
Ein Blick auf neueste Invaliditätsurteile im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht

HARDY LANDOLT

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	155
II. Begrifflichkeiten	156
III. Verständnis der Erwerbsunfähigkeit	157
IV. Kausalität	159
A. Natürlicher Kausalzusammenhang	159
B. Adäquater Kausalzusammenhang	160
V. Validen- und Invalideneinkommen	162
A. Methodisches Vorgehen	162
B. Mutmassliches Erwerbseinkommen	163
VI. Verwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit	166
VII. Schadenminderungspflicht	169
A. Allgemeines	169
B. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht	170
C. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht	172

I. Einleitung

Das Referat soll einen Blick auf neueste Urteile im Sozialversicherungs- und Haftpflichtbereich, soweit die Invalidität betroffen ist, werfen. Die Problemstellung ist einfach, die Umsetzung aber nicht unbedingt einheitlich zu bewerkstelligen. Zunächst stellt sich die Frage, was unter «neuesten Urteilen» zu verstehen ist. Sind darunter die Urteile des vergangenen Jahres oder eines längeren Zeitraums zu verstehen?

Während im Sozialversicherungsrecht alljährlich hunderte wenn nicht gar tausende Urteile erlassen werden, ist die haftpflichtrechtliche Praxis überschaubarer. Gewiss schränkt sich die Anzahl der Referenzurteile ein, wenn lediglich die Problematik der Invalidität ins Zentrum des Interesses zu stellen ist. Gleichwohl ist es nicht möglich, alle sozialversicherungsrechtlich relevanten Entscheide, welche sich zur Invaliditätsproblematik im vergangenen Jahr

geäußert haben, allen haftpflichtrechtlichen Entscheiden desselben Jahres gegenüberzustellen, welche sich mit der äquivalenten Problematik des Erwerbsausfalls befassen. Ein solches Vorgehen hätte zur Folge, dass der sozialversicherungsrechtliche Bereich mehr als nur dominiert und die Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten mit dem haftpflichtrechtlichen Pendant nicht herausgearbeitet werden.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf praxisrelevante Bereiche, welche die Invaliditätsproblematik betreffen, und folgen dem Bestreben themenbezogen die sozialversicherungsrechtliche der haftpflichtrechtlichen Praxis gegenüberzustellen. Mitunter wird auf ältere Urteile zurückgegriffen, weil im abgelaufenen Jahr zur fraglichen Problematik kein Urteil ergangen ist.

II. Begrifflichkeiten

In begrifflicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass im Sozialversicherungsrecht zwischen der Arbeits-¹ und der Erwerbsunfähigkeit² unterschieden wird und diese beiden Begriffe von der Invalidität im Erwerbs-³ und im Aufgabenbereich⁴ abzugrenzen sind. Die haftpflichtrechtlichen Begriffe lehnen sich zwar an die sozialversicherungsrechtlichen Konzepte an, unterscheiden sich aber massgeblich von diesen. Der Gesetzgeber hat beim Erlass von Art. 46 OR noch nicht zwischen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit unterschieden, sondern nennt lediglich die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit als ersatzfähig.⁵

Interessant ist der Umstand, dass der Gesetzgeber der Haftungsnorm bereits vor mehr als 100 Jahren erkannt hat, dass geschädigte Personen, deren erwerbliche Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist, auf dem konkreten Arbeitsmarkt benachteiligt sein können, wenn sie die noch vorhandene Arbeitskraft umsetzen wollen. Die «Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens» soll

¹ Vgl. Art. 6 ATSG.

² Vgl. Art. 7 ATSG.

³ Vgl. Art. 8 ATSG.

⁴ Vgl. Art. 27 Abs. 1 IVV.

⁵ Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

nach dem Willen des haftpflichtrechtlichen Gesetzgebers bei der Feststellung des Erwerbsausfalles berücksichtigt werden. Im Sozialversicherungsrecht hat sich diese Kenntnis erst allmählich durchgesetzt, als das Bundesgericht dazu überging, im Zusammenhang der eingeschränkten Verwertbarkeit des noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögens auf dem konkreten Arbeitsmarkt einen leidensbedingten Abzug zu gewähren.⁶

III. Verständnis der Erwerbsunfähigkeit

Es ist eine Ironie der Geschichte, dass die Verwertungsproblematik der theoretisch noch vorhandenen funktionellen Leistungsfähigkeit im Sozialversicherungsrecht von grösserer Bedeutung als in der haftpflichtrechtlichen Praxis ist. Dies hängt letztlich damit zusammen, dass der Erwerbsunfähigkeitsbegriff (Arbeitsunfähigkeit im erwerblichen Bereich) in beiden Bereichen nicht dasselbe meint.

Der sozialversicherungsrechtliche Erwerbsunfähigkeitsbegriff ist objektiv-abstrakt. Objektiv ist der sozialversicherungsrechtliche Erwerbsunfähigkeitsbegriff insoweit, als eine Erwerbsunfähigkeit erst dann besteht, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.⁷ Nicht objektiv nachweisbare gesundheitliche Beeinträchtigungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn im Rahmen eines strukturierten Beweisverfahrens nachgewiesen wird, dass sie im konkreten Fall ressourcenhemmende Wirkungen aufweisen.⁸

Die abstrakte Komponente besteht darin, dass im Sozialversicherungsrecht die Verhältnisse des ausgeglichenen Arbeitsmarktes heranzuziehen sind.⁹ Der ausgeglichene Arbeitsmarkt klammert die Lebenswirklichkeit aus, dass die der versicherten Person aus gesundheitlichen Gründen noch möglichen und zumutbaren Verweisungstätigkeiten bereits besetzt sind. Zudem umfasst der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch seltene oder sogar singuläre Verweisungstätigkeiten, sofern diese marktkonform entlohnt werden. So zählt ins-

⁶ Siehe BGE 126 V 75, E. 5 und infra Ziffer VI.

⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG.

⁸ Statt vieler BGE 143 V 418, E. 5.2.

⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 ATSG.

besondere auch die Tätigkeit von mund- und fussmalenden Künstlern zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt.¹⁰

Das objektiv-abstrakte Konzept, das im Sozialversicherungsrecht Anwendung findet, blendet letztlich sämtliche subjektiven Persönlichkeitsmerkmale der verletzten Person, welche arbeitsmarktrelevant sind, aus. Die versicherte Person wird letztlich nur dahingehend beurteilt, ob und inwieweit sie als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen noch funktionell in der Lage ist, bestimmte Tätigkeiten auszuführen, welche der konkrete Arbeitsmarkt kennt, mögen diese Tätigkeiten auch selten sein oder in einem ganz anderen geographischen Winkel des Landes als Arbeitsplatz angeboten werden.

Die Vorstellungswelt des Haftpflichtrechts ist eine völlig andere. Die haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit im erwerblichen Bereich knüpft nicht an die sozialversicherungsrechtliche Theorie an, sondern stellt die verletzte Person mit all ihren persönlichen Eigenschaften ins Zentrum. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt dabei dann vor, wenn die verletzte Person als Folge der eingeschränkten funktionellen Leistungsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt, der ihr zugänglich ist, nicht mehr alle Tätigkeiten wirtschaftlich nutzbar ausführen kann.¹¹ Der haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeitsbegriff ist folglich subjektiv-konkret.

Ist die verletzte Person nicht mehr in der Lage, die ihr möglichen und zumutbaren freien Stellen auf dem konkreten Arbeitsmarkt auszuführen, besteht eine Erwerbsunfähigkeit bzw. ist ein Erwerbsausfall anzunehmen, auch wenn dieselbe Person als Folge der bei ihr noch bestehenden funktionellen Leistungsfähigkeit Tätigkeiten auszuführen imstande wäre, welche in einem anderen Landesteil auf dem dortigen konkreten Arbeitsmarkt angeboten werden bzw. würden, wenn sie nicht schon besetzt wären. Eine Erwerbsunfähigkeit wird haftpflichtrechtlich bejaht, wenn die verletzte Person aus gesundheitlichen Gründen keine Aussicht mehr hat, relativ sicher ein nicht unbedeutendes Erwerbseinkommen zu erzielen.¹²

¹⁰ Vgl. BGE 109 V 25, E. 3d.

¹¹ Vgl. BGer, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 4.1.

¹² Ibid.

IV. Kausalität

A. Natürlicher Kausalzusammenhang

Wie auch immer die Erwerbsunfähigkeit verstanden wird, eine Ersatzpflicht setzt voraus, dass zwischen dem versicherten Risiko bzw. haftungsbegründenden Ereignis und der Erwerbsunfähigkeit ein Kausalzusammenhang besteht. In beiden Schadenausgleichssystemen ist anerkannt, dass sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein muss, damit eine Ersatzpflicht entsteht. Der Gesetzgeber hat nicht konkretisiert, was unter dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang zu verstehen ist. Die Gerichte haben sich dieser Aufgabe nur allzu gerne angenommen und für beide Schadenausgleichssysteme unterschiedliche Kriterien aufgestellt, wann eine rechtserhebliche Kausalität besteht oder eben nicht.

Hinsichtlich des natürlichen Kausalzusammenhangs verweist die Rechtsprechung sowohl im Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht beständig, auch in jüngster Zeit ausnahmslos auf die *Conditio qua non*-Regel. Ein Wirkungszusammenhang ist nach diesem Verständnis gegeben, wenn das verwirklichte versicherte Risiko bzw. das haftungsbegründende Ereignis nicht weggedacht werden kann, ohne dass die Erwerbsunfähigkeit entfielen.¹³ Nach dem Verständnis des Bundesgerichts handelt es sich bei dieser hypothetischen Reduktion um eine ausschliessliche Tatfrage und ist dieser Wirkungszusammenhang bereits anzunehmen, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht. Sowohl die Beurteilung der hypothetischen Reduktion als auch die Feststellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit sind letztlich Wertungsentscheide, die sich einem Beweis entziehen.

Dass es sich um Wertungsentscheide handelt, äussert sich in der Rechtsprechung durch die Zufälligkeit der herangezogenen Beurteilungskriterien. So wird von der jüngsten Rechtsprechung beispielsweise der natürliche Kausalzusammenhang im Geltungsbereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterbrochen, wenn während mehr als drei Monaten eine Arbeitsfähigkeit von über 80 % in einer angepassten Erwerbstätigkeit gegeben ist.¹⁴ Das Kri-

¹³ Statt vieler BGer, 8C_441/2017, 06.06.2018, E. 3.1.

¹⁴ Vgl. BGE 144 V 58, E. 4.4 f.

terium der Dreimonatsfrist ist letztlich vom Gericht ohne erkennbare Bezugnahme zu irgendeiner tatsächlichen Evidenz gewählt. Der Bewertungscharakter äussert sich mitunter auch darin, dass das Bundesgericht bisweilen mehrere Anläufe benötigt, um einen natürlichen Kausalzusammenhang zu bejahen, obwohl die tatsächliche Realität dies gebieten würde.

Obwohl offensichtlich wurde beispielsweise erst unlängst festgestellt, dass primäre Abhängigkeitssyndrome bzw. Substanzkonsumstörungen invalidenversicherungsrechtlich relevante Gesundheitsstörungen verursachen können.¹⁵ Bis anhin galt die für eine süchtige Person nicht nachvollziehbare Beurteilung, dass die Sucht an sich keine gesundheitliche Beeinträchtigung, insbesondere auch keine Krankheit darstelle, und eine Erwerbsunfähigkeit erst dann vorliege, wenn die Sucht durch eine gesundheitliche Beeinträchtigung verursacht worden ist oder ihrerseits gesundheitliche Beeinträchtigungen verursacht.

Interessant und gleichermaßen auch irritierend ist die Feststellung, dass die Beweismittel für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht nicht dieselben sind. Die haftpflichtrechtliche Praxis betont, dass unfallanalytische und biomechanische Gutachten bei der Feststellung der natürlichen Kausalität – anders als in Sozialversicherungsrecht – berücksichtigt werden dürfen.¹⁶ Im Sozialversicherungsrecht hat demgegenüber der Unfallanalytiker auch dann nichts zu vermelden, wenn es um die Beurteilung der Unfallschwere geht, welche – dazu sogleich – für die Beurteilung eines adäquaten Kausalzusammenhangs von Bedeutung ist.¹⁷ Ob dabei der rechtsanwendende Unfallversicherer diese Wertungsfrage besser als ein Unfallanalytiker beurteilen kann, sei dahingestellt.

B. Adäquater Kausalzusammenhang

In beiden Schadenausgleichssystemen wird betont, dass ein natürlicher Kausalzusammenhang nicht genügt, sondern eine Ersatzpflicht erst gegeben ist,

¹⁵ Vgl. BGE 145 V 215, E. 7.

¹⁶ Vgl. BGer, 4A_540/2010, E. 1.3 und 4A_494/2009, 17.11.2009, E. 2.2 f. und 2.9.

¹⁷ Vgl. BGer, 8C_114/2018, 22.08.2018, E. 5.3.1.

wenn das versicherte Risiko bzw. das haftungsbegründende Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens an sich geeignet ist, die eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die damit zusammenhängenden funktionellen Einschränkungen herbeizuführen. Die einheitliche Adäquanzformel bedeutet aber nicht, dass im Sozialversicherungsrecht dieselben Kriterien wie im Haftpflichtrecht zu berücksichtigen sind. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung hat diverse Kapriolen gemacht und unterscheidet je nachdem, ob die gesundheitlichen Beeinträchtigungen somatischen oder psychischen Ursprungs sind, unterschiedliche Zurechnungskriterien.

Bei psychischen Beeinträchtigungen und mit diesen vergleichbaren Beschwerdebildern hängt die Bejahung eines adäquaten Kausalzusammenhangs von der Unfallschwere ab. Während leichte Unfälle nie als adäquate Ursache für eine Erwerbsunfähigkeit betrachtet werden, sind schwere Unfälle prinzipiell geeignet, eine Erwerbsunfähigkeit herbeizuführen. Bei mittelschweren Unfällen ist anhand einer Kriterienliste zu beurteilen, ob ein hinreichender adäquater Kausalzusammenhang angenommen werden kann.¹⁸ Bei objektiv nachweisbaren Beeinträchtigungen wird im Sozialversicherungsrecht wie auch im Haftpflichtrecht anhand der wenig aussagekräftigen allgemeinen Adäquanzformel beurteilt, ob ein hinreichender Zurechnungszusammenhang besteht.

Trotz dieses einheitlichen methodischen Vorgehens unterscheidet sich die haftpflichtrechtliche von der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanz. Die Rechtsprechung betont, dass die sozialversicherungsrechtlichen Kriterien nicht schematisch in das Haftpflichtrecht übernommen werden dürfen, nicht zuletzt deshalb, weil im Rahmen der Schadenersatzbemessung eine Reduktion der Schadenersatzleistung erfolgen könne, wenn die gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht nur durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht worden sind. Die haftpflichtrechtliche Praxis bejaht den adäquaten Kausalzusammenhang auch bei einer intensitätsarmen natürlichen Kausalität oder bei einer singulären Verursachung.¹⁹

¹⁸ Statt vieler BGer, 8C_123/2018, 18.09.2018, E. 3.2.

¹⁹ Vgl. BGer, 4A_695/2016, 22.06.2017, E. 2.1.

V. Validen- und Invalideneinkommen

A. Methodisches Vorgehen

Besteht zwischen dem versicherten Risiko bzw. dem haftungsbegründenden Ereignis und der Erwerbsunfähigkeit ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang, ist zu klären, ob und inwieweit als Folge der Erwerbsunfähigkeit eine Invalidität bzw. ein Erwerbsausfall eingetreten ist. Die beiden Schadenausgleichssysteme gehen dabei in methodischer Hinsicht unterschiedlich vor. Während im Haftpflichtrecht als Folge der Differenztheorie immer ein Einkommensvergleich angestellt wird, lässt das Sozialversicherungsrecht anstelle der haftpflichtrechtlichen Einkommensvergleichsmethode ausnahmsweise andere Methoden zu.

Bei (mutmasslich) erwerbstätigen Personen kann anstelle der Einkommensvergleichsmethode ein Prozentvergleich oder ein gewichteter Betätigungsvergleich angestellt werden. Bei der Methode des Prozentvergleichs wird darauf verzichtet, die beiden massgeblichen Einkommen miteinander zu vergleichen. Der Invaliditätsgrad entspricht dabei dem prozentualen Ausmass der Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen beruflichen Tätigkeit, sofern diese überwiegend wahrscheinlich weiterhin ausgeführt wird.²⁰ Die Prozentvergleichsmethode würde, wenn sie haftpflichtrechtlich ebenfalls angewendet würde, zu einem tieferen Erwerbsausfall führen, weil die Löhne von in Teilzeit erwerbstätigen Personen tiefer als die Löhne von Personen sind, welche vollzeitig erwerbstätig sind.

Beim gewichteten Betätigungsvergleich, der bei selbstständig erwerbenden Personen zur Anwendung gelangen kann, entspricht der Invaliditätsgrad der faktischen Beeinträchtigung in der Ausübung der bisherigen Unternehmertätigkeit. Diese vereinfachende Beurteilungsmethode kommt dann zur Anwendung, wenn das fragliche Unternehmen schwankende Umsätze/Gewinne erzielt und die Festlegung der Höhe des tatsächlichen Einkommensausfalls letztlich nicht möglich ist.²¹ In der analogen haftpflichtrechtlichen Konstellation

²⁰ Vgl. BGer, 9C_868/2018, 22.08.2019, E. 2.1.

²¹ Siehe z.B. BGer, 8C_595/2019, 05.11.2019, E. 5.

tion hätte die verletzte Person ein erhebliches Beweisrisiko, wenn die Höhe des Einkommensausfalles nicht hinreichend nachgewiesen werden kann.

B. Mutmassliches Erwerbseinkommen

Die Ersatzpflicht bezieht sich auf die Differenz zwischen dem Validen- und Invalideneinkommen, wobei im Anwendungsbereich des Sozialversicherungsrechts der aus der Gegenüberstellung von Validen- und Invalideneinkommen resultierende Invaliditätsgrad die Höhe der Rente beeinflusst. In beiden Schadenausgleichssystemen ist ein Erwerbseinkommen zu definieren, das der Leistungsfähigkeit vor und nach dem Eintritt des versicherten Risikos bzw. des haftungsbegründenden Ereignisses entspricht. Ist die verletzte Person weiterhin erwerbstätig, gesellt sich die Frage hinzu, ob das noch vorhandene funktionelle Leistungsvermögen im erwerblichen Bereich hinreichend ausgeschöpft wird.

Die Höhe des mutmasslichen Erwerbseinkommens im Invaliditätsfall wird zunächst durch den jeweiligen Erwerbsunfähigkeitsbegriff geprägt. Das objektiv-abstrakte Verständnis der sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeit trägt dazu bei, dass das mutmassliche Erwerbseinkommen im Invaliditätsfall tendenziell höher festgelegt wird. Es wird ja unterstellt, dass die verletzte Person die bei ihr noch vorhandenen funktionellen Fähigkeiten auf dem konkreten Arbeitsmarkt in optimaler Weise und ununterbrochen bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters verwerten kann. Das mutmassliche Erwerbseinkommen entspricht entweder dem bisherigen der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Erwerbseinkommen²² oder dann dem Medianlohn der mutmasslich ausgeführten Tätigkeit.²³

Diese Sichtweise benachteiligt versicherte Personen, welche unterdurchschnittlich verdienen bzw. verdient haben. Sind die Voraussetzungen für eine Parallelisierung nicht erfüllt²⁴, entstehen absurde Minusinvaliditätsgrade, wenn der höhere Medianlohn dem tieferen Valideneinkommen gegenübergestellt wird. Überdurchschnittlich verdienende Personen erhalten demge-

²² Vgl. BGE 144 I 103, E. 5.3.

²³ Vgl. BGer, 8C_314/2019, 10.09.2019, E. 6.1.

²⁴ Siehe dazu BGE 135 V 297 ff. und 134 V 322 ff.

genüber Invaliditätsgradprozente geschenkt, wenn ihr überdurchschnittliches Erwerbseinkommen dem tieferen Medianlohn gegenübergestellt wird. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, unterdurchschnittliche Löhne generell anzuheben.²⁵ Die Bundesrichter beanstanden auch nicht, wenn im Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen die dort vorgesehenen Mindestlöhne für die Festlegung des Valideneinkommens herangezogen werden, obwohl erfahrungsgemäss die Lohnkurve einer Person konkav verläuft und während der gesamten beruflichen Karriere nicht auf dem Mindestlohnniveau verbleibt.²⁶

Der sozialversicherungsrechtliche Untersuchungsgrundsatz stoppt dann, wenn die versicherte Person geltend macht, zukünftig individuelle Karriereschritte gemacht zu haben, weshalb das mutmassliche Valideneinkommen angemessen zu erhöhen sei. Das Bundesgericht betont, dass blosser Absichtserklärungen nicht genügen, sondern die versicherte Person die Absicht, beruflich weiterzukommen bereits bei Eintritt des Gesundheitsschadens durch konkrete Schritte wie Kursbesuche, Aufnahme eines Studiums usw. kundgetan haben muss.²⁷ Hat sich die versicherte Person seit dem erstmaligen Rentenentscheid beruflich etwa durch Weiterbildung, hohen leistungsmässigen Einsatz oder eine ausserordentliche berufliche Bewährung besonders qualifiziert und hat sich dies bei gleich gebliebenem Gesundheitszustand beim Invalideneinkommen lohnwirksam niedergeschlagen, ist dies zumindest bei einem Versicherten, der seine angestammte Tätigkeit auch nach dem Unfall (in einem reduzierten Pensum) weiterführen konnte, ein gewichtiges Indiz dafür, dass er als Gesunder eine äquivalente Entwicklung durchlaufen hätte.²⁸

Während im sozialversicherungsrechtlichen Kontext Medianlöhne und zukünftige Lohnsteigerungen von Amtes wegen berücksichtigt werden, hat die verletzte Person, welche gegenüber einer haftpflichtigen Person einen Erwerbsausfall behauptet, diesen – auch wenn er in der Zukunft liegt – mit dem üblichen Beweisgrad der annähernden Sicherheit nachzuweisen. Misslingt dieser Beweis, weil eine zukünftige Erwerbstätigkeit oder die Höhe des zukünftigen Erwerbseinkommens nicht nachgewiesen werden kann, erhält die

²⁵ Vgl. BGer, 9C_19/2019, 10.04.2019, E. 2.2.2.

²⁶ Vgl. BGer, 8C_759/2017, 08.05.2018, E. 3.2.

²⁷ Vgl. BGE 145 V 141, E. 5.2.1.

²⁸ Vgl. BGer, 8C_488/2018 und 8C_488/2018, 13.03.2019, E. 3.2.

verletzte Person keinen Schadenersatz.²⁹ Das Bundesgericht hat unlängst entschieden, dass Boni – vor allem wenn sie dem Fünffachen des Medianlohnes entsprechen – nicht als zukünftiges Valideneinkommen angerechnet werden können.³⁰ Die geschädigte Person hat sodann zukünftige Reallohnerhöhungen hinreichend zu substantiieren und nachzuweisen.³¹ Das Bundesgericht hat es im Jahr 2019 explizit abgelehnt, bei der Festlegung des zukünftigen Erwerbsausfalles von einer generellen Reallohnerhöhung von einem Prozent auszugehen, wie das beim Haushaltschaden der Fall ist.³²

Ob und inwieweit bei Misslingen des Nachweises der Höhe des zukünftigen Erwerbseinkommens wie im Sozialversicherungsrecht statistische Durchschnittslöhne, insbesondere der Medianlohn, vom Richter als Erfahrungstatsache von Amtes wegen zu berücksichtigen sind oder die sozialversicherungsrechtlichen Parameter von der verletzten Person als «Ersatzbeweis» geltend gemacht werden können, ist unklar. In einer neueren Entscheidung hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Erwerbsausfallberechnung bei Kindern den Medianlohn als Valideneinkommen herangezogen.³³ Dieses Urteil steht in Kontrast mit dem vorerwähnten Entscheid, wonach eine generelle bzw. durchschnittliche Reallohnerhöhung nicht berücksichtigt werden könne.

Der Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR ist damit letztlich unklar. Zukünftige Tatsachen bzw. Entwicklungen entziehen sich einem strikten Beweis, weshalb der Richter anhand von Erfahrungstatsachen bzw. statistischen Erfahrungswerten das zukünftige Erwerbseinkommen mit oder ohne gesundheitliche Beeinträchtigung festzulegen hat. Weshalb im Sozialversicherungsrecht diese Erfahrungstatsachen von Amtes wegen herangezogen werden, im Haftpflichtrecht aber die geschädigte Person den diesbezüglichen Nachweis zu erbringen hat und nicht auch der Richter im Rahmen der Schadensschätzung ein erfahrungsbasierte Prognose stellt, ist letztlich nicht nachvollziehbar.

²⁹ Siehe z.B. BGer, 4A_449/2017, 26.02.2018, E. 6.

³⁰ Vgl. BGE 142 III 381, E. 2.3 ff. und 4A_69/2016, 17.08.2016, E. 4.

³¹ Vgl. BGE 145 III 225, E. 4.1.3.

³² Vgl. BGer, 4A_6/2019, 19.09.2019, E. 5.2 f.

³³ Vgl. BGer, 4A_260/2014, 08.09.2014, E. 8.2.

Die Rechtsstellung der geschädigten Person ist im haftpflichtrechtlichen Kontext zusätzlich dadurch erschwert, dass der Schadensnachweis subjektiv-konkret zu erbringen ist. Schlechtverdienende oder unterdurchschnittlich verdienende Personen können haftpflichtrechtlich nur einen geringeren Erwerbsausfall geltend machen, wenn ihnen nicht der Nachweis gelingt, dass sie in der Zukunft mehr verdient hätten. Eine eigentliche Parallelisierung der Vergleichseinkommen bzw. Aufwertung des unterdurchschnittlichen Erwerbseinkommens im Zusammenhang mit der Festlegung des zukünftigen Valideneinkommens existiert nicht. Insoweit kann die haftpflichtrechtliche Erwerbsausfallberechnung nicht auf die sozialversicherungsrechtlichen Parameter zurückgreifen. Anders verhält es sich im Zusammenhang mit der Festlegung des zukünftigen Erwerbseinkommens im Bereich der beruflichen Vorsorge. Das Bundesgericht geht im Sinne einer Vermutung davon aus, dass das von der IV-Stelle festgelegte Valideneinkommen dem mutmasslich entgangenen Verdienst entspricht, der im Zusammenhang mit der Überversicherungsberechnung massgeblich ist.³⁴

VI. Verwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit

Der objektiv-abstrakte Invaliditätsbegriff, der im Sozialversicherungsrecht gilt, geht von der (unzutreffenden) Annahme aus, dass die theoretisch noch vorhandene Resterwerbsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt vollständig verwertet werden kann. In einem Sozialversicherungssystem, das zwischen einer Invaliden- und einer Arbeitslosenversicherung unterscheidet, ist es zwar zutreffend, zwischen Invalidität und Arbeitslosigkeit zu unterscheiden. Die Invalidenversicherung deckt in einem solchen System das Risiko ab, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen nicht mehr über dieselben (theoretischen) Erwerbsmöglichkeiten verfügen. Die Arbeitslosenversicherung demgegenüber sichert Personen ab, welche aus gesundheitlichen Gründen noch arbeiten können, aber aus konjunkturellen oder anderen Gründen, welche nichts mit der Gesundheit zu tun haben, keine offene Stelle finden.

Im Lebensalltag können diese beiden Risiken nicht immer voneinander getrennt werden. Gesundheitliche Beeinträchtigungen, ein fortgeschrittenes

³⁴ Vgl. BGer, 9C_819/2018, 28.05.2019, E. 2.3.2.

Alter, der Wohnort und andere persönliche Faktoren stehen in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander, was die Verwertung der theoretisch noch vorhandenen Arbeitsfähigkeit anbelangt. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Bundesgericht trotz der objektiv-abstrakten Konzeption des sozialversicherungsrechtlichen Invaliditätsbegriffs dazu übergegangen ist, der versicherten Person einen leidensbedingten Abzug bis maximal 25 % des theoretischen Invalideneinkommens zu gewähren, wenn die theoretisch noch vorhandene Resterwerbsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt nur eingeschränkt verwertet werden kann.³⁵ Der leidensbedingte Abzug bedeutet letztlich ein Eingeständnis, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen einem höheren Arbeitslosigkeitsrisiko ausgesetzt sind.

Das Bundesgericht hat in einer überaus reichhaltigen Praxis die Voraussetzungen und die Höhe des jeweiligen leidensbedingten Abzugs entwickelt. Es wird sogar anerkannt, dass in ganz besonderen Fällen, wenn sich mehrere persönliche Umstände, welche sich negativ auf die Realisierbarkeit des Erwerbseinkommens auswirken, kumulieren, eine eigentliche Unverwertbarkeit der theoretischen Resterwerbsfähigkeit vorliegt. Eine Unverwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit ist anzunehmen, wenn die zumutbare Tätigkeit in nur so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher zum vornherein als ausgeschlossen erscheint.³⁶ Diese Voraussetzungen werden in der Regel erst bei versicherten Personen, welche das 60. Altersjahr überschritten haben, angenommen. Die sozialversicherungsrechtliche Praxis ist mit Bezug auf die Unverwertbarkeit einer theoretisch noch vorhandenen Resterwerbsfähigkeit sehr streng.³⁷

Dieselbe Problematik besteht auch im Bereich der beruflichen Vorsorge und im Haftpflichtrecht. Auch dort ist zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein aus medizinischer Sicht noch mögliches Erwerbseinkommen auf dem konkreten Arbeitsmarkt realisiert werden kann. Die Praxis im Bereich der beruflichen Vorsorge betont, dass eine Resterwerbsfähigkeit

³⁵ Grundlegend BGE 126 V 75 ff.

³⁶ Vgl. BGer, 9C_644/2019, 20.01.2020, E. 4.3.2, 8C_143/2019, 21.08.2019, E. 5.2 und 9C_321/2018, 16.10.2018, E. 5.

³⁷ Vgl. BGE 145 V 2, E. 5.3.1.

von 10 % oder weniger als unverwertbar zu betrachten ist³⁸, während im Haftpflichtrecht – ähnlich wie im Sozialversicherungsrecht – eine Resterwerbsfähigkeit von 20 %³⁹ bzw. 26 %⁴⁰ als unverwertbar betrachtet wird. Die geschädigte Person hat die Verwertungsschwierigkeiten mit dem erforderlichen Beweisgrad nachzuweisen⁴¹, während es im Sozialversicherungsrecht genügt, dass Umstände aus den Akten hervorgehen, die erfahrungsgemäss die Verwertbarkeit eine theoretischen Resterwerbsfähigkeit einschränken. Immerhin betont das Bundesgericht, dass das kantonale Versicherungsgericht über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt, ob und inwieweit es einen leidensbedingten Abzug gewähren will.⁴²

Im haftpflichtrechtlichen Kontext ist sodann anerkannt, dass die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens bei der Festlegung der Höhe des Erwerbsausfalles Rechnung zu tragen oder dann als separater Schadensposten abzugelten ist. Eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens setzt eine Resterwerbsfähigkeit über 10 % voraus; zudem ist erforderlich, dass die geschädigte Person als Folge der erlittenen Körperverletzung einem höheren Arbeitslosigkeits- oder Kündigungsrisiko ausgesetzt ist.⁴³ Ob und inwieweit der Verwertungsabzug mit der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens kumuliert werden kann, hat die Rechtsprechung noch nicht entschieden. Entschieden wurde demgegenüber, dass eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens bei der opferhilferechtlichen Entschädigung nicht berücksichtigt werden kann.⁴⁴

³⁸ Vgl. BGE 144 V 166, E. 4.3.

³⁹ Vgl. BGE 144 V 166, E. 4.3.5 und BGer, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 4.1.

⁴⁰ Vgl. BGer, 4A_115/2014, 20.11.2014, E. 3.

⁴¹ Vgl. BGer, 4A_127/2011, 12.07.2011, E. 8.3.

⁴² Vgl. BGE 135 V 297, E. 5.2 und BGer, 8C_129/2019, 19.08.2019, E. 6.1

⁴³ Vgl. BGer, 4A_699/2012, 27.05.2013, E. 5.2 f.

⁴⁴ Vgl. BGer, 1C_96/2016, 26.09.2016, E. 2.2.

VII. Schadenminderungspflicht

A. Allgemeines

Die Schadenminderungspflicht stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar⁴⁵, ist aber in den verschiedenen Schadenausgleichssystemen unterschiedlich konturiert. Die Sozialversicherungen gleichen einen Schaden aus, obwohl die Solidargemeinschaft der Beitragszahler diesen nicht verursacht hat. Dieser Umstand legt eine strenge Handhabung der Schadenminderungsobliegenheit nahe. Im haftpflichtrechtlichen Kontext demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass die ersatzpflichtige Person den Schaden verursacht hat, weshalb im konkreten Einzelfall eine Abwägung vorzunehmen ist, ob es sich rechtfertigt, von der geschädigten Person Schadenminderungsmassnahmen zu verlangen.

Eine eigentliche «Schadenminderung» setzt voraus, dass bereits ein Schaden eingetreten ist. In einem weiteren Sinn meint Schadenminderung auch die Verhinderung des Eintritts eines Schadens und entspricht in diesem Sinne einer «Schadenverhinderungspflicht». Sowohl im Versicherungs- als auch im Haftungsrecht ist anerkannt, dass die geschädigte Person nach Eintritt des Schadens verpflichtet ist, die Vergrösserung des Schadens zu verhindern, soweit ihr dies möglich und zumutbar ist.⁴⁶ Demgegenüber besteht keine allgemeine Verpflichtung, den Eintritt von Schäden zu verhindern.

Hat die versicherte bzw. verletzte Person das versicherte Risiko bzw. das haftungsbegründende Ereignis mitverursacht, sehen die verschiedenen Schadenausgleichssystemen unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Im Haftpflichtrecht ist dem Selbstverschulden bei der Bemessung des Schadenersatzes Rechnung zu tragen; nur ein allfälliges schweres Selbstverschulden schliesst eine Haftung aus. Im Privatversicherungsrecht demgegenüber können die Versicherungsleistungen bei einer leichten Fahrlässigkeit nicht gekürzt werden.⁴⁷

⁴⁵ Vgl. z.B. BGer, 8C_329/2019, 30.09.2019, E. 3.2 und 9C_596/2017, 09.05.2018, E. 2.4.

⁴⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 1 und 4 ATSG sowie Art. 61 Abs. 1 VVG.

⁴⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 4 VVG.

B. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht

Das Sozialversicherungsrecht statuiert in Art. 21 ATSG die Grundsätze der Schadenverhinderung und Schadensminderungsobliegenheit der versicherten Person und die Sanktionen, welche bei einer allfälligen Missachtung eintreten. Diese allgemeine Regelung wird sodann durch die besonderen Sozialversicherungserlasse konkretisiert.⁴⁸ Der hauptsächlichste Unterschied zur haftpflichtrechtlichen Regelung besteht darin, dass eine Missachtung der Schadenminderungsobliegenheit erst dann nachteilige Folgen hat, wenn vorgängig ein Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchgeführt worden ist.⁴⁹ Im Geltungsbereich der Invalidenversicherung können Versicherungsleistungen in bestimmten Fällen gekürzt oder verweigert werden, auch wenn kein Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchgeführt worden ist.⁵⁰

Die jüngste Rechtsprechung hat hinsichtlich der Schadenminderungspflicht von älteren Versicherten sowie im Zusammenhang mit Abhängigkeitssyndromen die Schadenminderungsobliegenheit konkretisiert. Eine rentenbeziehende Person mit Eingliederungsressourcen hat – unabhängig davon, ob ein Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG vorliegt – nicht nur einen Anspruch, sondern auch eine Pflicht, an zumutbaren Wiedereingliederungsmassnahmen teilzunehmen.⁵¹ Das Bundesgericht hat sodann seine Praxis zu den Abhängigkeitsyndromen geändert und akzeptiert deren grundsätzliche invalidisierende Wirkung, ohne aber die versicherte Person von der Erfüllung der Schadenminderungspflicht auszunehmen.⁵² Es spielt dabei keine Rolle, ob ein allfälliger Behandlungserfolg prospektiv überwiegend wahrscheinlich ist. Ernsthaft in Betracht zu ziehende Schadenminderungsmassnahmen sind zu ergreifen, auch wenn deren Wirkung erst nach der Durchführung beurteilt werden kann.⁵³

⁴⁸ Vgl. Art. 37 f. UVG.

⁴⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

⁵⁰ Vgl. Art. 7b Abs. 2 IVG.

⁵¹ Vgl. BGE 145 V 2, E. 4.3.1.

⁵² Vgl. BGE 145 V 215, E. 8.2.

⁵³ Vgl. BGer, 8C_663/2017, 12.12.2017, E. 5.1.

Dass die Schadenminderungspflicht im Geltungsbereich der Sozialversicherung strenger gehandhabt wird, zeigt sich beispielsweise bei den Angehörigen der versicherten Person. Das Bundesgericht betont im Kontext mit Sozialversicherungsleistungen, dass Angehörige der versicherten Person beim Eintritt eines versicherten Risikos zu einer zumutbaren Mehrleistung verpflichtet sind. Der Sozialversicherungsträger darf davon ausgehen, dass sich die versicherte Person und ihre Angehörigen so verhalten, wie sich eine «vernünftige Familiengemeinschaft» zu verhalten pflegt.⁵⁴ Die so verstandene Schadenminderungspflicht betrifft die Versicherungsleistungen, welche im Zusammenhang mit einer Hilfs- und Pflegebedürftigkeit⁵⁵ oder Hilfsmitteln erbracht werden, nicht aber Rentenleistungen. Lediglich bei Versicherten, welche im Aufgabenbereich tätig gewesen sind bzw. wären, werden zumutbare Angehörigenleistungen invaliditätsmindernd berücksichtigt.⁵⁶

Es ist zwar nachvollziehbar, warum Angehörige nicht verpflichtet sind, ein (zusätzliches) Erwerbsumsatz auszuführen, nicht zuletzt deshalb, weil unklar wäre, von welchen Angehörigen zumutbarerweise verlangt werden könnte, anstelle der versicherten Person (zusätzlich) erwerbstätig sein zu müssen. Die geltende Praxis ist letztlich aber rechtsungleich und benachteiligt faktisch die Frauen, die mehrheitlich im Aufgabenbereich tätig sind, weil bei diesen als Folge der Berücksichtigung von Angehörigenleistungen tendenziell tiefere Invaliditätsgrade bei gleichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen resultieren.

Das Stichwort «Benachteiligung von Frauen» erinnert daran, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor noch nicht allzu langer Zeit die Schweiz gerügt hat, die Frauen im Zusammenhang mit der Invaliditätsbemessung im Rahmen der Betätigungsvergleichsmethode aufgrund ihres Geschlechts zu diskriminieren.⁵⁷ Das Bundesgericht hat seither die Konsequenzen dieser neuen Rechtsprechung mehrfach dargelegt. Familiär bedingte

⁵⁴ Vgl. BGE 141 V 642, E. 4.3.3.

⁵⁵ Vgl. BGE 145 V 161, E. 3.3.2 und 8C_624/2019, 17.01.2020, E. 5.1. Siehe ferner BGE 144 V 259, E. 3 und 4.

⁵⁶ Vgl. BGer, 8C_748/2019, 07.01.2020, E. 5.3.

⁵⁷ Vgl. BGE 143 I 50 ff.

Statuswechsel dürfen nicht zuletzt auch im Rahmen einer Rentenanpassung nicht zum Nachteil der versicherten Person berücksichtigt werden.⁵⁸

C. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht

Im Haftpflichtrecht sind die schadenminderungsbedingten Probleme und offenen Fragen geringer, nicht zuletzt deshalb weil Mehrleistungen von Angehörigen, unabhängig davon, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden, von der ersatzpflichtigen Person zu vergüten sind. Angehörige, welche mittelbar als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses einen Erwerbsausfall erleiden, können diesen ebenfalls geltend machen.⁵⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass bei den betroffenen Angehörigen eine eigentliche posttraumatische Belastungsstörung eingetreten ist. Es genügt nicht, wenn der Erwerbsausfall bzw. die Erwerbsunfähigkeit als Folge einer Überlastungssituation eintritt, deren Ursache darin besteht, dass der Angehörige die verletzte Person betreut und pflegt.⁶⁰ Eine Schadenminderungspflicht der Angehörigen der verletzten Person besteht im haftpflichtrechtlichen Kontext so nur sehr eingeschränkt in Bezug auf Mehrleistungen, Ausgaben und Erwerbsausfälle, welche ausnahmsweise nicht ersatzfähig sind.

Die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht konzentriert sich deshalb primär auf die geschädigte Person. Von ihr wird ein Verhalten verlangt, das ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage offenbaren würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte.⁶¹ Es ist auch im haftpflichtrechtlichen Kontext zulässig, der geschädigten Person ein hypothetisches Invalideneinkommen anzurechnen.⁶² Die geschädigte Person ist dabei gehalten, sich aus Eigeninitiative um ihre Wiedereingliederung zu bemühen und die ersatzpflichtige Person gegebenenfalls zur Bevorschussung der dafür notwendigen finanziellen Mittel aufzufordern.⁶³ Ob bzw. inwieweit sich eine verletzte Person in guten Treuen auf die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit ver-

⁵⁸ Vgl. BGE 144 I 103, E. 4.5 f.

⁵⁹ Vgl. BGE 138 III 276 ff.

⁶⁰ Vgl. BGE 142 III 433 ff.

⁶¹ Statt vieler BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.2.3.

⁶² Vgl. BGer, 4A_127/2011, 12.07.2011, E. 8.

⁶³ Vgl. BGer, 4C.177/2006, 22.09.2006, E. 2.3.

lassen kann, sodass ihr eine erst später festgestellte Restarbeitsfähigkeit nicht vorgehalten werden kann⁶⁴, hängt von den Umständen ab. War die geschädigte Person in ihrem eigenen Unternehmen tätig, kann sie sich nicht auf eine ärztlich bescheinigte vollständige Arbeitsunfähigkeit berufen.⁶⁵ Da es sich bei der Verletzung der Schadenminderungspflicht um eine den Schaden oder die Ersatzbemessung reduzierende Einrede handelt, sind die entsprechenden Tatsachen von der ersatzpflichtigen Person in den Prozess einzubringen.⁶⁶

Wie im Kontext mit der sozialversicherungsrechtlichen Invaliditätsbemessung ist auch bei der haftpflichtrechtlichen Feststellung des Erwerbsausfalles darauf zu achten, dass die verfassungsmässigen Grundrechte und die von der EMRK geschützten Menschenrechte nicht verletzt werden. Die haftpflichtgerichtliche Praxis hat anerkannt, dass bei weiblichen Geschädigte beim Valideneinkommen dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass Frauen in lohn-mässiger Hinsicht diskriminiert werden.⁶⁷ Dass auch im Haftpflichtrecht «der Verfassung Nachachtung zu verschaffen ist»⁶⁸, ist gut zu wissen. Weniger klar ist hingegen, inwieweit die Erwerbsausfallberechnung gemäss Art. 46 Abs. 1 OR sonst noch einen verfassungsmässigen Nachholbedarf hat. Diese Problematik springt aber den Rahmen einer Bestandesaufnahme der aktuellen Praxis zur Invaliditätsbemessung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, weil dazu (noch) keine Rechtsprechung existiert.

⁶⁴ Vgl. BGer, 4C.177/2006, 22.09.2006, E. 2.3.

⁶⁵ Vgl. BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.2.3.

⁶⁶ Vgl. BGer, 4A_37/2011, 27.04.2011, E. 4.3.

⁶⁷ Vgl. BGer, 4A_260/2014, 08.09.2014, E. 8.2.

⁶⁸ Ibid.