

Hardy Landolt\*

# Entwicklungen beim Betreuungs- und Pflegeschaden

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Ersatzpflicht für den Betreuungs-, Pflege- und Selbstversorgungsschaden	2
	A. Betreuungs- und Pflegeschaden	2
	B. Selbstversorgungsschaden	4
III.	Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen	5
	A. Sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen	5
	B. Nicht sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen	9
	1. Allgemeines	9
	2. Individueller Betreuungs- und Pflegebedarf	9
	3. Wartezeiten	11
	4. Angehörigenbesuche	12
IV.	Monetäre Bewertung	13
	A. Tatsächliche Kosten	13
	B. Eingesparte Lohnkosten	14
	C. Schadenminderung und Vorteilsanrechnung	16
	1. Wirtschaftlichkeit der Betreuungs- und Pflegekosten	16
	2. Verlegung des Wohnsitzes ins billigere Ausland	16
	3. Eingesparte Lebenshaltungskosten	17
	4. Sozialversicherungsleistungen	18
	Literaturverzeichnis	20

## I. Einleitung

Die geschädigte Person, bei welcher als rechtserhebliche Folge eines haftungsbe-  
gründenden Ereignisses eine Hilfsbedürftigkeit eingetreten ist, kann gemäss  
Art. 46 Abs. 1 OR Ersatz der dadurch entstehenden Kosten verlangen. Je nach-  
dem, in welchem Lebensbereich die geschädigte Person Hilfe benötigt, entsteht  
ein unterschiedlicher Betreuungsschaden.

\* Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Benötigt die geschädigte Person zusätzlich im Rahmen der medizinischen Behandlung oder nach Abschluss derselben Pflegeleistungen, sind auch die dafür anfallenden Kosten zu vergüten.

Die Abgrenzung des Betreuungs- vom Pflegeschaden kann nicht genau vorgenommen werden, insbesondere weil der Übergang von der Grundpflege zu blossen Betreuungsleistungen, insbesondere der Hilfe im Haushalt, fließend ist<sup>1</sup>. Immerhin lässt sich eine Kategorisierung dahingehend vornehmen, dass der Betreuungsschaden sämtliche Hilfeleistungen umfasst, welche die geschädigte Person im Zusammenhang mit einem Verlust bzw. einer Einschränkung der Selbstversorgungsfähigkeit benötigt. Der Pflegeschaden demgegenüber beinhaltet sämtliche gesundheitsbedingt notwendigen medizinischen Massnahmen, welche üblicherweise von Pflegepersonal ausgeführt werden.

Ein Sonderfall stellt schliesslich die Situation dar, in welcher die geschädigte Person im Zusammenhang mit der Selbstversorgung oder der Vornahme einer Pflegeleistung an sich selber als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung, welche durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht worden ist, einen unfreiwilligen Zeitaufwand erleidet. In Abgrenzung zum Betreuungs- und Pflegeschaden kann dieser unfreiwillige Zeitaufwand als Selbstversorgungsschaden bezeichnet werden.

## II. Ersatzpflicht für den Betreuungs-, Pflege- und Selbstversorgungsschaden

### A. Betreuungs- und Pflegeschaden

Das Bundesgericht hat bereits im 19. Jahrhundert die Ersatzpflicht für den Betreuungs- und Pflegeschaden festgestellt<sup>2</sup>. Es spielt dabei keine Rolle, ob die von der geschädigten Person benötigten Drittleistungen von familienfremden Personen oder Angehörigen erbracht werden. Die familienrechtliche Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht stellt keine Liberalität für die ersatzpflichtige Person dar.

<sup>1</sup> Siehe dazu BGE 136 V 172 E. 2-5 und 131 V 178 E. 2.2 sowie Urteil des BGE 9C\_528/2012 vom 20. Juni 2013 E. 5.4.2.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 21, 1042 E. 5. Siehe ferner BGE 28 II 200 ff., 33 II 594 ff. und 35 II 216 ff.

Das Bundesgericht hat auf diesen Umstand in jüngster Zeit mehrfach hingewiesen<sup>3</sup>, obwohl es bereits 1895 die häusliche Pflege durch die Ehefrau als ersatzfähig bezeichnet hat<sup>4</sup>.

Gewiss können von der geschädigten Person nur die Dienstleistungen von Angehörigen geltend gemacht werden, welche diese wegen des haftungsbegründenden Ereignisses erbringen. Nicht ersatzfähig sind Angehörigenleistungen, die auch dann erbracht worden wären, wenn sich der Haftungstatbestand nicht verwirklicht hätte. Die Abgrenzung der ohnehin von den zusätzlich als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erbrachten Angehörigenleistungen betrifft vor allem geschädigte Kinder<sup>5</sup>. Bei Erwachsenen ist die Problematik des Ohnehinschadens gering, da in einem gemeinsamen Haushalt primär hauswirtschaftliche Tätigkeiten, nicht aber Betreuungs- und Pflegeleistungen für andere Angehörige erbracht werden<sup>6</sup>.

Lediglich bei älteren Geschädigten stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses bereits hilfsbedürftig gewesen sind. Leidet die geschädigte Person an einer Altersdemenz, die innerhalb von 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte, besteht keine Ersatzpflicht ab diesem Zeitpunkt<sup>7</sup>. War die geschädigte Person demgegenüber noch nicht hilfsbedürftig, rechtfertigt es sich nicht, von einer (späteren) Ohnehinpflegebedürftigkeit auszugehen.

Das Durchschnittsalter beim Eintritt in ein Pflegeheim beträgt 81,5 Jahre<sup>8</sup>. Ende 2019 wurden in den 1'563 Alters- und Pflegeheimen der Schweiz 90'342 Langzeitaufenthalter gezählt. Die 2'339 Spitex-Dienste (Hilfe und Pflege zu Hause) erbrachten zudem Leistungen für 394'444 Personen. Von 100 Personen ab 80 Jahren hielten sich 15 in einem Alters- und Pflegeheim auf und 29 erhielten Pflege zu

<sup>3</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.4-2.6 und 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/7b.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 21, 1042 E. 5 und 28 II 200 E. 5.

<sup>5</sup> Der durchschnittliche Betreuungsaufwand für ein Kind wird im Rahmen der schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) erhoben. Den im Internet veröffentlichten Tabellen kann der durchschnittliche Betreuungsaufwand eines Kindes bzw. mehrerer Kinder je nach Alterskategorie entnommen werden <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeits-erwerb/unbezahlte-arbeit/haus-familienarbeit.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeits-erwerb/unbezahlte-arbeit/haus-familienarbeit.html)>, zuletzt besucht am 15.02.2021. Siehe dazu ferner Anhang III Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) (gültig ab 1. Januar 2015/Stand: 1. Januar 2021).

<sup>6</sup> In den vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Tabellen betreffend Haus- und Familienarbeit wird zwar auch der Zeitaufwand für die Betreuung und Pflege von Erwachsenen ausgewiesen, aber nicht differenziert, für welche Personen diese Leistungen erbracht werden. Zudem betrifft dieser Aufwand im Zeitpunkt des Haftungsereignisses bereits hilfsbedürftig gewesene Personen, nicht aber den Geschädigten.

<sup>7</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 3.4 und 3.5.

<sup>8</sup> Siehe dazu <[www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/12375\\_7294\\_4424\\_7264/20400.html](http://www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/12375_7294_4424_7264/20400.html)>, zuletzt besucht am 15.02.2021.

Hause. 76% der Personen in Alters- und Pflegeheimen waren 80-jährig oder älter<sup>9</sup>. Der Betreuungs- und Pflegebedarf der Heimbewohner variiert zudem beträchtlich, weshalb keine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die geschädigte Person ab dem 80. Altersjahr ohnehin hilfs- bzw. pflegebedürftig gewesen wäre.

## B. Selbstversorgungsschaden

Das Handelsgericht Zürich hat in einem Urteil aus dem Jahr 2018 die Ersatzpflicht für den Selbstversorgungsschaden verneint. Die Begründung geht dahin, dass der für die Selbstversorgung benötigte zeitliche Mehraufwand lediglich zulasten der Freizeit entsteht und die geschädigte Person aufgrund der Schadenminderungspflicht gehalten ist, die Zeitersparnis im Zusammenhang mit einer Hausarbeits- oder Erwerbsunfähigkeit für einen allfälligen Selbstversorgungsmehraufwand zu verwenden. Dieser Argumentation kann grundsätzlich beigelegt werden, doch ist zu berücksichtigen, dass die geschädigte Person mit zunehmendem Alter oder zusätzlich auftretenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen regelmässig nicht mehr in der Lage ist, sich selber – auch mit einem vermehrten Zeitaufwand – zu versorgen.

Das Handelsgericht Zürich geht davon aus, dass sich eine querschnittsgelähmte Person spätestens mit Erreichen des 70. Altersjahres in Heimpflege begibt<sup>10</sup>. Entsprechend wandelt sich der Selbstversorgungs- in einen Betreuungs- und Pflege-schaden um wofür Ersatz zu leisten ist. Irritierend ist sodann, dass sozialversicherungsrechtlich eine Leistungspflicht für unübliche Selbstversorgungsleistungen besteht<sup>11</sup>. Die geschädigte Person ist zudem – im Rahmen der Schadenminderungspflicht – nicht verpflichtet, alle Hilfeleistungen, welche sie selber, wenn auch mit einem unter Umständen erheblichen zeitlichen Mehraufwand oder nicht in derselben Qualität auszuführen im Stande ist, zu erbringen bzw. auf den Beizug von Hilfspersonen zu verzichten.

Es wäre deshalb angebracht, die grundsätzliche Ersatzpflicht des Selbstversorgungsschadens anzuerkennen und im jeweiligen konkreten Schadenfall eine Reduktion des Schadenersatzes vorzunehmen, wenn die geschädigte Person als Folge einer Hausarbeits- oder Erwerbsunfähigkeit eine Zeitersparnis hat und ihr zuge-

<sup>9</sup> Vgl. <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/medienmitteilungen.assetdetail.14817268.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/medienmitteilungen.assetdetail.14817268.html)>, zuletzt besucht am 15.02.2021.

<sup>10</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1.

<sup>11</sup> Siehe BGE 121 V 88 E. 6b und c.

mutet werden kann, diese für die benötigte Selbstversorgung zu verwenden<sup>12</sup>. In Analogie zur zeitlichen Kongruenz ist die Zeitersparnis, welche als Haushalt- oder Erwerbsausfallschaden abgegolten wird, aber nur in dem Umfang anzurechnen, wie die geschädigte Person Selbstversorgungsleistungen in den Zeiträumen vornimmt, während welchen sie sich um den Haushalt gekümmert hätte oder einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre.

### III. Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen

#### A. Sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen

Als Folge des Sozialversicherungsregresses hat die haftpflichtige Person dem Sozialversicherungsträger, welcher im Zusammenhang mit dem haftungsbegründenden Ereignis Betreuungs- und Pflegeleistungen vergütet hat, direkt Ersatz zu leisten. Die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht ist sowohl für Betreuungs- als auch Pflegeleistungen heterogen. Der Sozialversicherungsgesetzgeber ist zudem – vor allem im Pflegebereich – nicht untätig und hat in den vergangenen Jahren zahlreiche Änderungen vorgenommen und zusätzliche Versicherungsleistungen geschaffen.

Seit dem Inkrafttreten des KVG am 1. Januar 1996 sind die krankheits- und unfallbedingten Pflegekosten obligatorisch versichert. Soweit die geschädigte Person dem UVG unterstellt ist, ist der Unfallversicherer prioritär für die unfallbedingte Pflege und nichtmedizinische Hilfe leistungspflichtig<sup>13</sup>. Die von einer gesundheitlich beeinträchtigten Person benötigten Betreuungsleistungen sind demgegenüber nicht umfassend sozialversichert. Hilfsbedürftige Personen erhalten unterschiedliche Versicherungsleistungen, insbesondere eine Hilflosenentschädigung. Personen, denen eine Hilflosenentschädigung seitens der IV gewährt wird, können seit dem 1. Januar 2012 sodann einen Assistenzbeitrag beanspruchen, soweit sie Assistenzpersonen angestellt haben. Der Assistenzbeitrag steht demgegenüber anderen geschädigten Personen nicht zu. Angehörige, welche Personen, die hilfsbedürftig sind, betreuen, können seit dem 1. Januar 1997 Betreuungsgutschriften beantragen.

<sup>12</sup> Siehe dazu LANDOLT, Selbstversorgungsmehraufwand, 217 und DERS., Selbstversorgungsleistungen, 357 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 18 UVV.

Die Grundstrukturen dieses unübersichtlichen und komplexen Pflegeversicherungssystems werden sowohl vom Gesetzgeber als auch der Rechtsprechung laufend modifiziert. Haftungsrechtlich von Bedeutung sind unter anderem folgende Anpassungen:

- Das Bundesgericht hat im Jahr 2006 festgestellt, dass pflegende Angehörige von einem zugelassenen Leistungserbringer angestellt werden können<sup>14</sup>. Das Bundesgericht präzisierte unlängst, dass die Anstellung nur für Grundpflegeleistungen, nicht aber Behandlungspflegeleistungen möglich ist, sofern die angehörige Person nicht über ein Pflegefachdiplom verfügt<sup>15</sup>. In einem Schadenfall muss deshalb die Möglichkeit einer (späteren) Anstellung von pflegenden Angehörigen der geschädigten Person berücksichtigt werden<sup>16</sup>.
- Per 1. Januar 2011 wurde die krankenversicherungsrechtliche Leistungspflicht mit Bezug auf Pflegeleistungen neu geregelt. Die versicherte Person ist seither verpflichtet, einen Anteil, der auf 20% des höchsten vom Bundesrat erlassenen Rahmentarifes beschränkt ist, an die Pflegekosten beizutragen. Aktuell beläuft sich der Pflegekostenselbstbehalt bei einer ambulanten Pflege auf CHF 5'444.52 pro Jahr, bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim demgegenüber auf CHF 8'409.60<sup>17</sup>. Es ist nicht absehbar, wie sich die Höhe des Pflegekostenselbstbehalts inskünftig entwickeln wird. Gilt demgegenüber das UVG, hat die geschädigte Person (vorderhand) keinen derartigen Pflegekostenselbstbehalt zu tragen; es gilt das Naturalleistungsprinzip, weshalb der Versicherungsträger, wenn er die unfallbedingten Pflegeleistungen nicht selber erbringt, diese dem Leistungserbringer vollumfänglich zu vergüten hat<sup>18</sup>.
- Die Leistungspflicht des Unfallversicherers für Pflegekosten wurde im Rahmen der Teilrevision des UVG, welche am 1. Januar 2017 in Kraft trat, ausgeweitet. Der bis zum 31. Dezember 2016 gültig gewesene Art. 18 UVV war staatsvertragswidrig, weshalb der Bundesrat eine Anpassung der Gesetzesbestimmung vorgeschlagen hatte. Nunmehr ist der Unfallversicherungsträger verpflichtet, die Kosten der unfallbedingten Pflegeleistungen, sofern sie von einem zugelassenen Leistungserbringer erbracht werden, vollumfänglich zu vergüten. Er hat zudem einen Beitrag an die Kosten der Pflegeleistungen,

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des BGER K 156/04 vom 21. Juni 2006 = SVR 2006 KV Nr. 37, 141 E. 3.2. Siehe ferner Urteil des BGER 9C\_597/2007 vom 19. Dezember 2007.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 145 V 161 E. 5.

<sup>16</sup> Dazu infra Ziffer IV/C/4/a.

<sup>17</sup> Siehe Art. 25a KVG und Art. 7a KLV.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil des BGER 8C\_569/2019 vom 28. August 2020 (BGE-Publikation).

welche von nicht zugelassenen Leistungserbringern, insbesondere Angehörigen der versicherten Person, ausgeführt werden, sowie die durch die Hilflosenentschädigung nicht gedeckten Kosten der medizinischen Hilfe zu vergüten<sup>19</sup>. Das Bundesgericht hat 2019 klargestellt, dass die neue Verordnungsbestimmung auch für altrechtliche Unfälle anwendbar ist und der Unfallversicherungsträger von Amtes wegen verpflichtet ist, die Bestimmungen zur Anwendung zu bringen bzw. altrechtliche Pflegekostenverfügungen anzupassen<sup>20</sup>.

- Das Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 20. Dezember 2019<sup>21</sup> ist teilweise bereits am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Seither besteht der Anspruch auf Betreuungsgutschriften auch bei einer Hilflosigkeit leichten Grades. Zudem werden die Hilflosenentschädigung und der Intensivpflegezuschlag der IV inskünftig bei einem Spitalaufenthalt des Kindes nicht mehr sistiert, wenn die Anwesenheit der Eltern im Spital erforderlich ist. Der neu eingeführte 14-wöchige Betreuungsurlaub wird erst ab dem 1. Juli 2021 in Kraft treten. Der Lohn während des Betreuungsurlaubs wird über die EO finanziert; das EOG schliesst das Regressrecht nicht aus, weshalb der Haftpflichtige die durch das haftungsbegründende Ereignis verursachten Lohnkosten zu ersetzen hat.
- Ebenfalls am 1. Januar 2021 ist die Revision des ELG in Kraft getreten. Die Ergänzungsleistungen decken die von den prioritär leistungspflichtigen Sozialversicherungsträgern nicht übernommenen Betreuungs- und Pflegekosten. Die ungedeckten Heimaufenthaltskosten werden im Rahmen der jährlichen Ergänzungsleistung finanziert<sup>22</sup>, während die ungedeckten Betreuungs- und Pflegekosten bei einem Aufenthalt zu Hause oder einem vorübergehenden, maximal dreimonatigen Heimaufenthalt im Rahmen der Vergütung der Krankheits- und Behinderungskosten durch die Kantone zu tragen sind<sup>23</sup>. Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen besteht neu erst dann, wenn der massgebliche Vermögensschwellenwert von CHF 100'000 bei alleinstehenden Personen bzw. CHF 200'000 bei verheirateten Personen unterschritten wird<sup>24</sup>. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, ein Regressrecht zulasten der Haftpflichtigen einzuführen, sieht inskünftig aber ein Rückgriffsrecht auf die Erben der versicherten

<sup>19</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des BGer 8C\_706/2019 vom 28. August 2020.

<sup>21</sup> AS 2020 4525.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 ELG.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 14 ELG.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 9a Abs. 1 ELG.

Person vor, wenn der Nachlass – beim Tod des überlebenden Ehegatten – der versicherten Person über CHF 40'000 liegt<sup>25</sup>. Die Koordination der Ergänzungsleistungen mit der haftungsrechtlichen Ersatzpflicht wird durch dieses Rückgriffsrecht um eine Nuance komplexer, sofern und soweit Ergänzungsleistungen, welche für ungedeckte Pflegekosten in der Vergangenheit erbracht worden sind, bei der Schadensberechnung angerechnet werden<sup>26</sup>.

Die sozialversicherten Betreuungs- und Pflegeleistungen werden unterschiedlich finanziert. Der Gesetzgeber entlastet die Versicherungsträger zunehmend von der vollumfänglichen Finanzierungslast. Wie bereits erwähnt wurde die krankenversicherungsrechtliche Leistungspflicht hinsichtlich der Pflegekosten per 1. Januar 2011 angepasst. Seither ist der Krankenversicherer nicht mehr verpflichtet, die gesamten Kosten der versicherten Pflegeleistungen zu tragen. Die Kantone haben die durch den Beitrag des Krankenversicherers und den Pflegekostenselbstbehalt der versicherten Person nicht gedeckten Pflegekosten zu finanzieren. Die meisten Kantone nehmen diese Finanzierung so vor, dass sie den Leistungserbringern staatliche Finanzhilfen (Restkostenbeiträge) gewähren.

Das sozialversicherungsrechtliche Regressrecht gemäss Art. 72 ATSG steht den Kantonen nicht zu, da sie keine Sozialversicherungsträger sind. Zudem kann das Rückgriffsrecht nur für Versicherungsleistungen, nicht aber staatliche Finanzhilfen geltend gemacht werden. Der Gesetzgeber sah sich deshalb veranlasst, mit Wirkung ab dem 1. Januar 2019 ein Rückgriffsrecht zugunsten der Kantone für Spital- und Pflegekosten einzuführen<sup>27</sup>. Staatliche Finanzhilfen werden von den Kantonen auch bei einem Aufenthalt in einer Institution zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen erbracht<sup>28</sup>. Für die diesbezüglichen staatlichen Finanzhilfen besteht – wie für Ergänzungsleistungen, welche durch Steuern finanziert werden – (vorderhand) noch kein Rückgriffsrecht. In Anbetracht der stark steigenden Pflegekosten ist es absehbar, dass Bund und Kantone das Rückgriffsrecht für von ihnen mittels Subventionen und Steuern finanzierte Betreuungs- und Pflegekosten ausweiten werden. Ob dabei die Kantone berechtigt sind, Rückgriffsrechte für Pflegekosten einzuführen, welches sie gemäss Bundesrecht zu finanzieren verpflichtet sind, sei dahingestellt.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 16a ELG.

<sup>26</sup> Dazu infra Ziffer IV/4/b.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 79a KVG.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 IFEG.

## B. Nicht sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen

### 1. Allgemeines

Die geschädigte Person kann für die durch Sozialversicherungsleistungen und staatliche Beiträge noch nicht entschädigten Betreuungs- und Pflegeleistungen Ersatz verlangen. Zu den ungedeckten Betreuungs- und Pflegeleistungen zählen insbesondere Angehörigenleistungen und ein erheblicher Anteil der Betreuungsleistungen, für welche die geschädigte Person keine Sozialversicherungsleistungen oder blosses Pauschalen erhält, wie das etwa bei der Hilflosenentschädigung und dem Intensivpflegezuschlag der Fall ist. Die Klärung, welche Hilfeleistungen noch nicht durch Sozialversicherungsleistungen abgegolten worden sind, ist deshalb nicht immer einfach und setzt in jedem Fall voraus, dass der individuelle Bedarf der geschädigten Person festgestellt wird.

### 2. Individueller Betreuungs- und Pflegebedarf

Im Gegensatz zum Haushaltschaden existieren beim Betreuungs- und Pflegeschaden keine statistischen Erfahrungswerte hinsichtlich des durchschnittlichen Zeitbedarfs. Da jede Verletzung je nach den Umständen einen unterschiedlichen Betreuungs- und Pflegebedarf zur Folge haben kann, betont das Bundesgericht zutreffend, dass «kein Weg daran vorbeiführt», den jeweiligen Betreuungs- und Pflegebedarf «individuell und konkret» zu ermitteln<sup>29</sup>.

Die geschädigte Person hat zudem den als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses verursachten Betreuungs- und Pflegebedarf hinreichend zu substantiieren. Dies gilt insbesondere auch für die Notwendigkeit von und den Umfang der benötigten Präsenzleistungen<sup>30</sup>. Der Detaillierungsgrad hat dabei so zu sein, dass das zuständige Gericht ein Beweisverfahren durchführen kann. Da die haftungsrechtliche Ersatzpflicht – insbesondere bei den Betreuungsleistungen – über die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht hinausgeht, genügt es nicht, wenn im Haftpflichtprozess lediglich die sozialversicherungsrechtlichen Bedarfsabklärungen eingereicht werden.

Für eine gehörige Irritation hat das Bundesgericht mit einem neuen Entscheid gesorgt, als es im Zusammenhang mit der Feststellung des zukünftigen Pflegebedarfs den kantonalen Entscheid, es liege eine Beweislosigkeit vor, weil nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könne, wie sich der zukünftige

<sup>29</sup> Urteil des BGer 4A\_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 1.3.4.2.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_547/2017 vom 16. April 2018 E. 5.2.2.

Pflegebedarf entwickle, geschützt hat<sup>31</sup>. Es ist sicher zutreffend, dass bei vielen Beschwerdebildern nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (auf Jahrzehnte hinaus) abgeschätzt werden kann, wie sich der Betreuungs- und Pflegebedarf entwickeln wird und ob/wann gegebenenfalls Veränderungen eintreten werden. In einem solchen Fall liegt aber keine Beweislosigkeit, sondern ein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR vor. Kann der konkrete Verlauf der Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, hat das zuständige Gericht einen hypothetischen Verlauf nach Massgabe medizinischer Erfahrungswerte zugrunde zu legen.

Existieren keine derartigen Erfahrungswerte, wie das gemäss dem Bundesgericht für querschnittsgelähmte Personen der Fall ist, ist aber erfahrungsgemäss davon auszugehen, dass sich der Pflegebedarf mit zunehmendem Alter durchschnittlich erhöht, besteht keine Beweislosigkeit, sondern eine Verpflichtung des Gerichtes, die zukünftige Entwicklung abzuschätzen. Das Bundesgericht betont, dass die Rechtsdurchsetzung – mithin auch der Schadensersatzanspruch – nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten<sup>32</sup>. Beim Nachweis des zukünftigen Betreuungs- und Pflegebedarfes bestehen in mehrfacher Hinsicht typische Beweisschwierigkeiten.

Im Zusammenhang mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden bestehen diese nicht nur in Bezug auf den Zeitpunkt und den Umfang einer allfälligen Verschlechterung des Gesundheitszustandes, welche den Betreuungs- und Pflegebedarf erhöhen. Ebenso bestehen keine Erfahrungswerte dazu, wie lange es der geschädigten Person oder gegebenenfalls den Angehörigen möglich ist, die benötigten Pflegeleistungen zu erbringen, wann ein Pflegeheimtritt erfolgt und wie sich die ungedeckten Pflegekosten zukünftig entwickeln. Auf all diese Fragen können weder mit hinreichender Sicherheit noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit evidenzbasierte Antworten gegeben werden.

In Anwendung von Art. 42 OR hat das Gericht eine Schätzung aufgrund der verfügbaren Indizien vorzunehmen, nicht zuletzt deshalb, weil die ersatzpflichtige Person die typischen Beweisschwierigkeiten verursacht hat und dafür verantwortlich ist. So wird beispielsweise vom Handelsgericht des Kantons Zürich davon ausgegangen, dass sich selbst pflegende Geschädigte mit Erreichen des 75. Altersjahres ihre Selbstpflegefähigkeit verlieren<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.4–4.6.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa und Urteil des BGer 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003 E. 3.

<sup>33</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8c.

Dasselbe Gericht mutmasst, dass pflegende Angehörige spätestens mit Erreichen bereits des 70. Altersjahres nicht mehr in der Lage sind, die bisherigen Pflegeleistungen zu erbringen<sup>34</sup>, und schätzt die zukünftige Entwicklung der Pflegekosten<sup>35</sup> ab.

### 3. Wartezeiten

Zum entschädigungspflichtigen Bedarf zählen dabei nicht nur Dienstleistungen, welche aktiv ausgeführt werden. Ist die geschädigte Person auf die blossе Anwesenheit einer Hilfsperson angewiesen, muss diese aber nicht ständig Verrichtungen für oder an der geschädigten Person ausüben, sind die dadurch entstehenden Wartezeiten ebenfalls zu vergüten. Es besteht dafür noch keine einheitliche Praxis. Die kantonalen Gerichte haben zwar die grundsätzliche Ersatzpflicht des Überwachungs- bzw. Präsenzschadens bestätigt, aber noch keine klaren Grundsätze herausgearbeitet, welcher Zeitaufwand zu entschädigen ist und welche Stundenansätze dafür heranzuziehen sind<sup>36</sup>.

Da die geschädigte Person in die Lage versetzt werden muss, die benötigte Überwachung vergüten zu können, sind die Wartezeiten der Hilfsperson analog der arbeitsvertraglichen Praxis zum Pikett- bzw. Bereitschaftsdienst zu entschädigen<sup>37</sup>. Entsprechend sind die Wartezeiten, welche die Hilfsperson in Rufbereitschaft bei der geschädigten Person verbringt, voll zu entschädigen<sup>38</sup>, während andere Wartezeiten der Hilfsperson, wenn sie beispielsweise bei sich zu Hause auf Abruf bereit ist, lediglich angemessen zu vergüten sind<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI.

<sup>35</sup> Ibid., 44.

<sup>36</sup> Vgl. Urteile des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8 (Ersatzpflicht bejaht für 182.5 Stunden Präsenzaufwand im Monat bei einer Paraplegikerin) und HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394, E. V/2, 18 ff. (4.5 Stunden Präsenzzeit pro Tag bei einer Geschädigten mit schwerem Schädel-Hirn-Trauma) sowie Urteil des Obergerichts Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006 = HAVE 2007, 35 ff. E. 8.2 (Pflege- und Betreuungsaufwand eines Geschädigten mit schwerem Schädel-Hirntrauma mit Hirnstamm-Kontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelerletzungen sowie weitere Frakturen von 5 Stunden pro Tag und einem zusätzlichen Präsenzzeitbedarf von 5.5 Stunden pro Tag unter Berücksichtigung einer vom Geschädigten im Gerichtsverfahren anerkannten Ohnehin-Anwesenheit seiner Lebenspartnerin/Ehefrau von täglich 8.5 Stunden) und Urteil des Obergerichts Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 4.3 (86-jährige Geschädigte nach linkem Fussknöchelbruch, Bänderriss sowie einer Kontusion des linken Knies; Betreuung durch Tochter, Lohnausfall vier Tage pro Woche).

<sup>37</sup> Siehe dazu BGE 124 III 249 E. 3.

<sup>38</sup> So auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.7d.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 124 III 249 E. 3b.

#### 4. Angehörigenbesuche

Unklar ist schliesslich die Ersatzfähigkeit von Angehörigenbesuchen. Die ältere Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für die Kosten und einen allfälligen Erwerbsausfall besuchender Angehöriger bejaht<sup>40</sup>. Eine «Normativierung» des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, als er auch eine Ersatzpflicht für den blossen Zeitaufwand der Mutter eines schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Weges vom und ins Spital bejahte und die Besuchszeit zum Haushaltstundenansatz berechnete<sup>41</sup>.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 den vom Vater eines geschädigten Kindes geltend gemachten Besuchsschaden (Erwerbsausfall) abgewiesen, der Mutter des geschädigten Kindes allerdings einen Besuchsschaden (Haushaltsschaden während der Besuchszeiten) zugesprochen<sup>42</sup>. Seither besteht eine Irritation, ob und inwieweit der Besuchsschaden ersatzfähig ist<sup>43</sup>.

Sowohl die geschädigte Person als auch ihre nahen Angehörigen haben einen grund- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Anspruch auf hinreichenden Kontakt während der Hospitalisationphase<sup>44</sup> und gegebenenfalls auch später, wenn die Hausgemeinschaft zwischen der geschädigten Person und nahen Angehörigen als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses hat aufgelöst werden müssen und sich die geschädigte Person beispielsweise in einem Heim aufhält oder in einer anderen (behindertengerechten) Wohnung lebt.

Wie bei den Betreuungs- und Pflegeleistungen ist deshalb auch der blosser Zeitaufwand von Besuchen, auch wenn er nicht unmittelbar mit einem Erwerbsausfall verbunden ist, zu entschädigen, mindestens in dem Umfang, wie die besuchende angehörige Person hauswirtschaftliche Tätigkeiten ausgeführt hätte. Macht die besuchende angehörige Person einen Erwerbsausfall geltend, ist sie verpflichtet, die Besuchs- den Arbeitszeiten anzupassen<sup>45</sup>. Der Bezug eines Überzeitguthabens für notwendige Spitalbesuche stellt auch einen Erwerbsausfall dar<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 97 II 259 E. 3 und 52 II 384 E. 5.

<sup>41</sup> Vgl. Urteil des Appellationshofs Bern 358/III/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und 12.

<sup>42</sup> Vgl. Urteil des BGER 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.4 f.

<sup>43</sup> Siehe dazu SUTER, 121 ff.; LANDOLT, Ersatzpflicht, 499 ff.; und DERS., Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, 3 ff.

<sup>44</sup> Vgl. dazu BGE 118 V 206 E. 5.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BGER 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3.

<sup>46</sup> Vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen i.S. X. c. Schulgemeinde Y. vom 11. Juni 2007 = SG 2008 Nr. 1613 E. III/2a.



einem Pflegeheim beispielsweise sind von 222 Franken (2007) auf 282 Franken (2013) gestiegen, d.h. 4.5% pro Jahr<sup>49</sup>. Ob diese Entwicklung ungebremst weitergeht oder sich normalisiert, ist nicht absehbar. Es ist deshalb – vor allem bei jungen Geschädigten – letztlich nicht möglich, den zukünftigen Kostenverlauf einigermaßen verlässlich zu prognostizieren.

Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Pflorgetaxe bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten von jährlich 5,5%, bei den übrigen Heimaufenthaltskosten auf die Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenkosten ab<sup>50</sup>. Das Handelsgericht Zürich hat im Jahr 2008 in Bezug auf die Pflegekosten eine jährliche Teuerungsrate von 3,2% für Österreich (Land Vorarlberg) bestätigt<sup>51</sup>.

## B. Eingesparte Lohnkosten

Spätestens seit dem Kramis-Entscheid ist vom Bundesgericht anerkannt, dass auch eingesparte Kosten von der ersatzpflichtigen Person zu vergüten sind<sup>52</sup>. Werden die von der geschädigten Person benötigten Betreuungs- und Pflegeleistungen unentgeltlich von Angehörigen oder anderen Personen erbracht, sind die dadurch eingesparten Kosten zu vergüten. Die Höhe dieser eingesparten Kosten entspricht dabei mindestens den Lohnkosten einer geeigneten Hilfsperson<sup>53</sup>.

Ob ein darüber hinausgehender Erwerbsausfall der unentgeltlich tätigen Hilfsperson ebenfalls und bis zu welcher Grenze zu entschädigen ist, mussten die schweizerischen Gerichte noch nicht entscheiden. Das Bundesgericht hat viel- und gleichermassen nichtssagend festgehalten, dass ein über die eingesparten Lohnkosten hinausgehender Erwerbsausfall des pflegenden Angehörigen «in der Regel» nicht zu ersetzen sei, ohne aber festzuhalten, welche Umstände eine Ausnahme erlauben würden<sup>54</sup>.

Hinsichtlich der Höhe des Stundenansatzes differenziert die Praxis dahingehend, ob es sich um eigentliche Pflegeleistungen oder blosser Betreuungsleistungen handelt. Für Pflegeleistungen und anspruchsvolle Betreuungsleistungen sind die

<sup>49</sup> Vgl. BFS Aktuell, Oktober 2015, 8.

<sup>50</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI, 44.

<sup>51</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8c.

<sup>52</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/6.

<sup>53</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.

<sup>54</sup> Ibid. E. 2.1. So auch Urteil des BGH VI ZR 377/17 vom 9. April 2019 E. III.

Lohnansätze heranzuziehen, welche einer diplomierten Pflegefachperson, welche in den Beruf einsteigt, zu bezahlen wären<sup>55</sup>. Gewöhnliche Betreuungsleistungen und hauswirtschaftliche Verrichtungen, welche die geschädigte Person als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung benötigt, sind mit dem üblichen Haushaltsstundenansatz zu bewerten<sup>56</sup>.

Zu entschädigen ist dabei nicht nur der Bruttolohn, sondern auch die zusätzlich vom Arbeitgeber geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge<sup>57</sup>. Da eine hypothetische Ersatzkraft lediglich während der üblichen Arbeitszeiten anwesend wäre und zudem einen Anspruch auf bezahlte Ferien und Freizeit sowie auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung hat, ist ein Stellvertretungszuschlag zu berücksichtigen, wenn die geschädigte Person tagtäglich auf Betreuung und Pflege angewiesen ist. Entsprechend ist die tatsächlich benötigte und von den Hilfspersonen auch tatsächlich erbrachte Arbeitszeit der Berechnung der eingesparten Lohnkosten zugrunde zu legen. Da eine Anstellung mit Monatslohn üblich ist, sind die für den Monatslohn massgeblichen Berechnungsgrundsätze heranzuziehen.

Im Zusammenhang mit den zukünftigen Lohnkosten ist der Reallohnentwicklung Rechnung zu tragen<sup>58</sup>. Abzustellen ist bei der Berechnung des Pflegegeschadens auf die mutmassliche Entwicklung der Löhne von diplomierten Pflegefachpersonen. Da es sich beim Pflegeberuf um einen typisch weiblichen Beruf handelt, ist einer allfälligen Lohndiskriminierung Rechnung zu tragen. Beim Betreuungsschaden ist die Entwicklung der Löhne, welche für Tätigkeiten in privaten Haushalten bezahlt werden, massgeblich. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang die Heranziehung des diesbezüglichen Medianlohnes gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung nicht beanstandet<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Das Handelsgericht Zürich hat in einem Fall, in welchem der Konkubinatspartner die querschnittgelähmte Geschädigte (Paraplegie Th 9) pflegte und betreute, den Stundenansatz einer diplomierten Pflegefachperson im 1. bis 5. Berufsjahr als «Einstiegslohn» bezeichnet (vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.7b).

<sup>56</sup> Vgl. z.B. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen i.S. X. c. Schulgemeinde Y. vom 11. Juni 2007 = SG 2008 Nr. 1613 E. III/2b/cc (CHF 27 für Betreuungsleistungen der Mutter seit 2005).

<sup>57</sup> Das Kantonsgericht Graubünden ist für das Jahr 2005 von einem Stundenansatz von CHF 38.36 brutto für Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von Angehörigen ausgeführt wurden, ausgegangen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 09 49 vom 23. November 2009 E. 7c/cc). Das Bundesgericht hat in einem Fall, der Art. 18 Abs. 2 UVV betraf, einen Stundenansatz von CHF 35 für Angehörigenpflege (Basis: 1999/2000) nicht beanstandet (vgl. Urteil des BGer 8C\_896/2009 vom 23. Juli 2010 E. A und 5.1).

<sup>58</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2000 vom 26. März 2002 E. 7b.

<sup>59</sup> Ibid.

Verlangt die geschädigte Person eine Rente, ist diese zu indexieren, wobei auf den Nominallohnindex abzustellen ist, da der Schadenberechnung Lohnkosten und nicht allgemeine Lebenshaltungskosten zugrunde gelegt sind<sup>60</sup>.

## C. Schadenminderung und Vorteilsanrechnung

### 1. Wirtschaftlichkeit der Betreuungs- und Pflegekosten

Die geschädigte Person und gegebenenfalls auch ihre Angehörige sind verpflichtet, den Betreuungs- und Pflegeschaden soweit zu mildern, als ihnen dies möglich und zumutbar ist. Die geschädigte Person ist als Folge der verfassungsmässigen Grundrechte und gestützt auf ihr Persönlichkeitsrecht berechtigt, über die Art der Betreuung und Pflege zu entscheiden. Die geschädigte Person ist deshalb nicht verpflichtet, ausnahmslos die günstigste Versorgungsform zu wählen. Das Handelsgericht Zürich erwog 2008, dass die Hauspflege durch Angehörige auch dann geschuldet ist, wenn diese Pflegeform zwei bis zweieinhalb Mal so viel wie eine Heimversorgung kostet<sup>61</sup>.

Gemäss der Rechtsprechung hat die ersatzpflichtige Person mitunter «doppelte» Kosten zu vergüten, wenn der geschädigten Person während eines Wochenendaufenthaltes bei Angehörigen oder im Zusammenhang mit Ferien zusätzliche Kosten entstehen<sup>62</sup>. Befindet sich die geschädigte Person in Spital- oder Heimpflege können Betreuungs- und Pflegeleistungen von besuchenden Angehörigen nicht zusätzlich zu den Aufenthaltskosten berücksichtigt werden. Eine Ersatzpflicht besteht nur dann, wenn sich die Aufenthaltskosten wegen der Angehörigenleistungen reduzieren<sup>63</sup>.

### 2. Verlegung des Wohnsitzes ins billigere Ausland

Die Schadenminderungspflicht verlangt von der geschädigten Person nicht, dass sie ihren Aufenthaltsort innerhalb der Schweiz in einer Region mit tieferen Betreuungs- und Pflegekosten verlegt bzw. dort beibehält oder die Schweiz dauerhaft verlässt<sup>64</sup>. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat unlängst festgestellt, dass trotz eines (vorübergehenden) Aufenthalts im Ausland nicht die dortigen tieferen Betreuungs- und Pflegekosten, sondern die mutmasslichen schweizerischen Kos-

<sup>60</sup> Ibid. E. 8.

<sup>61</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.4 d/cc.

<sup>62</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Luzern 11 08 127 vom 27. August 2009 E. 4 und 5.

<sup>63</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2000 vom 26. März 2002 E. 2.6.

<sup>64</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c.

ten zu entschädigen sind, wenn die geschädigte Person seit dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses in der Schweiz ihren Wohnsitz gehabt hat<sup>65</sup>.

Kann die geschädigte Person jederzeit aus dem Ausland in die Schweiz zurückkehren, ist im jeweiligen Einzelfall abzuschätzen, ab welchem Zeitpunkt die (mutmasslich höheren) Betreuungs- und Pflegekosten in der Schweiz zu berücksichtigen sind. Verlegt die geschädigte Person nach dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses ihren Wohnsitz ins Ausland, stellt sich die Frage, ob die tieferen Betreuungs- und Lebenshaltungskosten massgeblich und die tieferen Lebenshaltungskosten als in Abzug zu bringender Vorteil bei den übrigen Schadensposten zu berücksichtigen sind.

Das Bundesgericht hat bei einem Geschädigten, der als 5-jähriger Knabe anlässlich eines Verkehrsunfalles ein schweres Schädel-Hirn-Trauma mit Tetra-Spastizität erlitt und als 20-Jähriger zusammen mit seinen Eltern nach Norditalien umzog, festgestellt, dass die tieferen Lebenshaltungskosten in Italien nicht als Vorteil beim Erwerbsschaden in Abzug gebracht werden dürfen<sup>66</sup>. Bei den Betreuungs- und Pflegekosten demgegenüber beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz die mutmasslichen tieferen Fremdbetreuungskosten in Italien herangezogen hat<sup>67</sup>.

Bei einer Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland ist – sowohl bei Schweizern als auch bei Ausländern – zu unterscheiden, ob das haftungsbegründende Ereignis letztlich den Umzug ins kostengünstigere Ausland verursacht hat. In einem solchen Fall ist es gerechtfertigt, die im Ausland tieferen Lebenshaltungskosten nicht als Vorteil anzurechnen und die höheren Betreuungs- und Pflegekosten, welche bei einer Beibehaltung des schweizerischen Wohnsitzes entstanden wären, der Schadenberechnung zugrunde zu legen.

### 3. Eingesparte Lebenshaltungskosten

Als Vorteil zu berücksichtigen sind aber Lebenshaltungskosten, welche die geschädigte Person als Folge ihrer Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit einspart. Insbesondere hat sich die geschädigte Person, welche in einem Heim untergebracht ist, die mutmasslichen Lebenshaltungskosten, welche sie ohne haftungsbegründendes Ereignis gehabt hätte, anrechnen zu lassen. Es ist dabei gerechtfertigt, nicht nur das Existenzminimum zu berücksichtigen, sondern die tatsächlichen

<sup>65</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.3.1.1.

<sup>66</sup> Vgl. Urteil des BGER 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c.

<sup>67</sup> Ibid. E. 3.

Lebenshaltungskosten im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses heranzuziehen<sup>68</sup>.

#### 4. Sozialversicherungsleistungen

##### a) Allgemeines

Die geschädigte Person hat sich schliesslich die sachlich und zeitlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen anrechnen zu lassen, für welche der Sozialversicherungsträger regressiert. Anrechenbar sind insbesondere die Hilflosenentschädigung und der Assistenzbeitrag, welche allerdings nur für Betreuungs- und Grundpflegeleistungen, nicht aber auch für Behandlungspflegeleistungen gewährt werden. Beim Pflegeschaden sind ausschliesslich die Pflegeentschädigungen des Kranken- und Unfallversicherers in Abzug zu bringen<sup>69</sup>.

Bei der sozialversicherungsrechtlichen Überentschädigungsberechnung gemäss Art. 69 ATSG werden nicht nur die bei der geschädigten Person tatsächlich entstehenden Kosten und ihr Erwerbsausfall, sondern auch der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen berücksichtigt<sup>70</sup>. Im haftpflichtrechtlichen Kontext demgegenüber werden der tatsächliche Schaden der hilfsbedürftigen Person und die eingesparten Lohnkosten, nicht aber der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen entschädigt. Es besteht deshalb keine Identität zwischen dem sozialversicherungsrechtlich relevanten und dem haftpflichtrechtlich entschädigungspflichtigen Schaden.

Es ist deshalb im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen, ob eine Kürzung der mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen unterblieben ist, weil der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen berücksichtigt worden ist. Der Betreuungs- und Pflegeschaden ist im Umfang der Überversicherung, welche ohne Berücksichtigung des Erwerbsausfalls der betreuenden und pflegenden Angehörigen eingetreten wäre, zu kürzen, da ansonsten die geschädigte Person sowohl Ersatz für die eingesparten Lohnkosten als auch die sozialversicherungsrechtliche Überentschädigung erhalten würde.

<sup>68</sup> Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1'465 pro Monat und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LKIP steigt (Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI, 44 f.). Für das Jahr 2008 betragen die monatlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz bei tiefen Ansprüchen ca. CHF 2'500 (vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8/c/dd/bbb).

<sup>69</sup> Vgl. Art. 7 KLV und Art. 18 UVV.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 146 V 74 E. 5–8.

Ein zu lösendes Koordinationsproblem besteht auch dann, wenn die betreuenden und pflegenden Angehörigen von einem zugelassenen Leistungserbringer angestellt sind. In einem solchen Fall regressiert der Sozialversicherungsträger für die den betreuenden und pflegenden Angehörigen ausgerichteten Löhne gegenüber dem Haftpflichtigen. Im Rahmen einer Vereinbarung ist festzulegen, ob die geschädigte Person auf die Anstellung der Angehörigen verzichtet oder der Betreuungs- und Pflegeschaden im Umfang der entlöhnten Arbeitsstunden der Angehörigen gekürzt wird.

*b) Ergänzungsleistungen*

Bei den Ergänzungsleistungen ist zu unterscheiden, ob die geschädigte Person für ungedeckte Betreuungs- und Pflegekosten Versicherungsleistungen erhalten hat. Die Ergänzungsleistungen, welche einer gesundheitlich nicht beeinträchtigten Person für ihre Existenzsicherung gewährt werden, sind von vornherein nicht anrechenbar, da in diesem Fall der sozialversicherungsrechtliche Leistungstatbestand nicht mit dem Haftungstatbestand identisch ist.

Ergänzungsleistungen demgegenüber, welche die versicherte Person als Folge der bei ihr bestehenden Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit erhalten hat, sind mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden sachlich kongruent. Die bis zum Berechnungszeitpunkt tatsächlich gewährten pflegerelevanten Ergänzungsleistungen sind deshalb – trotz des nicht bestehenden gesetzlichen Regressrechtes – als anrechenbarer Vorteil beim aufgelaufenen Betreuungs- und Pflegeschaden in Abzug zu bringen. Der zukünftige Betreuungs- und Pflegeschaden ist demgegenüber ungekürzt zu entschädigen, weil der Erhalt des Schadensersatzes zu einem Wegfall der Ergänzungsleistungen führt.

Da seit dem 1. Januar 2021 eine Rückerstattungspflicht gegenüber den Erben der geschädigten Person, welche Ergänzungsleistungen erhalten hat, besteht<sup>71</sup>, ist bei der Anrechnung der in der Vergangenheit ausgerichteten pflegerelevanten Ergänzungsleistungen zu entscheiden, ob die Erben der geschädigten Person bei deren Tod rückerstattungspflichtig werden. In Umfang der überwiegend wahrscheinlichen Rückerstattungspflicht ist eine (aufgeschobene) Entschädigung zu leisten.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 16a ELG.

## Literaturverzeichnis

- LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A\_500/2009), HAVE 2011, 3 ff. (zit. LANDOLT, Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden)
- DERS., Ersatzpflicht für den Besuchsschaden, in: Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 499 ff. (zit. LANDOLT, Ersatzpflicht)
- DERS., Ersatzpflicht für den Selbstversorgungsmehraufwand, Pflegerecht 2019, 217 (zit. LANDOLT, Selbstversorgungsmehraufwand)
- DERS., Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen?, HAVE 2019, 357 ff. (zit. LANDOLT, Selbstversorgungsleistungen)
- SUTER PATRICK, Besuchsschaden – Begründung und Bemessung einer moralischen Verpflichtung, HAVE 2019, 121 ff.