

# Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen?

Hardy Landolt\*

Tritt als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ein behinderungsbedingter Mehraufwand auf, wird dieser in der Regel von Drittpersonen erbracht. In seltenen Fällen ist die geschädigte Person (noch) in der Lage, die notwendige Pflege selber vorzunehmen. In einer derartigen Konstellation stellt sich nicht nur im Haftpflicht-, sondern auch im Sozialversicherungsrecht die Frage, ob die Selbstversorgungsleistungen vergütungsfähig sind. Der Autor vertritt die Meinung, dass behinderungsbedingte Selbstversorgungsleistungen an sich genauso wie unentgeltlich erbrachte Drittleistungen ersatzfähig sind, die geschädigte Person müsse sich aber den Zeitgewinn anrechnen lassen, wenn dieser bereits anderweitig vergütet wird.

Si l'événement imputable à la responsabilité d'un tiers entraîne des charges supplémentaires en raison d'un handicap, celles-ci sont généralement supportées par des tiers. Dans de rares cas, la personne lésée est (encore) en mesure d'effectuer elle-même les soins nécessaires. Dans une telle situation, la question se pose non seulement en droit de la responsabilité, mais aussi en droit des assurances sociales, de savoir si les prestations de service à la personne sont indemnisables. L'auteur estime que ces prestations, qui découlent du handicap, sont en soi indemnisables au même titre que les prestations fournies gratuitement par des tiers, mais que la personne lésée doit se laisser imputer le gain de temps que le responsable indemnise sous une autre forme.

## I. Einleitung

Gesundheitlich beeinträchtigte Personen sind regelmässig nicht mehr in der Lage, für sich selbst zu sorgen, und benötigen gegebenenfalls sogar zusätzliche Dienstleistungen. Diese Dienstleistungen Dritter können Hilfe-, Betreuungs- oder Pflegeleistungen sein, wobei die fragliche Dienstleistung von der Drittperson selber an oder für die gesundheitlich beeinträchtigte Person erbracht wird. In selteneren Fällen ist die gesundheitlich beeinträchtigte Person funktionell noch in der Lage, die bisher ausgeführten oder zusätzlich notwendig gewordenen Verrichtungen unter der Anleitung oder Kontrolle einer Drittperson oder selbständig auszuführen, wobei die Ausführung mit oder ohne einen erhöhten Zeitaufwand möglich ist. In all diesen Fällen ist klärungsbedürftig, ob und inwieweit der Selbstversorgungsmehraufwand vergütungsfähig ist bzw. die Mitwirkung der gesundheitlich beeinträchtigten Person die Ersatzfähigkeit der Drittleistung ausschliesst oder zumindest reduziert.

## II. Sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Selbstversorgungsleistungen

Das Bundesgericht gewährt versicherten Personen, welche alltägliche Lebensverrichtungen nur noch auf eine nicht übliche Art und Weise ausführen können oder von der Ausführung einer alltäglichen Lebensverrichtung keinen praktischen Nutzen mehr haben, eine

Hilflosenentschädigung. Eine unübliche Vornahme einer alltäglichen Lebensverrichtung liegt beispielsweise vor, wenn der Darm von Hand ausgeräumt werden muss<sup>1</sup> oder die versicherte Person die Nahrung nur noch mit den Füßen aufnehmen kann<sup>2</sup>. Muss die versicherte Person zur Blasenentleerung täglich einen Katheter einsetzen, so stellt dies ebenfalls eine unübliche Art und Weise der Notdurftverrichtung dar, weshalb die Hilflosigkeit dieser Lebensverrichtung erfüllt ist, obwohl es am Erfordernis effektiver Dritthilfe fehlt.<sup>3</sup> Eine praktische Nutzlosigkeit besteht etwa bei querschnittsgelähmten Personen, welche mittels einer Aufricht- und Stehhilfe, welche auf dem Rollstuhl montiert ist, aufstehen und absitzen können.<sup>4</sup>

Ist die selbständige Vornahme einer versicherten Leistung weder unüblich noch nutzlos, kann die versicherte Person, selbst wenn sie zugelassener Leistungserbringer wäre, die von ihr für sich selbst erbrachte versicherte Leistung nicht gegenüber dem Sozialversicherungsträger abrechnen (Verbot der Selbstabrechnung).<sup>5</sup> Zulässig ist demgegenüber die Abrechnung von versicherten Leistungen, welche ein als Leistungserbringer zugelassener Angehöriger für die versicherte Person erbringt.<sup>6</sup> Es genügt nicht, dass der Dienstleistungs-

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

<sup>1</sup> Vgl. Urteil des BGer i.S. Sch. vom 3. Februar 1988 E. 2d. A.A. Urteil des BGer 9C\_604/2013 vom 6. Dezember 2013 E. 5.4.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 106 V 158 E. 2b.

<sup>3</sup> Vgl. Urteil des BGer 8C\_674/2007 vom 6. März 2008 E. 6.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 117 V 146 E. 3b.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 133 V 416 E. 2-4.

<sup>6</sup> Vgl. Urteile des BGer i.S. X. vom 20. Dezember 1999 = RKUV 2000, 77 (betreffend ärztliche Behandlung durch den Ehegatten) bzw. i.S. X.

erbringer bzw. der Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt; die Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers besteht erst ab dem Zeitpunkt der Zulassung.<sup>7</sup>

Zwischen dem Verbot der Selbstabrechnung und der Zulässigkeit der Drittabrechnung – auch im innerfamiliären Verhältnis – besteht ein Spannungsverhältnis insoweit, als die versicherte Person aufgrund des Wahlrechts zwischen den zugelassenen Leistungserbringern berechtigt ist, die von ihr für sich selber erbrachten versicherten Leistungen durch einen zugelassenen Leistungserbringer ausführen zu lassen. Die «Auslagerung» von versicherten Leistungen führt zur Frage, ob versicherte Personen, welche in der Lage sind, versicherte Leistungen selbständig auszuführen, als Folge der Schadenminderungspflicht von ihrer Austauschbefugnis keinen Gebrauch machen dürfen.

Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht diese Frage noch nicht beantwortet. Mit Bezug auf die Schadenminderungspflicht von Angehörigen hat das Bundesgericht immerhin festgestellt, dass von den Angehörigen einer versicherten Person eine Mithilfe verlangt werden kann, die weiter geht als die ohne Gesundheitsschaden üblicherweise zu erwartende Unterstützung.<sup>8</sup> Im konkreten Einzelfall ist zu fragen, wie sich eine vernünftige Familiengemeinschaft einrichten würde, sofern keine Versicherungsleistungen zu erwarten wären. Vom einzelnen Angehörigen dürfen dabei nur solche Hilfeleistungen verlangt werden, die objektiv tatsächlich möglich und subjektiv zumutbar sind.<sup>9</sup> Zudem ist es unzulässig, den gesamten behinderungsbedingten Mehraufwand auf Angehörige zu überwälzen.<sup>10</sup>

Die zugelassenen Leistungserbringer sind insoweit verpflichtet, im konkreten Einzelfall zu überprüfen, ob entweder die versicherte Person oder allfällige Angehörige versicherte Leistungen auszuführen imstande sind und ob ihnen dies zumutbar ist. Dabei ist den anerkannten Leistungserbringern, insbesondere auch einer Spitex-Organisation, von der Natur der Sache her bei der Frage, was an Hilfestellung von den Familienangehörigen erwartet werden kann, ein vernünftiger und praktikabler Beurteilungsspielraum zuzugestehen.<sup>11</sup> Anerkannte Leistungserbringer sind insbesondere berechtigt, pflegende Angehörige anzustellen, wobei allerdings nur eine Anstellung für Grundpflegeleistungen

zulässig ist. Vor diesem Hintergrund ist einzelfallweise zu entscheiden, ob und inwieweit die Ausführung von versicherten Leistungen der versicherten Person und/oder ihren Angehörigen zumutbar ist.

### III. **Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen**

#### A. **Allgemeines**

Im Haftpflichtrecht ist anerkannt, dass entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen Dritter, welche die geschädigte Person als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses benötigt, zu entschädigen sind. Sofern die benötigten Drittleistungen entgeltlich erbracht worden sind, sind die entsprechenden Kosten zu entschädigen. Wurden die benötigten Drittleistungen unentgeltlich erbracht, sind entweder der Erwerbsausfall, den die Hilfsperson erleidet, oder die eingesparten Lohnkosten einer gleichwertigen Hilfskraft zu vergüten.<sup>12</sup>

Ersatzpflichtig sind auch indirekte Hilfeleistungen, insbesondere Bereitschafts- und Überwachungsleistungen. Vom Haftpflichtigen zu vergüten sind beispielsweise die «beständige Überwachung» nebst der Pflege eines Geschädigten durch die Ehefrau,<sup>13</sup> die von der Mutter erbrachten Bereitschafts- und Überwachungszeiten für ihre hirnerkrankte Tochter,<sup>14</sup> der zusätzlich zum Pflege- und Betreuungsaufwand notwendige Präsenzaufwand der Lebenspartnerin bei einem Geschädigten, der an einem schweren Schädel-Hirn-Trauma mit Hirnstamm-Kontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelverletzungen und diverse Frakturen leidet,<sup>15</sup> oder der Bereitschaftsaufwand der Tochter einer 86-jährigen Frau, die anlässlich eines Unfalls verletzt wurde (Fussknöchelbruch, Bänderriss sowie Kontusion des linken Knies).<sup>16</sup>

Es bestehen zwar noch Unklarheiten, in welchem Umfang die Ohnehinanwesenheit von Angehörigen im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen ist und ob die arbeitsrechtlichen Grundsätze zur Entschädigung des Bereitschaftsdienstes von Arbeitnehmern analog angewendet werden,<sup>17</sup> gleichwohl ist aner-

vom 20. Dezember 1999 = RUV 2000, 82 (betreffend ärztliche Behandlung durch einen Elternteil).

<sup>7</sup> Vgl. BGE 133 V 218 E. 6 und Urteil des BGer K 141/06 und K 145/06 vom 10. Mai 2007 E. 5.2.

<sup>8</sup> Statt vieler BGE 141 V 642 E. 4.3.2.

<sup>9</sup> Ibid. E. 4.3.3.

<sup>10</sup> Ibid. E. 4.3.2.

<sup>11</sup> Vgl. Urteil des BGer K 156/04 vom 21. Juni 2006 E. 4.2.

<sup>12</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.1 und E. 3.2 sowie 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/6/b/dd.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich E01/0/HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E.V., 10 ff. und V.2., 19 (4,5 Stunden pro Tag).

<sup>15</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 11 04163 vom 27. September 2006 = HAVE 2007, 35 ff. E. 8.2 sowie ferner HARDY LANDOLT, Präsenzzeitaufwandschaden bei Angehörigenpflege, Urteil OGer Luzern vom 27.9.2006 (11 04 163), HAVE 2007, 35 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 4.3.

<sup>17</sup> Weiterführend HARDY LANDOLT/SANDRO RUGGLI, Der Bereitschafts- (Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: Haftpflichtrecht Versicherungsrecht, Zürich 2010, 99 ff.

kannt, dass auch indirekte Hilfeleistungen, insbesondere die blossе Anwesenheit bzw. Überwachung oder die Instruktion der geschädigten Person, genauso wie Dienstleistungen an oder für die geschädigte Person zu entschädigen sind. Es besteht kein Grund, die arbeitsvertraglichen Entschädigungsgrundsätze nicht analog anzuwenden. Entsprechend sind Bereitschaftszeiten, welche die Hilfsperson bei sich zu Hause verbringt, um bei Bedarf einspringen zu können, bloss angemessen zu vergüten, während Bereitschaftszeiten der Hilfsperson in der Wohnung der geschädigten Person vollumfänglich entlohnt werden müssen.<sup>18</sup>

### B. Hauswirtschaftliche Selbstversorgungsleistungen

Im Gegensatz zur sozialversicherungsrechtlichen Praxis qualifiziert das Bundesgericht einen erhöhten Zeitaufwand im Zusammenhang mit der Erbringung von hauswirtschaftlichen Tätigkeiten in haftpflichtrechtlicher Hinsicht als ersatzfähig. Der Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts wird nicht bloss ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushaltshilfen erwachsen, die wegen des Ausfalls der haushaltführenden Person beigezogen werden. Auszugleichen ist vielmehr auch der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Zusätzlich zum erhöhten Zeitaufwand für die Erbringung der hauswirtschaftlichen Versorgungsleistungen, welche ohne Eintritt der haftungsbegründenden Ereignisse ohnehin erbracht worden wären, ist der Zeitaufwand für verletzungsbedingt notwendige hauswirtschaftliche Verrichtungen, etwa einen erhöhten Wäschebedarf oder Reinigungsaufwand, zu vergüten.<sup>19</sup>

### C. Pflegerische Selbstversorgungsleistungen

Nach der Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind demgegenüber weder der erhöhte Zeitaufwand im Zusammenhang mit alltäglichen Lebensverrichtungen noch der zusätzliche Zeitaufwand für Pflegeleistungen, welche die geschädigte Person selber ausführt, ersatzfähig.<sup>20</sup> Die Zürcher Richter begründen die Ungleichbehandlung damit, dass zwischen dem Pflege- und dem Haushaltschaden erhebliche Unter-

schiede bestünden und sich im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit des Selbstpflegeschadens heikle Abgrenzungsfragen stellen würden.<sup>21</sup>

Es ist zwar zutreffend, dass mit dem Haushaltschaden in der Regel die weggefallene oder zumindest eingeschränkte Arbeitskraft, hauswirtschaftliche Verrichtungen erbringen zu können, entschädigt wird und insoweit der Haushaltschadenersatz die Funktion eines Einkommensausfallsersatzes hat. Da das Bundesgericht aber auch die Ersatzfähigkeit eines erhöhten Zeitaufwandes für die Führung des bisherigen Validenhaushaltes als ersatzfähig qualifiziert und das Handelsgericht des Kantons Zürich ebenfalls von der Ersatzfähigkeit des pflegebedingten Haushaltsmehraufwandes ausgeht, ist es unzutreffend, den pflegebedingten Selbstversorgungsmehraufwand nicht als grundsätzlich ersatzfähig zu betrachten.

Es gibt keinen stichhaltigen Grund, den erhöhten Zeitaufwand für die Erbringung von Ohnehinleistungen, nicht aber den Zeitaufwand für die Erbringung von verletzungsbedingt notwendig werdenden Zusatzleistungen als ersatzfähig zu qualifizieren. Im handelsgerichtlichen Urteil wird explizit darauf hingewiesen, dass die Geschädigte vom Unfallversicherer eine Hilflösenentschädigung leichten Grades zugesprochen erhalten hat. Es entspricht denn auch konstanter Praxis des Bundesgerichts, im Falle einer Paraplegie eine leichte Hilflösigkeit anzunehmen.<sup>22</sup> Damit ist letztlich aber – sozialversicherungsrechtlich zumindest – nachgewiesen, dass querschnittsgelähmte Personen, auch wenn sie «nur» paraplegisch gelähmt sind, auf die Hilfe Dritter regelmässig und dauerhaft angewiesen sind, mithin einen Betreuungsschaden erleiden.

Es kommt hinzu, dass dasselbe Gericht in vergleichbaren Fällen einer Querschnittslähmung bzw. Paraplegie die Zweckmässigkeit und Angemessenheit der vollständigen Pflege und Betreuung durch den Lebenspartner und die nebenan wohnende Tochter nicht verneint.<sup>23</sup> Es sollte nicht der Zufall entscheidend sein, ob die geschädigte Person Angehörige hat, die bereit sind, die notwendigen Hilfeleistungen zu erbringen, bzw. diese erbringen, obwohl die geschädigte Person vereinzelte Verrichtungen – mit erhöhtem Zeitaufwand – selbständig vornehmen könnte.<sup>24</sup>

Es wäre deshalb angebracht, den gesamten verletzungsbedingten Hilfs-, Betreuungs- und Pflegebedarf

<sup>18</sup> Vgl. BGE 124 III 249 E. 3.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1, 29.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1, 29 ff.

<sup>21</sup> Ibid. 31.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 117 V 146 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.4/d/bb.

<sup>24</sup> Siehe dazu ferner BGE 35 II 216 E. 5 und Urteil KGer VS i.S. Henne-muth c. Luftseilbahn Betten-Bettmeralp AG und Schweizer Union vom 2. März/6. September 1979 = SG 1979 Nr. 136 E. 5a/bb und 5b/bb.

als ersatzfähig zu betrachten. Dem Umstand, dass die verletzte Person Ohnehinleistungen mit erhöhtem Zeitaufwand oder verletzungsbedingt notwendige Zusatzleistungen mit oder ohne erhöhten Zeitaufwand selber erbringt, ist erst im Rahmen der Vorteilsanrechnung Rechnung zu tragen. Von der geschädigten Person kann verlangt werden, dass sie die Zeit, die unter dem Titel weggefallene oder eingeschränkte Arbeitskraft als Haushaltschaden oder Einkommensausfall vergütet wird, für die Kompensation eines erhöhten oder zusätzlichen Zeitaufwandes verwendet.

In jedem Fall ist bei der Berechnung des zukünftigen Schadens zu berücksichtigen, dass die Fähigkeit zur Selbstversorgung mit zunehmendem Alter oder wegen verletzungsbedingter Spätfolgen wegfällt bzw. sich verringert. Das Handelsgericht des Kantons Zürich geht davon aus, dass ab Alter 60 gewisse Selbstpflegehandlungen nicht mehr möglich sind, weshalb sich der Fremdpflegeaufwand ab diesem Alter erhöht.<sup>25</sup> Ab einem Alter von 75 Jahren ist bei querschnittgelähmten Personen von einem überwiegend wahrscheinlichen Heimeintritt auszugehen, weshalb ab diesem Zeitpunkt keine Selbstversorgungsfähigkeit mehr besteht.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.2.7.3, 61 (Erhöhung um 2 Stunden pro Tag).

<sup>26</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8 c/bb.