



Ersatzpflicht für den Selbstversorgungsmehraufwand

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur. LL. M., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht sowie Haftpflichtrecht, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Heterogene Ersatzpflicht für Drittleistungen
 - A. Anspruchsberechtigte Person
 - B. Vergütungsfähige Dienstleistungen
- III. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen
 - A. Indirekte Hilfeleistungen von Drittpersonen
 - B. Selbstversorgungsleistungen
- IV. Haftungsrechtliche Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen
 - A. Indirekte Hilfeleistungen von Drittpersonen
 - B. Selbstversorgungsleistungen

I. Einleitung

Im Normalfall verhält es sich so, dass die gesundheitlich beeinträchtigte Person nicht mehr in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen und gegebenenfalls zusätzliche Dienstleistungen benötigt, die ebenfalls eine Drittperson erbringt. 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 selbstständig auszuführen, wobei die Ausführung mit oder ohne einem erhöhten Zeitaufwand möglich ist. In all diesen Fällen, in denen bei der gesundheitlich beeinträchtigten Person ein Selbstversorgungsmehraufwand entsteht, 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. Heterogene Ersatzpflicht für Drittleistungen

A. Anspruchsberechtigte Person

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Ersatzfähigkeit des Selbstversorgungsmehraufwandes und geht der Frage nach, inwieweit das Sozialversicherungs- und das Haftpflichtrecht diesbezüglich Ersatzpflicht vorsehen. Das Sozialversicherungsrecht des Bundes statuiert eine heterogene Ersatzpflicht für Drittleistungen. Die Heterogenität bezieht sich dabei sowohl auf die Anspruchsberichtigung als auch den Umfang der vergütungsfähigen Dienstleistungen. In der Regel wird die versicherte Person, die Hilfe, Betreuung oder Pflege benötigt, als anspruchsberechtigte Person betrachtet.

Die versicherte Person kann beispielsweise eine Hilflosenentschädigung (gemäss AHVG¹, IVG², UVG³ oder MVG⁴), einen Intensivpflegezuschlag,⁵ einen Assistenzbeitrag⁶ oder eine Pflegeentschädigung⁷ geltend machen. Die Drittperson, die Dienstleistungen erbringt, ist nur ausnahmsweise zur Geltendmachung berechtigt. So können betreuende und pflegende Angehörige von Personen, die in mittlerem oder schwerem Grad hilflos sind, Betreuungsgutschriften⁸ pro abgelaufenem Kalenderjahr beantragen. Das kantonale Sozialversicherungsrecht gewährt mitunter pflegenden Angehörigen eine Pauschalvergütung.⁹

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

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

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

4 Vgl. Art. 20 MVG.

5 Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG und Art. 39 Abs. 2 und 3 IVV.

6 Vgl. Art. 42^{quater} ff. IVG und Art. 39a ff. IVV

7 Vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1 UVG und Art. 18 UVV sowie Art. 25a KVG und Art. 7 ff. KLV.

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

9 Siehe z. B. Verordnung betreffend Beiträge an die unentgeltliche Pflege und Betreuung von dauernd pflegebedürftigen Personen zu Hause (Pflegebeitragsverordnung) vom 4. Dezember 2012 des Kantons Basel-Stadt.

Im Geltungsbereich des Schadenersatzrechtes und des Privatversicherungsrechtes kann nur die geschädigte bzw. versicherte Person Schadenausgleichsansprüche geltend machen. Drittpersonen, die sekundär geschädigt werden, können nur ausnahmsweise einen Haftungsanspruch fordern, so etwa die mutmasslich versorgte Person, wenn der Versorger widerrechtlich getötet worden ist,¹⁰ oder nahe Angehörige von verletzten oder getöteten Personen, die einen Schockschaden erleiden.¹¹

Pflegeleistungen können schliesslich nur von zugelassenen Leistungserbringern abgerechnet werden. Weder die versicherte Person noch ihre Angehörigen oder sonstige Dritte sind berechtigt, vom an sich leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger eine Entschädigung zu verlangen, wenn nicht zugelassene Personen versicherte Pflegeleistungen ausführen.¹² Eine Ausnahme besteht nur Wirkungsbereich der Unfallversicherung. Die obligatorische Unfallversicherung hat einen Beitrag an die Kosten von versicherten Pflegeleistungen, die von nicht zugelassenen Personen erbracht werden, zu erbringen.¹³

Bei vertraglichen Schadenausgleichsansprüchen bestehen keine Ausnahmen. Die diesbezüglichen Ansprüche stehen dem Versicherungsnehmer oder gegebenenfalls den versicherten Personen, nicht aber anderen Personen zu, selbst wenn diese Dienstleistungen erbringen, deren Kosten im Rahmen eines abgeschlossenen Privatversicherungsvertrages vergütet werden. Drittpersonen sind in solchen Fällen nur dann berechtigt, Leistung vom Versicherer zu fordern, wenn die anspruchsberechtigte Person den Schadenausgleichsanspruch abgetreten hat.

B. Vergütungsfähige Dienstleistungen

Grosse Unterschiede bestehen schliesslich auch in Bezug auf den Umfang der vergütungsfähigen Dienstleistungen. Sowohl im vertraglichen Schadenausgleichsrecht als auch im Haftungsrecht gilt der Grundsatz der Totalreparation. Die ersatzpflichtige Person hat den gesamten Schaden, insbesondere auch für sämtliche kausal notwendigen Dienstleistungen von Drittpersonen, zu vergüten. Die geschädigte Person ist finanziell letztlich so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung bzw. das haftungsbe gründende Ereignis nicht geschehen wäre.

Im Sozialversicherungsrecht demgegenüber gilt das Legalitätsprinzip. Nur solche Dienstleistungen, die der Gesetzgeber als vergütungsfähig bezeichnet hat, sind vom jeweiligen Sozialversicherungsträger abzugelten. Bei der Hilflosenentschädigung können beispielsweise nur Hilfeleistungen in Bezug auf die anerkannten sechs alltäglichen Lebensverrichtungen eine Hilflosigkeit begründen.¹⁴ Der Intensivpflegezuschlag wird gewährt, wenn der behinderungsbedingte Aufwand für Betreuung, Grund- und Behandlungspflege sowie persönliche Überwachung mindestens vier Stunden pro Tag übersteigt.¹⁵ Beim Assistenzbeitrag wiederum werden nicht nur Hilfeleistungen in Bezug auf die anerkannten sechs alltäglichen Lebensverrichtungen, sondern darüber hinaus zusätzliche Dienstleistungen anerkannt.¹⁶

Schliesslich wird bei der Pflegeentschädigung je nach dem anwendbaren Sozialversicherungssystem unterschieden, ob lediglich die medizinische Pflege oder auch nicht medizinische Pflegeleistungen (unter Ausschluss der Betreuung und der hauswirtschaftlichen Hilfe) vergütet werden. Im Geltungsbereich der obligatorischen Unfallversicherung ist lediglich die medizinische Pflege versichert,¹⁷ während im Anwendungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sämtliche Pflegeleistungen unter Einschluss Abklärung des Projektbedarfes, der Koordination der Pflegeleistungen sowie der Beratung der versicherten Person und ihrer Angehörigen gedeckt ist.¹⁸

III. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen

A. Indirekte Hilfeleistungen von Drittpersonen

1. Allgemeines

Dienstleistungen für die versicherte Person oder im Interesse der versicherten Person können völlig losgelöst von der versicherten Person erbracht werden, setzen in der Regel aber die Anwesenheit der versicherten Person voraus. Insbesondere Pflegeleistungen werden in der Regel an die versicherte Person und nicht nur für die versicherte Person erbracht. Grundpflegeleistungen beispielsweise stellen Tätigkeiten dar, welche die versicherte Person nicht mehr selber

10 Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR.

11 Vgl. BGE 142 III 433 ff. und 138 III 276 ff.

12 Siehe z. B. Art. 18 Abs. 1 UVV und Art. 7 Abs. 1 KLV.

13 Vgl. Art. 18 Abs. 2 lit. a UVV.

14 Statt vieler BGE 121 V 88 E. 3.

15 Vgl. Art. 39 IVV.

16 Vgl. Art. 39c IVV.

17 Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVV.

18 Vgl. Art. 7 Abs. 2 KLV.

ausführen kann.¹⁹ Bei gewissen Verrichtungen hilft die versicherte Person geringfügig bei der Erbringung der notwendigen Dienstleistung mit oder führt gegebenenfalls allfällige Instruktionen der anwesenden Drittperson aus. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Mithilfe der versicherten Person oder die instruktionsgemässe Ausführung durch die versicherte Person einen Grund für die Verweigerung oder Kürzung einer Versicherungsleistung für die Drittleistung darstellt.

2. Hilflosenentschädigung

Bei der Hilflosenentschädigung wird nicht nur die direkte Dritthilfe, sondern auch die indirekte Dritthilfe anerkannt.²⁰ Bei Lebensverrichtungen, die mehrere Teilfunktionen umfassen, ist nicht verlangt, dass die versicherte Person bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf. Vielmehr ist bloss erforderlich, dass sie bei einer dieser Teilfunktionen regelmässig in erheblicher Weise auf direkte oder indirekte Dritthilfe angewiesen ist.²¹ Eine indirekte Hilfsbedürftigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person von einer Drittperson entweder aufgefordert werden muss, eine relevante Lebensverrichtungen selber vorzunehmen, oder die Verrichtung durch die Drittperson überwacht werden muss.²²

Eine indirekte Hilfeleistung ist beispielsweise beachtlich, wenn die versicherte Person zwar die Notdurft einschliesslich Reinigung funktionsmässig an sich noch selber verrichten kann, aber dabei speziell überwacht werden muss, damit bei Bedarf, d. h. wenn die eigene Reinigung hygienischen Anforderungen nicht genügt, eingegriffen werden kann.²³ Auch eine nur kurze, aber regelmässig notwendige Nachkontrolle stellt eine erhebliche indirekte Dritthilfe dar.²⁴ Zur Lebensverrichtung Notdurft gehört auch das Ordnen der Kleider bzw. die Überprüfung, ob die Kleider nach der Notdurftverrichtung von der versicherten Person richtig geordnet worden sind.²⁵

Die indirekte Dritthilfe ist von der persönlichen Überwachungsbedürftigkeit²⁶ bzw. der dauernden persönlichen Überwachungsbedürftigkeit²⁷ abzugrenzen, die im Zusammenhang mit der Festlegung des Schweregrades der Hilflosigkeit zu berücksichti-

gen sind. Die Überwachungsbedürftigkeit bezieht sich nicht auf die alltäglichen Lebensverrichtungen.²⁸ Es handelt sich vielmehr um eine Art medizinischer oder pflegerischer Hilfeleistung, die infolge des physischen, geistigen oder psychischen Zustandes der versicherten Person notwendig ist.²⁹ Eine dauernde persönliche Überwachung setzt die Notwendigkeit einer auf die Person der versicherten Person bezogenen Überwachung durch eine damit betraute Person voraus, die gezielter ist als die kollektive Aufsicht. Das Erfordernis der Dauer bedingt indes nicht, dass die betreuende Person ausschliesslich an die überwachte Person gebunden ist, und hat auch nicht die Bedeutung von «rund um die Uhr», sondern ist als Gegensatz zu «vorübergehend».³⁰

Ein Hilfebedarf in Bezug auf lebenspraktische Tätigkeiten gilt als leichte Hilflosigkeit.³¹ Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet aber weder die (direkte oder indirekte) Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege noch die Überwachung, die bei der Festlegung des Schweregrades der Hilflosigkeit massgeblich sind. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar. Im Rahmen der lebenspraktischen Begleitung ist die direkte und die indirekte Dritthilfe ebenfalls zu berücksichtigen. Demnach kann die Begleitperson die notwendigerweise anfallenden Tätigkeiten auch selber ausführen, wenn die versicherte Person dazu gesundheitsbedingt trotz Anleitung oder Überwachung/Kontrolle nicht in der Lage ist.³²

Die elterliche Überwachung wird ebenfalls beim Intensivpflegezuschlag als versicherte Dienstleistung berücksichtigt. Eine dauernde Überwachungsbedürftigkeit wird pauschal mit zwei Stunden pro Tag, eine besonders intensive behinderungsbedingte Überwachung demgegenüber mit vier Stunden pro Tag angerechnet.³³ Ein dauernder Überwachungsbedarf besteht dann, wenn das versicherte Kind nicht bloss während bestimmter Stunden am Tag pflegerische Unterstützung benötigt, sondern darüber hinaus rund um die Uhr invaliditätsbedingt überwacht werden muss, sei es aus medizinischen Gründen (z. B. Gefahr epileptischer Anfälle), sei es infolge spezifischer geistiger Behinderungen oder bei Autismus.³⁴ Eine besonders intensive dauernde Überwachung setzt eine überdurchschnittlich hohe Aufmerksam-

19 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. Ziff. 1 KLV.

20 Vgl. BGE 121 V 88 E. 3c, 107 V 145 E. 1c, 107 V 136 E. 1b, 106 V 157 E. 2 und 105 V 52 E. 4a.

21 Statt vieler BGE 107 V 141 E. 1d.

22 Vgl. Urteil Bundesgericht I 908/05 vom 23. Juli 2007 E. 6.1.

23 Vgl. Urteil Bundesgericht i. S. H. vom 1. März 1988.

24 Vgl. Urteil Bundesgericht i. S. S. vom 13. Dezember 1991.

25 Vgl. BGE 121 V 88 E. 6a.

26 Vgl. Art. 37 Abs. 1 IVV.

27 Vgl. Art. 37 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. b IVV.

28 Vgl. ZAK 1984 S. 354 E. 2c.

29 Vgl. BGE 107 V 136 E. 1b.

30 Vgl. Urteil Bundesgericht 8C_912/2008 vom 5. März 2009 E. 3.2.3.

31 Vgl. Art. 37 Abs. 3 lit. e IVV.

32 Vgl. BGE 133 V 450 E. 10.2.

33 Vgl. Art. 39 Abs. 3 IVV.

34 Vgl. Urteil Bundesgericht 9C_666/2013 vom 25. Februar 2014 E. 8.2.

keit und ständige Interventionsbereitschaft der Betreuungsperson voraus.³⁵

3. Assistenzbeitrag

Beim Assistenzbeitrag werden die Anleitung, Kontrolle sowie Überwachung bei der Ausführung von versicherten Assistenzleistungen durch die versicherte Person ebenfalls berücksichtigt.³⁶ Ist die versicherte Person auf indirekte Assistenzleistungen angewiesen, wird der Hilfebedarf der Stufe 1 zugewiesen.³⁷ Ein Assistenzbedarf, der bereits als direkte oder indirekte Hilfe bei einer anderen Assistenzleistung berücksichtigt worden ist, kann nicht nochmals im Zusammenhang mit der ebenfalls als Assistenzleistung anerkannten Überwachung während des Tages bzw. der Nacht berücksichtigt werden.³⁸

4. Betreuungsgutschriften

Betreuungsgutschriften werden an Verwandte (Urgrosseltern, Grosseltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatte, Geschwister, Kinder, Stiefkinder und Enkelkinder) von versicherten Personen, bei denen mindestens eine Hilflosigkeit mittleren Grades vorliegt, ausgerichtet, sofern die betreuende Person nicht mehr als 30 km vom Wohnort der versicherten Person entfernt wohnt oder für die Zurücklegung des Weges nicht länger als eine Stunde benötigt.³⁹ Weder Gesetz noch Verordnung konkretisieren, welche Hilfeleistungen als eine Betreuung zu qualifizieren sind. Da Betreuungsgutschriften mindestens eine Hilflosigkeit mittelschweren Grades voraussetzen, können Betreuungsgutschriften nur solchen Drittpersonen gewährt werden, die eine direkte oder indirekte Hilfeleistungen in den betroffenen alltäglichen Lebensverrichtungen, welche die Hilflosigkeit begründen, erbringen.

5. Andere Versicherungsleistungen

Im Gegensatz zur Praxis bei der Hilflosenentschädigung, dem Assistenzbeitrag und den Betreuungsgutschriften wird die Mithilfe der versicherten Person bzw. die weisungsgemässe Ausführung durch die versicherte Person in Bezug auf andere Versicherungsleistungen nicht anerkannt. Benötigt die versicherte Person beispielsweise im Bereich Pflege gesellschaftliche Kontakte (Lektüre, Korrespondenz, Besuche und Anlässe) mit Ausnahme des Telefonierens die direkte oder indirekte Hilfe der Ehefrau, kann im Kontext mit der Integritätsentschädigung

nicht davon ausgegangen werden, dass die versicherte Person den Alltag nicht mehr selbstständig bewältigen kann.⁴⁰

B. Selbstversorgungsleistungen

1. Selbstständige Vornahme einer versicherten Leistung

Von den indirekten Hilfeleistungen Dritter bzw. der teilweisen Mitwirkung der versicherten Person an der Durchführung von versicherten Drittleistungen zu unterscheiden sind die Fälle, in denen die versicherte Person eine versicherte Leistung selbstständig ausführt bzw. für die selbstständige Verrichtung einen grösseren Zeitaufwand benötigt. Es fragt sich, ob die versicherte Person, obwohl sie nicht auf die Hilfe einer Drittperson angewiesen ist, gleichwohl eine Versicherungsleistung beanspruchen kann, die gewährt würde, wenn anstelle der versicherten Person eine Drittperson tätig wäre.

Das Bundesgericht gewährt versicherten Personen, die 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 muss⁴¹ oder die versicherte Person die Nahrung nur noch mit den Füessen aufnehmen kann.⁴² 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.⁴³ Eine praktische Nutzlosigkeit besteht etwa bei querschnittsgelähmten Personen, die mittels einer Aufricht- und Stehhilfe, die auf dem Rollstuhl montiert ist, aufstehen und absitzen können.⁴⁴

Ist die selbstständige 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

35 Ibid. E. 8.2.2.1

36 Vgl. Rz. 4005 1/16 Kreisschreiben über den Assistenzbeitrag (KSAB – gültig ab 1. 1. 2015; Stand 1. 1. 2019).

37 Vgl. Rz. 4011 KSAB.

38 Vgl. Rz. 4062 1/18 KSAB.

39 Vgl. Art. 52g AHVV.

40 Vgl. Urteil Bundesgericht 8C_505/2007 vom 28. Mai 2008 E. 4.2.

41 Vgl. Urteil Bundesgericht i. S. Sch. vom 3. Februar 1988 E. 2d. A. A. Urteil Bundesgericht 9C_604/2013 vom 6. Dezember 2013 E. 5.4.

42 Vgl. BGE 106 V 158 E. 2b.

43 Vgl. Urteil Bundesgericht 8C_674/2007 vom 6. März 2008 E. 6.

44 Vgl. BGE 117 V 146 E. 3b.

Selbstabrechnung).⁴⁵ Zulässig ist demgegenüber die Abrechnung von versicherten Leistungen, die ein als Leistungserbringer zugelassener Angehöriger für die versicherte Person erbringt.⁴⁶ Es genügt nicht, dass der Dienstleistungserbringer bzw. der Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt; die Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers besteht erst ab dem Zeitpunkt der Zulassung.⁴⁷

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, die in der Lage sind, versicherte Leistungen selbstständig auszuführen, als Folge der Schadenminderungspflicht von ihrer Austauschbefugnis kein 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.⁴⁸ 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.⁴⁹ Zudem ist es unzulässig, den gesamten behinderungsbedingten Mehraufwand auf Angehörige zu überwälzen.⁵⁰

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 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 zugestehen.⁵¹ Anerkannte Leistungserbringer sind insbesondere berechtigt, pflegende Angehörige anzustellen,⁵² wobei allerdings nur eine Anstellung für Grundpflegeleistungen zulässig ist.⁵³ Vor diesem Hintergrund ist einzelfallweise zu entscheiden, ob und inwieweit die Ausführung von versicherten Leistungen der versicherten Person und/oder ihren Angehörigen zumutbar ist.

2. Leistungspflicht für erhöhten Zeitaufwand

Kann die versicherte Person eine bestimmte Verrichtung zwar selbstständig, aber nur mit erhöhtem Zeitaufwand ausführen, stellt sich die Frage, ob dieser vom Sozialversicherungsträger vergütet werden muss. Die Problematik stellt sich beispielsweise bei versicherten Personen, die nicht erwerbstätig bzw. im angestammten Aufgabenbereich tätig gewesen sind. Dieser umfasst übliche Tätigkeiten im Haushalt sowie die Pflege und Betreuung von Angehörigen.⁵⁴ Die Rechtsprechung geht unter Hinweis auf die Schadenminderungspflicht bei nicht erwerbstätigen Versicherten davon aus, dass ein erhöhter Zeitaufwand, insbesondere vermehrt notwendige Pausen, nicht leistungserhöhend zu berücksichtigen sind, wenn die Besorgung der Aufgaben insgesamt noch möglich ist.⁵⁵ Im angestammten Aufgabenbereich tätige versicherte Personen sind insbesondere verpflichtet, die durch den Wegfall einer allfälligen Teilerwerbstätigkeit zur Verfügung stehende Zeit für die Erledigung von hauswirtschaftlichen Tätigkeiten zu nutzen.⁵⁶

Bei erwerbstätigen Personen wird die Notwendigkeit, vermehrte Pausen einzulegen bzw. nach einem eigenen Tempo zu arbeiten, bei der Arbeitsfähigkeit berücksichtigt.⁵⁷ Diese unterschiedliche Praxis ist nicht nur widersprüchlich, sondern verletzt das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot, da mehr Frauen als Männer im angestammten Aufgabenbe-

45 Vgl. BGE 133 V 416 E. 2–4.

46 Vgl. Urteile Bundesgericht i. S. X. vom 20. Dezember 1999 = RKUV 2000, S. 77 (betreffend ärztliche Behandlung durch den Ehegatten) bzw. i. S. X. vom 20. Dezember 1999 = RKUV 2000, S. 82 (betreffend ärztliche Behandlung durch einen Elternteil).

47 Vgl. BGE 133 V 218 E. 6 und Urteil Bundesgericht K 141/06 und K 145/06 vom 10. Mai 2007 E. 5.2.

48 Statt vieler BGE 141 V 642 E. 4.3.2.

49 Ibid. E. 4.3.3.

50 Ibid. E. 4.3.2.

51 Vgl. Urteil Bundesgericht K 156/04 vom 21. Juni 2006 E. 4.2

52 Vgl. Urteile Bundesgericht 9C_597/2007 vom 19. Dezember 2007 und K 156/04 vom 21. Juni 2006 = RKUV 2006, S. 303 E. 4.

53 Vgl. Urteil Bundesgericht 9C_187/2019 vom 18. April 2019 E. 3.

54 Vgl. Art. 27 Abs. 1 IVV.

55 Vgl. Urteile Bundesgericht I 42/03 vom 13. Dezember 2004 E. 2.3.4, I 497/01 vom 12. November 2001 E. 3/b/bb und I 407/92 vom 8. November 1993 E. 2c.

56 Vgl. Urteil Bundesgericht I 733/03 vom 6. April 2004 E. 5.2.3.

57 Vgl. z. B. Urteile Bundesgericht 9C_825/2016 vom 10. Juli 2017 E. 4.3, 9C_980/2008 vom 4. März 2009 E. 3.4, I 749/03 vom 26. Mai 2004 E. 3.1 und I 629/02 vom 2. Mai 2003 E. 4.3.

reich tätig sind bzw. hauswirtschaftliche, betreuerische und pflegerische Aufgaben übernehmen. Im Kontext mit einem behinderungsbedingtem Mehraufwand, der innerfamiliär regelmässig von weiblichen Angehörigen erbracht wird, geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung ebenfalls davon aus, dass eine blossе Erschwerung bzw. verlangsamte Vornahme von Lebensverrichtungen keine anspruchsbegründende Hilflosigkeit begründet.⁵⁸ Benötigt die versicherte Person für die Vornahme einer bestimmten erwerblichen oder nicht erwerblichen Tätigkeit wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen einen erhöhten Zeitaufwand, sollte die Ersatzfähigkeit nicht von der Art der Versicherungsleistung oder des Geschlechts einer allenfalls helfenden Person abhängig sein.

Als leichte Hilflosigkeit wird nicht nur die Hilfe von Drittpersonen bei der Ausführung von mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen, sondern auch eine aufwendige Pflege qualifiziert.⁵⁹ Im Kontext mit dem Tatbestand der besonders aufwendigen Pflege stellt sich die Frage, ob lediglich Dritt- oder auch Selbstpflegeleistungen zu berücksichtigen sind. Weder die Rechtsprechung noch die Verwaltungspraxis äussert sich explizit dazu. Da unübliche Selbstversorgungsleistungen im Zusammenhang mit alltäglichen Lebensverrichtungen als Hilflosigkeit anerkannt, sind auch Selbstpflegeleistungen zu berücksichtigen.

Ein täglicher Pflegeaufwand von mehr als zwei Stunden ist als besonders aufwendige Pflege zu qualifizieren, wenn erschwerende qualitative Momente mit zu berücksichtigen sind. Bei einem täglichen Pflegeaufwand von mehr als drei Stunden kann eine Pflege als aufwendig qualifiziert werden, wenn mindestens ein qualitatives Moment, z. B. eine pflegerische Hilfeleistung in der Nacht, hinzukommt. Ab einem täglichen Pflegeaufwand von vier Stunden bedarf es keines weiteren qualitativen Moments. Erschwerende qualitative Momente stellen beispielsweise ärztlich angeordnete Bewegungsübungen, die Notwendigkeit für eine Atemtherapie und Inhalationen, eine hochgradige Spastik, eine überaus empfindliche Hautpflege sowie pflegerische Hilfeleistungen in der Nacht (22.00–6.00 Uhr) dar.⁶⁰

IV. Haftungsrechtliche Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen

A. Indirekte Hilfeleistungen von Drittpersonen

Auch im haftungsrechtlichen Kontext stellt sich die Frage, ob indirekte Hilfeleistungen, unübliche oder nutzlose Selbstversorgungstätigkeiten sowie ein vermehrter Zeitbedarf für die Verrichtung von Tätigkeiten, die im Validitätsfall ausgeführt worden wären oder als Folge der Verletzung zusätzlich anfallen, ersatzfähig sind. Das Bundesgericht bejaht die Ersatzfähigkeit nicht nur von entgeltlich, sondern auch von unentgeltlich erbrachten Hilfeleistungen. Im ersten Fall sind die tatsächlichen Kosten der als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses notwendig gewordenen Hilfs-, Betreuungs- und Pflegeleistungen zu entschädigen. Werden die notwendigen Dienstleistungen unentgeltlich erbracht, sei es von Angehörigen oder auf freundschaftlicher Basis, sind die Kosten bei einer marktgerechten Entlohnung der dienstleistenden Personen heranzuziehen.⁶¹

Ersatzpflichtig sind auch indirekte Hilfeleistungen, insbesondere Bereitschafts- und Überwachungsleistungen. Vom Haftpflichtigen zu vergüten sind beispielsweise die «beständige Überwachung» nebst der Pflege eines querschnittgelähmten Geschädigten durch die Ehefrau,⁶² die von der Mutter erbrachten Bereitschafts- und Überwachungszeiten für ihre hirnerkrankte Tochter,⁶³ der zusätzlich zum Pflege- und Betreuungsaufwand notwendige Präsenzaufwand der Lebenspartnerin bei einem Geschädigten, der an einem schweren Schädel-Hirn-Trauma mit Hirnstammkontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelverletzungen und diverse Frakturen leidet,⁶⁴ oder der Bereitschaftsaufwand der Tochter einer 86-jährigen Frau, die anlässlich eines Unfalls verletzt wurde (Fussknöchelbruch, Bänderriss sowie Kontusion des linken Knies).⁶⁵

58 Vgl. Urteile Bundesgericht 9C_373/2012 vom 22. August 2012 E. 4.2, 8C_912/2008 vom 5. März 2009 E. 10.2 und I 127/00 vom 26. März 2001 E. 3b/dd sowie ZAK 1986 S. 481 E. 2b.

59 Vgl. Art. 37 Abs. 3 lit. c IVV und Art. 38 Abs. 4 lit. c UVV.

60 Vgl. Urteile Bundesgericht 8C_663/2016 vom 17. Januar 2017 E. 2.2.3, 8C_920/2013 vom 17. Juli 2014 E. 4.1 f., 8C_994/2010 vom 20. Juni 2011 E. 7.1, 8C_310/2009 vom 24. August 2009 E. 9.1 und I 633/00 vom 7. November 2001 E. 1.

61 Vgl. Urteil Bundesgericht 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.2 und 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/6/b/dd.

62 Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

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

64 Vgl. Urteil Obergericht des Kantons Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006 = HAVE 2007, S. 35 ff. E. 8.2 sowie ferner LANDOLT H., Präsenzzeit aufwandschaden bei Angehörigenpflege, Urteil OGer Luzern vom 27.9.2006 (11 04 163), in: HAVE 2007, S. 35 ff.

65 Vgl. Urteil Obergericht des Kantons Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 4.3.

Es bestehen zwar noch Unklarheiten, in welchem Umfang die Ohnehinanzwesenheit von Angehörigen im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen ist und ob die arbeitsrechtlichen Grundsätze zur Entschädigung des Bereitschaftsdienstes von Arbeitnehmern analog angewendet werden,⁶⁶ gleichwohl ist anerkannt, 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.⁶⁷

B. Selbstversorgungsleistungen

1. Hauswirtschaftliche Selbstversorgungsleistungen

Im Gegensatz zur sozialversicherungsrechtlichen Praxis qualifiziert das Bundesgericht einen erhöhten Zeitaufwand im Zusammenhang mit der Erbringung von hauswirtschaftlichen Tätigkeiten 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 Haushalt führenden 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.⁶⁸ Zusätzlich zum erhöhten Zeitaufwand für die Erbringung der hauswirtschaftlichen Versorgungsleistungen, die ohne Eintritt des haftungsbe gründenden Ereignissen ohnehin erbracht worden wären, ist der Zeitaufwand für verletzungsbedingt notwendige hauswirtschaftliche Verrichtungen,

etwa einen erhöhten Wäschebedarf oder Reinigungsaufwand, zu vergüten.⁶⁹

2. 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.⁷⁰ Die Zürcher Richter begründen die Ungleichbehandlung damit, dass zwischen dem Pflege- und dem Haushaltschaden erhebliche Unterschiede bestünden und sich im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit des Selbstpfleges Schadens heikle Abgrenzungsfragen stellen würden.⁷¹

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 Haushaltmehraufwandes 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. Es kommt hinzu, dass dasselbe Gericht in vergleichbaren Fällen eine Querschnittlähmung bzw. Paraplegie die Zweckmässigkeit und Angemessenheit der vollständigen Pflege und Betreuung durch den Lebenspartner und der nebenan wohnenden Tochter nicht verneint.⁷² 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 er-

66 Weiterführend LANDOLT H./RUGGLI S., Der Bereitschafts-(Präsenz-) und Überwachungsschaden, in: *Haftpflichtrecht Versicherungsrecht*. Band 1, Zürich 2010, S. 99 ff.

67 Vgl. BGE 124 III 249 E.3.

68 Vgl. BGE 127 III 403 E. 4b.

69 Vgl. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1, S. 29.

70 Vgl. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1, S. 29 ff.

71 Ibid. S. 31.

72 Vgl. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.4/d/bb

höhtem Zeitaufwand – selbstständig vornehmen könnte.⁷³

Es wäre deshalb angebracht, den gesamten verletzungsbedingten Hilfs-, Betreuungs- und Pflegebedarf 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.⁷⁴ Ab einem Alter von 75 Jahren ist bei querschnittgelähmten Personen von einem überwiegend wahrscheinlichen Heimeintritt auszugehen, weshalb ab diesem Zeitpunkt keine Selbstversorgungsfähigkeit mehr besteht.⁷⁵

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

74 Vgl. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.2.7.3, S. 61 (Erhöhung um 2 Stunden pro Tag).

75 Vgl. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8 c/bb.