

§ 10 Pflege- und Betreuungsschaden

Hardy Landolt*

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

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

Literaturauswahl

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

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

I. Einleitung

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

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

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

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

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

10.5

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

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

II. Ersatzfähigkeit und Aktivlegitimation

1. Ersatzfähigkeit

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

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

2. Aktivlegitimation

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

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

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

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

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

3 Statt vieler BGE 112 II 220 ff.

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

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

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

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

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

III. Ersatzpflichtiger Betreuungs- und Pflegeaufwand

1. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

13 Vgl. BGE 35 II 405 ff.

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

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

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

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

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

2. Betreuungsaufwand

a) Allgemeines

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

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

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

16 Vgl. BGE 108 II 422.

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

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

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

20 Vgl. dazu unten Rz 10.25.

21 Vgl. BGE 108 II 422.

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

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

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

b) *Betreuung in schulischen Belangen*

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

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

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

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

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

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

28 Vgl. Art. 62 Abs. 3 BV.

29 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

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

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

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

c) *Betreuung am Arbeitsplatz*

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

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

d) *Spital- und Heimbesuche*

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

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

33 Vgl. Ziff. 13 Anhang HVI.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Weges vom und ins Spital und die Besuchszeit, berechnet zum Haushaltstundenansatz von CHF 25 bejahte⁴⁸. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls eine Ersatzpflicht für eine «konkrete, durch die Besuche verursachte Beeinträchtigung in der Haushaltsführung»⁴⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

63 Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

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

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

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

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

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

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