskosten zu begründen.

Die Lehre hat das Konstrukt der Geschäftsführung ohne Auftrag mitunter mit dem begründeten Hinweis kritisiert, dass deren Voraussetzungen im innerfamiliären Verhältnis nicht erfüllt sind <sup>43</sup>. Der besuchende Angehörige ist kein Geschäftsführer; er handelt aus einem sittlichen Pflichtgefühl heraus und hat in der Regel keinen Restitutionswillen. Was ist daraus zu folgern? Soll eine Haftung für den Angehörigenschaden verneint werden, weil er einen Reflexschaden von ohnehin beistandsverpflichteten Angehörigen darstellt?

### 2. Unmittelbarkeitstheorie

Die haftungstheoretische Einordnung des Angehörigenpfleges Schadens bereitet Schwierigkeiten. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung vertritt die Unmittelbarkeitstheorie. Die Verschuldenshaftung von Art. 41 ff. OR ist nur auf unmittelbar durch das haftungsbegründende Ereignis pflegebedürftig gewordene Personen anwendbar. Schäden Dritter, insbesondere von Angehörigen, sind nicht ersatzfähig (Reflexschadenersatzverbot) und dürfen auch nicht indirekt über den Geschädigten abgegolten werden (Drittschadensliquidationsverbot) <sup>44</sup>.

Vor dem Hintergrund der "reinen" Unmittelbarkeitstheorie sind Reflexschäden nur dann ersatzpflichtig, wenn eine ausdrückliche Ausnahmehaftungsnorm besteht. Als solche werden Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR

verstanden. Da Art. 46 OR die Angehörigen nicht *expressis verbis* erwähnt, besteht nach der Meinung der Vertreter der Unmittelbarkeitstheorie für den Schaden, den Angehörige von körperverletzten Personen erleiden, keine Ersatzpflicht. Insbesondere ist ein Versorgerschaden ausgeschlossen<sup>45</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 81 \*\***

Lehre und Rechtsprechung basieren zwar auf der Unmittelbarkeitstheorie, relativieren diese aber in Bezug auf Angehörige in mehrfacher Hinsicht:

-- Angehörigenreflexgenugtuung: Angehörige von Schwerstverletzten können eine Genugtuung gestützt auf Art. 49 OR in ihrem eigenen Namen geltend machen<sup>46</sup>,

-- Drittschadensliquidation von Besuchskosten: Der pflegebedürftige Geschädigte kann die Besuchskosten von Angehörigen in eigenem Namen geltend machen, obwohl strenggenommen nicht er, sondern die besuchenden Angehörigen geschädigt sind<sup>47</sup>. Diese Drittschadensliquidation ist nicht zuletzt deshalb ungerechtfertigt, weil sie beim Tod des pflegebedürftigen Geschädigten zur Folge hat, dass die Angehörigen, die ihn nicht besucht haben, die Besuchskostenentschädigung anteilmässig erben. Diese Benachteiligung wird nicht durch eine allfällige Entschädigungspflicht des Geschädigten wettgemacht. Selbst wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag für besuchende Angehörige anwendbar wäre, könnten sie nämlich im internen Verhältnis keine Vergütung (Lohn), sondern nur Kostenersatz verlangen<sup>48</sup>.

-- Ersatzfähigkeit unentgeltlicher Pflege- und Betreuungsdienstleistungen von Angehörigen: Bei den eigentlichen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen geht die Rechtsprechung von der Aktivlegitimation des Geschädigten aus, äussert sich aber nicht dazu, ob im internen Verhältnis die Geschäftsführung ohne Auftrag oder Art. 320 Abs. 2 OR gilt<sup>49</sup>.

Die "modifizierte" Unmittelbarkeitstheorie ist in mehrfacher Hinsicht in sich widersprüchlich. Ein Mal sind Angehörige gestützt auf Art. 49 OR aktivlegitimiert, ein anderes Mal sind sie es nicht. Dafür darf der an sich nicht geschädigte "Geschädigte" Ersatz für ihren Schaden verlangen, muss diesen aber nicht unbedingt zurückerstatten.

### 3. Einheitstheorie

Die Unmittelbarkeitstheorie krankt letztlich daran, dass sie Angehörige als Fremde betrachtet, was sie aber nicht sind. Wenn der Blitz der Widerrechtlichkeit ins Hausdach einschlägt, wird nicht nur derjenige Hausbewohner "geschädigt",

**\*\* HAVE 2003 I Seite 82 \*\***

der vom Blitz getroffen wird, sondern alle, die unter dem fraglichen Dach wohnen. Entweder verlieren sie ihr Heim oder - wenn das Blitzopfer körperlich Schaden nimmt - ihren Versorger. Der Nachbar demgegenüber sonnt sich in Schadenfreude oder empfindet Mitleid - aber geschädigt ist er nicht.

Das Haftpflichtrecht muss deshalb - wie die übrige Rechtsordnung auch - die Familie als ökonomische und rechtliche Einheit verstehen. Die Einheitstheorie erachtet - im Gegensatz zur Unmittelbarkeitstheorie - Art. 41 ff. OR grundsätzlich auf alle innerfamiliär zugefügten Schäden als anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte durch das haftungsbegründende Ereignis unmittelbar oder bloss mittelbar betroffen ist<sup>50</sup>.

Wird eine Person widerrechtlich verletzt, wirkt sich die Widerrechtlichkeit auch auf die Angehörigen aus. Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR haben vor diesem Hintergrund eine andere Bedeutung. Sie stellen keine Ausnahmehaftungsnormen dar, sondern limitieren bzw. konkretisieren eine an sich vorbestehende Haftung für Angehörigenschäden beim - ohnehin eintretenden - Tod<sup>51</sup>.

Die Konsequenzen der Einheitstheorie sind folgende:

-- Das Reflexschadenersatz- und das Drittschadensliquidationsverbot sind nur auf ausserfamiliäre Drittschäden anwendbar, gelten dafür aber ausnahmslos. Eine Haftung für Reflexschäden setzt eine spezifische Schutznorm voraus.

-- Der Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag im innerfamiliären Verhältnis zwischen dem unmittelbar Geschädigten und Angehörigen, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses nützliche oder notwendige Dienstleistungen erbringen, ist nicht erforderlich, um eine externe Haftung zu begründen.

-- Der (unmittelbar) Geschädigte und die (mittelbar geschädigten) Angehörigen können für ihren eigenen



Schaden und die erlittene immaterielle Unbill Ersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Haftungsnorm erfüllt sind. Allfällige kollidierende Haftungsinteressen sind nach Massgabe des überwiegenden Restitutionsinteresses zu lösen.

-- Im Vergleich zur geltenden Praxis bewirkt die Einheitstheorie eine Haftungsausweitung. Nicht selbst verletzte Angehörige können für den Versorgerschaden und weitere finanzielle Nachteile, die im Zusammenhang mit dem Eintritt einer Körperverletzung bei einem anderen Familienmitglied erfahrungsgemäss entstehen, Ersatz verlangen.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 83 \*\***

-- Die Einheitstheorie ist schliesslich mit einem anderen Haftungsverständnis des Besuchskosten- und Haushaltschadens verbunden Aktivlegitimiert für die Besuchskosten sind die besuchenden Angehörigen<sup>52</sup>. Der Haushaltschaden ist in den Eigenschaden der haushaltsarbeitsunfähigen Person (Geschädigte; *lucrum cessans*) und den Versorgerschaden der Angehörigen der haushaltsarbeitsunfähigen Person (*damnum emergens*) aufzuteilen<sup>53</sup>.

V. Bemessung des Pflegeschadens

A. Allgemeine Bemessungsgrundsätze

1. Schadenminderungsgrundsatz

a) Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person

(1) Allgemeines

Die geschädigte bzw. pflegebedürftige Person ist schadenminderungspflichtig. Privat- und sozialrechtliche Schadenminderungspflicht sind dabei nach einheitlichen Grundsätzen zu konkretisieren, um einerseits ungerechtfertigte Deckungslücken beim Geschädigten zu vermeiden<sup>54</sup> und andererseits Regressrecht und Ersatzpflicht zu koordinieren. Die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht darf deshalb nicht strenger als die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht verstanden werden

Der Geschädigte hat bei Eintritt eines Gesundheitsschadens von sich aus alles ihm Zumutbare vorzukehren, um die Folgen des Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern (sog. Grundsatz der Selbsteingliederung). Neben der selbstständigen

**\*\* HAVE 2003 I Seite 84 \*\***

Vornahme von schadenverhütenden und -vermindernden Massnahmen, z.B. Operationen oder Heilbehandlungen<sup>55</sup>, ist der Geschädigte auch zur weisungsgebundenen Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen verpflichtet<sup>56</sup>.

Massnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, werden von Gesetz und Verordnung ausdrücklich untersagt<sup>57</sup>. Massnahmen zu Diagnose-<sup>58</sup> oder Therapiezwecken gelten praxismässig als zumutbar<sup>59</sup>, während bei anderen medizinischen Massnahmen, die wie Operationen mit eigentlichen Eingriffen in den Körper verbunden sind, in jedem Einzelfall die Zumutbarkeit geprüft werden muss.

Die Zumutbarkeit von Operationen und anderen Eingriffen in den Körper wird von Lehre und Rechtsprechung bejaht, wenn es sich um einen erfahrungsgemäss unbedenklichen, nicht mit Lebensgefahr verbundenen Eingriff handelt, der mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit völlige Heilung oder doch wesentliche Besserung des Leidens und damit verbunden eine wesentliche Erhöhung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit erwarten lässt und nicht zu einer normalerweise sichtbaren Entstellung führt oder nicht übermässige Schmerzen verursacht<sup>60</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 85 \*\***

(2) Selbstversorgungsmehrbedarf

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Geschädigte ebenfalls geeignete und zumutbare Massnahmen zu treffen, um seine Selbstständigkeit zu erhalten<sup>61</sup>. Für die Feststellung des Pflege- und Betreuungsaufwandes ist entscheidend, welche Tätigkeiten bei zumutbarer Kleidung oder Vorhandensein

zumutbarer Pflegeutensilien selbst vorgenommen werden könnten<sup>62</sup>. Verletzt der Versicherte diese Pflicht, so wird die dadurch verursachte direkte oder indirekte Dritthilfe nicht berücksichtigt.

Ein Geschädigter darf dann nicht als einer Lebensverrichtung fähig gelten, wenn er sie nur auf unübliche Art ausführen kann. Unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten wird eine auf unübliche Art und Weise erfolgende Dritthilfe praxisgemäss leistungserhöhend angerechnet<sup>63</sup>. Allfällige aussergewöhnliche Anstrengungen über die Schadenminderungspflicht hinaus, die zu einer Schadenverringering geführt haben oder führen werden, sind ebenfalls zu Gunsten des Geschädigten zu berücksichtigen<sup>64</sup>.

Der Geschädigte, der unübliche Pflegeleistungen an sich selbst ausführt oder aussergewöhnliche Anstrengungen unternimmt, um den Pflegebedarf zu minimieren, kann deshalb für den Selbstversorgungsmehrbedarf Ersatz der dadurch eingesparten Pflegekosten verlangen. Bei Geschädigten, die ihren Pflegebedarf eigenhändig decken können, entsteht u.U. indirekt ein Erwerbsausfall- oder Haushaltschaden, wenn - als Folge der erhöhten zeitlichen Beanspruchung für die alltägliche Selbstversorgung - die verbliebene Erwerbs- oder Haushaltsarbeitsfähigkeit nicht voll ausgeschöpft werden kann. Der normative Pflegeschaden (für den Selbstversorgungsmehrbedarf) und der effektive Erwerbsausfall- bzw. Haushaltschaden können aber nicht kumuliert werden<sup>65</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 86 \*\***

(3) Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform

Das EVG hatte in jüngster Zeit mehrfach Gelegenheit, das Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflegebedürftigkeit zu bestimmen<sup>66</sup>. Die Abgrenzung der sozialversicherungsrechtlichen Leistungspflicht erfolgt dabei nach den beiden Kriterien der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit. Eine Leistungspflicht setzt zunächst voraus, dass die Spitex- oder die Heimpflege für die Behandlung des Versicherten zweckmässig ist.

Erweisen sich sowohl Spitex- als auch Heimpflege als zweckmässig, lässt das EVG dem Versicherten nicht die uneingeschränkte Wahl der Pflegeform. Er kann nur die Kosten geltend machen, die bei der wirtschaftlichsten Pflegeform entstehen würden<sup>67</sup>. Am Wirtschaftlichsten ist dabei nicht die billigste Pflegeform, sondern jene zu betrachten, bei der im Hinblick auf die Zweckmässigkeit nicht ein "grobes Missverhältnis" zwischen den Spitex- und den Heimpflegekosten besteht<sup>68</sup>.

Die Wirtschaftlichkeit wird nicht nach Massgabe der Gesamtkosten beurteilt. Massgeblich sind vielmehr die dem Versicherer entstehenden Kosten<sup>69</sup>. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, eine prozentuale Obergrenze festzusetzen, bei der automatisch von einem groben Missverhältnis auszugehen wäre<sup>70</sup>. Als wirtschaftlich wurden Spitexkosten bezeichnet, die 35 bzw. 37%<sup>71</sup>, 200%<sup>72</sup>, 350%<sup>73</sup> bzw.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 87 \*\***

400%<sup>74</sup>, nicht aber solche, die 500%<sup>75</sup> der Heimpflegekosten ausmachen<sup>76</sup>. Erweisen sich die Spitexkosten als unverhältnismässig, besteht eine Leistungspflicht auch dann nicht, wenn die Hauspflege zweckmässiger und wirksamer ist<sup>77</sup>.

Diese sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage hat - vor dem Hintergrund des Regressrechtes - zur Folge, dass auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht ein Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform anzuerkennen ist<sup>78</sup>. Die geschädigte Person kann, muss sich aber nicht durch Angehörige pflegen und betreuen lassen. Schwerstpflegebedürftigen Geschädigten steht zudem praxisgemäss das Recht zu, sich zu Hause von Pflegefachkräften pflegen zu lassen<sup>79</sup>.

Gestützt auf die Schadenminderungspflicht kann insbesondere nicht verlangt werden, dass sich ein Geschädigter in ein (billigeres) bzw. nicht in ein (teureres) Pflegeheim begibt<sup>80</sup>. Nur dann, wenn er ohne plausible Gründe eine bestimmte Pflegeform wählt, sich z.B. trotz nicht vorhandener Hilfsbedürftigkeit in ein Pflegeheim begibt oder teures Pflegepersonal bezieht, und dadurch klarerweise unnötige Mehrkosten verursacht werden, rechtfertigt es sich, die Wahlfreiheit des Geschädigten einzuschränken<sup>81</sup>.

Ersatzfähig sind zudem nur konkret nachgewiesene notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen<sup>82</sup>. Nicht in Anspruch genommene Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sind nicht ersatzpflichtig, auch wenn sie normalerweise bei einer Pflegebedürftigkeit der vorliegenden Art erforderlich bzw. zweckmässig wären. Der

Geschädigte kann deshalb "eingesparte" Pflegekosten - z.B. weil er sich

**\*\* HAVE 2003 I Seite 88 \*\***

im billigeren, weil indirekt mit Subventionen finanzierten Pflegeheim statt durch angestelltes Pflegepersonal betreuen lässt - nicht beanspruchen<sup>83</sup>. Eine Ersatzpflicht für nicht beanspruchte Kosten würde auf den Ersatz "fiktiver" Kosten hinauslaufen und wäre zudem mit dem Gebot von Treu und Glauben (widersprüchliches Verhalten) nicht vereinbar.

b) Schadenminderungspflicht der Angehörigen

Die Angehörigen der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person sind zwar u.U. dieser gegenüber beistandspflichtig, nicht aber gegenüber dem Haftpflichtigen schadenminderungspflichtig. Die Beistandspflicht stellt vielmehr ein gesetzliches Schadenausgleichssystem dar<sup>84</sup>. Allfällige Beistandsleistungen sind als Natural Schadenersatz zu betrachten und berechtigen zum "Regress". Angehörige können aber in Bezug auf den "eigenen" Schaden nur Ersatz verlangen für notwendige Dienstleistungen, die sie ohne haftungsbegründendes Ereignis nicht erbracht hätten, und soweit auf Grund eines überwiegenden Restitutionsinteresses nicht der Pflegebedürftige aktiv legitimiert ist<sup>85</sup>.

2. Vorteilsausgleichungsgrundsatz

Die geschädigte Person ist vorteilsausgleichungspflichtig und muss sich allfällige finanzielle Vorteile anrechnen lassen. Dazu gehören z.B. eingesparte Lebenshaltungskosten bei einem Spital- oder Heimaufenthalt<sup>86</sup>, nicht aber tiefere Pflegekosten bei der Wohnsitzverlegung ins Ausland<sup>87</sup> und Steuereinsparungen, insbesondere Steuerbefreiungen für Kapitalabfindungen bei Körperschäden<sup>88</sup>.

3. Ersatz für Direktschaden

Die geschädigte Person kann nur für ungedeckte Kosten entgeltlich oder unentgeltlich erbrachter Pflege und Betreuung Ersatz verlangen. Der Sozialversicherer regressiert für von ihm erbrachte Pflegesozialleistungen, soweit diese mit dem Pflegeschaden in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht kongruent sind. Dazu gehören insbesondere die Behandlungs- und Pflegekosten bei einem stationären

**\*\* HAVE 2003 I Seite 89 \*\***

Aufenthalt<sup>89</sup>, die Hilflosenentschädigung<sup>90</sup> und die Dienstleistungen Dritter<sup>91</sup> sowie Pflegehilfsmittel<sup>92</sup>.

Nicht anrechenbar sind die Betreuungsgutschriften der AHV<sup>93</sup> und Subventionen (Bau- und Betriebsbeiträge) an Pflegeinstitutionen<sup>94</sup>, in denen bzw. von denen der Geschädigte gepflegt wird. In beiden Fällen besteht keine personelle Kongruenz, da die Leistungen nicht der pflegebedürftigen, sondern der pflegenden Person ausgerichtet werden. Die Objektfinanzierung via Subventionen hat deshalb einen Regressverlust zu Lasten des Gemeinwesens zur Folge. Würde der Staat Pflegesozialleistungen statt Subventionen gewähren, könnte der Sozialversicherungsträger gegenüber allfällig Haftpflichtigen regressweise Ersatz verlangen. Diese Begünstigung des Schädigers bzw. dessen Versicherer ist de lege ferenda aufzuheben.

Die Berechnung des (zukünftigen) Direktschadens ist im Hinblick auf die Reformfreudigkeit des Gesetzgebers im Sozialversicherungsrecht nicht einfach:

-- Ein zukünftiger Ausbau von Pflegesozialleistungen - d.h. höhere oder neue Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung nicht in Abzug gebracht worden sind, werden vom Gesetzgeber eingeführt - ist mit einer Überentschädigung verbunden. Eine solche entsteht z.B. mit der Einführung der Assistenzentschädigung im Rahmen der 4. IV-Revision. Wurde die bisherige Hilflosenentschädigung, die betragsmässig in etwa der Hälfte der geplanten Assistenzentschädigung entspricht, bei der Direktschadenberechnung in Abzug gebracht, erleidet der Versicherer einen "Schaden", weil er u.U. gegenüber dem Sozialversicherer im Umfang des dem Geschädigten bereits geleisteten zukünftigen Pflegeschadens regresspflichtig wird.

-- Ein zukünftiger Abbau von Pflegesozialleistungen - d.h. Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung in Abzug gebracht worden sind, werden reduziert oder fallen sogar gänzlich weg - ist demgegenüber mit einer Unterentschädigung verbunden. Der Geschädigte hat im Vertrauen auf den Weiterbestand der ihm gewährten Pflegesozialleistungen einen tieferen Pflegedirektschaden akzeptiert. Fallen die in Abzug gebrachten Pflegesozialleistungen nachträglich weg, entsteht beim Geschädigten ein "Schaden",

weil er auf Grund einer Saldoerklärung oder des Verjährungseintrittes nicht mehr auf den Haftpflichtigen greifen kann.

Besondere Bedeutung kommt deshalb den sozialversicherungsrechtlichen Übergangsfristen zu. Sehen diese eine Besitzstandswahrung vor, tritt kein

**\*\* HAVE 2003 I Seite 90 \*\***

Schaden ein, weil die bisherigen Pflegesozialleistungen weiterhin gewährt werden. Wird keine Besitzstandswahrung vorgesehen, entsteht eine Unterdeckung, was für den Geschädigten eine empfindliche Einbusse zur Folge haben kann. Dies ist etwa bei einer unfallbedingten Pflegebedürftigkeit der Fall, da Art. 118 Abs. 2 lit. a und c UVG keine Besitzstandswahrung vorsehen. Nach dem Inkrafttreten von Art. 21 UVG besteht - im Gegensatz zur früheren Rechtslage - nur noch für medizinische Pflegekosten eine Leistungspflicht des Unfallversicherers, was bei Fällen, die unter dem alten Recht reguliert wurden, zu einer Unterdeckung führt <sup>95</sup>

-- Ein nachträgliches Inkrafttreten einer Regressbestimmung kann ebenfalls zu Bemessungsschwierigkeiten führen. Bis 1996 verfügte der Krankenversicherer nicht über ein gesetzliches Regressrecht <sup>96</sup>. Bei altrechtlichen Unfällen, die (neu) unter das KVG fallen, aber noch nicht abgeschlossen sind, stellt sich deshalb die Frage, ob und inwieweit der Krankenversicherer für Pflegesozialleistungen nach dem KVG (rückwirkend) gegenüber haftpflichtigen Dritten regressieren oder von der geschädigten Person, die sich vor Inkrafttreten des KVG den gesamten zukünftigen Pflegeschaden hat abgelten lassen, Ersatz verlangen bzw. Leistungskürzungen vornehmen kann <sup>97</sup>.

B. Bemessung des Spital-, Heim- und Spitexpflegeschadens

1. Allgemeines

Spital-, Heim- und Spitexpflegeleistungen werden in der Regel entgeltlich erbracht und (teilweise) von der Sozialversicherung übernommen <sup>98</sup>. Auf Grund des Sozialversicherungsregresses kann der Geschädigte von vornherein nur Ersatz

**\*\* HAVE 2003 I Seite 91 \*\***

verlangen für die vom Sozialversicherer nicht übernommenen Kosten für notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen. Dazu gehören im Bereich der KV insbesondere die Franchise und der Selbstbehalt.

Bei der Direktschadenberechnung sind deshalb in einem ersten Schritt die (mutmasslichen) Gesamtpflegekosten zu ermitteln und hernach die (mutmasslichen) Pflegesozialleistungen in Abzug zu bringen. Bei der Ermittlung der Gesamtpflegekosten ist dabei darauf zu achten, dass die jeweiligen Tagestaxen (bei einem Spitalaufenthalt), Pensions- und Pflgetaxen (bei einem Heimaufenthalt) bzw. Tarife (bei der Spitexpflege) nur die versicherten Pflegeleistungen abgelden. Die versicherten und die notwendigen Pflegeleistungen sind jedoch nicht deckungsgleich.

Pflegeleistungen von Angehörigen, die vom Pflegepersonal nicht erbracht werden oder dieses entlasten <sup>99</sup>, stellen keinen sozialversicherungsrechtlichen Leistungstatbestand dar, können aber im Einzelfall notwendig sein, weshalb sie zusätzlich zu entschädigen sind. Zusätzlich zu entschädigen sind ebenfalls Pflegeleistungen, die von Spitälern, Heimen oder Spitexorganisationen erbracht werden, für die aber keine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht besteht <sup>100</sup>.

2. Krankenbesuchskosten

Lehre <sup>101</sup> und Rechtsprechung <sup>102</sup> bejahen den Grundsatz, dass notwendige Besuchskosten Angehöriger gestützt auf die Regeln der Geschäftsführung ohne

**\*\* HAVE 2003 I Seite 92 \*\***

Auftrag zu ersetzen sind. In BGE 97 II 259 E. 4 wurde festgehalten, dass die Anwesenheit Angehöriger bei Verletzungen als Folge von schweren Unfällen für die Heilung förderlich sei <sup>103</sup>. Daraus leitet die Lehre mitunter ab, dass für medizinisch nicht indizierte Besuche kein Ersatzanspruch besteht <sup>104</sup>.

Die Notwendigkeit von Besuchen Angehöriger kann ohne weiteres auch aus nichtmedizinischen Gründen

gegeben sein, z.B. beim regelmässigen Bringen und Holen von persönlichen Effekten oder im Zusammenhang mit der Erledigung von Alltagsgeschäften. Geschädigter und Angehörige haben zudem einen grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten Anspruch auf angemessenen Kontakt miteinander<sup>105</sup>.

Die Ersatzpflicht für Besuche von Angehörigen ist deshalb generell zu bejahen. Das zeitliche Intervall der ersatzpflichtigen Besuche und die Anzahl der besuchsberechtigten Angehörigen<sup>106</sup> ist einzelfallweise zu beurteilen. Kinder und Jugendliche, nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten, sowie Schwerstverletzte sind dabei öfters, u.U. sogar mehrmals täglich, als andere Geschädigte zu besuchen<sup>107</sup>.

Zu ersetzen sind dabei alle durch notwendige Besuche verursachten Mehrkosten. Dazu gehören die Reisekosten<sup>108</sup> sowie die Kosten für Unterbringung und

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 93 \*\***

Verpflegung<sup>109</sup>. Unklar ist, inwieweit Kosten für Geschenke<sup>110</sup> und Trinkgelder sowie die Zerstreung des Geschädigten, z.B. Kosten für Bücher, Zeitschriften und Zeitungen sowie die Miete eines Radio- oder Fernsehgerätes<sup>111</sup>, und ein allfälliger Erwerbsausfall der besuchenden Angehörigen<sup>112</sup> ersatzpflichtig sind<sup>113</sup>.

## **C. Bemessung des Angehörigenpflegeschadens**

### **1. Allgemeines**

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die im Bereich des Haushaltschadens entwickelte Aufwandmessmethode auch für die Bemessung des Angehörigenpflegeschadens gilt<sup>114</sup>. Die Höhe des Angehörigenpflegeschadens ergibt sich solchermassen aus der Multiplikation des Stundenaufwandes mit einem marktkonformen Stundenansatz.

Das Bundesgericht betont ferner, dass es sich bei der Bemessung des Angehörigenpflegeschadens um einen Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR handelt<sup>115</sup>, was einen eingeschränkten Rechtsschutz zur Folge hat, da dem Bundesgericht keine volle Kognition zukommt und es nur eigentliche Ermessensverletzungen bzw. -missbräuche korrigieren kann<sup>116</sup>.

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 94 \*\***

## **2. Zeitlicher Bezugsrahmen**

### **a) Aktueller Zeitaufwand**

Ausgangspunkt der Schadenberechnung ist die Feststellung des täglich, wöchentlich und monatlich (regelmässig oder unregelmässig) anfallenden Zeitaufwandes für die ersatzfähigen Dienstleistungen (Pflegedienstleistungen, hauswirtschaftliche Dienstleistungen und Präsenzdienstleistungen sowie Betreuungsdienstleistungen am Arbeitsplatz).

### **b) Zukünftiger Zeitaufwand**

Der zukünftige Zeitaufwand kann, muss aber nicht mit dem aktuellen Zeitaufwand übereinstimmen. Ein zusätzlicher oder geringerer Zeitaufwand kann sich insbesondere bei einem Wechsel der Pflegeform (Übertritt in die Heimpflege) ergeben. Ein Wechsel der Pflegeform bzw. eine Veränderung des Pflegebedarfes können verschiedene Umstände als Ursachen haben:

- Wegfall der pflegenden Angehörigen (Tod, Alter, Scheidung),
- Verschlechterung des Gesundheitszustandes (Spätfolgen, Alter),
- Aufnahme einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit (Kinder und Jugendliche; Umschulung) oder
- Begründung eines eigenen Haushaltes (Kinder und Jugendliche).

Der zukünftige Pflegeaufwand kann nur abgeschätzt bzw. mit abstrakten Erfahrungswerten substantiiert werden. Die Praxis geht z.B. davon aus, dass ein Heimübertritt erfolgt, wenn Kinder, die von ihren Eltern gepflegt werden, das 30. Altersjahr erreichen<sup>117</sup>, oder der pflegende Angehörige das 70. Altersjahr überschreitet<sup>118</sup>.

Der letztere Erfahrungswert ist insoweit problematisch, als nicht auf ein bestimmtes Altersjahr, sondern das

Ende der Aktivität abgestellt werden sollte. Mit dem Ende der Aktivität endet - spätestens - auch die Pflegearbeitsfähigkeit. Die Altersgrenze ist ferner auch deshalb zu kritisieren, weil im fraglichen Entscheid nur Stellvertretungskosten berücksichtigt worden sind, die es der Mutter erlauben, sich am Sonntag zu erholen. Das im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages tätige Pflegepersonal arbeitet aber - wie die Richter - gewöhnlich nur während fünf Tagen und 48 Arbeitswochen pro Jahr. Angehörigen ist deshalb auch ein "Entlastungsurlaub" zuzugestehen <sup>119</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 95 \*\***

c) Zur Bedeutung eines Pflegeaufwandgutachtens

Der zeitliche und sachliche Pflegeaufwand ist mittels eines Pflegeaufwandgutachtens festzustellen und in die Zukunft zu extrapolieren. Ein Pflegeaufwandgutachten hat sowohl medizinisch-theoretische Feststellungen eines Arztes (Gesundheitszustand, objektiver Pflegebedarf usw.) als auch pflegerische Feststellungen einer Pflegefachperson (Art und Umfang der notwendigen Pflege- und Betreuungsleistungen, anwendbarer Pflegestundenansatz usw.) zu enthalten. Damit die gutachterlichen Angaben objektiv überprüfbar sind, ist ein Pflegeaufwandmesssystem (LEP, Rai-Home-Care etc.) zu verwenden <sup>120</sup>.

3. Monetärer Bezugsrahmen

a) Bemessungsgrundlage

Die Rechtsprechung bestimmt den Stundenansatz entweder nach Massgabe des Erwerbsausfalles der pflegenden Angehörigen <sup>121</sup> oder der hypothetischen Lohnkosten einer Ersatzkraft <sup>122</sup>. Die sachgerechteste Lösung besteht darin, unentgeltlich erbrachte Pflegeleistungen anhand des Stundenansatzes, der für eine hypothetische Ersatzkraft bezahlt werden müsste, zu bewerten <sup>123</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 96 \*\***

Auf den mutmasslichen Erwerbsausfall kann aus mehreren Gründen nicht abgestellt werden:

-- Der Pflegeschaden stellt einen *damnum emergens* dar, weshalb ein allfälliger Einkommensverlust der pflegenden Angehörigen von vornherein ausser Betracht fällt. Das Abstellen auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen des Angehörigen würde bei Langzeitpflegefällen oft zu einer massiven Über- oder Unterentschädigung führen. Eine Überentschädigung entstünde dann, wenn der Erwerbsausfall höher als die mutmasslichen Lohnkosten für eine hypothetische Ersatzkraft wäre. Im umgekehrten Fall wäre eine Unterentschädigung die Folge.

-- Pflegenden Angehörige können nicht vorhanden sein oder aus- bzw. wegfallen, weshalb aus Gründen einer rechtsgleichen Schadenersatzbemessung (Art. 8 Abs. 1 i.V. m. Art. 35 Abs. 2 und 3 BV) in allen Fällen die mutmasslichen Kosten zu entschädigen sind, die beim Beizug einer externen Ersatzkraft entstehen würden.

-- Der Geschädigte hat ein Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Dieses Wahlrecht bezieht sich sowohl auf den Pflegeort (Haus-, Heim- oder Spitalpflege) als auch die Pflegeperson (Angehörige oder externe Pflegefachkräfte). Wählt er eine bestimmte Pflegeform, sind ihm die mit dieser Pflegeform mutmasslich zusammenhängenden Kosten zu ersetzen.

-- Angehörige sind bei Fehlen eines eigentlichen Pflegevertrages nicht verpflichtet, den Geschädigten zu pflegen oder zu betreuen. Der Haftpflichtige kann sich in Anbetracht der Subsidiarität der familienrechtlichen Beistandspflicht nicht auf die Schadenminderungspflicht berufen. Lässt sich der Geschädigte durch Angehörige pflegen und betreuen, sind die Kosten zu ersetzen, die entstehen würden, wenn Dritte die fraglichen Leistungen erbringen würden. Eine höhere oder tiefere Entschädigung ist nicht gerechtfertigt, insbesondere weil die Schadenbemessung nicht dem Zufall überlassen sein kann, ob ein Angehöriger einer gut oder einer schlecht bezahlten Erwerbstätigkeit nachgehen würde oder könnte.

Auf den Erwerbsausfall der Angehörigen kann, wenn überhaupt, nur in ganz besonderen Ausnahmefällen abgestellt werden. Zu denken ist etwa an den Fall eines verunfallten Kindes, dessen Eltern in der akuten Behandlungsphase aus Gründen einer erfolgreichen Heilung im Spital anwesend sein müssen. Ein ungedeckter Erwerbsausfall kann aber in jedem Fall nur insoweit entstehen, als keine Lohnfortzahlungspflicht besteht.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 97 \*\***

Unselbstständig Erwerbstätige, die in Erfüllung der Beistandspflicht einen Angehörigen pflegen oder besuchen, haben Anspruch auf Lohnfortzahlung<sup>124</sup>. Der Schadenersatzanspruch für den Betreuungs- und Pflegeschaden geht im Umfang des im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht bezahlten Lohnes auf den Arbeitgeber über, der seinerseits regressieren kann<sup>125</sup>. Verzichtet der Arbeitgeber auf den Regress, kann der Angehörige bzw. der Geschädigte den bereits bezahlten Lohn nicht nochmals als "Besuchsschaden" geltend machen.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der sonst erwerbstätige Angehörige seine arbeitsfreie Zeit (Ferien, freie Tage usw.) für die Betreuung und Pflege des Geschädigten verwendet. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber zwar

**\*\* HAVE 2003 I Seite 98 \*\***

u.U. ebenfalls den Lohn bezahlen. Da er diesen aber auch ohne den Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses hätte bezahlen müssen bzw. der Angehörige seine arbeitsfreie Zeit nicht für die Betreuung und Pflege verwendet hätte, rechtfertigt sich eine Ersatzpflicht für die unfreiwillig "verdorbene Erholungszeit". Der "Zeitausfallschaden" kann nach Massgabe von hypothetischen Besuchskosten Dritter (z.B. eines Spitalclowns) oder der für den Erwerbsausfall- (Erwerbstätige) bzw. Haushaltschaden (Nichterwerbstätige) geltenden Grundsätze berechnet werden<sup>126</sup>.

b) Anwendbarer Stundenansatz

(1) Uneinheitlicher Stundenansatz

Das Handelsgericht Zürich hat unlängst entschieden, dass bei der Bemessung des Angehörigenpflegeschadens ein uneinheitlicher Stundenansatz ("Lohnsplitting") zur Anwendung kommt<sup>127</sup>. Die ersatzfähigen Pflege- und Betreuungsleistungen sind dabei in zwei Gruppen einzuteilen. Für Pflege- und Betreuungsleistungen, die Haushaltleistungen entsprechen, ist der für den Haushaltschaden massgebliche Stundenansatz heranzuziehen<sup>128</sup>.

Die eigentlichen Pflegeleistungen sind nach Massgabe eines Pflegestundenansatzes zu berechnen. Der Pflegestundenansatz bestimmt sich dabei nach Massgabe von Vergleichslöhnen des Pflegepersonals, das befähigt bzw. erforderlich ist, die fraglichen Pflegeleistungen auszuüben. Für die Bemessung des Angehörigenpflegeschadens nicht massgeblich sind deshalb:

-- Spitex-Tarife: Die Spitexkosten werden direkt durch Honorare und indirekt durch Subventionen finanziert. Die Spitex-Tarife sind deshalb grundsätzlich nicht kostendeckend. Spitex-Tarife gelten ferner auch dienstleistungsunabhängige Kosten (z.B. Fix- und Betriebskosten der Spitex-Organisation) ab,

**\*\* HAVE 2003 I Seite 99 \*\***

weshalb die Spitex-Stundenansätze (für Pflegeleistungen) in der Regel doppelt so hoch sind wie die Stundenansätze des Spitex-Personals<sup>129</sup>.

-- Honoraransätze freiberuflich tätiger Pflegefachkräfte: Die freiberuflichen Honoraransätze sind entweder "eigenmächtig" festgesetzt oder entsprechen einem Tarif<sup>130</sup>, wenn versicherte Leistungen erbracht werden (Tarifschutz). Im ersten Fall beinhalten sie dienstleistungsunabhängige Kosten (Fixkosten) und einen Gewinnanteil; im letzten Fall stellt sich grundsätzlich dieselbe Problematik wie bei den Spitex-Tarifen.

(2) Brutto-Bruttolohnprinzip

Die neuere Rechtsprechung geht für die Berechnung des Pflegestundenansatzes von der Anwendbarkeit des Brutto-Bruttolohnprinzips aus<sup>131</sup>. Der Brutto-Bruttolohn, d.h. die dem Arbeitgeber entstehenden Lohngesamtkosten, setzt sich aus dem Nettolohn und den Zuschlägen zusammen.

(a) Nettolohn

Ausgangspunkt der Schadenberechnung stellt der Nettolohn dar, d.h. der Lohn, der einer Pflegeperson effektiv bezahlt wird. Die kantonalen Besoldungsrichtlinien basieren in der Regel aber nicht auf dem Nettolohn, sondern auf dem Bruttolohn inklusive 13. Monatslohn (siehe dazu die nachfolgende Tabelle). Der Bruttolohn setzt sich dabei aus dem Nettolohn und den Arbeitnehmerbeiträgen zusammen.

Im konkreten Schadenfall muss deshalb in einem ersten Schritt der Bruttolohn, der einer hypothetischen Pflegeperson bzw. der entsprechenden Berufsgattung mit entsprechender Qualifikation bezahlt werden müsste,

festgestellt und anschliessend geklärt werden, welche Zuschläge darin bereits enthalten sind.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 100 \*\***

Beinhaltet der Bruttolohn die Arbeitnehmerbeiträge (ca. 13%) und den 13. Monatslohn (8,33%), beträgt der Nettolohn rund 80% des Bruttolohnes.

Beispiel Kanton Zürich (Basis der kantonalen Besoldungsrichtlinien ist der Bruttolohn, inkl. 13. Monatslohn, ohne Ferien- und Frei-Tage-Anteil; Stand: 1.1.2001 <sup>132</sup>; LS = Leistungsstufe - ES = Erfahrungsstufe - AS = Anlaufstufe) <sup>133</sup>

<i>Berufsgattung</i>	<i>Minimum/Std.</i>	<i>Maximum/Std.</i>	<i>Durchschnitt</i>
Diplomierte	LS 39.97 ES 30.67	LS 44.13 ES	LS 42.-- ES
Pflegeperson II (Lohnklasse 14)	AS 28.57	39.07 AS 29.62	34.87 AS 29.10
Diplomierte	LS 37,83 ES 29.03	LS 41.74 ES	LS 39.79 ES
Pflegeperson I (Lohnklasse 13)	AS 27.05	36.98 AS 28.04	33.-- AS 27.55
Pflegeperson FA SRK (Lohnklasse 12-13)	LS 35.90 ES 27.56	LS 39.93 ES	LS 37.92 ES
	AS 25.68	35.09 AS 26.62	31.33 AS 26.15
Pflegeassistent/-in (Lohnklasse 9-10)	LS 31.28 ES 24.04	LS 36.30 ES	LS 33.79 ES
	AS 22.40	31.91 AS 24.22	27.80 AS 23.31
Pflegehilfe (Lohnklasse 6-9)	LS 28.17 ES 21.66	LS 34.79 ES	LS 31.48 ES
	AS 20.20	30.58 AS 23.22	26.12 AS 21.71

Die Vergleichslöhne variieren von Region zu Region, unterscheiden sich zwischen Stadt und Land und hängen zudem von der Ausbildung, der Funktion und der Qualifikation ab. Um eine faktische Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV), welche gestützt auf Art. 28 ZGB bzw. Art. 35 Abs. 2 und 3 BV auch

**\*\* HAVE 2003 I Seite 101 \*\***

im Privatrecht gilt <sup>134</sup>, zu verhindern, ist nicht auf die im Zeitpunkt der Bemessung massgeblichen Stundenansätze am Wohnsitz, sondern auf einen gesamtschweizerischen Mittelwert abzustellen <sup>135</sup>.

Ist jedoch davon auszugehen, dass sich der Geschädigte auf absehbare Zeit in einer bestimmten Region aufhält <sup>136</sup>, rechtfertigt es sich, auf die üblichen Stundenansätze in der fraglichen Wohnregion abzustellen. Würde auf ein Durchschnittslohn abgestellt, so entstünde je nach dem Lohnniveau in der Wohnregion entweder eine nicht gerechtfertigte Über- oder Unterentschädigung.

Unabhängig davon, ob regionale oder gesamtschweizerische Vergleichslöhne herangezogen werden, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Löhne des Pflegepersonals oft nicht dem verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) entsprechen <sup>137</sup>. Wird auf einen

**\*\* HAVE 2003 I Seite 102 \*\***

gesamtschweizerischen Vergleichslohn abgestellt, ist deshalb ein "Diskriminierungszuschlag" zu berücksichtigen, während es bei regionalen Ansätzen darauf ankommt, ob die Vergleichslöhne bereits den verfassungsmässigen Vorgaben angepasst wurden.

(b) Zuschläge

(i) Sozialversicherungsbeiträge

Die Sozialversicherungsbeiträge, die vom Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber zu tragen sind, machen je nach Versicherungsbereich einen bestimmten Prozentsatz der Nettolohnsumme aus.

	<i>AG-Beitrag</i>	<i>AN-Beitrag</i>	<i>Total</i>
AHV	4,2%	4,2%	8,4%
IV	0,7%	0,7%	1,4%
EO	0,15%	0,15%	0,3%



AIV	3%	3%	6%
BV	3,5% bzw. 4% (138)	3,5% bzw. 4% (138)	8%
NBU		0,881-1,776% bzw. 1,5% (139)	1,5%
BU	0,04-1,35% bzw. 1% (140)		1%
Total	13,05%	13,55%	26,6%

(138) Infolge des Koordinationsabzuges beträgt der effektive Prozentsatz des Jahresbruttoeinkommens rund 8%, weshalb auf den Arbeitgeber 4% (139) entfallen. Vgl. z.B. Bundesamt für Statistik, (Fn. 135), 41, wo von einem Mittelwert von 1,5% ausgegangen wird. Vgl. z.B. Widmer, R., Der volkswirtschaftliche Wert der unbezahlten Arbeit und deren Bedeutung im Kindesunterhaltsrecht, Diss. St. Gallen 1999, 111, wo von einem Mittelwert von 1% ausgegangen wird.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 103 \*\***

(ii) 13. Monatslohn

Der 13. Monatslohnanteil ist nicht zwingend geschuldet. Ein Anspruch besteht nur, wenn der hypothetischen Ersatzkraft gestützt auf einen Normal-<sup>141</sup> oder Gesamtarbeitsvertrag oder infolge einer überwiegenden Usanz im Wohnkanton oder in der Wohnregion des Pflegebedürftigen ein 13. Monatslohn oder eine Gratifikationszahlung zusteht<sup>142</sup>. Letztere Voraussetzungen treffen regelmässig für das Pflegepersonal zu, weshalb ein Zuschlag in der Höhe von 8,33% zu berücksichtigen ist<sup>143</sup>.

(iii) Stellvertretungskosten

Die hypothetische Ersatzkraft arbeitet während der Arbeitssollzeit (Annahme: während fünf Tagen die Woche, ca. 40-42 Std.). Die Arbeitskraft steht während der Arbeitssollzeit aber nicht effektiv zur Verfügung. Der Arbeitnehmer fehlt am Arbeitsplatz ausserhalb der Arbeitssollzeit an den Wochenenden (104 Tage) und innerhalb der Arbeitssollzeit während der Ferien (Annahme: 20 Tage), den Feiertagen (Annahme: 4 Tage) und sonstiger Ereignisse (Krankheit, Unfall usw. - Annahme: 10 Tage).

Der Arbeitnehmer bzw. die hypothetische Pflegeperson ist deshalb nur an 227 Tagen pro Jahr effektiv anwesend. Die Jahreslohnsumme deckt deshalb nur 227 Tage oder 62% des Jahres ab. Besteht der Pflegebedarf aber während 365 Tagen pro Jahr, müssen die Pflege- und Betreuungsdienstleistungen an den restlichen 138 Tagen oder 38% des Jahres von einem Stellvertreter erbracht und zusätzlich bezahlt werden ("doppelte Lohnkosten"). Bezogen auf die effektive Arbeitszeit von 227 Tagen erhöht sich die Jahreslohnsumme um 61%<sup>144</sup>.

Für den effektiven Pflegebedarf pro Jahr ist deshalb ein Zuschlag von maximal 61% zu berücksichtigen<sup>145</sup>, wenn davon ausgegangen werden muss, dass die

**\*\* HAVE 2003 I Seite 104 \*\***

hypothetische Ersatzkraft im Monatslohn entlohnt würde<sup>146</sup>. Ein tieferer Stellvertretungszuschlag ist dann gerechtfertigt, wenn der Pflegebedarf vor allem an den Wochentagen anfällt (z.B. pflegebedingte Betreuung am Arbeitsplatz) bzw. einzelne Pflege- und Betreuungsleistungen (z.B. pflegebedingt notwendige hauswirtschaftliche Verrichtungen) "vertagt" werden können.

Wird die Schadenberechnung basierend auf reinen Stundenlohnansätzen vorgenommen, wird die Stellvertretungsproblematik ausgeklammert<sup>147</sup>. Anstelle eines Zuschlages für Stellvertretungskosten werden die arbeitsvertraglich geschuldeten Zuschläge für Ferien, Feiertage sowie weitere unverschuldete Ereignisse, für welche nach Art. 324a OR eine Lohnfortzahlungspflicht besteht, hinzugerechnet. Nach dem vorstehenden Berechnungsmodell wäre ein Zuschlag für 34 bezahlte "Freitage" (Ferien: 20 Tage, Feiertage: 4 Tage und sonstige Ereignisse: 10 Tage) und damit ein "Stellvertretungszuschlag" von rund 14,16% geschuldet<sup>148</sup>.

(iv) Nacht- und Sonntagsarbeit

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer einen Zuschlag von 25% für Überstundenarbeit zu bezahlen<sup>149</sup>. Sind

Pflege- oder Präsenzzeiten zu unüblichen Tageszeiten, z.B. am Abend oder während der Nacht oder an den Wochenenden erforderlich, rechtfertigt sich ein Zuschlag auch im innerfamiliären Verhältnis.

Bei den Wochenendzuschlägen ist jedoch zu beachten, dass die Lohnkosten eines Stellvertreters bereits im entsprechenden Zuschlag enthalten sind, weshalb für übliche Pflege- und Betreuungsleistungen an Wochenenden nicht zusätzlich ein Zuschlag geltend gemacht werden kann, da der Stellvertreter - bezogen auf seinen Wochenendeinsatz - nicht Überstunden, sondern normale Arbeitszeit leistet.

#### (v) Realloohnerhöhung

Die Löhne einer hypothetischen Ersatzkraft verändern sich infolge

-- der Teuerung: Die Teuerung wird praxisgemäss mit dem (tiefen) Kapitalisierungszinssatz von 3,5% abgegolten oder durch die Anbindung an einen Teuerungsindex (LIKPI oder Nominallohnindex) abgegolten.

-- einer Realloohnerhöhung: Die durchschnittliche Realloohnerhöhung beträgt - je nach Vergleichsperiode - zwischen 1-1,5% und kann entweder durch eine

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 105 \*\***

Herabsetzung des Kapitalisierungszinssatzes oder durch ein Aufrechnen von periodischen Lohnzuschlägen erfasst werden.

-- von individuellen Lohnerhöhungen: Die Vergleichslöhne hängen einerseits von der Ausbildung (Diplomniveau I oder II, FA SRK usw.) und andererseits von der beruflichen Qualifikation (Erfahrung, Zusatzausbildung usw.) und Funktion (leitender Pfleger/Schwester, Stationsleitung usw.) ab<sup>150</sup>. Es fragt sich deshalb, ob diese Gegebenheiten bei der Schadenberechnung berücksichtigt werden müssen. Das Handelsgericht Zürich erachtet z.B. einen "leicht erhöhten Einstiegslohn" als massgeblich und verneint deshalb implizit individuelle Lohnerhöhungen. Dieser prinzipielle Ausschluss ist nicht gerechtfertigt, wenn davon auszugehen ist, dass eine dauerhafte Pflege bzw. eine besondere Pflegequalität erforderlich sind. In derartigen Fällen muss der Stundenansatz so angesetzt werden, dass der Geschädigte langfristig genügend qualifiziertes Pflegepersonal anstellen könnte.

#### 4. Monats- und Stundenlohnberechnungsmethode

##### a) Ausgangslage

Für die Berechnung des jährlichen Angehörigenpflegeschadens ist die Aufwandmessmethode (Zeitaufwand x Lohn pro Zeiteinheit) massgeblich<sup>151</sup>. Für die Bestimmung des Parameters "Lohn pro Zeiteinheit" sind zwei Methoden denkbar: Man kann entweder auf den Nettomonatslohn oder den Nettostundenlohn der hypothetischen Ersatzkraft abstellen.

Dem Arbeitnehmer, der im Monatslohn bezahlt wird, wird eine Entschädigung für die Sollarbeitszeit ausgerichtet, während der Arbeitnehmer, der im Stundenlohn angestellt ist, den Lohn für effektiv geleistete Arbeitszeit erhält. Der Stundenansatz bei der Stundenlohnabrede ist höher als der vom Monatslohn in Stunden umgerechnete Ansatz, weil der "Stundenlöhner" Anspruch auf Lohnzuschläge (13. Monatslohn, Ferien, Feiertage usw.) hat, die dem "Monatslöhner" in Form einer Freistellung von der Arbeitsleistung zukommen. Nach den vorstehenden Annahmen (Ferien: 20 Tage, Feiertage: 4 Tage und sonstige Ereignisse: 10 Tage) ist ein Zuschlag für 34 bezahlte "Freitage" zu berücksichtigen, was - bezogen auf 240 Arbeitstage (48 Wochen mal 5 Arbeitstage) ein Zuschlag von 14,16% ergibt.

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 106 \*\***

Diese lohnmassige Gleichstellung zwischen Monats- und Stundenlohn hat in der Regel zur Folge, dass dieselbe Jahreslohnsumme resultiert. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die effektiv geleistete Arbeitszeit beim Monats- und beim Stundenlöhner identisch ist. Der im Monatslohn angestellte Arbeitnehmer arbeitet pro Jahr nur während 227 Tagen bzw. 1907 Stunden (bei einer 42-Stunden-Woche). Der im Stundenlohn bezahlte Arbeitnehmer kann demgegenüber - zumindest theoretisch - während 365 Tagen arbeiten.

Besteht - wie beim Pflegeschaden - ein effektiver Arbeitsbedarf während des gesamten Jahres, hängt die Höhe der Jahreslohnsumme davon ab, ob die hypothetische Ersatzkraft im Monats- oder im Stundenlohn angestellt ist. Im ersteren Fall muss der Geschädigte für die hypothetische Ersatzkraft und einen Stellvertreter maximal 161% der Jahreslohnsumme der hypothetischen Ersatzkraft bezahlen. Im letzteren Fall hat er (nur) einen um rund 14% höheren Stundenansatz zu gewähren, was zu einer tieferen Jahreslohnsumme führt. Muss auf Grund

der Umstände davon ausgegangen werden, dass der Pflege- und Betreuungsbedarf nur durch "Monatslöhner" adäquat abgedeckt werden kann, darf daher nicht auf das Berechnungsmodell "Stundenlohn" abgestellt werden.

#### b) Berechnungsmodell "Stundenlohn"

Der Haushaltstundenansatz beträgt zurzeit Fr. 30.- brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil) bzw. Fr. 24.- netto. Die Vergleichslöhne für das Krankenpflegepersonal liegen etwa zwischen Fr. 25.- und Fr. 45.- brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil) bzw. Fr. 20.- und Fr. 36.- netto <sup>152</sup>. Der massgebliche Nettostundenansatz muss im konkreten Fall innerhalb dieser Bandbreite nach Massgabe des Anforderungsprofils der jeweiligen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen bestimmt werden. Ein Nettostundenansatz von Fr. 30.- (entspricht einem Mittelwert der Vergleichslöhne Diplommiveau I und II unter Berücksichtigung eines Diskriminierungszuschlages) dürfte in der Regel angemessen sein.

Bildet der Nettostundenlohn die Ausgangsbasis, muss der jährliche Stundenaufwand je nach den vier Leistungskategorien (Pflegeleistungen, hauswirtschaftliche Leistungen, Präsenzzeit und Betreuung am Arbeitsplatz/Schule) und den dafür massgeblichen Pflege- bzw. Haushaltstundenansätzen berechnet werden. Der für Pflegeleistungen massgebliche Brutto-Bruttostundenansatz berechnet sich wie folgt:

#### \*\* HAVE 2003 I Seite 107 \*\*

<i>Nettostundenansatz</i>	30.--
=====	=====
<i>Zuschlag 13. Monatslohn (8,33% von Fr. 30.--)</i>	.2.50
<i>Zuschlag Ferien (8,33% von Fr. 30.--)</i>	.2.50
<i>Zuschlag Feiertage (1,66% von Fr. 30.--)</i>	-.50
<i>Zuschlag sonstige Ereignisse (4,16% von Fr. 30.--)</i>	.1.25
=====	=====
<i>Zuschlag Sozialversicherungsbeiträge (24,1% von Fr. 30.--)</i>	.7.25
=====	=====
<i>Brutto-Bruttostundenansatz (ca. 147% des Nettostundenansatzes)</i>	44.--
=====	=====
<i>Zuschlag für Nacht- und Sonntagsarbeit 25% des Nettostundenansatzes</i>	.7.50
=====	=====
<i>Brutto-Bruttostundenansatz (Überstunden; ca. 172% des Nettostundenansatzes)</i>	51.50
=====	=====

Besteht z.B. ein täglicher Pflegebedarf von fünf Stunden (ohne Überstunden) <sup>153</sup>, so beläuft sich der jährliche Angehörigenpflegeschaten auf Fr. 80 300.- (365 Tage mal 5 Stunden mal Fr. 44.-).

#### c) Berechnungsmodell "Monatslohn"

##### (1) Variante A: Effektiver Stundenlohn

Bildet demgegenüber der Nettomonatslohn die Ausgangsbasis, sind zwei Varianten denkbar. Der Nettomonatslohn kann zunächst nach Massgabe der Arbeitssollzeit bzw. effektiv geleisteten Arbeitszeit in einen Stundenlohn umgerechnet werden, der dann seinerseits für die Berechnung herangezogen wird. Dieses Variante stellt weder eine reine Stunden- noch eine reine Monatslohnberechnung dar. Sie basiert insoweit auf einer Stundenlohnberechnung, als der Monatslohn, der für die Arbeitssollzeit bezahlt wird, in einen Stundenlohn für effektive Arbeitszeit umgerechnet wird.

Beispielberechnung: Der jährliche Pflegeaufwand beträgt 1825 Stunden (5 Stunden pro Tag). Die hypothetische Ersatzkraft ist im Monatslohn (Fr. 30.- Nettostundenlohn zuzüglich 13. Monatslohn) angestellt. Die wöchentliche Arbeitssollzeit beträgt 25 Stunden. Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 34 Arbeitstagen.

#### \*\* HAVE 2003 I Seite 108 \*\*

Nettomonatslohn	Fr. 3250.--	Fr. 30.-- mal 25 Stunden mal 4,33 Wochen pro Monat
Nettojahreslohn	Fr. 42 250.--	Fr. 3250.-- x 13
Sozialversicherungsbeiträge	Fr. 10 182.--	24,1% vom Nettojahreslohn
Brutto-Bruttojahreslohn	Fr. 52 432.--	
Arbeitssolltage pro Jahr	260	52 Wochen mal 5 Arbeitstage
Arbeitssollstunden pro Jahr	1300	5 Arbeitssollstunden pro Arbeitstag
Stundenansatz pro Sollstunde	Fr. 40.35	Fr. 52 432.-- geteilt durch 1300
Effektiv geleistete Arbeitstage	227	365 Tage minus Wochenenden pro Jahr (104 Tage), Ferien (20 Tage), Feiertage (4 Tage) und sonstige Ereignisse (10 Tage)
Effektiv geleistete Arbeitsstunden pro Jahr	1135	227 Tage mal 5 Stunden
Stundenansatz pro effektiv geleistete Arbeitsstunde	Fr. 46.20	Fr. 52 432.-- geteilt durch 1135
Effektive Pflegestunden pro Jahr	1825	5 Stunden pro Tag, d.h. 365 mal 5 Stunden
Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 84 315.-	1825 Stunden mal Fr. 46.20

Der jährliche Angehörigenpflegeschieden beträgt für das vorerwähnte Beispiel Fr. 84 315.-. Der Differenzbetrag von Fr. 4005.- (gegenüber der reinen Stundenlohnberechnung) erklärt sich durch den unterschiedlichen Stundenansatz. Der im Berechnungsbeispiel resultierende Stundenansatz pro effektive Arbeitszeit von Fr. 46.20 ist deshalb höher als der vergleichbare Ansatz von Fr. 44.- bei der reinen Stundenlohnberechnung, weil bei Letzterer die Zuschläge basierend auf 240 Arbeitssolltagen und nicht - wie beim Monatslohn - auf 260 Arbeitssolltagen berechnet werden.

## (2) Variante B: Doppelte Lohnkosten

Der Nachteil der vorstehenden "Monatslohnberechnung" besteht darin, dass die Stellvertretungsproblematik gänzlich ausgeklammert wird. Vor dem Hintergrund des Arbeitsmarktes und im Hinblick auf eine Sicherstellung der Pflegequalität und -kontinuität dürfte es sich so verhalten, dass der Geschädigte in der Regel das Pflegepersonal auf einer Monatslohnbasis beschäftigt. Während der Abwesenheit der hypothetischen Ersatzkraft muss dabei ein Stellvertreter angestellt werden. Dieser kann im Monats- oder Stundenlohn entlohnt werden. Die Anstellung eines Stellvertreters hat zur Folge, dass während maximal 138 Tagen doppelte Lohnkosten anfallen.

Beispielberechnung: Der jährliche Pflegeaufwand beträgt 1825 Stunden (5 Stunden pro Tag). Die hypothetische Ersatzkraft ist im Monatslohn (Fr. 30.-

### **\*\* HAVE 2003 I Seite 109 \*\***

Nettostundenlohn zuzüglich 13. Monatslohn) angestellt. Die wöchentliche Arbeitssollzeit beträgt 25 Stunden. Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 34 Arbeitstagen. Während der Abwesenheit der hypothetischen Ersatzkraft muss ein Stellvertreter angestellt werden. Der Stellvertreter wird entweder im Monatslohn (Variante B1) oder im Stundenlohn (Variante B2) entlohnt.

Nettomonatslohn der hypothetischen Ersatzkraft	Fr. 3250.--	Fr. 30.-- mal 25 Stunden mal 4,33 Wochen pro Monat
Nettojahreslohn der hypothetischen Ersatzkraft	Fr. 42 250.--	Fr. 2598.-- x 13
Sozialversicherungsbeiträge	Fr. 10 182.--	24,1% vom Nettojahreslohn
Brutto-Bruttojahreslohn der hypothetischen Ersatzkraft (227 Pflegeetage)	Fr. 52 432.--	Die hypothetische Ersatzkraft fehlt während 138 Tagen: 365 Tage minus Wochenenden (104 Tage),

Ferien (20 Tage), Feiertage  
(4 Tage) und sonstige  
Ereignisse (10 Tage)

**Variante B1:** Der

Stellvertreter wird im  
Monatslohn angestellt

Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters für 138 Pflegetage	Fr. 31 875.--	Fr. 52 432.-- geteilt durch 227 mal 138
--	---------------	--

Zuschlag Stellvertretung (maximal)	Fr. 19 444.--	61% von Fr. 31 875.--
---------------------------------------	---------------	-----------------------

Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters (138 Pflegetage)	Fr. 51 319.--	
--	---------------	--

Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 103 751.--	
-------------------------	----------------	--

**Variante B2:** Der

Stellvertreter wird im  
Stundenlohn angestellt

Brutto-Bruttojahreslohn des Stellvertreters (138 Pflegetage)	Fr. 30 360.--	Fr. 44.-- mal 138 Pflegetage mal 5 Stunden
--	---------------	---

Pflegeschieden pro Jahr	Fr. 82 792.--	
-------------------------	---------------	--

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass drei der vier denkbaren Berechnungsarten zu vergleichbaren Ergebnissen führen (reine Stundenlohnberechnung: Fr. 80 300.-, Stundenlohnberechnung auf Monatslohnbasis: Fr. 84 315.- und Monatslohnberechnung/Stellvertretungskosten auf Stundenlohnbasis: Fr. 82 792.-). Der Pflegeschaden gemäss der reinen Monatslohnberechnung demgegenüber beträgt Fr. 103 751.- und liegt im Vergleich zum Durchschnittswert der drei anderen Berechnungsarten (Fr. 82 469.-) um gut Fr. 21 000.- höher, was rund 25% ausmacht. Damit eine Unter- bzw. Überentschädigung vermieden werden kann, ist der Praktiker deshalb gut beraten, nicht nur den Pflegebedarf umfassend abzuklären, sondern auch die mutmasslichen Pflegekosten genau zu berechnen.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 110 \*\***

## VI. Abgeltung des Pflegeschadens

### A. Allgemeines

Der Geschädigte hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Wahlrecht zwischen Kapital und Rente<sup>154</sup>. Kapital und Rente haben je ihre Vor- und Nachteile. Die Rente weist - im Gegensatz zum Kapital - eine ausgeprägte Wertsicherungsfunktion auf und ist daher immer dann sinnvoll, wenn Unsicherheit in Bezug auf die künftige Teuerung herrscht und diese durch die Anbindung an einen entsprechenden Index nicht beseitigt werden kann. Die Rente ist auch in Fällen angebracht, in denen entweder der Geschädigte unfähig ist, ein Kapital zu verwalten<sup>155</sup>, oder der Schaden in regelmässigen Abständen eintritt und entsprechende flüssige Mittel zur Verfügung stehen müssen.

Ein Teil der Lehre spricht sich in Anbetracht dieser Vorteile dafür aus, dass der Pflegeschaden nicht mit einem Kapital, sondern als indexierte Rente abgegolten werden sollte<sup>156</sup>. Die Rente ist aber dann mit denselben Nachteilen wie ein Kapital verbunden, wenn die Höhe des zukünftigen Schadens - wie das z.B. für den Heimpflegeschieden zutrifft - nicht zuverlässig vorausgesagt werden kann. Zudem darf die Rente nicht an den "falschen" Teuerungsindex angebinden werden, ansonsten ein kontinuierlicher Wertverlust resultiert, der u.U. mit einer Reduzierung des Kapitalisierungszinssatzes in Kombination mit einem - bei einem grossen Kapital - überdurchschnittlichen Realzins geringer ausgefallen wäre.

Die Rente ist daher - wie das Kapital - für die Abgeltung des Pflegeschadens nur bedingt geeignet. Mit einer Kombination von Kapital und Rente - die voraussehbaren Kosten mit einigermaßen sicherem Teuerungsverlauf werden durch ein Kapital abgegolten; die regelmässig anfallenden Kosten oder die Kosten mit unsicherem Teuerungsverlauf werden in Rentenform entschädigt - kann u.U. ein Risikoausgleich erzielt werden.

### B. Pflegeschadenkapital

Das Kapital wird ermittelt, indem der aktuelle jährliche Schadensbetrag nach Massgabe der mutmasslichen Dauer kapitalisiert wird. Die Kapitalisierung erfolgt

**\*\* HAVE 2003 I Seite 111 \*\***

nach Massgabe der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE und hängt vom Kapitalisierungsfaktor (Schadensdauer und Lebenserwartung des Geschädigten) und dem Kapitalisierungszinssatz (Teuerung) <sup>157</sup> ab.

Die Kapitalisierung ist daher je nach Eintritt und Dauer der zu kapitalisierenden Kosten unterschiedlich vorzunehmen:

-- Kosten für Pflegehilfsmittel und Lohnkosten für ordentliche Pflege-, Betreuungs- und Präsenzleistungen sowie hauswirtschaftliche Leistungen <sup>158</sup> sind nach Mortalität zu kapitalisieren <sup>159</sup>, allenfalls ist der Zinsfuss von 3,5% zu reduzieren, wenn anzunehmen ist, dass die Teuerung über die allgemeine Teuerung der Konsumentenpreise hinaus ansteigen wird bzw. wenn Reallohnsteigerungen zu berücksichtigen sind.

-- Alle paar Jahre entstehende Kosten, z.B. Kosten für die Anschaffung eines Pflegebettes oder eines Duschrollstuhles, sind ebenfalls lebenslänglich, aber unter Berücksichtigung der zeitlichen Abstände zu kapitalisieren <sup>160</sup>. Unter dem Jahr unregelmässig anfallende ausserordentliche Pflegeleistungen, z.B. im Rahmen einer ausserhäuslichen Betreuung oder Ferienbegleitung, sind im ordentlichen Pflegeaufwand zu berücksichtigen und nach Mortalität zu kapitalisieren.

-- Lohnkosten für die Betreuung am Arbeitsplatz sind nach Aktivität zu kapitalisieren <sup>161</sup>.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 112 \*\***

-- Später anfallende oder nur während eines bestimmten Zeitraums anfallende Kosten, z.B. Kosten für die Betreuung während der schulischen und beruflichen Ausbildung eines pflegebedürftigen Kindes, sind aufgeschoben <sup>162</sup> bzw. temporär <sup>163</sup> zu kapitalisieren.

#### C. Pflegeschadenrente

Im Gegensatz zum Kapital besteht die Rente in einer periodischen, in der Regel monatlichen Geldleistung an den Geschädigten, mit der der Schaden im Zeitpunkt seines Eintritts kontinuierlich - und nicht wie beim Kapital vorgezogen und einmalig - abgegolten wird. Wird eine Rente zugesprochen, muss sie vom Haftpflichtigen in geeigneter Weise sichergestellt werden <sup>164</sup>.

Die Pflegeschadenrente ist dem Geschädigten entweder auf den vereinbarten Termin oder rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung bzw. ab Ende des aufgelaufenen und separat eingeklagten Schadens zuzusprechen. Wird ein späterer Zeitpunkt gewählt, muss dem Geschädigten Gelegenheit zu einer Klageänderung in Bezug auf den während der Rechtshängigkeit des Verfahrens aufgelaufenen Schadens gegeben werden.

Die Höhe der Pflegeschadenrente bemisst sich primär nach Massgabe der gegenwärtigen jährlichen Pflegekosten. Eine Anpassung hat dabei an überwiegend wahrscheinlich eintretende zukünftige Veränderungen (z.B. Heimübertritt, Teuerung usw.) zu erfolgen. Die zukünftige Teuerung wird mittels einer Indexierung an den LIKP (bei Pflegehilfsmitteln), den Nominallohnindex (bei unentgeltlicher und entgeltlicher Pflege durch Drittpersonen) <sup>165</sup> oder den Gesundheitskostenindex (bei ungedeckten Spital- und Heimpflegekosten) <sup>166</sup> berücksichtigt.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 113 \*\***

Andere zukünftige Ereignisse, die im Zeitpunkt der Rentenfestsetzung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit absehbar sind <sup>167</sup>, dürfen nicht berücksichtigt werden. Unklar ist, ob die Rente beim Eintritt eines nicht absehbaren zukünftigen Ereignisses, das den Pflegeschaden wesentlich erhöht oder reduziert, revidiert werden kann. Eine Anpassung an zukünftige Ereignisse, z.B. im Zusammenhang mit der Veränderung von Pflegesozialleistungen, kann jedoch in der Entschädigungsvereinbarung regeln.

#### D. Fortlaufende Pflegeschadenliquidation

Sowohl die Berechnung als auch die Abgeltung des Pflegeschadens weisen einige "Klippen" auf, die nicht immer umschifft werden können. Besonders problematisch sind zukünftige Spitex-, Heim- und Spitalpflegekosten, die

sich weder genau berechnen noch durch eine indexierte Rente effektiv abgelten lassen<sup>168</sup>. Geschädigter, Anwalt und Haftpflichtiger sind daher oft gut beraten, nur den Teil des Pflegeschadens als Kapital oder Rente abzugelten, der sich einigermaßen verlässlich berechnen lässt.

Der restliche Schaden ist im Rahmen einer fortlaufenden Schadensliquidation abzugelten<sup>169</sup>. Der Vorteil einer solchen Schadensliquidation liegt in der Beseitigung der zahlreichen Unwägbarkeiten und in einer effektiven Schadensabgeltung.

**\*\* HAVE 2003 I Seite 114 \*\***

Dass die Parteien u.U. über eine längere Zeit aneinander gebunden sind, ist vor dem Hintergrund des nicht unerheblichen Risikos einer Über- oder Unterentschädigung umso erträglicher, als sie bei einer indexierten Rente ohnehin aneinander, in der Regel bis zum Tod des Geschädigten, gebunden wären.

Eine fortlaufende Schadensliquidation können die Parteien vergleichsweise vereinbaren, wobei es sich zwecks Vermeidung von Streitigkeiten empfehlen dürfte, die Rahmenbedingungen zu regeln, und zwar insbesondere:

- Ersatzpflichtige Leistungen (Pflege, Betreuung, Präsenzzeiten usw.),
- Person des Gutachters, wenn sich die Parteien nicht über den zeitlichen Pflege- und Betreuungsbedarf einigen können,
- Anrechnung von bereits geleistetem Schadenersatz (Pflege- oder Haushaltschaden),
- Anrechnung von Pflegesozialleistungen (Sozialversicherungsregress),
- Anrechnung von eingesparten Lebenshaltungskosten,
- Kostentragung (Anwalts- und Gutachterkosten),
- Sicherstellung der zukünftigen Pflegekosten und
- Pflegeschiedsgerichts- oder Mediationsklausel<sup>170</sup>.

**Fussnoten:**

\* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Urkundsperson, Glarus

<sup>1</sup> Vgl. dazu Art. 7 KLV, der zwischen Behandlungs- und Grundpflege unterscheidet.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Bundesamt für Sozialversicherung, Spitex aus der Sicht der Sozialversicherung. Bericht der amtsinternen Arbeitsgruppe Spitex, Bern 1991, und die Hinweise bei Landolt H., Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 10 ff. und 104 ff.

<sup>3</sup> Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit (basierend auf Spezialistenansätzen) mit 141 260 Mio. veranschlagt, was 38% des BIP entspricht. Pflege und Betreuung machen mit 1 120 Mio. einen Anteil von 9,1% aus (0,3% des BIP). Auf Frauen entfallen 687 Mio. und auf Männer 433 Mio. Wird der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit basierend auf Opportunitätsansätzen ermittelt, so resultiert ein Wert von 139 347 Mio., was 37,5% des BIP entspricht. Die Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern macht bei dieser Berechnungsart nur 407 Mio. (0,1% des BIP) aus, wobei auf Frauen 248 Mio. und auf Männer 159 Mio. entfallen (vgl. Bundesamt für Statistik, Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg 1999, 48 ff.).

<sup>4</sup> Subventionen für Pflegebetriebe und Pflegesozialleistungen (z.B. Hilflosenentschädigung) sind in den jeweiligen Sozialversicherungsstatistiken z.T. separat aufgeführt. Siehe dazu Landolt (Fn. 2), N 104 ff., und die Sozialversicherungsstatistik.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Landolt H., Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002, N 986 ff.

<sup>6</sup> Weiterführende Hinweise finden sich bei Ibid. und bei Landolt H., Der Pflegeschaden, Bern 2002 (auf S. 77 ff. sind Auszüge von diversen Pflegeschadenurteilen abgedruckt).

<sup>7</sup> Vgl. dazu Roberto V., Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 19 ff., der zusammenfassend auf die verschiedenen in der Lehre vertretenen "normativen" Schadenstheorien (objektive Schadenstheorie, Theorie des Funktionsschadens, Einzelschadenstheorie, Theorie des Frustrations- oder des Kommerzialisierungsschadens oder Theorie des normativen Schadens) hinweist.

<sup>8</sup> Erwerbsausfall- und Haushaltschaden können mit dem Pflegeschaden kumuliert werden, vgl. dazu Landolt H. (Fn. 5), N 732 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu BK-Brehm, N 7 ff. zu Art. 46 und Oftinger, K./Stark, E.W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, 110 und 281 ff. sowie aus der Rechtsprechung: behinderungsbedingte Wohnungskosten (BGE 35 II 553, BGE, in: JdT 1979 I 454, U Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton NE (Fr. 30 000.- für den Umbau des elterlichen Wohnhauses eines Querschnittgelähmten), U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1.3 (Fr. 3000.- bei einer rollstuhlabhängigen Geschädigten mit eigenem Einfamilienhaus), KGer VS i.S. Hennemuth vom 02.03./06.09.1979, E. 7e, S. 36 ff. (DM 17 000 für den Umbau des elterlichen Wohnhauses bei einem Paraplegiker), und BGH, in: VersR 1981, 239, sowie U OGH vom 10.04.1991 (2 Ob 10/91), in: VersR 1992, 259 ff. (kein Anspruch eines beidseitig amputierten Jugendlichen auf Ersatz der Kosten für die Errichtung eines Schwimmbades; ersatzfähig sind nur unbedingt notwendige Anpassungs- oder Umbaukosten - siehe dazu Huber, C., Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Einrichtungskosten eines privaten Schwimmbades?, in: VersR 1992, 545 ff.), Heilungskosten (BGE 35 II 223, 52 II 392, 72 II 205, 81 II 515 und ZBJV 1970, 280), Krankentransport (BGE 33 II 584), Reisekosten (BGE 21, 141 und 97 II 259), Kuren und Bäder (BGE 29 II 561, 33 II 17 und 57 II 101), Arzneien und Krankennahrung (BGE 6, 263), Kranken- und Pflegeutensilien, inkl. Wäsche (BGE 35 II 223), Fahrstühle und Prothesen (BGE 25 II 49, 27 II 8, 33 II 586, 34 II 583, 35 II 223, 40 II 69, 41 II 684, 47 II 431, 72 II 205, 89 II 23 f. und ZWR 1971, 96).

<sup>10</sup> Siehe dazu BK-Brehm, N 33 ff. zu Art. 41 OR, Oftinger, K./Stark, E.W., (Fn. 9), 165 ff., und Widmer, P., Privatrechtliche Haftung, in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. Münch, P., und Geiser, T.), Basel/Genf/München 1999a, 7 ff., 35 ff. Im Bereich der Staatshaftung gilt eine Schadenszufügung dann als widerrechtlich, wenn die amtliche Tätigkeit des Beamten gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen (vgl. BGE 118 Ib 473 E. 2b, 116 Ib 193 E. 2a, 107 Ib 160 E. 3a). Das Bundesgericht geht dabei davon aus, dass der Widerrechtlichkeitsbegriff im Haftpflicht- und Staatshaftungsrecht identisch ist bzw. bereits ein Verstoß gegen ein absolutes Rechtsgut eine Widerrechtlichkeit begründet und keine Amtspflichtverletzung erforderlich ist (vgl. BGE 123 II 577 E. 4d).

<sup>11</sup> Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird (vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB). Siehe dazu weiterführend Mannsdorfer, T.M., Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, in: ZBJV 2001, 605 ff., und Mannsdorfer, T.M., Pränatale Schädigung, Diss. Freiburg i.U. 2000.

<sup>12</sup> Der BGH z.B. schliesst Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder unter Hinweis auf die Haftungsmaxime aus, dass der Mensch, auch der behinderte Mensch, sein Leben so hinzunehmen hat, wie es von der Natur gestaltet ist, und deshalb keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere hat (vgl. BGHZ 86, 240, 250 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. BK-Brehm, N 67 ff. zu Art. 41 OR, Oftinger, K./Stark, E.W. (Fn. 9), 69 ff., Rumo-Jungo, A., Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U. 1998, 58 ff., Roberto, V., (Fn. 7), 9 ff., und Widmer, P. (Fn. 10), 7 ff., 27 ff. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Schadensbemessung eine vom kantonalen Richter abschliessend zu beurteilende Tatfrage. Rechtsfrage - und vom Bundesgericht im Berufungsverfahren zu prüfen - ist jedoch, ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verletzt hat (BGE 113 II 346 E. 1 m.H.).

<sup>14</sup> Es wird vorausgesetzt, dass weder Art. 320 Abs. 2 OR noch die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) generell anwendbar sind. Siehe Landolt, H. (Fn. 5), N 432 ff., zu den innerfamiliären Entschädigungsansprüchen.

<sup>15</sup> Vgl. dazu infra Ziff. IV. A.

<sup>16</sup> Vgl. dazu letztmals BGer vom 15.01.2002 (4C.215/2001/rnd) = plädoyer 2002/, 59 = HAVE 2002, 138 und die Urteilsbesprechung von Stefan A. Dettwiler in: HAVE 2002, 302 ff., E. 3a: "Hinsichtlich der Adäquanz wird bei der konstitutionellen Prädisposition danach unterschieden, ob das vorbestehende Leiden voraussichtlich unabhängig vom Unfallereignis später zum Schaden geführt hätte oder ob es sich ohne den Unfall voraussichtlich nicht schädigend ausgewirkt hätte und nur in Verbindung mit diesem den tatsächlich eingetretenen Schaden bewirkt oder vergrössert hat. Im ersten Fall kann dem Anteil der konstitutionellen Prädisposition an der Kausalität im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR Rechnung getragen werden. Im zweiten Fall bleibt dagegen der Schädiger auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat. Diesfalls besteht selbst bei singulären Auswirkungen kein Grund, sie vom Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs von vornherein auszuschliessen, hiesse dies doch, den Geschädigten seine Schwächen selber entgelten zu lassen, als ob der Schädiger sich den Gesundheitszustand des Opfers aussuchen könnte." - Siehe ferner Kräuchi, T., Die konstitutionelle Prädisposition, Diss. Bern 1998, Oftinger, K./Stark, E.W. (Fn. 9), 141 ff., und Weber, S., Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, in: SJZ 1989, 73 ff. Ileri, A., Wertschöpfungstheorie, in: Collezione Assista, Genf 1998, 288 ff., 302 ff., versteht unter einer konstitutionellen Prädisposition auch sog. "stumme" Schäden, mithin körperliche Beeinträchtigungen ohne Schadenseintritt, aber mit erhöhter Schadensgefahr, die erst nach dem haftungsbegründenden Ereignisse als Folge desselben entstehen.

<sup>17</sup> Damit wird eine Situation bezeichnet, in der ein Schaden durch eine Ursache B (Reserveursache) auch eingetreten wäre, wenn die Ursache A (Schadensursache) keine Wirkung entfaltet hätte. Der Schaden wäre also auch eingetreten, wenn die Schadensursache A "weggedacht" würde (vgl. dazu BK-Brehm, N 149 zu Art. 41 OR, Rey, H., Ausservertragliches Haftpflichtrecht. 2. A., Zürich 1998a, N 607 ff., sowie Roberto, V. (Fn. 7),



58 ff.). Die Reserveursache kann im Zeitpunkt der Verwirklichung der Schadensursache A bereits bestehen, z.B. in der Form einer konstitutionellen Prädisposition, oder erst später entstehen; in beiden Fällen wäre ein allfälliger Schaden jedoch erst zeitlich nach der Schadensursache eingetreten. Da eine Pflegebedürftigkeit immer mit einem (normativen) Schaden einhergeht, ist nur die letzte Konstellation denkbar (eine bereits vorbestehende Pflegebedürftigkeit hat bereits einen Schaden verursacht und fällt daher als Reserveursache ausser Betracht). Für den adäquaten Kausalzusammenhang ist die überholende Kausalität insoweit von Bedeutung, als danach gefragt wird, ob die Schadensursache in Anbetracht der Reserveursache noch als adäquat erscheint (vgl. dazu auch Widmer, P. (Fn. 10), 7 ff., 56 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. dazu den umfassenden Überblick über die Lehrmeinungen in BGE 115 II 440 E. 4a. Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung die Frage offen gelassen, ob auch hypothetische Ereignisse von Bedeutung sind, die erst nach Schadeneintritt wirksam werden; besondere Bedeutung mass das Bundesgericht in diesem Fall der "zeitlichen Nähe der hypothetischen Ereignisse" zu (BGE a.a.O. E. 4b).

<sup>19</sup> Vgl. Stauffer, W./Schaetzle, T., et al, Barwerttafeln. 5. A., Zürich 2001, T 42.

<sup>20</sup> Siehe die weiterführenden Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 5), N 876 und Fn. 1723.

<sup>21</sup> Vgl. BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, und Ibid., N 751 ff.

<sup>22</sup> Dazu infra Ziff. IV. B. 2.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 41 OR.

<sup>24</sup> Siehe dazu bereits supra Ziff. III. B.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. BGE 21, 135 ff. und BGE 72 II 198 E. 3a (zukünftige Operationskosten).

<sup>26</sup> Vgl. BGE 21, 1042 ff., 1050 (Pflege durch Ehefrau), BGE 28 II 200 ff. (Pflege eines Querschnittgelähmten durch Ehefrau), BGE 33 II 594 ff. (Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben durch Mutter), BGE 35 II 216 ff. (Pflege durch Angehörige und Pflegefachkräfte), BGE 57 II 94 ff. (Krankenbesuche des Ehemannes), BGE 97 II 259 ff. (Pflege und Betreuung einer erwachsenen Tochter durch Mutter), BGE 108 II 422 ff. (Pflege und Betreuung einer 15-jährigen Tochter durch Mutter), BGER vom 23.06.1999 i.S. P.St. (4C.412/1998) = Pra 1999, 890 (Pflege und Betreuung eines Knaben durch Eltern), BGER vom 26.03.2002 i.S. I.K. (4C.276/2001/rnd) (siehe dazu die Urteilsbesprechung von Marc Schaetzle, in: HAVE 2002, 276 ff.), VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Pflege und Betreuung durch Ehemann), BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen (Pflege und Betreuung durch Ehemann), Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K. (Pflege und Betreuung durch Angehörige und Dritte) und HGER ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. = plädoyer 2001/6, 66 ff. (Pflege und Betreuung einer 21-Jährigen durch Mutter).

<sup>27</sup> Vgl. BGE 35 II 216 ff., Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B.K., E. 5, U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und KGER VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., 20 ff.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 108 II 422 ff. und U HGER ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. sowie U OGER ZG vom 02.09.1997 i.S. K.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 33 II 594 ff. und 40 II 68 ff.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 35 II 405 ff.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 3.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 97 II 259 (42-tägige Hauspflege) und BGE 33 II 594 ff. (drei Monate).

<sup>33</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 4, siehe ferner U OGER ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K., U TC VS vom 10./27.10.1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist nicht erforderlich).

<sup>34</sup> Vgl. BGE 108 II 422 .

<sup>35</sup> Vgl. BGE 35 II 405 und U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff. Siehe dazu auch U OGER ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, 2 ff.

<sup>36</sup> Vgl. U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Altstadt Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und U KGER VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., 20 ff.

<sup>37</sup> Vgl. U HGER ZH vom 12.06.2001 i. I.K.

<sup>38</sup> Vgl. dazu infra Ziff. V. B. 2.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 108 II 422 .

<sup>40</sup> Vgl. BGE 57 II 94, 97 II 259 E. 3 und 4 und 108 II 422 sowie U KGER VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., S. 33 f., U OGER ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. BGE 28 II 200, 35 II 216 und 40 II 68.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 57 II 94 und 69 II 324.

- <sup>43</sup> Siehe dazu z.B. die Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 6), Fn. 27.
- <sup>44</sup> Vgl. zum Folgenden Landolt, H. (Fn. 5), N 755 ff.
- <sup>45</sup> Vgl. BGE 123 III 204 E. 2e, BK-Brehm, N 31a zu Art. 41 OR, und Egli, J.-F., De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalidité en responsabilité civile, in: Problèmes de droit de la famille, Neuenburg 1987, 51 ff.
- <sup>46</sup> Vgl. BGE 112 II 118 und nachfolgende Entscheide.
- <sup>47</sup> Vgl. BGE 97 II 259.
- <sup>48</sup> Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR und infra Ziff. V. C. 3.a. zur Frage, ob besuchende Angehörige einen Erwerbsausfall geltend machen können.
- <sup>49</sup> Vgl. z.B. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 i.S. I.K.
- <sup>50</sup> Vgl. zum Folgenden Landolt, H. (Fn. 5), N 807.
- <sup>51</sup> Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR stellen nach diesem Verständnis positivierete Schadenersatznormen für einen Fall der überholenden Kausalität dar (vgl. dazu supra Ziff. III. b.).
- <sup>52</sup> Siehe dazu die Hinweise zur alten Praxis des Bundesgerichts supra Ziff. IV. B. 1.
- <sup>53</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf Ersatz des Versorgerschadens gemäss Art. 45 Abs. 3 OR grundsätzlich für jeden Berechtigten gesondert zu berechnen und zuzusprechen (vgl. BGE 119 I 361 E. 4, 102 II 90 E. 2a, 101 II 257 E. 2 und 66 II 175). Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn der Ehemann nach dem Tod der Ehefrau aus eigenen Bedürfnissen Anspruch auf den vollen Ersatz des durch die Anstellung einer Haushälterin bedingten Mehraufwandes hat oder zeitlich begrenzte Ansprüche der Kinder im Anspruch des Ehemannes aufgehen (vgl. BGE 102 II 90 E. 2, zustimmend BK-Brehm, N 175 ff. zu Art. 45 OR, ablehnend Schaetzle, M./Weber, S., Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 4.114 ff. Die Ersatzansprüche der Kinder können in diesen Fällen nicht getrennt erhoben werden, weshalb in Bezug auf den Kinderversorgerschaden eine Drittschadensliquidation über den - unmittelbar betroffenen - Ehemann bzw. Vater erfolgt).
- <sup>54</sup> So auch Rumo-Jungo, A. (Fn. 13), N 834.
- <sup>55</sup> Vgl. z.B. den Anwendungsfall AHI-Praxis 1996, 196 (therapeutische Massnahmen am rechten Bein).
- <sup>56</sup> Vgl. BGE 113 V 28 E. 4a, 107 V 20, 105 V 178 E. 2, 99 V 48, EVGE 1967, 33 und ZAK 1989, 213 ff., 1985, 325 je m.H.
- <sup>57</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 IVG, Art. 18 Abs. 2 MVG und Art. 61 Abs. 3 UVV.
- <sup>58</sup> Z.B. Röntgenaufnahmen, Elektrokardiogramme, Enzephalogramme, Lumbalpunktionen usw.
- <sup>59</sup> Siehe U EVG vom 29.11.1983 i.S. B. (Zumutbarkeit einer ärztlichen Behandlung), U EVG vom 23.03.1983 i.S. B., U EVG vom 17.2.1976 i.S. St. E. 3 (Abklärungsaufenthalt in Appisberg) und U EVG vom 02.07.1975 i.S. B. (Zumutbarkeit einer psychiatrischen Betreuung), U EVG vom 12.04.1956 i.S. K. und vom 09.02.1961 i.S. C. (diagnostische Lumbalpunktion), EVGE 1945, 78 (Zumutbarkeit therapeutischer Massnahmen; Rehabilitationstraining) und U EVG vom 22.05.1936 i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).
- <sup>60</sup> Vgl. z.B. Maurer, A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht. 2. A., Bern 1989, 303 f. und BGE 105 V 178 f. E. 3 (Unzumutbarkeit einer Operation mit einem Todesfallrisiko von 4% und einer Chance von 20-40% bzw. 70-90%, die volle bzw. teilweise Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zu bewirken), ZAK 1992, 126: Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges, nachdem der Versicherte infolge mehrerer chirurgischer Eingriffe die Sehkraft verloren und sich die Ärzte bereits in einer früheren Expertise zur Frage der zumutbaren Arbeitsfähigkeit geäußert hatten), ZAK 1985, 326 (Unzumutbarkeit einer Vestibularisneurektomie = Durchtrennung des Gleichgewichtsnervs rechts bei Morbus Menière wegen begründeter Angst vor Eingriff und Alters des Versicherten), ZAK 1985, 328 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese = operative Versteifung von Teilen der Wirbelsäule), U EVG vom 15.06.1973 i.S. M. (Zumutbarkeit einer Double-Arthrodesse links = Gelenkversteifung), EVGE 1965, 35 = ZAK 1965, 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat) und SUVA-Jahresbericht 1961, 20 f. (Zumutbarkeit einer Teilamputation des Zeigefingers).
- <sup>61</sup> ZAK 1986, 507.
- <sup>62</sup> ZAK 1989, 228.
- <sup>63</sup> Vgl. U EVG vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d (Darm von Hand ausräumen als unübliche Art und Weise der Notdurftverrichtung), U EVG vom 12.02.1987 i.S. Z. (Dienstleistungen der Ehefrau, die den Ehemann zur Toilette bringen, ihm die Flasche reichen und ihn für die Nacht mit dem Urinal ausrüsten muss), ZAK 1986, 483 (leidensangepasste Kleidung und Schuhe, bestätigt in ZAK 1989, 213 ff.) und ZAK 1985, 401 (Hilfeleistung eines Ehemannes, der seiner harninkontinenten Gattin nachts mehrmals den Topf reichen und diesen

anschliessend reinigen muss, als erhebliche Drittleistung).

<sup>64</sup> Vgl. BK-Brehm, N 74 zu Art. 46 und N 56 zu Art. 42 OR.

<sup>65</sup> Im Übrigen ist eine Kumulation zulässig (vgl. Landolt, H. (Fn. 5), N 732 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. BGE 126 V 334 (siehe dazu die Urteilsbesprechungen von Duc in: AJP 2001, 453, und Pfiffner Rauber, B. Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: AJP 2000, 1403 ff.) U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. (K 34/98) = RKUV 1999, 64 = SVR 2000, KV Nr. 9 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP 1999, 996, und Pestalozzi-Seger in: Behinderung und Recht, Beilage SAEB-Mitteilungen, Nr. 1/1999) sowie ferner U EVG vom 05.09.2000 i.S. G. (K 62/00 Vr), U EVG vom 22.09.2000 i.S. Helsana c. D (K 59/00 Vr), U EVG vom 22.09.2000 i.S. G. (K 52/99 Vr), U EVG vom 05.10.2000 i.S. Helsana c. R. (K 66/00 Vr), U EVG vom 05.10.2000 i.S. B. (K 61/00 Vr/Gb) und U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb).

<sup>67</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 2b.

<sup>68</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 3b.

<sup>69</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 4b. Allfällige dem Versicherten im Zusammenhang mit der Spitex- oder Heimpflege entstehenden Mehrkosten sind im Rahmen der Zweckmässigkeitsprüfung mitzuberücksichtigen (vgl. dazu Landolt, H. Pflegebedürftigkeit im Spannungsfeld zwischen Grundrechtsschutz und Kosteneffizienz, in: SZS 2002/2, 97 ff., 121 ff.).

<sup>70</sup> Vgl. U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb) E. 4c, wo das EVG eine fixe Kostengrenze von 20% abgelehnt hat.

<sup>71</sup> Vgl. U EVG vom 25.05.2001 i.S. S. (K 161/00 Gb), E. 4c.

<sup>72</sup> Vgl. U EVG vom 22.09.2000 i.S. Helsana c. D. (K 59/00 Vr), E. 3b.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b (der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet).

<sup>74</sup> Vgl. U EVG vom 05.10.2000 i.S. Helsana c. R. (K 66/00 Vr), E. 3d (allerdings Rückweisung zur genauen Abklärung des versicherten Pflegeaufwandes).

<sup>75</sup> Vgl. U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. (K 34/98) = RKUV 1999, 64 = SVR 2000, KV Nr. 9, E. 4b.

<sup>76</sup> In U EVG vom 22.09.2000 i.S. G. (K 52/99 Vr), E. 3b, wurde zwar die Zweckmässigkeit der Spitexpflege bei einer Tetraplegie bejaht, der Fall aber betreffend Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten Erhöhung der Spitexpflege von 90 auf insgesamt 420 Stunden pro Quartal an die Vorinstanz zurückgewiesen.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 2a und RKUV 1999, 70 E. 4b.

<sup>78</sup> Das Wahlrecht leitet sich auch aus den Persönlichkeits- und Grundrechten des Geschädigten ab (s.c. Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit).

<sup>79</sup> Vgl. BGE 35 II 216 ff. und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H., S. 20 ff. (beide Fälle betrafen Paraplegiker) sowie U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K.

<sup>80</sup> So ausdrücklich U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440), E. V.2, S. 15, und U OGH vom 26.05.1999 (5 Ob 50/99k) = ZVR 1999 Nr. 109, 375 ff.

<sup>81</sup> Vgl. z.B. U Trib Pr. Instance GE vom 03.09.1992 i.S. X. Dieser Fall betraf eine schwer Geschädigte, die sich nach einer medizinischen Versorgung in der Schweiz in den USA bei ihren Kindern medizinisch weiter versorgen liess, was mit Kosten verbunden war, die gegenüber schweizerischen Ansätzen erheblich höher waren. Das Gericht hat gestützt auf Art. 44 OR eine Herabsetzung der in den USA entstandenen Heilungskosten um 20% vorgenommen, weil die Geschädigte wusste, dass die Behandlung in den USA mit höheren Kosten verbunden sein würde.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR.

<sup>83</sup> Vgl. dazu statt vieler z.B. Roberto, V. (Fn. 7), 172 ff. m.w.H.

<sup>84</sup> Vgl. Art. 51 Abs. 2 OR.

<sup>85</sup> Siehe dazu supra Ziff. IV. B. und III. D.

<sup>86</sup> Vgl. U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E0170/HG950440), E. VI, S. 44 (monatlicher Abzug von Fr. 1465.- per 2001 bei einem Heimaufenthalt) und U ZGer BS vom 15.06.1987 i.S. X., E. 7 (Verpflegungs- und Unterkunftskostenabzug von Fr. 18.- pro Heimtag).

<sup>87</sup> Vgl. U BGer 4 L. 412/1998 vom 23.06.1999 = Pra 1999, 890, E. 2c.

<sup>88</sup> Vgl. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002, E. 6b/cc, und vom 13.12.1994 i.S. R.J. gegen Basler

Versicherung = JdT 1996 I 728, E. 6a.

<sup>89</sup> Vgl. Landolt, H., Das soziale Pflegesicherungssystem, Bern 2002, N 67 ff.

<sup>90</sup> Vgl. Ibid., N 46 ff.

<sup>91</sup> Vgl. Ibid., N 29 f.

<sup>92</sup> Vgl. Ibid., N 28.

<sup>93</sup> Vgl. Ibid., N 31 ff.

<sup>94</sup> Vgl. Ibid., N 10 ff., 22 und 212 ff.

<sup>95</sup> Vgl. BGE 124 V 52 E. 4-9 und U SozVersGer ZH vom 19.11.1998 i.S. H.M. (UV.96.00062) (Fall einer betreuungs- und pflegebedürftigen Versicherten mit Schädelhirntrauma, Leistungspflicht bei Spitalpflegebedürftigkeit: keine Leistungspflicht für Unterkunft, Verpflegung und nichtmedizinische Pflege und Betreuung beim Aufenthalt in der Schweizerischen Epilepsie-Klinik, E. 2d, und Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes bei einer nachträglichen Kürzung der Pflegeleistungen, E. 3d). Siehe dazu Landolt, H., (Fn. 89), N 117 f. und 144 ff.

<sup>96</sup> Art. 79 KVG sieht nunmehr ein gesetzliches Regressrecht vor.

<sup>97</sup> Vgl. dazu BGE 127 V 398 E. 1 und ferner Landolt, H. (Fn. 5), Fn. 3177 und 3215. Ist das haftungsbegründende Ereignis vor dem 1. Januar 1996 eingetreten, beurteilt sich das Verhältnis zwischen dem Krankenversicherer des Geschädigten und dem haftpflichtigen Dritten nach dem alten Recht, das kein gesetzliches Subrogationsrecht kannte. Der Geschädigte kann deshalb in altrechtlichen Fällen - auch nach Inkrafttreten des neuen KVG - über sämtliche Haftungsansprüche verfügen. Der Abschluss einer Saldovereinbarung schliesst eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht grundsätzlich aus. Eine Leistungspflicht des Krankenversicherers besteht aber für solche Kosten, die der Geschädigte im Zeitpunkt der Saldoerklärung weder kannte noch hätte kennen können (vgl. BGE a.a.O. mit Hinweis auf BGE 100 II 42 und RKUV 1988 Nr. K 768 199 E. 1).

<sup>98</sup> Vgl. Landolt, H. (Fn. 89), N 90 ff.

<sup>99</sup> Z.B. Haftung für Pflegetraining ( BGE 108 II 422 ) und Begleitung und Betreuung zum und vom bzw. am Arbeitsplatz und während der Ferien (BGE 35 II 402).

<sup>100</sup> Art. 7 KLV zählt z.B. die versicherten Grund- und Behandlungspflegemassnahmen auf; für andere Dienstleistungen, insbesondere hauswirtschaftliche Leistungen, besteht keine Leistungspflicht.

<sup>101</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Landolt, H. (Fn. 5), Fn. 1835. Siehe ferner zum deutschen Recht Neumann-Duesberg, H., Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff., Schleich, H.-W., Zur schadensersatzrechtlichen Erstattung von Besuchs- und Nebenkosten bei stationärer Heilbehandlung, in: DAR, 145 ff., und Seidel, H.-J., Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensrecht, in: VersR 1991, 1319 ff.

<sup>102</sup> In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht die Kosten eines Ehemannes, der seine hospitalisierte Ehefrau besuchte, als ersatzpflichtig bezeichnet, jedoch die Aktivlegitimation der Ehefrau verneint (vgl. BGE 57 II 94 E. 3b). In BGE 97 II 259 E. 4 vertrat es in Bezug auf die Anspruchsberechtigung eine entgegengesetzte Auffassung, bejahte aber eine Ersatzpflicht für Besuchskosten. Siehe dazu ferner BGH vom 19.02.1991 (VI ZR 171/90) = NJW 1991, 559 ff. (Besuchskosten Angehöriger, s.c. Ersatzfähigkeit des Verdienstausfalles), BGH vom 24.10.1989 (VI ZR 263/88) = NJW 1990, 1308 ff. (Babysitterkosten während der Besuche des verletzten Elternteils im Spital sind ersatzfähig), BGH vom 22.11.1988 (VI ZR 126/88) = NJW 1989, 766 ff. (Ersatzpflicht elterlicher Zuwendung; Abgrenzung zu nicht ersatzfähiger Betreuung), BGH vom 21.05.1985 (VI ZR 201/83) = NJW 1985, 2757 ff. (Kinderbetreuungsschaden bei Krankenhausaufenthalt des Vaters), BGH vom 28.10.1980 (VI ZR 303/79) = VersR 1981, 239 ff. (Babysitterkosten während der Besuche des verletzten Elternteils im Spital), LG Saarbrücken vom 18.12.1987 (14 O 117/87) = NJW 1988, 2958 ff. (Fahrkosten der Eltern bei Besuch des Kindes als ersatzfähige Heilungskosten) und OLG Koblenz vom 23.03.1981 (12 U 880/80) = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf zwei Besuche der Eltern).

<sup>103</sup> Der fragliche Entscheid betraf die Besuche der Mutter eines Verkehrsunfallopfers, das einen offenen Beinbruch erlitten hatte.

<sup>104</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Landolt, H., (Fn. 5), Fn. 1835, und U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. I.K., U TC VS vom 10/27.10.1989 i.S. X. (Aufenthalt der Ehegattin bei einem doppelten Unterschenkelbruch ist nicht erforderlich) und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff. (in welchem die Unterscheidung in medizinisch und nichtmedizinisch indizierte Besuche nicht gemacht wurde). Siehe ferner Huber, C., Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993, 366 ff., der der - zurückhaltenden - Auffassung ist, dass auch geistig-seelische Beistandsleistungen ersatzpflichtig sein können), und zum deutschen Recht Küppersbusch, G., Ersatzansprüche bei Personenschaden. Eine praxisbezogene Anleitung. 7. A., München 2000, N 166 ff.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c. Da auch die Angehörigen Anspruch auf angemessene Besuche haben, spielt es keine Rolle, ob der Geschädigte bei Bewusstsein ist oder nicht. Der BGH vertrat in einem Entscheid von 1991

(vgl. dazu Neumann-Deusberg, H. (Fn. 101), Krankenbesuchskosten als Heilungskosten, in: NZV 1991, 455 ff.) entgegen der Ansicht der Vorinstanz (OLG Saarbrücken = NZV 1989, 26) die Auffassung, dass für die rund dreiwöchigen Besuche der Eltern eines Schwerverletzten (Schädelhirntrauma, Kniescheibenrümmerbruch), der im fraglichen Zeitraum bewusstlos war, keine Ersatzpflicht besteht.

<sup>106</sup> Vgl. KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. E. 7: nur Vater.

<sup>107</sup> Vgl. BGE 118 V 206 E. 5c und zum deutschen Recht den Überblick bei Schleich, H.-W. (Fn. 101), 145 ff., sowie OLG Koblenz vom 23.03.1981 (12 U 880/80) = VersR 1981, 887 (18-jähriger Verletzter mit Trümmerfraktur des linken Unterschenkels hat wöchentlich Anspruch auf zwei Besuche der Eltern).

<sup>108</sup> Vgl. z.B. U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff., Ersatzpflicht nur von Kosten der öffentlichen Verkehrsmittel (Flug-, Automiet- sowie Unterkunfts-kosten bei Spitalpflege im Ausland, nur Ersatz der Kosten für öffentliche Verkehrsmittel bei Spitalpflege am Wohnort des besuchenden Angehörigen).

<sup>109</sup> Unterkunfts-kosten sind insbesondere dann zu vergüten, wenn die Angehörigen in die erforderliche Pflege eingeübt werden müssen (Pflegetraining). Vgl. dazu BGE 108 II 422 und U KGer TI vom 12.02.1982 i.S. X. Die Vorinstanz hat die Besuchskosten der Mutter in Höhe von über Fr. 30 000.- gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR im Umfang von Fr. 20 000.- als ersatzpflichtig erachtet, da die Mutter die Behandlung im Spital mitverfolgen musste, damit sie eine spätere Pflege zu Hause gewährleisten konnte.

<sup>110</sup> Vgl. U BGH vom 22.10.1957 in: VersR 1957, 790 (Spielsachen für Kinder).

<sup>111</sup> Vgl. z.B. U TC VS vom 10/27.10.1989 i.S. X. Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch für die Miete von Videokassetten durch den Verletzten und die Telefonspesen von über Fr. 100.- pro Tag wurde abgewiesen, weil diese weder geschäftsbedingt noch durch einen allfälligen Kontakt mit den Angehörigen verursacht worden sind.

<sup>112</sup> Vgl. infra N 76 ff., BGE 97 II 259 E 3 (Erwerbsersatz für pflegende und besuchende Mutter) und BK-Brehm, N 18 zu Art. 46 OR (für ausserhäusliche Begleitung). Siehe demgegenüber U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. H., E. 7b, S. 32 ff. (Ersatzpflicht für Erwerbsausfall abgelehnt).

<sup>113</sup> Schleich, H.-W. (Fn. 101), 145 ff., 146 ff. bejaht eine umfassende Ersatzpflicht für allfällige Nebenkosten und vertritt die Auffassung, dass bei der Schadenersatzbemessung nicht "engherzig" zu verfahren sei. Einen differenzierteren Standpunkt vertritt Huber, C. (Fn. 104), 289 ff.

<sup>114</sup> Vgl. zuletzt HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K., E. V.2, S. 16 (bestätigt in U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002).

<sup>115</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 i.S. P.St. = Pra 1999, 890.

<sup>116</sup> Vgl. dazu Landolt, H. (Fn. 6), N 41 ff.

<sup>117</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 i.S. P.St. = Pra 1999, 890.

<sup>118</sup> Vgl. HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K.

<sup>119</sup> Vgl. infra Ziff. V. C. 3.b. 2. ii. zur Stellvertretungsproblematik.

<sup>120</sup> Vgl. dazu Landolt, H. (Fn. 2), N 99 ff., und Landolt, H., (Fn. 89), N 157 ff.

<sup>121</sup> Vgl. z.B. BGE 33 II 594 E. 4 (Ersatz des Erwerbsausfalls der Mutter eines 7-jährigen Knaben, der den 3. und 4. Finger der linken Hand verliert und von der Mutter während dreier Monate gepflegt wurde), 97 II 259 E. 3 und U VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Ersatz des durchschnittlichen Jahresgehaltes von Fr. 30 000.- bei einem Selbstständigerwerbenden, der zwecks Pflege seiner Ehefrau die Mechanikerwerkstatt vorzeitig aufgegeben hat).

<sup>122</sup> Vgl. z.B. BGE 99 II 221 E. 2 und 35 II 216 (Kosten einer Pflegerin) sowie U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440) (Kosten einer Krankenpflegerin), U HGer ZH vom 20.10.1986 i.S. S. gegen W. (HG 286/80), E. 5.3, S. 20 f. (unentgeltliche Pflege und Betreuung durch Eltern; Massgeblichkeit der Lohnansätze für Hausangestellte), und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. gegen Luftseilbahnen Bettmeralp AG, S. 20 ff. (Kosten der Hausangestellten).

<sup>123</sup> Vgl. U BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 E. 6b/aa: "Gibt ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit auf, um die geschädigte Person zu pflegen, entspricht der zu ersetzende Schaden in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen. Übersteigt der Verdienstausschlag jedoch wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur diese tieferen Kosten als Schaden geltend machen (Oftinger/Stark, a.a.O., § 6 Rz. 110, Fn. 149; Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, S. 56). Der notwendige Pflegeaufwand ist als Schaden der verletzten Person selbst im Sinne eines *damnum emergens* anzusehen (Geisseler, Der Schaden und seine Berechnung, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1999, S. 123). Die Ersatzpflicht für derartigen unter normativen Gesichtspunkten bestimmten Betreuungsschaden wird in der neueren Lehre nicht in Frage gestellt".

<sup>124</sup> Art. 324a Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie

Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine beschränkte Zeit hat, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Erkrankung bzw. die Pflegebedürftigkeit eines Angehörigen unter einschränkenden Voraussetzungen Anspruch auf eine Lohnfortzahlung gewährt (vgl. dazu den Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen bei Bessenich, B., Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, in: SJZ 1992, 41 ff., 42, und Schürer, H.U., Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis. Band I. Der Arbeitsvertrag, Zürich 1995, N I/8.1). Vorausgesetzt wird, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem pflegebedürftigen Angehörigen beistandsverpflichtet ist und keine Drittbetreuung möglich oder zumutbar ist, vgl. z.B. SJZ 1988, 49 f. (einwöchige Lohnfortzahlungspflicht einer allein erziehenden Mutter eines kranken Kindes), und Bessenich, 44. Unklar ist, ab welchem Schweregrad die Anwesenheit des beistandsverpflichteten Arbeitnehmers erforderlich ist (BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 324a OR verlangt im Gegensatz zu anderen Autoren z.B. eine "schwere" Krankheit; OR-Streiff, N 20 zu Art. 324a/b OR demgegenüber lässt eine Krankheit des Kindes oder des Ehegatten genügen) und ob die Lohnfortzahlungspflicht nur dann besteht, wenn beistandsberechtigte Angehörige (Ehegatte, Kindern, Eltern), nicht aber andere Verwandte (z.B. Geschwister) oder Hausgenossen (z.B. Verlobte; zustimmend U ArGer LU vom 09.10.1981 i.S. X.) der Pflege und Betreuung bedürfen. Das ArGer ZH hat die Lohnfortzahlungspflicht nicht nur gegenüber Kindern ( SJZ 1988, 49 f.) und Eltern ( SJZ 1981, 234 ff. = JAR 1982, 118 ff.; Suche nach Eltern und Geschwistern nach einem Erdbeben), sondern auch im Verhältnis zu Geschwistern bejaht (vgl. JAR 1988, 201 f. (dreitägiger Besuch der Schwester, die einen Selbstmordversuch überlebte), und Brunner, C./Bühler, J.-M., et al., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Basel 1997, N 10 zu Art. 324a, die eine bestehende Hausgemeinschaft voraussetzen). Bessenich, B., 44, ist der Auffassung, dass bei Kindern eine ausserfamiliäre Drittbetreuung zwar zumutbar ist, jedoch die erfahrungsgemäss eingeschränkten Möglichkeiten kurzfristiger Betreuung durch Dritte angemessen zu berücksichtigen sind und zudem dem pflegebedürftigen Kind eine ungewohnte Betreuung "nur selten" zugemutet werden dürfe. Der Vater eines schwerkranken Kindes mit langen Spitalaufenthalten hat für regelmässige Besuche auch dann einen beschränkten Lohnfortzahlungsanspruch, wenn Pflege und Betreuung des Kindes an sich sichergestellt sind (vgl. JAR 1994, 147; siehe ferner BGE 118 V 211 f. E. 5b und c = EuGRZ 1993, 83). Vgl. ferner ZR 1990, 51 f., wonach es sich bei der Pflegebedürftigkeit Angehöriger um eine rechtsbegründende Tatsache handelt, für die der Arbeitnehmer beweispflichtig ist; der Arbeitnehmer ist demgegenüber zum Beweis verpflichtet, dass eine Drittbetreuung möglich und zumutbar ist (vgl. E. 2).

<sup>125</sup> Vgl. BGE 126 III 521 E. 2b analog (dieser Entscheid betraf den Fall, in dem der Geschädigte gleichzeitig der Arbeitnehmer ist).

<sup>126</sup> Sofern eine Ersatzpflicht für den Erwerbsausfall verneint wird, ist der Umstand der "verdorbenen Freizeit" im Rahmen der Angehörigenenguttuung zu berücksichtigen.

<sup>127</sup> U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. = plädoyer 2001/6, 66 ff. Das HGer ZH hat in diesem Entscheid, der ein schweres Schädelhirntrauma betraf, eine "Mischrechnung" vorgenommen. Der für Pflege- und Betreuungsleistungen anrechenbare Monatslohn wurde im Hinblick auf die für Krankenpflegepersonal massgeblichen Vergleichslöhne am Wohnsitz (Fr. 4072.- bis Fr. 6200.-), basierend auf einem leicht erhöhten Einstiegslohn, mit Fr. 4500.- (brutto, ohne 13. Monatslohn) für 42,5 Arbeitsstunden pro Woche angenommen. Bei der Präsenzzeit vertrat das Gericht die Auffassung, dass ein Stundenansatz, der für hauswirtschaftliche Angestellte bezahlt werden müsste, massgeblich sei, und bezifferte diesen - unter Hinweis auf Widmer, et. al. - mit Fr. 21.35 (brutto) (vgl. HGer ZH a.a.O. E. V, S. 20 ff.).

<sup>128</sup> Das Bundesgericht hält in Haushaltschadenfällen im Zusammenhang mit Leistungen von Angehörigen Fr. 30.- pro Stunde für gerechtfertigt (vgl. dazu BGer 4C.495/1997 vom 09.09.1998 = plädoyer 1999/4, 65 ff.).

<sup>129</sup> Gemäss Bundesamt für Sozialversicherung, (2000) Spitex-Statistik 1998, Bern, (Tabelle 11.7.1) betragen die Gesamtkosten für Spitexleistungen z.B. im Jahr 1998 Fr. 72.- pro Stunde und die Personalkosten Fr. 61.- pro Stunde. Siehe betreffend Stundenansätze des Pflegepersonals infra FN 118 und 120.

<sup>130</sup> Siehe dazu z.B. den Vertrag zwischen Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und Schweizer Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger betreffend Leistungen und Tarife in der spitalexternen Kranken- und Gesundheitspflege ambulant und zu Hause im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 23.05.1997.

<sup>131</sup> Zuletzt BGer 4C.276/2001/rnd vom 26.03.2002 i.S. I.K. E. 6c: "Die Berechnung des Pflege- und Betreuungsschadens durch die Vorinstanz hält daher in allen Teilen vor Bundesrecht stand, namentlich auch mit Bezug auf die von der Beklagten beanstandete Berücksichtigung von Sozialabgaben (Brutto-brutto-Prinzip), von Ferien und eines dreizehnten Monatslohns, zumal die Beklagte zu Recht nicht einwendet, die Klägerin hätte die entsprechenden Kosten bei entgeltlicher Anstellung einer Pflegeperson nicht aufzubringen."

<sup>132</sup> Die Ansätze per 1.1.2002 finden sich unter <http://www.sbk-zh.ch> (go: News-Zürich-Lohnnachzahlungen).

<sup>133</sup> Vgl. dazu ferner die Besoldungsempfehlungen 2001 des Spitex-Verbandes des Kt. ZH. Haushelferinnen sollen neu der Besoldungsklasse 9-11 (vorher 7-9), Hauspflegerinnen der Besoldungsklasse 12-13 (vorher 10-11), Leiterinnen HP/HH der Besoldungsklasse 13-17 (vorher 12-15), Krankenpflegerinnen FASRK der Besoldungsklasse 12-13 (vorher 10-11), Krankenschwestern DN I der Besoldungsklasse 13 (vorher 11), Krankenschwestern DN II der Besoldungsklasse 14-16 (vorher 12-14) und Spitex-Betriebsleiterinnen der

Besoldungsklasse 16-19 (vorher 13-18) zugeordnet werden. Innerhalb jeder Besoldungsklasse werden 2 Anlauf-, 8 Erfahrungs- und 6 Leistungsstufen unterschieden. Der Bruttojahreslohn 2001 (inkl. 13ter Monatslohn) beträgt in der Besoldungsklasse 13 zwischen Fr. 59 085.- und Fr. 91 169.-, in der Besoldungsklasse 14 zwischen Fr. 62 414.- und Fr. 96 396.- und in der Besoldungsklasse 15 zwischen Fr. 66 102.- und Fr. 102 183.-. Umgerechnet auf einen Stundenlohn (Annahme: 42 Arbeitsstunden pro Woche) ergibt sich Bruttostundenlohn bei der Besoldungsklasse 13 von Fr. 27.05 bis Fr. 41.75, bei der Besoldungsklasse 14 von Fr. 28.60 bis Fr. 44.10 und bei der Besoldungsklasse 15 von Fr. 30.25 bis Fr. 46.80, d.h. im Durchschnitt Fr. 36.90.

<sup>134</sup> Vgl. BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 = Pra 1999, 890, E. 2c: "Die freie Wahl ihres Wohnsitzes und insbesondere die Beibehaltung ihres bisherigen Wohnsitzes darf einer geschädigten Person nicht verwehrt werden." - Dieser Fall betraf einen Geschädigten, der von der Schweiz nach Norditalien zog). Unklar ist, ob auch im umgekehrten Fall - als Folge eines künftigen Wohnsitzwechsels entstehen höhere Kosten - ein Anspruch auf einen höheren Schaden besteht oder insoweit bloss ein "fiktiver" Schaden vorliegt. - Pribnow, V., Zur Bestimmung des Haushaltsschadens, in: plädoyer 1996/4, 29 ff., 31, und U KGer ZG vom 05.09.1997 i.S. W.B. gegen Winterthur-Versicherungen, E. 4.5, S. 44 f., berücksichtigen im Hinblick auf einen künftigen Wohnsitzwechsel einen durchschnittlichen Stundenansatz, der nicht demjenigen am Wohnsitz entspricht. A.A. ist Geisseler, R., Der Haushaltsschaden, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 (Ed. Koller, A.), St. Gallen, 59 ff., 81 m.w.H.

<sup>135</sup> Der Bruttomonatslohn einer diplomierten Pflegeperson betrug im Jahr 1995 im gesamtschweizerischen Durchschnitt zwischen Fr. 4100.- und Fr. 6320.-, was einem Bruttostundenlohn von Fr. 24.40 bzw. Fr. 37.60 entspricht (vgl. Weyermann, U./Brechtbühler, M., Pflege, in: Gesundheitswesen Schweiz 2001/2002. Ein aktueller Überblick (Eds. Kocher, G., und Oggier, W.), Solothurn 2001, 164 ff., 168, mit dem Hinweis, dass die Löhne seither nicht voll der Teuerung angepasst worden sind.) Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde im Zusammenhang mit der Berechnung des volkswirtschaftlichen Gesamtwertes unentgeltlicher Pflegeleistungen ein Pflegestundenansatz von Fr. 32.20 herangezogen. Dieser Stundenansatz entspricht der Äquivalenzgruppe "Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern". Der Stundenansatz der Äquivalenzgruppe "Hausarbeiten" liegt je nach Tätigkeitsbereich zwischen Fr. 22.50 (Haustierversorgung, Pflanzenpflege, Gartenarbeiten) und Fr. 37.10 (administrative Arbeiten). Der Durchschnittsansatz der acht Tätigkeitsbereiche beträgt rund Fr. 27.-. Vgl. Bundesamt für Statistik (BFS), Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg, 1999, 48 f.

<sup>136</sup> Bei pflegebedürftigen Geschädigten kann in der Regel von der "Sesshaftigkeit" ausgegangen werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Geschädigte eine Eigentumswohnung oder ein Einfamilienhaus erworben oder seine Mietwohnung behinderungsgerecht angepasst hat, womit eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Sesshaftigkeit begründet wird. Bei Mietern oder jungen Geschädigten demgegenüber, die noch bei ihren Eltern wohnen, ist in jedem Fall, auch wenn die Eltern die Wohnung unter Umständen sogar umgebaut haben, ein Mittelwert anzuwenden.

<sup>137</sup> Vgl. dazu BGE 126 II 217 (Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege und Berufsschullehrer mit Meistersausbildung) und die Urteile VerwGer ZH vom 22.01.2001 (VK.1996.00011 (Gleichstellungsklage der Krankenpflegenden), VK.1996.00013 (Gleichstellungsklage der Berufsschullehrkräfte) VK.1996.00015 (Gleichstellungsklage der Physiotherapierenden) und VK.1996.00017 (Gleichstellungsklage der Ergotherapierenden)), mit welchen das Gericht die Einstufungen der traditionellen Frauenberufe der Krankenschwester sowie Ergo- und Physiotherapeutin beanstandete. Die Ausbildung und Erfahrung dieser Berufsgruppen sei im Vergleich zum Polizeiberuf nicht angemessen gewichtet worden. Die Urteile des Verwaltungsgerichts haben zur Folge, dass die Mehrheit der Krankenschwestern sowie der Ergo- und Physiotherapeutinnen von der Lohnklasse 12 in Klasse 14 aufsteigt (beantragt war eine Einstufung in Lohnklasse 15). Die Lehrerinnen für Spitalberufe steigen von der Lohnklasse 17 in Klasse 18 auf (beantragt war eine Einstufung in Lohnklasse 21). Die Einteilung der Krankenschwestern in Klasse 14 entspricht dabei der Erhöhung, die der Regierungsrat Zürich mit Wirkung ab 01.07.2001 beschlossen hat. Die Urteile des Verwaltungsgerichts werden mit rückwirkenden Lohnnachzahlungen von 200 bis 300 Mio. verbunden sein (vgl. NZZ vom 02.03.2001, Nr. 51, S. 45). Siehe dazu auch BGER 2P.343/1996 vom 18.12.1998 i.S. Sektion Bern des Schweizerischen Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger = plädoyer 1999/2, 66 (Rückstufung des diplomierten Krankenpflegepersonals um zwei Gehaltsstufen verletzt das Diskriminierungsverbot nicht), U VerwGer ZH vom 10.07.1996 (Lohngleichheit für Hauswirtschaftslehrerinnen), in: plädoyer 1996/6, 58 ff., U VerwGer ZH vom 11.4.2001 (PB.2000.00026) (Gleichstellung von Lehrkräften für Schwerbehinderten) und ferner U AppellationsGer BS vom 24.10.2001 i.S. X. (Einreihung des diplomierten Krankenpflegepersonals in das neue Lohngesetz).

<sup>141</sup> Der NAV für das Pflegepersonal vom 23.12.1971 ( SR 221.215.328.4) sieht keinen 13. Monatslohnanspruch vor, verweist aber auf die Besoldungspraxis der öffentlichen Spitäler.

<sup>142</sup> Vgl. Art. 322d OR.

<sup>143</sup> So auch das U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440).

<sup>144</sup> In Landolt, H. (Fn 6), N 83, 87 und 99, und Landolt, H. (Fn. 5), N 922, 925 und 935, wird der prozentuale Zuschlag mit 37,8% bzw. 35-40% angegeben. Bei dieser Prozentzahl handelt es sich um ein Beispiel, das von der Annahme ausgeht, dass wohl nur in Ausnahmefällen der maximale Zuschlag von 61% ausgewiesen ist.

<sup>145</sup> In der Praxis werden - ohne nähere Begründung - tiefere Stellvertretungskosten berücksichtigt. Vgl. z.B. BGE 108 II 422 und U KGer TI vom 12.02.1982, wo unter dem Titel "Pflegekosten" pro Monat pauschal Fr. 2000.- (Lohn der angestellten Krankenschwester Fr. 1690.- pro Monat inkl. Kost und Logis zuzüglich Zuschlag für die Lohnkosten von Stellvertreterinnen während der freien Tage und der Ferien zugesprochen wurden). Siehe auch U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I.K. (E01/0/HG950440), wo Fremdbetreuungskosten für die am Sonntag stattfindende Entlastung der Mutter entschädigt, aber keine weiteren Zuschläge für Ferien, Freizeit, Krankheit oder Unfall gewährt wurden).

<sup>146</sup> Siehe dazu infra Ziff. V. C. 4. zu den verschiedenen Berechnungsmodellen.

<sup>147</sup> Siehe dazu infra Ziff. V. C. 4. b.

<sup>148</sup> Basis der Berechnung: 240 Arbeitstage.

<sup>149</sup> Vgl. Art. 321c Abs. 3 OR.

<sup>150</sup> Vgl. dazu supra Ziff. V. C. 3. b. (2). (a).

<sup>151</sup> Die nachfolgenden Ausführungen weichen von den Berechnungsbeispielen in Landolt, H. (Fn. 6), N 97 ff., und Landolt, H. (Fn. 5), N 934 ff. ab. Der Verfasser dankt an dieser Stelle für die zahlreichen Bemerkungen und kritischen Anregungen, die ihm aufmerksame Leser und Zuhörer an Vorträgen zukommen liessen und die letztlich Ursache für die nachfolgenden, hoffentlich verständlicheren Beispiele sind.

<sup>152</sup> Der Nettolohn wird annäherungsweise mit 80% des Bruttolohnes angenommen.

<sup>153</sup> Diese Beispiel wird nachfolgend bei allen Berechnungen verwendet.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 125 III 312 .

<sup>155</sup> Vgl. z.B. Gressly, W., Schadenersatz in Form einer indexierten Rente? in: Collezione Assista, Genf 1998, 242 ff., 246.

<sup>156</sup> Vgl. z.B. Chappuis G., Les tables de capitalisation, in: Tagungsband, Strassenverkehrsrechtstagung, Freiburg 1998, 4 f., und Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 3.63 (betreffend Hauspflegeschieden).

<sup>157</sup> Gemäss konstanter Rechtsprechung wird bei der Kapitalisierung ein Zinssatz von 3,5% angewendet, (vgl. statt vieler BGE 125 III 312 E. 7). Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid ausführlich mit der Kritik der Lehre auseinander gesetzt und festgehalten, dass der Kapitalisierungszinssatz von 3,5% im Bereich des Erwerbsausfalles nicht geändert werde. Die bisherige, langjährige Rechtsprechung sei nur zu ändern, wenn hinreichend sichere Anzeichen dafür bestehen, dass ein Realertrag von 3,5% auf Kapitalabfindungen in absehbarer Zukunft nicht realisierbar ist, und sich mit hinreichender Gewissheit sagen liesse, dass der seit 1946 geltende Kapitalisierungszinssatz mit dem Grundsatz des vollen Schadensausgleichs nicht zu vereinbaren ist.

<sup>158</sup> Der bis zum Tod anfallende pflegebedingte Haushaltsmehraufwand ist vom Haushaltungsschaden zu unterscheiden, der praxismässig anhand des arithmetischen Mittels der Aktivitäts- und Mortalitätsfaktoren kapitalisiert wird (vgl. BGE 113 II 351 E. 2b). Dagegen wendet ein Teil der Lehre zutreffend ein, dass mit dem Ende der Aktivität auch von einer Haushaltsarbeitsunfähigkeit auszugehen sei (vgl. Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 2.227 ff., und Weber, S./Schaetzle, M., Die Barwerttafeln in: Tagungsband, Strassenverkehrsrechtstagung Freiburg 1998, Freiburg i.U., 1 ff., 43 ff.).

<sup>159</sup> Vgl. Barwerttafel 1 sowie Beispiel 9a von Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53). Vgl. ferner Schaetzle, M., Der Schaden und seine Berechnung in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. Münch, P. und Geiser, T.), Basel/Genf/München 1999, 401 ff., 430 f.

<sup>160</sup> Vgl. Barwerttafel 8 und 9 sowie Beispiel 10 von Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53).

<sup>161</sup> Vgl. Barwerttafel 10 und 10a.

<sup>162</sup> Vgl. Barwerttafel 4x und 4y (aufgeschobene Leibrente) sowie 14x und 14y (aufgeschobene Aktivitätsrente).

<sup>163</sup> Vgl. Barwerttafel 2x und 2y (temporäre Leibrente) sowie 12x und 12y (temporäre Aktivitätsrente).

<sup>164</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 2 OR.

<sup>165</sup> Vgl. BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001/rnd), E. 8: "Schliesslich beantragt die Beklagte, die Anpassung der Pflege- und Betreuungsschadenrente habe nicht nach dem Nominallohnindex, sondern nach dem Landesindex der Konsumentenpreise zu erfolgen entsprechend den Bestimmungen des UVG/ UVV sowie der jeweils gültigen bundesrätlichen Verordnung über die Teuerungszulagen an Rentner der obligatorischen Unfallversicherung. Sie legt dabei dar, welche Vorteile eine solche Indexierung für die Haftpflichtversicherer hat. Sie lässt indessen ausser Acht, dass es bei der Pflege- und Betreuungsrente darum geht, sicherzustellen, dass sich die geschädigte Person auch in Zukunft eine ganz bestimmte, gegen Lohnzahlung erhältliche Arbeitsleistung, auf die sie wegen ihrer Schädigung angewiesen ist, zu beschaffen in der Lage ist. Demgegenüber dient eine UVG-Rente dem Zweck, den allgemeinen Unterhalt abzusichern. Schon daraus erhellt, dass es wenig Sinn macht, eine Rente, die spezifische, dem Geschädigten regelmässig anfallende



Lohnkosten ersetzen soll, an einen allgemeinen Kostenindex zu binden, wenn ein spezieller Lohnindex zur Verfügung steht. Dass dies schlecht praktikabel sein soll, wie die Beklagte vorbringt (ebenso Karlen, a.a.O., S. 49), ist umso weniger nachvollziehbar, als die entsprechenden Daten ebenso wie jene über den Hausarbeitslohn, welche die Beklagte als Berechnungsbasis nicht ablehnt, vom Bundesamt für Statistik erhoben werden und allgemein zugänglich sind. Die Bindung des Pflegeschadens an den Nominallohnindex, wie sie in der Lehre gefordert wird (Geisseler, a.a.O., S. 130 mit Hinweisen; Ileri, Schadenersatz in Rentenform, HAVE 1/2002, S. 47; Pribnow/Widmer/Sousa-Poza/Geiser, Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE, HAVE 1/2002, S. 36), erfüllt zudem das Erfordernis möglichst konkreter Schadensermittlung und kann sich durchaus auch zu Gunsten des Schädigers auswirken; dann nämlich, wenn die allgemeine Lohnsteigerung nicht mit der Preissteigerung Schritt hält."

<sup>166</sup> Es existiert kein eigentlicher Gesundheitskostenindex. Das Bundesamt für Statistik und das Bundesamt für Sozialversicherung publizieren unterschiedliche Kostenvergleiche, die ebenso unterschiedliche Teuerungsraten ergeben. Eine Indexierung nach Massgabe eines Gesundheitskostenindex ist deshalb nicht möglich. Denkbar ist, dass auf die Kostenveränderung von bestimmten Gesundheitskosten abgestellt wird. In Frage kommen z.B. die Kostenzunahme der Pflegeheim- bzw. Spitexkosten gemäss KVG (siehe supra Ziff. I. A.), die Entwicklung der Spitexstundenansätze (vgl. dazu die Spitex-Statistiken des BSV) oder der sozialversicherungsrechtliche Mischindex.

<sup>167</sup> Zum Problem der Revision von Pflegesozialleistungen siehe supra Ziff. V. A. 3.

<sup>168</sup> Vgl. dazu auch Pribnow, V., Einzelfragen zur Anwendung der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle in: *Collezione Assista*, Genf 1998, 500 ff., 503, und Schaetzle, M./Weber, S. (Fn. 53), N 3.64 f.

<sup>169</sup> Gl. M. Karlen, U., Entschädigung in Rentenform - Empfehlungen der Schadenleiterkommission des SVV in: *Personen-Schaden-Forum 2002. Tagungsbeiträge* (Ed. HAVE), Zürich 2002, 49 ff., 50.

<sup>170</sup> Vgl. dazu z.B. Hasenböhler, F., "Schlichten statt richten" - Gedanken zu neuen Formen der Streiterledigung im Haftpflichtrecht in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz* (Eds. Metzler, M. und Fuhrer, S.), Basel 2000, 135 ff.

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**