

PFLEGESCHADENSEMINAR

vom 4. September 2002 im Volkshaus Zürich

mit

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

Inhaltsverzeichnis

§ 1: TATSÄCHLICHE UND BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN	1
I. TATSÄCHLICHE GRUNDLAGEN	1
II. BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN	2
A. <i>Pflegescha</i> denrecht <i>i.w.S.</i>	2
B. <i>Pflegescha</i> den	2
§ 2: ERSCHEINUNGSFORMEN DES PFLEGESCHADENS	3
I. PFLEGESCHADEN ALS DIENSTLEISTUNGSSCHADEN	3
A. <i>Spitalpflegescha</i> den	3
B. <i>Heimpflegescha</i> den	3
C. <i>Hauspflegescha</i> den.....	3
II. PFLEGESCHADEN ALS SACHLEISTUNGSSCHADEN.....	3
A. <i>Hilfsmittel, die Dienstleistungen Dritter substituieren</i>	3
B. <i>Hilfsmittel, die zusätzlich zu Dienstleistungen Dritter erforderlich sind</i>	3
§ 3: HAFTPFLICHTRECHTLICHE PROBLEMATIK DES PFLEGESCHADENS	4
I. WIDERRECHTLICHKEIT	4
II. SCHADEN.....	4
III. KAUSALZUSAMMENHANG.....	5
IV. VERSCHULDEN	5
§ 4: ERSATZFÄHIGKEIT DES PFLEGESCHADENS, INSBESONDERE DES ANGEHÖRIGENPFLEGESCHADENS	6
I. ERSATZFÄHIGKEIT	6
A. <i>Allgemeines</i>	6
B. <i>Angehörigenpflegescha</i> den	7
II. SCHADENERSATZBERECHTIGUNG	8
§ 5: BEMESSUNG DES PFLEGESCHADENS	11
I. ALLGEMEINE BEMESSUNGSGRUNDSÄTZE.....	11
A. <i>Keine Ersatzpflicht für ohnehin erbrachte Pflege- und Betreuungsdienstleistungen</i>	11
B. <i>Keine Ersatzpflicht für “fiktive Pflegekosten”, nur Ersatzpflicht von konkret nachgewiesenen notwendigen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen</i>	11
C. <i>Schadenminderungsgrundsatz</i>	11
1. <i>Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person</i>	11
2. <i>Schadenminderungspflicht der Angehörigen</i>	12

<i>D. Vorteilsausgleichungsgrundsatz</i>	13
<i>E. Ersatz für Direktschaden</i>	13
II. BEMESSUNG DES SPITALPFLEGESCHADENS	14
III. BEMESSUNG DES HEIMPFLEGESCHADENS	15
IV. BEMESSUNG DES HAUSPFLEGESCHADENS	16
<i>A. Bemessung des Spitexpflegeschadens</i>	16
<i>B. Bemessung des Angehörigenpflegeschadens</i>	16
1. Allgemeines.....	16
2. Zeitlicher Bezugsrahmen.....	16
i. Aktueller Zeitaufwand	16
ii. Zukünftiger Zeitaufwand	17
iii. Zur Bedeutung eines Pflegeaufwandgutachtens	17
3. Monetärer Bezugsrahmen	18
i. Bemessungsgrundlage	18
ii. Anwendbarer Stundenansatz	18
a. Allgemeines	18
b. Brutto-Bruttolohnprinzip	19
1) Nettolohn.....	20
2) Zuschläge	21
i) Sozialversicherungsbeiträge	21
ii) 13. Monatslohn.....	21
iii) Stellvertretungskosten.....	22
iv) Nacht- und Sonntagsarbeit	23
v) Realloohnerhöhung	23
3) Ergebnis und Berechnungsbeispiele.....	23
i) Allgemeines	23
ii) Brutto-Bruttostundenansatz	24
iii) Berechnung Angehörigenpflegeschaden (Monatslohnbasis).....	24
iv) Berechnung Angehörigenpflegeschaden (Stundenlohnbasis)	25
§ 6: ABGELTUNG DES PFLEGESCHADENS.....	27
I. ALLGEMEINES	27
II. PFLEGESCHADENKAPITAL	27
III. PFLEGESCHADENRENTE	27
IV. FORTLAUFENDE PFLEGESCHADENLIQUIDATION	28
§ 7: ANHANG: MATERIALIEN UND LITERATUR SOWIE ÜBERBLICK ÜBER PFLEGESCHADENURTEILE	29
I. MATERIALIEN UND LITERATUR	29
II. ÜBERBLICK ÜBER PFLEGESCHADENURTEILE	31

§ 1: TATSÄCHLICHE UND BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN

I. Tatsächliche Grundlagen

Begriff Pflegebedürftigkeit: Pflegebedürftigkeit bedeutet den teilweisen oder vollständigen Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit, d.h. der Fähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen selbstständig auszuführen, und umfasst primär die Grundpflege und – bei Vorliegen eines behandlungsbedürftigen Zustandes – ferner die Behandlungspflege.

Ursachen der Pflegebedürftigkeit: Alter, Krankheit und Unfall – Pflegebedürftigkeit als Sonderisiko (tritt relativ selten ein, ab Alter 75 jedoch stark ansteigend; weitreichende Konsequenzen). Der Bevölkerungsanteil der bis 65-Jährigen in der Schweiz wird sich bis 2040 leicht verringern, während sich derjenige der über 65-Jährigen bis zum Jahr 2040 von 1 Mio. auf 1,5 Mio. vergrössern wird. Der Anteil der über 80-Jährigen wird sich verdoppeln und derjenige der über 95-Jährigen verdreifachen. Bei den 65-Jährigen ist der Anteil der Pflegebedürftigen zwischen 1 und 2%, während er bei den über 90-Jährigen bei 30% liegt (vgl. BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG [BSV], [1991] *Spitex aus der Sicht der Sozialversicherung. Bericht der amtsinternen Arbeitsgruppe Spitex*, Bern).

Kosten der Pflegebedürftigkeit: Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit (basierend auf Spezialistenansätzen; für die Pflege wurde ein Ansatz von Fr. 32.20 verwendet) 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, [1999] *Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung*, Neuenburg, 48 ff.).

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

	Pflegeheim		Spitex		Pflege insgesamt	
	absolut	relativ zu Vorjahr	absolut	relativ zu Vorjahr	absolut	relativ zu Vorjahr
1996	660		133		793	
1997	784	18.8%	163	22.6%	947	19.4%
1998	1'019	30.0%	200	22.7%	1'219	28.7%
1999	1'127	10.6%	223	11.5%	1'350	10.7%
2000	1'197	6.2%	250	12.1%	1'447	7.2%
2001	1'275	6.5%	278	11.2%	1'553	7.3%

Tabelle 1: Auszug aus Versichertenstatistik santésuisse

II. Begriffliche Grundlagen

A. Pflegeschadenrecht i.w.S.

Pflegeschadenrecht i.e.S. = Haftungsnormen betreffend den Ersatz des Pflegeschadens

Pflegehaftpflichtrecht = Haftungsnormen betreffend die Haftung der Pflegepersonen

B. Pflegeschaden

Begriff: Der Pflegeschaden umfasst den Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Pflegebedürftigkeit eintreten.

Rechtsnatur: *damnum emergens* (nur Kostenersatz) – *Vermögensschaden* (entgeltlich in Anspruch genommene Dienstleistungen und Hilfsmittel) oder *normativer Schaden* (entgeltlich in Anspruch genommene Dienstleistungen und Hilfsmittel).

§ 2: ERSCHEINUNGSFORMEN DES PFLEGESCHADENS

I. Pflegeschaden als Dienstleistungsschaden

A. Spitalpflegeschaden

= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Spitalpflegebedürftigkeit eintreten.

B. Heimpflegeschaden

= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Heimpflegebedürftigkeit eintreten.

C. Hauspflegeschaden

= Geldwert unfreiwillig erlittener Nachteile, die als Folge einer Hauspflegebedürftigkeit eintreten.

Zwei Erscheinungsformen: *Angehörigenpflegeschaden* (normativer Schaden) und *Spitexpflegeschaden* (Vermögensschaden)

II. Pflegeschaden als Sachleistungsschaden

A. Hilfsmittel, die Dienstleistungen Dritter substituieren

B. Hilfsmittel, die zusätzlich zu Dienstleistungen Dritter erforderlich sind

§ 3: HAFTPFLICHTRECHTLICHE PROBLEMATIK DES PFLEGESCHADENS

I. Widerrechtlichkeit

OR 46 ist auf eine “Körperverletzung” anwendbar. Der Pflegeschaden setzt eine Pflegebedürftigkeit und damit eine Beeinträchtigung der Gesundheit (= absolut geschütztes Rechtsgut) voraus. Pflegebedürftigkeit stellt eine Körperverletzung dar.

Problem: pränatal verursachte Pflegebedürftigkeit (aktive Widerrechtlichkeit: vorgeburtliches Leben als absolut geschütztes Rechtsgut? – passive Widerrechtlichkeit: Vorhandensein von Schutznormen, die zur Verhinderung vorgeburtlicher Schäden verpflichten?)

II. Schaden

OR 41 ff. basieren auf der *Vermögensschadentheorie*. Schaden = Erwerbsausfall oder Vermögensminderung. Eine Pflegebedürftigkeit führt in der Regel zu unfreiwilligen Kosten (Vermögensminderung bzw. *damnum emergens*).

Probleme:

- unentgeltlich erbrachte Pflegedienst- und Pflegesachleistungen (Schadensbegriff – normativer Schaden)
- von Angehörigen erbrachte Pflegedienstleistungen (Schadenminderungspflicht sowie Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbot)

III. Kausalzusammenhang

OR 41 ff. setzen einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang voraus. Tritt eine Pflegebedürftigkeit als Folge eines widerrechtlich zugefügten Gesundheitsschadens ein, ist der rechtserhebliche Kausalzusammenhang gegeben.

Pobleme:

- vorbestehende Pflegebedürftigkeit (konstitutionelle Prädisposition)
- später eintretende Pflegebedürftigkeit (Adäquanz von sog. "Ohnehin-Schäden" bzw. Problematik der "überholenden Kausalität")
- verkürzte Lebenserwartung als Folge des Gesundheitsschadens bzw. der Pflegebeürftigkeit (keine Kürzung, wenn die verkürzte Lebenserwartung eine Folge der Pflegebedürftigkeit ist; eine vorbestehende verkürzte Lebenserwartung ist als konstitutionelle Prädisposition zu behandeln).

IV. Verschulden

OR 41 ff. setzen Verschulden voraus.

§ 4: ERSATZFÄHIGKEIT DES PFLEGESCHADENS, INSBESONDERE DES ANGEHÖRIGENPFLEGESCHADENS

I. Ersatzfähigkeit

A. Allgemeines

Bundesgericht und kantonale Gerichte bejahen Ersatzfähigkeit des Pflegeschadens, auch des Angehörigenpflegeschadens (siehe zuletzt z.B. U BGer vom 26.03.2002 [4C.276/2001/rnd] = Bestätigung von U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K.).

Die Schadenersatzpflicht besteht z.B. bei

- *Querschnittlähmung* (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. Alpina Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O. H. und P. H., S. 20 ff.),
- *Hirnschädigung* (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.),
- *Gliedmassenverlust* (vgl. BGE 33 II 594 ff. und 40 II 68 ff.),
- *Blindheit* (vgl. BGE 35 II 405 ff.),
- *einem offenen Beinbruch* (vgl. BGE 97 II 259 E. 3),
- *bloss vorübergehender Hilfs- und Betreuungsbedürftigkeit* (vgl. BGE 97 II 259 [42-tägige Hauspflege] und BGE 33 II 594 ff. [drei Monate]).

und bezieht sich auf folgende Dienstleistungen:

- *der Heilung dienliche Pflege- und Betreuungsleistungen*: z.B. Krankenbesuche (vgl. BGE 97 II 266 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]),
- *notwendige Pflege- und Betreuungsleistungen*: z.B. „Pflegetraining“ im Hinblick auf künftige Hauspflege durch Angehörige (vgl. BGE 108 II 422 ff.) und ausserhäusliche Begleitung und Betreuung (vgl. BGE 35 II 405 ff. und U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff. Siehe dazu auch U OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, 2 ff.)
- *pflegebedingt erforderliche Haushaltleistungen Dritter* (vgl. U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen, E. 7.1, S. 43 ff., und U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O. H. und P. H., S. 20 ff.), und
- *Präsenzzeiten* (vgl. U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K.)

B. Angehörigenpflegeschieden

Unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen von Angehörigen sind ebenfalls ersatzfähig, vgl. z.B.

- 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 infra ad HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K.
- VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S. (Pflege und Betreuung durch Ehemann),
- BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen (Pflege und Betreuung durch Ehemann),
- Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B. K. (Pflege und Betreuung durch Angehörige und Dritte)
- HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K. = plädoyer 2001/6, 66 ff. (Pflege und Betreuung einer 21-Jährigen durch Mutter)

Schadenersatzpflicht für Pflegeleistungen von Angehörigen besteht auch bei einem *Spital- und Heimaufenthalt* (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.).

II. Schadenersatzberechtigung

Schadenersatzberechtigt für

- Pflege- und Betreuungsleistungen ist die *geschädigte Person* (vgl. z.B. BGE 28 II 200, 35 II 216 und 40 II 68),
- Krankenbesuche ist der *besuchende Angehörige* (vgl. BGE 57 II 94 und 69 II 324) bzw. die *besuchte Person* (vgl. BGE 97 II 259).

In BGE 97 II 259 wurde die *Geschäftsführung ohne Auftrag* herangezogen, um die – vor dem Hintergrund des Reflexschadenersatzverbotes – nicht bestehende Ersatzfähigkeit für Besuchskosten zu begründen.

Unklar, auf welcher Haftungstheorie OR 41 ff. beruhen:

- *Unmittelbarkeitstheorie*: OR 41 ff. sind nur auf unmittelbar durch das haftungsbegründende Ereignis pflegebedürftig gewordene Personen anwendbar. Schäden Dritter, insbesondere von Angehörigen, sind nicht ersatzfähig (Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbot) bzw. nur dann ersatzfähig, wenn eine Ausnahmehaftungsnorm besteht. Als solche werden OR 45 III und 47 verstanden.

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

1. *Angehörigenreflexgenugtuung* (vgl. BGE 112 II 118 und nachfolgende; direkter Anspruch des Angehörigen gestützt auf OR 49),
 2. *Drittschadensliquidation von Besuchskosten* (vgl. BGE 97 II 259; Anwendbarkeit der GoA) und
 3. *Ersatzfähigkeit unentgeltlicher Dienstleistungen von Angehörigen* (vgl. U BGer vom 26.03.2002 i.S. I. K. [4C.276/2001/rnd]; direkter Anspruch des Geschädigten auf OR 46).
- *Einheitstheorie*: Die Einheitstheorie versteht die Familie als ökonomische und rechtliche Einheit. OR 41 ff. sind deshalb grundsätzlich auf alle innerfamiliär zugefügten Schäden anwendbar, unabhängig, ob der Geschädigte durch das haftungsbegründende Ereignis unmittelbar oder mittelbar betroffen ist. Kollidierende Haftungsinteressen sind nach Massgabe des überwiegenden Restitutionsinteresses zu lösen.

OR 45 III und 47 stellen keine Ausnahmehaftungsnormen dar, sondern limitieren bzw. konkretisieren eine an sich vorbestehende Haftung für Angehörigenschäden beim – ohnehin eintretenden (s.c. überholende Kausalität) – Tod.

Konsequenzen der Einheitstheorie:

1. Strikte Begrenzung des Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbotes auf ausserfamiliäre Drittschäden.
2. Nichtanwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im innerfamiliären Verhältnis zwischen dem unmittelbar Geschädigten und Angehörigen, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses nützliche oder notwendige Dienstleistungen erbringen.
3. Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens bei Körperverletzung (Haftung für Versorger-schaden und Mehrkosten)

§ 5: BEMESSUNG DES PFLEGESCHADENS

I. Allgemeine Bemessungsgrundsätze

A. Keine Ersatzpflicht für ohnehin erbrachte Pflege- und Betreuungsdienstleistungen

Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, die auch ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses erbracht worden wären, s.c. alltägliche Liebesdienste, sind *mangels eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs* nicht ersatzfähig (vgl. BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen).

B. Keine Ersatzpflicht für “fiktive Pflegekosten”, nur Ersatzpflicht von konkret nachgewiesenen notwendigen Pflege- und Betreuungsdienstleistungen

Ersatzfähig sind nur konkret nachgewiesene notwendige Pflege- und Betreuungsdienstleistungen (ZGB 8 und OR 42 I). Nicht in Anspruch genommene Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sind nicht ersatzpflichtig, auch wenn sie normalerweise bei einer Pflegebedürftigkeit erforderlich wären.

C. Schadenminderungsgrundsatz

1. Schadenminderungspflicht der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person

Die geschädigte bzw. pflegebedürftige Person ist schadenminderungspflichtig und muss sich zumutbaren operativen Eingriffen und Therapien unterziehen sowie von sich aus alles Mögliche und Zumutbare unternehmen, um den Pflegedienstleistungs- und Pflegehilfsmittelbedarf möglichst gering zu halten.

Keine Pflicht zur Wahl der billigsten Pflegeform. Anerkannt ist ein *Wahlrecht in Bezug auf die Pflegeform*. Die geschädigte Person kann, muss sich aber nicht durch Angehörige pflegen und betreuen lassen. Schwerstpflegebedürftigen Geschädigten steht das Recht zu, sich zu Hause von Pflegefachkräften pflegen zu lassen (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.).

2. Schadenminderungspflicht der Angehörigen

Die Angehörigen der geschädigten bzw. pflegebedürftigen Person sind in Bezug auf den Pflegeschaden nicht schadenminderungspflichtig (Beistandspflicht als gesetzliches Schadenausgleichssystem, vgl. OR 51 II), können aber in Bezug auf den “eigenen” Schaden nur Ersatz verlangen für notwendige Dienstleistungen, die sie ohne haftungsbegründendes Ereignis nicht erbracht hätten.

Problem *Krankenbesuchskosten* (Ersatzpflicht z.B. bejaht in BGE 97 II 259 und 108 II 422):

- *Notwendigkeit* der Besuche: nur der Heilung dienliche Besuche (vgl. BGE 97 II 259) oder alle notwendigen und nützlichen Besuche (GoA; OR 422 I)
- *Anzahl der besuchenden Angehörigen* (vgl. KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. E. 7: nur Vater)
- *Anzahl der Besuche* (vgl. z.B. BGE 118 V 206 E. 5c: Anspruch einer Versicherten im vorschul- und schulpflichtigen Alter auf Besuche an jedem dritten Tag)
- *Umfang der Ersatzpflicht* (Transportkosten, Erwerbsausfall, Unterkunft und Verpflegung, Geschenke etc. – vgl. KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. E 7: Flug-, Automiet- sowie Unterkunftskosten bei Spitalpflege im Ausland, nur Ersatz der Kosten für öffentliche Verkehrsmittel bei Spitalpflege am Wohnort des besuchenden Angehörigen; BGE 97 II 209 E 3: Erwerbsersatz für pflegende und besuchende Mutter)

Problem: Ersatz für Erwerbsausfall versus Lohnfortzahlungspflicht (OR 324), siehe infra ad Bemessung.

D. 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 (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]), *nicht aber tiefere Pflegekosten bei der Wohnsitzverlegung ins Ausland* (vgl. U BGer vom 23.06.1999 [4C.412/1998] = Pra 1999, 890, E. 2c) und *Steuereinsparungen*, insbesondere Steuerbefreiungen für Kapitalabfindungen bei Körperschäden (vgl. U BGer vom 13.12.1994 i.S. R. J. gegen Basler Versicherung = JdT 1996 I 728 E. 6a).

E. Ersatz für Direktschaden

Die geschädigte Person kann nur für *ungedeckte Kosten* entgeltlich oder unentgeltlich erbrachter Pflege- und Betreuungskosten Ersatz verlangen.

Der Sozialversicherer regressiert für von ihm erbrachte Pflegesozialleistungen, soweit diese mit dem Pflegeschaden in persönlicher, sachlicher und zeitlichlicher Hinsicht kongruent sind. Dazu gehören insbesondere die *Behandlungs- und Pflegekosten* bei einem stationären Aufenthalt, die *Hilflosenentschädigung* und die *Dienstleistungen Dritter* (anstelle Hilfsmittel erbrachte Geldleistung der IV und MV) sowie *Pflegehilfsmittel* (MiGel), nicht aber die Betreuungsgutschriften der AHV (keine personelle Kongruenz) und die via Subventionen finanzierten Pflegekosten (für Letztere kann weder das Gemeinwesen regressieren noch die geschädigte Person Ersatz verlangen – nicht gerechtfertigte Begünstigung des Geschädigten).

Probleme:

- *zukünftiger Ausbau von Pflegesozialleistungen*, d.h. höhere oder neue Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung nicht in Abzug gebracht worden sind, z.B. Assistenzentschädigung im Rahmen der 4. IV-Revision (Überentschädigung der geschädigten Person)
- *zukünftiger Abbau von Pflegesozialleistungen*, d.h. Wegfall oder Reduktion von Versicherungsleistungen, die bei der Direktschadenberechnung in Abzug gebracht worden sind, z.B. Reduktion der Pflegekostenübernahme gestützt auf UVG 21 (Unterentschädigung der geschädigten Person; keine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht gestützt auf Treu und Glauben, 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]).
- *zukünftiges In-Kraft-Treten einer Regressbestimmung*, z.B. KVG 79, der 1996 in Kraft trat und ein gesetzliches Regressrecht eingeführt hat, weshalb sich die Frage stellt, ob und inwieweit der Krankenversicherer für altrechtliche Unfälle und Krankheiten, die Pflegesozialleistungen nach dem KVG auslösen, (rückwirkend) gegenüber haftpflichtigen Dritten regressieren oder von der geschädigten Person, die sich den gesamten zukünftigen Pflege-schaden hat abgelten lassen, Leistungskürzungen vornehmen kann.

II. Bemessung des Spitalpflegeschadens

Massgeblich sind die vom Sozial- bzw. Privatversicherer nicht übernommenen Kosten für Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sowie Franchise und Selbstbehalt.

Probleme:

- Bestand und Umfang der Schadenminderungspflicht bei Vorhandensein einer Zusatzversicherung
- nicht vom Sozial- bzw. Privatversicherer gedeckte Kosten für Unterhalt und Verpflegung (Miete eines Fernsehers, Literatur etc.)
- Notwendigkeit von Besuchskosten (siehe supra)
- Pflegeleistungen von Angehörigen, die vom Pflegepersonal nicht erbracht werden (spitalinterne und -externe Begleitung und Betreuung)
- Pflegeleistungen von Angehörigen, die das Pflegepersonal entlasten (z.B. Haftung für Pflegetraining, vgl. BGE 108 II 422)

III. Bemessung des Heimpflegeschadens

Massgeblich sind die vom Sozial- bzw. Privatversicherer nicht übernommenen Kosten für Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sowie Franchise und Selbstbehalt.

Probleme:

- nicht vom Sozial- bzw. Privatversicherer gedeckte Kosten für Grundpflege (Pflegeheimtaxe) und für Unterhalt und Verpflegung (Pensionstaxe); Haftung für Mehrkosten
- Notwendigkeit von Besuchskosten (siehe supra)
- Pflegeleistungen von Angehörigen, die vom Pflegepersonal nicht erbracht werden (heiminterne und -externe Begleitung und Betreuung: z.B. zum und vom bzw. am Arbeitsplatz und während der Ferien, vgl. BGE 35 II 402)
- Pflegeleistungen von Angehörigen, die das Pflegepersonal entlasten

IV. Bemessung des Hauspflegeschadens

A. Bemessung des Spitexpflegeschadens

Massgeblich sind die vom Sozial- bzw. Privatversicherer nicht übernommenen Kosten für Pflege- und Betreuungsdienstleistungen sowie Franchise und Selbstbehalt.

Unterschiedliche sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Spitexpflege (UVV 18: medizinische Pflege; KLV 7: Behandlungs- und Grundpflege).

B. Bemessung des Angehörigenpflegeschadens

1. Allgemeines

Anwendbarkeit der im Bereich des Haushaltschadens entwickelten *Aufwandmessmethode*: Zeitaufwand x marktkonformer Stundenansatz.

Das Bundesgericht betont, dass es sich bei der Bemessung des Angehörigenpflegeschadens um einen Anwendungsfall von OR 42 II handelt (BGer vom 23.06.1999 i.S. P. St. [4C.412/1998] = Pra 1999, 890). Konsequenz: eingeschränkter Rechtsschutz; keine volle Kognition, nur Ermessensverletzung bzw. -missbrauch.

2. Zeitlicher Bezugsrahmen

i. AKTUELLER ZEITAUFWAND

Erfassung des täglich, wöchentlich und monatlich wechselnden Zeitaufwandes.

Erfassung der ersatzfähigen bzw. konkret ausgeführten Dienstleistungen (Pflegedienstleistungen, hauswirtschaftliche Dienstleistungen und Präsenzdienstleistungen sowie Betreuungsdienstleistungen am Arbeitsplatz).

ii. ZUKÜNFTIGER ZEITAUFWAND

Ein Wechsel der Pflegeform (Übertritt in die Heimpflege) bzw. des -bedarfes erfolgt infolge

1. Wegfall der pflegenden Angehörigen (Tod, Alter, Scheidung),
2. eines verschlechterten Gesundheitszustandes (Spätfolgen, Alter),
3. der Aufnahme einer Ausbildungs- oder Erwerbstätigkeit (Kinder und Jugendliche; Umschulung) oder
4. der Begründung eines eigenen Haushaltes (Kinder und Jugendliche).

Der *zukünftige Pflegeaufwand* kann nur abgeschätzt bzw. mit abstrakten Erfahrungswerten substantiiert werden. Mutmasslicher Heimübertritt (bei Kindern: elterliche Pflege und Betreuung endet mit Alter 30 des Kindes, vgl. BGer vom 23.06.1999 i.S. P. St. [4C.412/1998]; in den übrigen Fällen: Pflegefähigkeit endet mit Alter 70, vgl. HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K.).

iii. ZUR BEDEUTUNG EINES PFLEGEAUFWANDGUTACHTENS

Der *aktuelle Pflegeaufwand* ist mittels eines Pflegeaufwandgutachtens festzustellen und in die Zukunft zu extrapolieren.

Inhalt eines Pflegeaufwandgutachtens:

- medizinisch-theoretische Feststellungen (Arzt)
- pflegerische Feststellungen (Pflegefachperson, Pflegeaufwandmesssystem)

Ohne Pflegeaufwandgutachten ist eine objektiv überprüfbare Bedarfsfeststellung unmöglich.

3. Monetärer Bezugsrahmen

i. BEMESSUNGSGRUNDLAGE

Bemessungsgrundlage: Aufwandmessmethode: Zeitaufwand x marktkonformer Stundenansatz. Bestimmung des Stundenansatzes: hypothetische Lohnkosten einer Ersatzkraft oder effektiver bzw. hypothetischer Erwerbsausfall des pflegenden Angehörigen?

Grundsatz: hypothetische Lohnkosten einer Ersatzkraft

- Gleichbehandlung mit Haushaltschaden
- Pflegeschaden ist *damnum emergens*, nicht *lucrum cessans* (keine Erwerbsersatzfunktion)
- Angehörigen müssen nicht, sondern dürfen die geschädigte Person pflegen und betreuen (Wahlfreiheit)
- nicht immer sind Angehörige vorhanden, die zur Pflege und Betreuung willens und fähig sind (rechtsgleiche Schadenersatzbemessung)

Ausnahmen: Erwerbsersatz bei Krankenbesuchskosten und für “verpfuschte” Ferien (bei Lohnfortzahlungspflicht Regressrecht des Arbeitgebers) in der Akutphase.

ii. ANWENDBARER STUNDENANSATZ

a. Allgemeines

Uneinheitlicher Stundenansatz: Lohnsplitting bejaht z.B. von U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K. = plädoyer 2001/6, 66 ff.

Für Haushaltleistungen ist der für den Haushaltschaden massgebliche Stundenansatz heranzuziehen. Das Bundesgericht hält in Haushaltschadenfällen im Zusammenhang mit Leistungen

von Angehörigen Fr. 30.– pro Stunde für gerechtfertigt (vgl. dazu U BGer vom 09.09.1998 [4C495/1997] = plädoyer 1999/4, 65 ff.).

Für Pflegeleistungen ist der Pflegestundenansatz nach Massgabe der Kosten für eine hypothetische Ersatzkraft zu bestimmen, die üblicherweise die fraglichen Pflegeleistungen erbringt.

Nicht massgeblich sind:

- *Spitex-Tarife*: Spitexkosten werden direkt durch Honorare und indirekt durch Subventionen finanziert. Je nach Subventionierungsgrad sind die Spitex-Tarife kostendeckend oder nicht. Die indirekte Finanzierung ändert nach Massgabe der Launen des Gesetzgebers. Das Spitexangebot ist ferner in zeitlicher, räumlicher und personeller Hinsicht nicht umfassend. Spitex-Tarife gelten sodann auch dienstleistungsunabhängige Kosten ab.

Der einer Organisation der Krankenpflege zu entrichtende Stundenansatz beträgt in vielen Kantonen das Doppelte des Stundenansatzes für eine hypothetische Ersatzkraft. 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.

- *Honoraransätze freiberuflich tätiger Pflegefachkräfte*: Sie sind entweder „eigenmächtig“ angesetzt oder entsprechen einem Spitex-Tarif. In ersterem Fall beinhalten sie dienstleistungsunabhängige Kosten (Fixkosten) und einen Gewinnanteil; in letzterem Fall stellt sich grundsätzlich dieselbe Problematik wie bei den Spitex-Tarifen, vorausgesetzt, die freiberuflich tätige Pflegeperson erhält Subventionen.

b. Brutto-Bruttolohnprinzip

Die neuere Rechtsprechung geht von der Anwendbarkeit des Brutto-Bruttolohnprinzips für die Berechnung des Pflegestundenansatzes aus (zuletzt U BGer vom BGer vom 26.03.2002 i.S. I. K. [4C.276/2001/rnd] E. 6).

Der Brutto-Bruttolohn (= dem Arbeitgeber einer hypothetischen Ersatzkraft entstehende Lohnkosten) setzt sich aus dem *Nettolohn* und den *Zuschlägen* zusammen.

1) Nettolohn

Ausgangspunkt ist der Nettolohn, d.h. der Lohn, der einer Pflegeperson effektiv bezahlt wird.
 Nettolohn = Bruttolohn minus AN-Beiträge.

Die kantonalen Besoldungsrichtlinien basieren in der Regel auf dem Bruttolohn inklusive 13. Monatslohn. Nettolohn = ca. 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)

Berufsgattung	Minimum/Std.	Maximum/Std.	Durchschnitt
Diplomierte Pflegeperson II (Lohnklasse 14)	LS 39.97 ES 30.67 AS 28.57	LS 44.13 ES 39.07 AS 29.62	LS 42.– ES 34.87 AS 29.10
Diplomierte Pflegeperson I (Lohnklasse 13)	LS 37.83 ES 29.03 AS 27.05	LS 41.74 ES 36.98 AS 28.04	LS 39.79 ES 33.– AS 27.55
Pflegeperson FA SRK (Lohnklasse 12–13)	LS 35.90 ES 27.56 AS 25.68	LS 39.93 ES 35.09 AS 26.62	LS 37.92 ES 31.33 AS 26.15
Pflegeassistent/-in (Lohnklasse 9–10)	LS 31.28 ES 24.04 AS 22.40	LS 36.30 ES 31.91 AS 24.22	LS 33.79 ES 27.80 AS 23.31
Pflegehilfe (Lohnklasse 6–9)	LS 28.17 ES 21.66 AS 20.20	LS 34.79 ES 30.58 AS 23.22	LS 31.48 ES 26.12 AS 21.71

LS = Leistungsstufe

ES = Erfahrungsstufe

AS = Anlaufstufe

2) Zuschläge

i) Sozialversicherungsbeiträge

	AG-Beitrag	AN-Beitrag	Total
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	3,5–9% bzw. 4%*	3,5–9% bzw. 4%*	8%
NBU	–	0,881–1,776% bzw. 1,5%***	1,5%
BU	0,04%–1,35% bzw. 1%**	–	1%
Total	13,05%	13,55%	26,6%

*Infolge des Koordinationsabzuges beträgt der effektive Prozentsatz des Jahresbruttoeinkommens rund 8%, weshalb auf den Arbeitgeber 4% entfallen.

**Vgl. z.B. WIDMER, R., (1999) Der volkswirtschaftliche Wert der unbezahlten Arbeit und deren Bedeutung im Kindesunterhaltsrecht, Diss. St. Gallen, 111, wo von einem Mittelwert von 1% ausgegangen wird.

***Vgl. z.B. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, (1999) Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg, 41, wo von einem Mittelwert von 1,5% ausgegangen wird.

ii) 13. Monatslohn

Ein Zuschlag von 8,33% ist geschuldet, wenn die hypothetische Ersatzkraft usanzgemäss einen 13. Monatslohn erhält.

iii) Stellvertretungskosten

Die hypothetische Ersatzkraft arbeitet maximal während der Arbeitssollzeit (Annahme: während fünf Tagen die Woche, ca. 40–42 Std.).

Die Arbeitskraft steht während der Arbeitssollzeit nicht effektiv zur Verfügung. Sie fehlt am Arbeitsplatz ausserhalb der Arbeitssollzeit an den Wochenenden (104 Tage) und innerhalb der Arbeitssollzeit während der Ferien (Annahme: 20 Tage), Feiertagen (Annahme: 4 Tage) und sonstiger Ereignisse (Krankheit, Unfall etc. – Annahme: 10 Tage).

Dies hat zur Folge, dass die hypothetische Pflegeperson an 227 Tagen im Jahr effektiv anwesend ist. An den restlichen 138 Tagen müssen die Pflege- und Betreuungsdienstleistungen von einem Stellvertreter erbracht werden. Die hypothetische Jahresbruttolohnsumme beträgt deshalb nicht 100%, sondern 137,8% (Annahme: Monatslohnbasis).

Je nach Art der Pflegebedürftigkeit und dem zeitlichem Pflegeaufwand sind die Stellvertretungskosten mit einem Zuschlag mitzuberechnen.

Beispiele:

- 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).
- 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).

iv) Nacht- und Sonntagsarbeit

Für Nacht- und Sonntagsarbeit ist in der Regel ein Zuschlag von 25% geschuldet (OR 321c III). Die kantonalen Besoldungsrichtlinien sehen für das Pflegepersonal z.T. vom OR abweichende Regelungen vor.

v) Realloohnerhöhung

Die Löhne einer hypothetischen Ersatzkraft verändern sich infolge

- *der Teuerung* (wird mit tiefem Kapitalisierungszinssatz von 3,5% abgegolten)
- *einer Realloohnerhöhung* (1–1,5%; wird mit Herabsetzung des Kapitalisierungszinssatzes oder periodischen Lohnzuschlägen erfasst)
- *von individuellen Lohnerhöhungen* (zu berücksichtigen, wenn eine dauerhafte Pflege bzw. besondere Pflegequalität erforderlich ist)

3) Ergebnis und Berechnungsbeispiele

i) Allgemeines

Der Haushaltstundenansatz beträgt zurzeit Fr. 30.– brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil).

Die Vergleichslöhne für das Krankenpflegepersonal liegen zurzeit zwischen Fr. 25.– und Fr. 45.– brutto (inkl. 13. Monatslohnanteil).

Der Nettostundenansatz für hauswirtschaftliche Leistungen beträgt deshalb zurzeit Fr. 24.– und für Pflegeleistungen Fr. 20.– bis Fr. 36.–, durchschnittlich Fr. 30.– (bei gewöhnlichen Pflege- und Betreuungslleistungen).

ii) *Brutto-Bruttostundenansatz*

Der für Pflegeleistungen massgebliche Brutto-Bruttostundenansatz berechnet sich wie folgt:

<u>Nettostundenansatz</u>	<u>30.—</u>
Zuschlag 13. Monatslohn (8,33% von Fr. 30.—)	2.50
Zuschlag Stellvertretungskosten (37,8% von Fr. 30.—)	11.35
<u>Zuschlag Sozialversicherungsbeiträge (24,1% von Fr. 30.—)</u>	<u>7.25</u>
<u>Brutto-Bruttostundenansatz (ca. 170% des Nettostundenansatzes)</u>	<u>51.10</u>
Zuschlag für Nacht- und Sonntagsarbeit von 25% des Nettostundenansatzes hinzuzuzählen	7.50
<u>Brutto-Bruttostundenansatz (Überstunden; ca. 195% des Nettostundenansatzes)</u>	<u>58.60</u>

iii) *Berechnung Angehörigenpflegeschieden (Monatslohnbasis)*

Die Berechnung des gegenwärtigen jährlichen Angehörigenpflegeschieden lässt sich wie folgt vornehmen:

Hauspflegeschiedenberechnung, wenn die Pflegeperson im Monatslohn angestellt, pro Jahr während 227 Tagen anwesend und an den restlichen 138 Tagen eine Stellvertretung notwendig ist. Angenommen wird ein Nettostundenansatz von Fr. 30.— für Pflegeleistungen (Annahme: fünf Stunden) und Fr. 24.— für hauswirtschaftliche Leistungen und Präsenzzeit (Annahme: drei Stunden, je 1,5 Stunden)

Pflege- und Betreuungsleistungen:

Pflegestundenansatz netto x Anzahl Stunden pro Tag x 227 34 050.—

Hauswirtschaftliche Leistungen

(pflegebedingter Haushaltsmehraufwand):

Hauspflegeshadenberechnung, wenn die Pflegeperson im Stundenlohn angestellt und pro Jahr während 365 Tagen anwesend ist:

Pflege- und Betreuungsleistungen:

Pflegestundenansatz netto x Anzahl Stunden pro Tag x 365 54 750.—

Hauswirtschaftliche Leistungen

(pflegebedingter Haushaltsmehraufwand):

Haushaltstundenansatz netto x Anzahl Stunden pro Tag x 365 13 140.—

Präsenzleistungen:

Haushalt- bzw. Pflegestundenansatz netto x Anzahl Stunden pro Tag x 365 13 140.—

Ausserordentliche oder unregelmässig anfallende Leistungen:

(ausserhäusliche Begleitung, Betreuung am Arbeitsplatz, Ferienbegleitung)

Haushalt- bzw. Pflegestundenansatz netto x Anzahl Stunden 0.—

Zuschlag für Nachtarbeit:

25% Haushalt- bzw. Pflegestundenansatz x Anzahl Stunden pro Tag x 365 0.—

Nettohauspflegeshaden für 365 Tage 81 030.—

Zuschlag für 13. Monatslohn (8,33%) 6749.80

Zuschlag für Ferien (8,33%) 6749.80

Zuschlag für Feiertage (3,08%) 2495.70

Zuschlag für Sozialversicherungsbeiträge AN und AG (24,1%) 19 528.25

Hauspflegeshaden pro Kalenderjahr 116 553.55

§ 6: ABGELTUNG DES PFLEGESCHADENS

I. Allgemeines

Der Geschädigte hat ein Wahlrecht zwischen Pflegeschadenkapital und –rente (vgl. BGE 125 III 312).

II. Pflegeschadenkapital

- Kapitalisierung nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze
- Schadenersatz für Pflegehilfsmittel (Mortalität; Zinssatz 3,5%)
- Schadenersatz für Pflegedienstleistungen (Mortalität, Zinssatz 2,5% bzw. tiefer, wenn auf die Teuerung im Gesundheitswesen abgestellt wird)
- Schadenersatz für Betreuung am Arbeitsplatz (Aktivität; Zinssatz 2,5%)

III. Pflegeschadenrente

- *Beginn*: rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung bzw. ab Ende des aufgelaufenen und separat eingeklagten Schadens
- *Höhe*: gegenwärtige Pflegekosten als Ausgangspunkt – Anpassung an überwiegend wahrscheinlich eintretende zukünftige Veränderungen (z.B. Heimübertritt)
- *Anpassung an die Teuerung*: Indexierung an den *LIK*P (bei Pflegehilfsmitteln), den *Nominallohnindex* (bei unentgeltlicher und entgeltlicher Pflege durch entlohnte Pflegepersonen) oder den *Gesundheitskostenindex* (bei ungedeckten Spital- und Heimpflegekosten)

Problem: Gesundheitskostenindex – welche Kosten als Vergleichsgrösse? Massgeblicher Parameter: *Kostenveränderung* (Gesundheitskosten generell, Kostenzunahme der stationären oder ambulanten Gesundheitskosten, Kostenzunahme der Pflegeheim- bzw. Spitexkosten [KVG; siehe supra], Entwicklung Spitexstundenansätze [vgl. Spitex-Statistiken]) oder *Einnahmenveränderung* (Entwicklung direkte Finanzierung [prozentualer Prämienanstieg oder prozentualer Anstieg der Direktzahlungen der Krankenversicherer] oder indirekte Finanzierung [prozentualer Anteil der Subventionen])

- keine Anpassung an andere zukünftige Ereignisse, die im Zeitpunkt der Rentenfestsetzung *nicht* mit überwiegender Wahrscheinlichkeit absehbar sind (Problem: Revision Pflege-sozialleistungen) – Empfehlung: Anpassung in der Entschädigungsvereinbarung regeln.

IV. Fortlaufende Pflegeschadenliquidation

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 etc.)
- 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
- Anrechnung von eingesparten Lebenshaltungskosten
- Kostentragung (Anwalts- und Gutachterkosten)
- Pflegeschiedsgerichts- oder Mediationsklausel

§ 7: ANHANG: MATERIALIEN UND LITERATUR SOWIE ÜBERBLICK ÜBER PFLEGESCHADENURTEILE

I. Materialien und Literatur

BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (BSV) (2000) *Spitex-Statistik 1998*, Bern

BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (BSV) (2001) *Spitex-Statistik 1999*, Bern

BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (BSV) (2002) *Spitex-Statistik 2000*, Bern

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (1997) *Kosten des Gesundheitswesens 1995. Definitive Ergebnisse 1994 und 1995. Entwicklung seit 1960*, Neuenburg

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (1999) *Kosten des Gesundheitswesens. Definitive Ergebnisse 1997 und Entwicklung seit 1960*, Neuenburg

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (2000) *Kosten des Gesundheitswesens. Detaillierte Ergebnisse 1998 und Entwicklung seit 1960*, Neuenburg

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (1999) *Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE). Kommentierte Ergebnisse und Tabellen 1998*, Neuenburg

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (1999) *Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 1996. Kommentierte Ergebnisse und Tabellen*, Neuenburg

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (1999) *Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung*, Neuenburg

LANDOLT, H. (2001) *Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts*, Bern

LANDOLT, H. (2002) *Das soziale Pflegesicherungssystem*, Bern

LANDOLT, H. (2002) *Der Pflegeschaden*, Bern

LANDOLT, H. (2002c) *Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht*, Bern

Internet:

Sozialversicherungsstatistiken des BSV

<http://www.bsv.admin.ch/statistik/uebersi/d/index.htm>

Aktuelle Spitex-Statistik 2000

<http://www.bsv.admin.ch/kv/statistik/d/index.htm>

Ältere Spitex-Statistiken 1998 und 1999

<http://www.thelawfirm.ch/Home/Hardy/Publikationen.html>

Gesundheitskostenstatistik

http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber14/gewe/dtfr14b.htm

http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber14/dufr14.htm

http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber14/dufr14.htm

Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE)

http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber03/sake/dtfr03.htm

Nominallohnindex

http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber03/lohn/lohnindex/dtfr03.htm

II. Überblick über Pflegeschadenurteile

– Das Bundesgericht hat bereits in BGE 28 II 200 E. 5 anerkannt, dass die durch die Ehefrau erbrachte „besondere Pflege und Wartung“ des bei einem Bahnunfall Verletzten ersatzfähig ist. Das Bundesgericht war jedoch der Auffassung, dass die Entschädigung für besondere Wartung und Pflege nur dann zu leisten sei, wenn die unentgeltliche Pflege und Betreuung „zum Ersatz der Kosten der versuchten Heilung gerechnet werden kann“.

– In BGE 33 II 594 ff. war die Ersatzfähigkeit einer dreimonatigen Pflege und Betreuung eines 7-jährigen Knaben umstritten, der den 3. und 4. Finger der linken Hand verloren hatte und von seiner Mutter während der fraglichen Zeit betreut wurde. Das Bundesgericht bezeichnet den geltend gemachten Betrag von Fr. 105.– (die Höhe des zugesprochenen Betrags entspricht dem Erwerbsausfall der Mutter; Anm. des Verfassers). als „frais de garde-malade“ und „pas exagérés“ (BGE a.a.O., E. 4).

– BGE 35 II 216 ff. betraf einen Vater von zwei unmündigen Kindern, der anlässlich eines Unfalls eine Querschnittlähmung erlitt. Das Bundesgericht anerkannte, dass die konkreten Unfallfolgen den Beizug einer besonderen Pflegerin rechtfertigen, was mit zusätzlichen Tageskosten von Fr. 3.– verbunden sei, weshalb dem Geschädigten pro Jahr Fr. 1095.– zugesprochen und kapitalisiert worden sind (BGE a.a.O., E. 5). Dieser Fall betraf zwar nicht den Hauspflegescha-den, zeigt aber, dass von schwerverletzten Geschädigten nicht verlangt werden kann, die erforderliche Pflege und Betreuung durch (billige) Angehörige vornehmen zu lassen.

– Im selben Jahr bejahte das Bundesgericht in BGE 35 II 405 ff. die Ersatzfähigkeit ausser-häuslicher Betreuung. In tatsächlicher Hinsicht schloss sich das Bundesgericht dem Sachver-ständigengutachten an, wonach der blinde Geschädigte „im ersten Halbjahr ständige Beglei-tung notwendig haben und später wenigstens teilweise auf fremde Hilfe angewiesen sein wird, und dass er ungewohnte Gänge nie wird allein machen können“ (BGer a.a.O E. 4). Der Ersat-zanspruch wurde von Fr. 500.– auf Fr. 1000.– erhöht, wobei von einem Tagessatz von Fr. 3.– ausgegangen wurde. Der Einwand des Geschädigten, auch nach einem Jahr auf Betreuung angewiesen zu sein, verwarf das Gericht unter Hinweis auf das Expertengutachten.

– In BGE 40 II 68 ff. setzte sich das Bundesgericht mit dem Pflegeschaden eines 42-jährigen auseinander, dem infolge eines Unfalles beide Beine über den Knien amputiert werden mussten. Das Bundesgericht fasst auf S. 69 das Urteil vom 04.06.1913 des Amtsgerichtes Bern zusammen, welches dem Verletzten eine jährliche Rente von Fr. 700.– für die Kosten der Pflege und Wartung zugesprochen hat. Das Bundesgericht musste sich jedoch mit der Höhe des Schadenersatzes nicht auseinander setzen.

– Das Bundesgericht bestätigte in BGE 97 II 259 E. 3 eine Entschädigung in Höhe von Fr. 420.– für die Hauspflege eines Verkehrsunfallopfers durch die Mutter. Liliane Bumbach erlitt anlässlich eines Verkehrsunfalls einen offenen Bruch, der vorerst Spital- und hernach während 42 Tagen Hauspflege erforderlich machte. Die Mutter der Geschädigten besuchte sie im Spital und pflegte sie hernach bei sich zu Hause.

– Das Bundesgericht setzt sich sodann in BGE 108 II 422 ff. mit einem Arzthaftungsfall auseinander. Infolge eines Anästhesiefehlers erlitt das im Zeitpunkt der Operation 15-jährige Mädchen einen Atem- und Herzstillstand mit nachfolgender Schädigung des Gehirns. Diese Verletzungen bewirkten eine dauernde Pflegebedürftigkeit. Das Bundesgericht setzte sich in diesem Entscheid jedoch nicht mit der Pflegeschadenberechnung der Vorinstanz auseinander¹.

– U BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999, 890: Dieser Fall betraf einen Knaben, der sich bei einem Verkehrsunfall ein schweres Hirntrauma zugezogen hatte und seither pflegebedürftig war. Beim Erwerbsausfall war das Bundesgericht der Auffassung, dass der Umzug des Klägers nach Norditalien zu keiner Reduktion des – nach schweizerischen Lohnverhältnissen – berechneten Schadenersatzes berechtigt. Begründet wurde dies damit, dass der Geschädigte ohne Unfall in der Schweiz geblieben wäre und zudem auf Grund der Schadenminderungspflicht nicht gehalten gewesen ist, nach Norditalien zurückzukehren (vgl. E. 2). Beim Pflegeschaden (pro Tag Fr. 50.– bis zum Alter 30, hernach Fr 100.–) wies das Bundesgericht darauf hin, dass sich der „Geldwert der Pflege- und Betreuungsaufgaben der Eltern nur schätzen“ lässt und ein ziffernmässiger Schadensnachweis unmöglich sei, weshalb die Vorin-

¹ Vgl. dazu nachfolgende N ad UKGer TI vom 12.02.1982 i.S. X.

stanz zu Recht Art. 42 Abs. 2 OR angewendet habe und deshalb eine Überprüfung im Berufungsverfahren nicht möglich sei (vgl. E. 3)².

– U HGer ZH vom 12.06.2001 i.S. I. K. (E01/0/HG950440)³: Die 1971 geborene Klägerin hat 1990 anlässlich eines Verkehrsunfalles ein Schädelhirntrauma erlitten und wird seither von ihrer Mutter und – am Sonntag – von Dritten gepflegt. Geltend gemacht wurde der aufgelaufene und zukünftige Pflegeschaden. Das HGer hat festgestellt, dass auch unentgeltliche Pflegeleistungen Angehöriger ersatzpflichtig sind und vom Geschädigten grundsätzlich nicht verlangt werden kann, die billigste Pflegeform zu wählen (vgl. E. V, S. 10 ff., insbes. 15 f.). Der beigezogene Gutachter bestätigte, dass pro Tag rund 4–5 Std. für Pflege- und Betreuungsleistungen anfallen und die Geschädigte darüber hinaus der Überwachung bedarf (vgl. E. V, S. 16 ff.). Entgegen der Auffassung des Gutachters bejahte das HGer auch eine Entschädigungspflicht für Präsenzzeiten, welche es ermessensweise auf 4,5 Std. pro Tag (ohne Sonntag) festsetzte, davon aber den Stundenaufwand für die Haushaltsbesorgung der Mutter (18,5 Std. pro Woche) abzog. Gesamthaft wurde von einem Pflege- und Betreuungsaufwand von 40 Std. pro Woche ausgegangen.

Der 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.– für 42,5 Arbeitsstunden pro Woche angenommen (vgl. E. V, S. 20 f.). 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. Unter Einrechnung eines 13. Monatslohnes und 10% für Sozialversicherungsbeiträge, abzüglich Hilflosenentschädigung, resultierte pro Monat ein Betrag von rund Fr. 4900.– und ein konkreter Hauspflegeschaten (vom 01.01.1994 bis 12.06.2001) in Höhe von Fr. 439 079.10; die effektiven Fremdbetreuungskosten beliefen sich in demselben Zeitraum auf Fr. 62 635.80.

² Vgl. dazu nachfolgende N ad U BezGer March vom 21.08.1997 (BZ 95 67) und die Hinweise bei SCHAETZLE, M./WEBER, S., (2001) *Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln*, Zürich, N 2.272.

³ Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid von beiden Parteien erhobenen Berufungen mit Urteil vom 26.03.2002 (4C.276/2001/md) abgewiesen.

Beim zukünftigen Pflegeschaden ging das HGer – dem klägerischen Antrag folgend – von einer indexierten Pflegeschadenrente aus (vgl. E. VI, S. 27 ff.). Der mutmassliche Übertritt von der Haus- in die Heimpflege erfolgt nach der Auffassung des Gerichts 2017, wenn die Mutter 70-jährig wird. Bis dahin beträgt die monatliche Rente Fr. 5 145.–, wobei sie sich dem Verlauf des Totalnominallohnindex entsprechend verändert (vgl. E. VI, S. 32 ff.). Die Höhe der ab 2017 zu bezahlenden Rente in Höhe von Fr. 5 928.– errechnete das Gericht, indem es die aktuellen Heimpflegekosten, die von der Geschädigten bezahlt werden müssten (das HGer lehnte es ausdrücklich ab, die gesamten Heimkosten zu berücksichtigen), um die mutmassliche Teuerung der Gesundheitskosten (Annahme: 5,5% pro Jahr) erhöhte und davon die eingesparten Lebenshaltungskosten abzog, wobei für letztere die mutmassliche Teuerung der Konsumentenpreise (Annahme: 2,53% pro Jahr) herangezogen wurde (vgl. E. VI, S. 38 ff.).

– U OGer ZG vom 02.09.1997 i.S. I. K.: Die Klägerin wurde Opfer eines Verkehrsunfalles und erlitt dabei schwerste Kopf- bzw. Hirnverletzungen sowie zusätzliche Komplikationen. Sie wurde vom Juni bis Dezember 1990 im Universitätsspital Zürich und vom Dezember 1990 bis Juli 1991 im Kantonsspital Zug gepflegt. Die Parteien waren sich einig, dass sich die Besuchs- und Pflegekosten, die ihr durch den Einsatz ihrer Mutter in der Zeit der Hospitalisierung entstanden waren, Fr. 40 000.– betragen, erzielten aber keine Einigung hinsichtlich der Entschädigungspflicht. Das KGer ZG bejahte eine solche für die Hälfte des Zeitaufwandes. Die andere Hälfte betreffe bloss Besuchszeit oder Pflegeleistungen ohne spezielle therapeutische Wirkung, die diese freiwillig, zusätzlich oder anstelle des Spitalpersonals ausgeführt habe. Das OGer ZG hat das Urteil der Vorinstanz aufgehoben und dabei die Ansicht vertreten, dass die Parteien dem Gericht lediglich die Frage, ob überhaupt eine Haftung bestehe, unterbreitet haben (vgl. E. 3b). An diese Beschränkung des Prozessthemas (Verhandlungsprinzip) sowie an den Vergleich der Parteien betreffend Höhe des Schadens (Dispositionsmaxime) sei das Gericht gebunden. Da die Vorinstanz die grundsätzliche Berechtigung zum Kostenersatz für den Besuchs- und Pflegeaufwand der Mutter der Klägerin anerkannt hat und die Beklagte dagegen keine eigene Berufung bzw. Anschlussberufung erhoben hat, trat das OGer ZG nicht darauf ein, ob eine Notwendigkeit für alle Aufwendungen der Mutter bestanden haben.

– U BezGer March vom 21.08.1997 (BZ 95 67)⁴: Der 1974 geborene Kläger hatte sich 1979 bei einem Verkehrsunfall ein schweres Hirntrauma zugezogen und war seither in einem Masse

⁴ Dieser Fall wurde mit U BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = *Pra* 1999, 890, rechtskräftig beurteilt (vgl. *supra* N 737).

pflegebedürftig, dass ihm eine volle Hilflosenentschädigung zugesprochen wurde, die jedoch nach der Verlegung des Wohnsitzes nach Italien nicht mehr ausgerichtet wurde. Das BezGer ging gestützt auf ein ärztliches Gutachten von einer dauernden Pflegebedürftigkeit und zudem davon aus, dass die Eltern nur bis zum 30ten Altersjahr die Betreuung sicherstellen könnten. Die Entschädigung wurde, basierend auf einem Tagessatz von Fr. 50.– (bis Alter 30) bzw. Fr. 75.– (ab Alter 30; das Kantonsgericht erhöhte diesen Betrag auf Berufung hin auf Fr. 100.–), nach Mortalität kapitalisiert, was einem Betrag von rund Fr. 605 000.– entsprach (der Kläger hatte Fr. 733 650.– gefordert). Das Gericht ging von der Annahme aus, dass die Pflegekosten in der Schweiz gleich hoch seien wie in Norditalien (vgl. zum Ganzen E. D, S. 8 ff.).

– U Cours Civiles NE vom 06.11.1995 i.S. B. K. gegen Association de Développement de Colombier und Kanton NE: Dieser Fall betraf einen 1968 geborenen Querschnittgelähmten (die genaue Läsionshöhe ist unbekannt), der sich bei einem Badeunfall verletzt hatte. Der Kläger bezifferte den ungedeckten Hauspflegeschieden mit rund Fr. 112 000.–, wobei er von einem monatlichen Betrag von Fr. 2000.– (1991) ausging. Das Gericht sprach – ausgehend von der vom Kläger angegebenen Entschädigung und einem täglichen Pflege- und Betreuungsbedarf von 4 Std. – einen Kapitalbetrag von Fr. 111 233.– zu (vgl. E. 5). Der Stundenansatz beträgt solchermassen Fr. 16.43.

– U BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i.S. Alpina Versicherungen: Mit diesem Urteil wurde einer Frau, der infolge eines Verkehrsunfalles das linke Bein amputiert werden musste und die zudem den linken Vorderarm nicht mehr gebrauchen konnte, Fr. 150 000.– als Genugtuung zugesprochen (vgl. E 8, bestätigt mit U des OGer ZH vom 08.12.1995 = ZR 1997, 2). Als Folge dieser Verletzung konnte die Geschädigte den Haushalt praktisch nicht mehr selbstständig ausführen und bedurfte der Hilfe ihres Ehemannes bei bestimmten Verrichtungen (Grundpflege und ausserhäusliche Aktivitäten). Die Klägerin bezifferte diese Dritthilfe mit einer halben Stunde pro Tag, d.h. 3,5 Std. pro Woche. Das Gericht anerkannte lediglich 1,5 Std. pro Woche⁵, was unter Zugrundelegung eines Hausfrauenlohnes (Fr. 22.50 für 1992, Fr. 25.– ab 1993) kapitalisiert wurde (vgl. E. 7.1, S. 43 ff.).

– U VerwGer BE vom 21.11.1994 i.S. S.: In diesem Staatshaftungsfall wurden dem Ehemann einer krebskranken Ehefrau, die infolge einer Fehlbehandlung (Behandlung einer Spon-

⁵ Vgl. dazu *infra* N 753.

tanfraktur des rechten Oberschenkelknochens) vorzeitig pflegebedürftig wurde, Fr. 30 000.– pro Jahr für seine Pflegeleistungen zugesprochen.

– U KGer TI vom 12.02.1982 i.S. X.: Einem 15-jährigen Kind, das nach einer Operation eine schwere Hirnschädigung erlitt und dauernd pflegebedürftig war, werden ein Mehrkostenaufwand von Fr. 575 000.– und ein Erwerbsausfall von Fr. 686 000.– zugesprochen⁶. Die ungedeckten Heimpflegekosten wurden im Umfang von Fr. 35 333.– als ausgewiesen betrachtet. Als Hauspflegeschieden wurden die Lohnkosten der angestellten Krankenschwester von monatlich Fr. 1690.– inkl. Kost und Logis herangezogen. Zusätzlich wurden zwei Zuschläge für die Stellvertretung der Krankenschwester während der freien Tage und der Ferien von monatlich Fr. 310.– und für die zusätzliche unentgeltliche Pflege der Eltern von monatlich Fr. 300.– zugesprochen und nach Mortalität kapitalisiert. Die Reisekosten der Mutter, die die Behandlung im Spital mitverfolgen musste, um eine spätere Pflege zu Hause gewährleisten zu können, wurden gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR in Höhe von Fr. 20 000.– (eingeklagt waren Fr. 30 000.–) als ersatzpflichtig erachtet.

– Das U KGer VS vom 02.03./06.09.1979 i.S. O.H. und P.H. gegen Luftseilbahnen Bettmeralp AG betraf einen pflegebedürftigen Paraplegiker, der u.a. dialyseabhängig war und von den Eltern und Hausangestellten gepflegt und betreut wurde. Die Parteien hatten vereinbart, dass der Hauspflegeschieden durch eine indexierte Rente abgegolten werden soll, waren sich aber nicht über die Höhe einig. Der Kläger ging von einer monatlichen Rente in Höhe von DM 2100.– aus, welcher Betrag den Lohnkosten der Hausangestellten entsprach. Gestützt auf ein Gutachten ging das Gericht von einem täglichen Pflege- und Betreuungsbedarf von 4 bis 5 Std. aus (vgl. E. 5a/bb, S. 20 ff.) und sprach – unter Berücksichtigung der Leistungen der deutschen Sozialversicherung – eine (nach dem LIKP) indexierte Rente von monatlich DM 800.– bzw. Fr. 720.– zu (vgl. E. 5b/bb)⁷.

⁶ Vgl. dazu BGE 108 II 422, der sich mit diesem Urteil, aber nicht mit den Pflegekosten befasste.

⁷ Vgl. dazu BGE 107 II 489, der sich mit diesem Urteil, aber nicht mit den Pflegekosten befasste.