

Ueli Kieser (Hrsg.)

November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2020

**Zumutbarkeit – ein umfassender Blick
auf ein unfassbares Thema**

Mit Beiträgen von

Sarah Hack-Leoni

Jörg Jeger

Hardy Landolt

Maria Londis

Hans-Jakob Mosimann

Sebastian Reichle

Helene Tasman

Referate der Tagung vom 19. November 2020

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2021 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-338-2

www.dike.ch

Tragweite der Zumutbarkeit im Haftpflichtrecht

HARDY LANDOLT

Inhaltsübersicht

I.	Verteilung der Schadentragungslast	117
A.	Keine Ersatzpflicht ohne Haftungstatbestand	117
B.	Keine Mithaftung von Angehörigen der ersatzpflichtigen bzw. geschädigten Person	118
II.	Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Haftungsbegründung	120
A.	Allgemeines	120
B.	Unzumutbarkeit der Pflichterfüllung	121
C.	Unzumutbarkeit des Schadennachweises	124
III.	Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Haftungsausfüllung	125
A.	Grundsatz der Schadenminderungspflicht	125
B.	Zumutbare Verwertung der noch vorhandenen funktionellen Leistungsfähigkeit	127
1.	Allgemeines	127
2.	Zumutbares Invalideneinkommen	127
IV.	Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Schadenersatzbemessung	133

I. Verteilung der Schadentragungslast

A. Keine Ersatzpflicht ohne Haftungstatbestand

Die geschädigte Person kann ihren Schaden, den eine andere Person verursacht hat, nur dann auf diese abwälzen, wenn ein Haftungstatbestand besteht. Besteht kein Haftungstatbestand, trägt die geschädigte Person ihren Schaden gemäss der Parömie «Casum sentit dominus – the loss lies where it falls».¹ Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass für jeden eingetretenen Schaden irgendjemand haften muss.²

¹ Vgl. z.B. BGE 144 II 281 E. 4.5.2 und 128 III 370 E. 4b.

² Ibid.

Das geltende Haftungsrecht statuiert eine Ersatzpflicht zulasten des Schadensverursachers bei einer widerrechtlichen Schadensverursachung, sofern und soweit dem Schadensverursacher ein Verschulden vorgeworfen werden kann³, und in den Fällen, in welchen eine Kausal-⁴ oder Gefährdungshaftung⁵ besteht. Eine Ersatzpflicht bei einer rechtmässigen Schadensverursachung besteht nur ausnahmsweise, sofern die Voraussetzungen für eine Billigkeitshaftung gegeben sind.⁶ Gemäss Art. 54 OR kann der Richter insbesondere bei einer Urteilsunfähigkeit den Schadensverursacher zum vollständigen oder teilweisen Ersatz verpflichten.

Sofern ein Haftungstatbestand gegeben ist, besteht die Ersatzpflicht für den gesamten Schaden, insbesondere auch dann, wenn die ersatzpflichtige Person lediglich teilweise den Schaden verursacht hat.⁷ Gemäss Art. 44 Abs. 2 OR kann der Richter die Ersatzpflicht reduzieren, sofern und soweit die ersatzpflichtige Person in eine Notlage geraten würde. Eine Notlage setzt einerseits voraus, dass der Schaden nicht haftpflichtversichert ist, und andererseits die Leistung von Schadenersatz zur Folge hätte, dass die ersatzpflichtige Person ihr Existenzminimum nicht mehr bestreiten könnte. Ist die ersatzpflichtige Person haftpflichtversichert, besteht a priori keine Notlage.⁸

B. Keine Mithaftung von Angehörigen der ersatzpflichtigen bzw. geschädigten Person

Angehörige der ersatzpflichtigen Person haften als Folge ihrer persönlichen Nähe nur dann solidarisch, wenn sie selber den Schaden in haftpflichtrechtlich relevanter Weise mitverursacht haben. Es besteht keine «Sippenhaft» – auch das Familienhaupt haftet nur dann für den Schaden, den ein urteilsunfähiger

³ Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR.

⁴ Vgl. z.B. Art. 56 und 58 OR.

⁵ Vgl. z.B. Art. 58 SVG.

⁶ Siehe LANDOLT HARDY, Haftung für rechtmässige Schadenverursachung, in: HAVE 2014, S. 3 ff.

⁷ Vgl. BGE 113 II 86 E. 1b und BGer, 4C.416/1999, 22.02.2000, E. 3.1.

⁸ Vgl. BGE 111 II 303 E. 3a.

Hausgenosse verursacht hat, wenn ihm eine Unsorgfalt in der Beaufsichtigung vorgeworfen werden kann.⁹

Angehörige der geschädigten Person sind ebenfalls nicht ersatzpflichtig. Eine allfällige Beistands-, Unterhalts- oder Unterstützungspflicht gilt lediglich im Innenverhältnis zur geschädigten Person, stellt aber keine Liberalität für die ersatzpflichtige Person dar.¹⁰ Allfällige Mehrleistungen von Angehörigen der geschädigten Person, insbesondere unentgeltlich erbrachte Betreuungs- oder Pflegeleistungen¹¹ sowie die Übernahme von hauswirtschaftlichen Verrichtungen, welche die geschädigte Person erbracht hat bzw. hätte¹², sind zu entschädigen.

Unklar ist, ob im Zusammenhang mit dem Haushaltschaden lediglich die hauswirtschaftlichen Ohnehinleistungen der im selben Haushalt lebenden Angehörigen anzurechnen sind oder die Angehörigen verpflichtet sind, einen Teil der von der geschädigten Person ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses erbrachten hauswirtschaftlichen Tätigkeiten entschädigungslos zu übernehmen. Das Bundesgericht betonte bis anhin, dass die im selben Haushalt lebenden Angehörigen, insbesondere auch Ehegatten, nicht verpflichtet seien, hauswirtschaftliche Tätigkeiten, welche die geschädigte Person ausgeführt hätte, zu übernehmen.¹³ In einem neueren Entscheid wird neuerdings verlangt, dass die geschädigte Person im Sinne der Schadenminderung darauf hinzuwirken habe, dass im selben Haushalt lebende Angehörige, insbesondere Kinder, die ihr nicht mehr möglichen Haushaltsarbeiten verrichten.¹⁴

Die Angehörigen der geschädigten Person sind sodann genugtuungsberechtigt, sofern die geschädigte Person getötet¹⁵ oder schwer verletzt wird¹⁶, und können Ersatzansprüche für eine zusätzlich erlittenen Schockschaden gegenüber der ersatzpflichtigen Person ebenfalls in eigenem Namen geltend

⁹ Vgl. Art. 333 Abs. 1 ZGB.

¹⁰ Statt vieler BGer, 4A_500/2009, 25.05.2010, E. 2.4 ff.

¹¹ Vgl. z.B. BGer, 4A_500/2009, 25.05.2010, E. 2 und 3.2 sowie 4C.276/2001, 26.03.2002, E. II/6/b/cc.

¹² Siehe z.B. BGer, 4A_500/2009, 25.05.2010, E. 3.1.

¹³ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4a/bb.

¹⁴ Vgl. BGer, 4A_481/2019 vom 27.02.2020, E. 4.2.3.2.

¹⁵ Vgl. Art. 47 OR.

¹⁶ Grundlegend BGE 112 II 220 ff.

machen.¹⁷ Kein Schadenersatzanspruch besteht dann, wenn die angehörige Person als Folge von Betreuungs- und Pflegeleistungen dekompenziert und arbeitsunfähig wird.¹⁸ Die Ablehnung von Schadenersatzansprüchen ist in solchen Fällen kritisch zu hinterfragen, insbesondere dann, wenn die angehörige Person als Folge der schweren Körper- oder Persönlichkeitsverletzung in eigenem Namen eine Genugtuung beanspruchen kann. Pflegende Angehörige sind genugtuungsberechtigt¹⁹, weshalb sie auch schadenersatzberechtigt sind, wenn sie als Folge der mittelbaren Betroffenheit in ihren persönlichen Verhältnissen zusätzlich zum immateriellen auch einen materiellen Schaden erleiden.

II. Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Haftungs begründung

A. Allgemeines

Die geschädigte Person muss sämtliche Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Haftungstatbestand, Kausalzusammenhang und gegebenenfalls Verschulden) mit dem erforderlichen Beweisgrad nachweisen. Der Beweis einer behaupteten Tatsache ist dabei grundsätzlich erst dann erbracht, wenn die Tatsache mit annähernder Sicherheit nachgewiesen worden ist. Allfälligen Beweisschwierigkeiten der geschädigten Person kann das Gericht dadurch Rechnung tragen, dass es das ordentliche Beweismass der annähernden Sicherheit reduziert und die geschädigte Person die massgeblichen Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen muss oder eine Beweislastumkehr vornimmt.

Blosse Beweisschwierigkeiten rechtfertigen grundsätzlich weder eine Reduktion des Beweismasses noch eine Umkehr der Beweislast. Im Zusammenhang mit dem Nachweis eines natürlichen Kausalzusammenhanges genügt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.²⁰ Im Zusammenhang

¹⁷ Vgl. BGE 138 III 276 E. 2 f.

¹⁸ Vgl. BGE 142 III 433 E. 4.

¹⁹ Vgl. z.B. BGE 112 II 220 ff.

²⁰ Vgl. z.B. BGE 128 III 271 E. 2b.

mit dem Schadensnachweis statuiert Art. 42 OR eine Beweiserleichterung, als der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden vom Gericht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens abzuschätzen ist.²¹ Ob und inwieweit ein geringeres Beweismass einzelfallweise mit Bezug auf den Haftungstatbestand anwendbar ist, ist unklar.

Das Bundesgericht hat jedenfalls im Zusammenhang mit Arzthaftpflichtfällen bei einer ungenügenden Dokumentation erwogen, dass eine Herabsetzung des Beweismasses in Bezug auf den Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung gerechtfertigt ist.²² Eine Umkehr der Beweislast ist erst dann zulässig, wenn der Person, welche den Schaden verursacht hat, eine eigentliche Beweisvereitelung vorgeworfen werden kann.²³ Eine derartige Beweisvereitelung liegt nicht vor, wenn der Schadenverursacher pflichtwidrig die Polizei nicht beizieht, und die Ursache für die Körperverletzung im Rahmen der polizeilichen Abklärungen nicht festgestellt werden kann.²⁴ Werden die beschädigten Unfallfahrzeuge von den Eigentümern verschrottet, liegt ebenfalls keine Beweisvereitelung vor.²⁵

B. Unzumutbarkeit der Pflichterfüllung

Das Strafgesetzbuch untersagt jedwede Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität²⁶, statuiert demgegenüber in Bezug auf blosses Vermögensinteressen lediglich vereinzelte Straftatbestände.²⁷ Es existiert deshalb kein allgemeines Schädigungsverbot bzw. eine Verpflichtung, eine Schädigung von anderen Personen zu unterlassen. Ein Schädigungsverbot besteht erst dann, wenn eine Person einen gefährlichen Zustand geschaffen hat, der geeignet ist, andere Personen zu schädigen.²⁸ In einem solchen Fall sind die geeigneten Massnahmen zur Verhinderung einer Drittschädigung

²¹ Dazu infra Ziffer III/A.

²² Vgl. BGer, 4C.378/1999, 23.11.2004, E. 7.4.

²³ Vgl. BGE 141 III 363 E. 5.2.

²⁴ Vgl. BGer, 4C.56/2002, 21.10.2002, E. 2.2.

²⁵ Vgl. BGer, 4D_48/2009, 30.10.2009, E. 2.5.4. Siehe ferner BGE 130 III 571 E. 5.1 (n.p.).

²⁶ Vgl. Art. 111 ff. StGB.

²⁷ Vgl. z.B. Art. 137 ff. StGB.

²⁸ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.2 und 126 III 113 E. 2a/aa.

zu ergreifen, sofern und soweit diese möglich und zumutbar sind.²⁹ Eine Verpflichtung zur Schadenverhinderung besteht sodann im Zusammenhang mit einer Garantenstellung³⁰ bzw. spezifischen gesetzlichen/vertraglichen Sorgfaltspflichten, deren Zweck darin besteht, eine Schädigung von anderen Personen zu verhindern (sog. Schutznormen).³¹

Besteht eine Schadenverhütungspflicht, ist der Schadenverursacher grundsätzlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Der Vorwurf einer Pflichtverletzung setzt voraus, dass dem Schadensverursacher die Verhinderung des Schadens durch ein pflichtgemässes Verhalten möglich und zumutbar gewesen wäre. Ein unzumutbares Verhalten schliesst eine Sorgfaltspflichtverletzung aus. Es wäre etwa für den Pistensicherungspflichtigen nicht zumutbar, bei quer zum Tal verlaufenden Pisten talseitig durchgehende Sicherungen für mehr als zwei Meter vom Pistenrand entfernt liegende Absturzgefahren anzubringen.³²

Bei der Beurteilung, ob dem Schadensverursacher im konkreten Einzelfall ein pflichtgemässes Verhalten möglich und zumutbar gewesen ist, sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Von entscheidender Bedeutung sind insbesondere die Kosten der Schadenverhinderungsmassnahmen im Verhältnis zur Höhe und Wahrscheinlichkeit des drohenden bzw. verursachten Schadens. So ist etwa bei der Beurteilung der Werkeigentümerhaftung die Anstellung eines zweiten Hauswartes, der für einen ununterbrochenen Winterdienst notwendig wäre, nicht zumutbar.³³ Zumutbar ist demgegenüber eine einwöchige Sitznachtwache im Spital, welche mit Kosten von CHF 1'680 verbunden gewesen wäre.³⁴

Schädigungsgefahren, welche im Zusammenhang mit der Ausübung einer (gefahr geneigten) Tätigkeit naturgemäss zusammenhängen, trägt die geschädigte Person, sofern und soweit eine Gefährdungshaftung besteht, mit welcher das Haftungsrisiko auf eine andere Person überwältzt wird. Im Rah-

²⁹ Vgl. z.B. BGer, 4A_104/2012, 03.08.2012, E. 2.1.

³⁰ Vgl. z.B. BGer, 4A_520/2007, 31.03.2008, E. 2.2 (Waldarbeiten) und 4C.280/1999, 28.01.2000, E. 2b (Bauarbeiten).

³¹ Statt vieler BGE 125 II 86 E. 3b, 119 II 127 E. 3 und 112 II 118 E. 5e.

³² Vgl. BGE 121 III 358 E. 4.

³³ Vgl. BGer, 4A_114/2014, 18.08.2014, E. 5.

³⁴ Vgl. BGer, 4P.244/2005, 6.02.2006, E. 4.3.

men der Verschuldenshaftung hat so der Pistenbenützer die Gefahren, die einer Skiabfahrt als solcher eigen sind, selbst zu tragen. Dies gilt selbst dann, wenn er nicht mit exzessiver Geschwindigkeit fährt oder sich auf eine vereiste Piste begibt. Zu den dem Schneesport inhärenten Gefahren gehört auch das Risiko, bei vereisten Pistenabschnitten die Kontrolle über die eigenen Skier zu verlieren.³⁵

Der Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens entfällt dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund (Einwilligung, gesetzliche Befugnis, Notwehr, Notstand etc.) vorliegt.³⁶ Als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund wird sodann eine Pflichtenkollision akzeptiert. Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund einer Pflichtenkollision liegt vor, wenn zwei Rechtspflichten in derselben Situation so zusammentreffen, dass der Verpflichtete keine von ihnen ohne Verletzung der anderen erfüllen kann.³⁷ Voraussetzung für den Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision ist, dass die pflichtwidrige Handlung ein zur Erreichung des angestrebten berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellt und offenkundig weniger Schaden angerichtet, als bei einem Verzicht eintreten würde.³⁸

So etwa ist anerkannt, dass ein Jäger einen sogenannten Fangschuss abgeben darf, obwohl er grundsätzlich verpflichtet wäre, sich vor einer erneuten Schussabgabe zu vergewissern, dass das fragliche Tier verletzt ist, bzw. gegebenenfalls zur Nachsuche nach dem vermeintlich verletzten Tier verpflichtet ist.³⁹ Kein Anwendungsfall einer Pflichtenkollision besteht dann, wenn der Notfallarzt im falschen Vertrauen auf Schilderungen einer am Unfall beteiligten Person abstellt und vorhandene Symptome in unvertretbarer Weise deutet.⁴⁰

³⁵ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.5.

³⁶ Vgl. Art. 52 f. OR und Art. 14 ff. StGB.

³⁷ Vgl. BGE 130 IV 7 E. 7.

³⁸ Vgl. BGE 129 IV 6 E. 3.3.

³⁹ Vgl. BGer, 6B_702/2016, 19.01.2017, E. 2.3.1.

⁴⁰ Vgl. BGE 130 IV 7 E. 7.

C. Unzumutbarkeit des Schadennachweises

Im Zusammenhang mit dem Schadensnachweis sieht der Gesetzgeber in Art. 42 OR die Möglichkeit vor, dass der Richter nach Ermessen Schadenersatz zuspricht, sofern die geschädigte Person die Höhe des Schadens nicht ziffernmässig nachweisen kann. Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist.⁴¹ Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis aber nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Schadens sprechen, soweit möglich und zumutbar, zu behaupten und nachzuweisen.⁴²

Die Substanziierungsobliegenheit gilt unvermindert auch für den Fall, in dem zwar die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher ist.⁴³ Liefert die geschädigte Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die Beweiserleichterung kommt nicht zum Zuge.⁴⁴ In der Regel ist eine detaillierte Auflistung des Schadens, auch wenn dessen Höhe aus den Unterlagen nicht hervorgeht, zumutbar.⁴⁵

Insbesondere ist es einer geschädigten Person zumutbar, den Wertverlust eines beschädigten Fahrzeuges und die Höhe der Mietkosten für ein Ersatzfahrzeug⁴⁶ oder die Höhe einer Ferien- und Freitageentschädigung zu beziffern.⁴⁷ Eine Bezifferung des Schadens ist der geschädigten Person spätestens dann möglich und zumutbar, wenn sie Kenntnis des Schadens erlangt bzw. die relative Verjährung zu laufen begonnen hat.

⁴¹ Vgl. z.B. BGE 132 III 379 E. 3.1.

⁴² Statt vieler BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

⁴³ Vgl. BGer, 4A_481/2012, 14.12.2012 E. 4 und 4A_154/2009, 08.09.2009, E. 6.

⁴⁴ Vgl. BGE 144 III 155 E. 2.3.

⁴⁵ Vgl. BGer, 4A_73/2013, 16.07.2013, E. 6.1.3.

⁴⁶ Vgl. BGer, 4C.350/2006, 09.01.2007 E. B.

⁴⁷ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b.

III. Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Haftungsausfüllung

A. Grundsatz der Schadenminderungspflicht

Der Schadensverursacher hat im Umfang des von der geschädigten Person nachgewiesenen Schadens Ersatz zu leisten. Bei der Festlegung der Höhe des ersatzfähigen Schadens sind die Verhaltensweisen zu Grunde zu legen, zu welchen die geschädigte Person als Folge der Schadenminderungspflicht gehalten gewesen wäre. Bei der Schadenminderungspflicht handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, welchen der Gesetzgeber in Art. 44 Abs. 1 OR verankert hat.⁴⁸

Verletzt die geschädigte Person die Schadenminderungspflicht, hat der Schadensverursacher nur in dem Umfang Ersatz zu leisten, wie ein Schaden eingetreten wäre, wenn die geschädigte Person ihrer Obliegenheit zur Schadenminderung nachgekommen wäre.⁴⁹ Beruft sich der Schadensverursacher auf eine Verletzung der Schadenminderungspflicht, hat er die entsprechenden Tatsachen hinreichend zu substantiieren und nachzuweisen.⁵⁰ Die genaue Abgrenzung der Beweislast der geschädigten Person hinsichtlich des Eintritts und der Höhe des Schadens von der Beweislast der ersatzpflichtigen Person im Zusammenhang mit einer Verletzung der Schadenminderungspflicht ist unklar.⁵¹

Die Unklarheit besteht vor allem in den Fällen, in welchen der geschädigten Person vorgeworfen wird, einen Teil des Schadens selbstverschuldet bzw. in Missachtung der Schadenminderungspflicht herbeigeführt zu haben. Nach dem vorliegend vertretenen Verständnis trägt die ersatzpflichtige Person die Beweislast für sämtliche Umstände, welche die Verletzung der Schadenminderungspflicht betreffen, wozu auch die Zumutbarkeit der fraglichen Verhaltensweise zählt.

⁴⁸ Vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5.

⁴⁹ Vgl. BGer, 4C.83/2006, 26.07.2006, E. 4.

⁵⁰ Vgl. BGer, 4A_37/2011, 27.04.2011, E. 4.3.

⁵¹ Vgl. BGer, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 2.

Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht liegt vor, wenn sich die geschädigte Person nach Eintritt des Schadens nicht so verhalten hat, wie sich ein vernünftiger Mensch verhalten hätte, der sich in der gleichen Lage wie die geschädigte Person befunden und keinerlei Schadenersatz zu erwarten gehabt hätte.⁵² So wie der Schadenverursacher nicht verpflichtet ist, unzumutbare Massnahmen zur Schadenverhinderung zu ergreifen, ist auch die geschädigte Person nicht verpflichtet, im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderung unzumutbare Bemühungen zu unternehmen. Es sind dabei sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles, insbesondere die Persönlichkeit der geschädigten Person sowie ihre persönlichen Umstände (berufliche Fähigkeiten und Handfertigkeiten, Anpassungsfähigkeit und Intelligenz sowie Alter und Bildungsgrad), zu berücksichtigen.⁵³

Da die haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht den Schadenverursacher betrifft und die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht unterschiedliche Solidargemeinschaften von Nichtschadenverursachern zum Schadenausgleich verpflichtet, kann von der geschädigten Person im Zusammenhang mit der Schadenberechnung nicht verlangt werden, dass sie über die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht hinaus den eingetretenen Schaden reduziert oder den Eintritt eines zusätzlichen Schadens verhindert.

Die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht ist mit anderen Worten milder als die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht. Unzumutbar sind sämtliche Verhaltensweisen, welche eine unverhältnismässige Einschränkung der verfassungsmässigen Grund- und Persönlichkeitsrechte zur Folge hätte. Von der geschädigten Person kann insbesondere nicht verlangt werden, dass sie ihren Wohnsitz in ein Land mit einem tieferen Kosteniveau verlegt.⁵⁴

⁵² Siehe z.B. BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.2.3, 4A_37/2011, 27.04. 2011, E. 4.2, 4C.177/2006, 22.09.2006, E. 2.2.2 und 4C.83/2006, 26.06. 2006, E. 4.

⁵³ Vgl. z.B. BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.2.3.

⁵⁴ Vgl. BGer, 4C.412/1998, 23.06.1999, in: Pra 1999, Nr. 171 E. 2b/c.

B. Zumutbare Verwertung der noch vorhandenen funktionellen Leistungsfähigkeit

1. Allgemeines

Die geschädigte Person ist verpflichtet, die bei ihr noch vorhandene funktionelle Leistungsfähigkeit in zumutbarer Weise zu verwerten. Ob die geschädigte Person sich in guten Treuen auf eine ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit verlassen kann, sodass ihr eine erst später festgestellte darüber hinausgehende Arbeitsfähigkeit nicht vorgehalten werden kann, beurteilt sich nach Massgabe der konkreten Umstände des Einzelfalles.⁵⁵

Die Verwertungspflicht gilt dabei für sämtliche Lebensbereiche, für welche die geschädigte Person Ersatz beansprucht. Entsprechend besteht die Schadenminderungspflicht nicht nur im Zusammenhang mit dem Erwerbsausfallschaden, sondern auch dem Haushaltschaden⁵⁶ und der Genugtuung, soweit eine solche im Zusammenhang mit Lebensqualitätseinbussen beansprucht wird, weil frühere Tätigkeiten beruflicher oder nicht beruflicher Natur nicht mehr ausgeführt werden können.

2. Zumutbares Invalideneinkommen

Wie im sozialversicherungsrechtlichen Kontext ist auch im Zusammenhang mit der Festlegung der Höhe des Erwerbsausfalles ein hypothetisches Invalideneinkommen anzurechnen, wenn die geschädigte Person in Missachtung der Schadenminderungspflicht, die bei ihr noch vorhandene erwerbliche Leistungsfähigkeit nicht hinreichend verwertet.⁵⁷ Die geschädigte Person ist dabei lediglich verpflichtet, im zeitlichen Umfang, wie sie ohne das haftungsbegründende Ereignis einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, eine geeignete Erwerbsarbeit auszuführen. Ist die geschädigte Person nicht mehr in der Lage, die angestammte Tätigkeit auszuführen, ist sie verpflichtet, eine geeignete, ihr zumutbare Verweisungstätigkeit auszuüben.

⁵⁵ Vgl. BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.2.3 und 4C.177/2006, 22.09.2006, E. 2.3.

⁵⁶ Vgl. BGE 131 II 656 E. 8.2 (n.p.) und BGer, 4A_481/2019, 27.02.2020, E. 4.5.4.

⁵⁷ Vgl. BGer, 4C.263/2006, 27.01.2007, E. 4.1 und 4C.3/2004, 22.06.2004, E. 1.2.2.

Besteht neben der Erwerbsunfähigkeit auch noch eine Hausarbeitsunfähigkeit, ist die geschädigte Person nicht verpflichtet, die im Zusammenhang mit der Hausarbeitsunfähigkeit eintretenden Zeitersparnis für eine vermehrte Erwerbstätigkeit zu verwenden. Die im Zusammenhang mit einer Arbeitsunfähigkeit eintretende Zeitersparnis ist demgegenüber für die Selbstversorgung zu verwenden, was bedeutet, dass die geschädigte Person für einen allfälligen zeitlichen Selbstversorgungsmehraufwand keinen Ersatz beanspruchen kann.⁵⁸

Während im Sozialversicherungsrecht lediglich objektiv nicht überwindbare gesundheitliche Beeinträchtigungen berücksichtigt werden und zudem die Erwerbsunfähigkeit bezogen auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt bestimmt wird⁵⁹, ist bei der Festlegung der Höhe des haftpflichtrechtlich relevanten zumutbaren Invalideneinkommens auf die Verhältnisse des konkreten Arbeitsmarktes, welcher der geschädigten Person offensteht, abzustellen.⁶⁰ Zu berücksichtigen sind auch allfällige invaliditätsfremde und sozio-kulturelle Umstände, welche im Sozialversicherungsrecht ausgeklammert werden.⁶¹

Eine haftungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit besteht bereits dann, wenn die geschädigte Person als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr über eine wirtschaftlich nutzbare Arbeitsfähigkeit verfügt.⁶² Eine solche liegt beispielsweise nicht mehr vor, wenn die geschädigte Person theoretisch über eine Resterwerbsfähigkeit von 20 % bzw. 26 % verfügt.⁶³ Die in diesen haftpflichtrechtlichen Fällen angenommene wirtschaftliche Unverwertbarkeit erinnert an den sozialversicherungsrechtlichen Verwertungsabzug. Praxisgemäss können persönliche und berufliche Merkmale der geschädigten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad einen auf höchstens

⁵⁸ Vgl. HGer ZH, HG080251, 20.11.2018, E. 6.1.1; dazu ferner LANDOLT HARDY, Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen?, HAVE 2019, 357 ff.

⁵⁹ Vgl. Art. 7 f. ATSG.

⁶⁰ Vgl. BGer, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 4.1.

⁶¹ Statt vieler BGE 141 V 1 E. 5 und 127 V 294 E. 5.

⁶² Vgl. BGE 113 II 345 E. 1b sowie BGer, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 4.1 und 12.11.1991, in: Pra 1993, Nr. 83, E. 9.

⁶³ Vgl. BGer, 4A_115/2014, 20.11.2014, E. 3 und 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 4.1.

25 % begrenzen Leidensabzug von dem hypothetischen Invalideneinkommen rechtfertigen.⁶⁴

Es stellt sich deshalb die Frage, ob das um den Leidensabzug gekürzte sozialversicherungsrechtliche Invalideneinkommen mit dem haftpflichtrechtlich massgeblichen Invalideneinkommen gleichgesetzt werden kann. Da im Sozialversicherungsrecht auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt abgestellt und unterstellt wird, dass die geschädigte Person eine ihren gesundheitlichen Beeinträchtigungen angepasste Erwerbsarbeit ausüben kann, und der leidensbedingte Abzug lediglich die vorgenannten invaliditätsfremden Umstände berücksichtigt, besteht zwischen den beiden hypothetischen Invalideneinkommen keine Identität.

Es ist sehr wohl vorstellbar, dass die geschädigte Person aufgrund der konkreten Verhältnisse auf dem ihr zugänglichen konkreten Arbeitsmarkt keine geeignete Arbeitsstelle findet, welche ihr erlauben würde, die theoretisch noch vorhandene funktionelle Leistungsfähigkeit vollumfänglich auszuschöpfen. Insbesondere ältere Arbeitnehmer, welche gesundheitlich beeinträchtigt sind, werden auf den konkreten Arbeitsmarkt nicht mehr bzw. nur noch sehr eingeschränkt nachgefragt. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung hat für die Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit älterer Menschen relativ hohe Hürden aufgestellt⁶⁵ und bejaht regelmässig auch bei über 60-jährigen Personen eine grundsätzlich bestehende Verwertbarkeit der theoretisch noch vorhandenen Resterwerbsfähigkeit.⁶⁶

Eine Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ist sozialversicherungsrechtlich erst 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 von vorneherein als ausgeschlossen erscheint.⁶⁷

⁶⁴ Vgl. z.B. BGE 146 V 16 E. 4.2 und 142 V 178 E. 2.5.7.

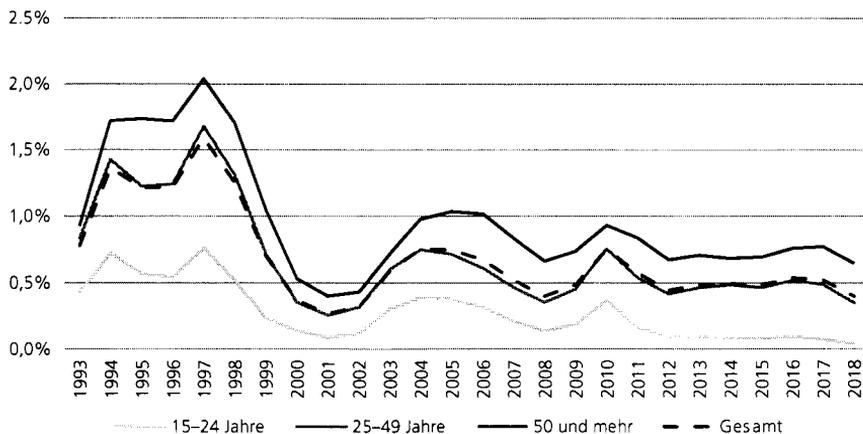
⁶⁵ Siehe z.B. BGer, 8C_803/2018, 06.06.2019, E. 5.3.

⁶⁶ Vgl. z.B. BGer, 9C_574/2019, 16.10.2019, E. 2.5.

⁶⁷ Vgl. BGer, 8C_759/2018, 13.06.2019, E. 7.1 und 9C_898/2017, 25.10.2018, E. 3.3.

Gemäss den statistischen Erhebungen ist die Langzeitarbeitslosenquote der über 50-jährigen Personen deutlich höher als jene der 15 bis 24-jährigen bzw. 25 bis 49-jährigen Personen (siehe nachfolgende Grafik).

Zeitreihe Langzeitarbeitslosenquote nach Altersgruppe (2018)



Quelle: SECO

Die Höhe der Langzeitarbeitslosenquote hängt dabei von diversen persönlichen Umständen (Geschlecht, Nationalität, berufliche Qualifikation und Arbeitssektor) ab (siehe nachfolgende Grafik). Entsprechend ist im jeweiligen konkreten Einzelfall zu beurteilen, ob die theoretisch noch vorhandene Reserwerbsfähigkeit wirtschaftlich nutzbringend auf dem konkreten Arbeitsmarkt verwertet werden kann.

Zusätzliche Eigenschaften der registrierten Arbeitslosen nach Altersgruppe in % (2018)

	50+	25–49 Jahre
Geschlecht		
Frauen	41.0	46.4
Männer	59.0	53.6
Nationalität		
Schweizer	62.8	47.2
Ausländer	37.2	52.8
Qualifikation		
Obligatorische Schule nicht abgeschlossen	1.7	1.1
Obligatorische Schule	21.5	20.3
Sekundarstufe	46.8	45.6
Teritärstufe	24.6	28.1
Unbekannt	5.4	4.9
Sektoren		
Sektor 1 (Land- und Forstwirtschaft, Fischerei)	0.9	0.9
Sektor 2 (Industrie)	27.3	22.7
Sektor 3 (Dienstleistungen)	68.9	72.2
Keine Angaben, übrige	3.0	4.2

Im haftpflichtrechtlichen Kontext macht das Bundesgericht eine Anrechnung eines hypothetischen Invalideneinkommens davon abhängig, dass «Aussichten auf eine relativ sichere Erzielung eines nicht unbedeutenden Erwerbes bestehen».⁶⁸ Es ist deshalb – vor allem bei älteren geschädigten Personen – nicht gerechtfertigt, wenn das sozialversicherungsrechtliche Invalideneinkommen unbesehen für die Berechnungen des aufgelaufenen bzw. zukünftigen Erwerbsausfalles gemäss Art. 46 OR herangezogen wird.

Es kommt hinzu, dass gemäss Art. 46 OR eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ebenfalls zu entschädigen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein Anspruch auf eine Entschädigung für den Erschwerungsschaden, wenn die theoretische Resterwerbsfähigkeit bei der

⁶⁸ BGer, 12.11.1991, in: Pra 1993, Nr. 83, E. 9.

geschädigten Person unter 10 % liegt.⁶⁹ Wie bereits erwähnt wird bei einer derart geringfügigen theoretischen Resterwerbsfähigkeit eine Verwertbarkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt ausgeschlossen und erhält die geschädigte Person entsprechend einen Erwerbsausfall vergütet.

Es fragt sich, ob und inwieweit bei einer theoretischen Resterwerbsfähigkeit über 10 % eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens eintreten kann. Da die haftpflichtrechtliche Praxis von der Unverwertbarkeit einer theoretischen Resterwerbsfähigkeit bis 30 % ausgeht, stellt sich diese Frage lediglich in den Fällen, in welche der geschädigten Person ein hypothetisches Invalideneinkommen (auch) für die Zukunft angerechnet wird. Mit der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen einem erhöhten Arbeitslosigkeits- bzw. Kündigungsrisiko ausgesetzt sind.

Ein Erschwerungsschaden kann auch bei geschädigten Personen eintreten, welche ihre bisherige Erwerbstätigkeit trotz der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen weiterhin (eingeschränkt) ausführen können, wenn ein allfälliger Berufswechsel durch diese eingeschränkt wird. Von einer derartigen Einschränkung ist beispielsweise dann auszugehen, wenn die geschädigte Person nur noch in der Lage ist, leichte bis mittelschwere belastende, nicht monotone Arbeiten auszuführen.⁷⁰ Bei geschädigten Personen, welche nur noch eingeschränkt erwerbstätig sein können, ist im konkreten Einzelfall anhand der gesamten Umstände zu beurteilen, ob hinsichtlich des hypothetischen Invalideneinkommens ein erhöhtes Wegfallrisiko besteht.

Ist davon auszugehen, dass die geschädigte Person ab einem bestimmten Alter überwiegend wahrscheinlich aus Gründen, welche mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung unmittelbar nichts zu tun haben, das hypothetische Invalideneinkommen nicht mehr erzielen können, ist ab diesem Zeitpunkt ein zusätzlicher Erwerbsausfall zu entschädigen. Ist das Wegfallrisiko nicht überwiegend wahrscheinlich, aber gleichwohl ernsthaft in Betracht zu ziehen, rechtfertigt es sich, der geschädigten Person zusätzlich zum Erwerbsausfall eine Entschädigung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu gewähren.

⁶⁹ Vgl. BGer, 4A_699/2012, 27.05.2013, E. 5.2 f.

⁷⁰ Vgl. z.B. BGer, 4C.8/2005, 11.04.2005, E. 2.3.

IV. Bedeutung der Zumutbarkeit bei der Schadenersatzbemessung

Das Gericht entscheidet über Art und Grösse des Schadenersatzes.⁷¹ In der Regel verpflichtet der Richter die ersatzpflichtige Person dazu, den Schaden durch eine Geldleistung (Kapital oder Rente) zu ersetzen. Sofern es der ersatzpflichtigen Person möglich und zumutbar ist, kann sie auch zu einer eigentlichen Naturalrestitution⁷², beispielsweise einer Reparatur des beschädigten Fahrzeuges oder der Neuanpflanzung eines zerstörten Baumes⁷³, verpflichtet werden. Bei der Festlegung der Höhe der Schadenersatzleistung sind die Umstände und das Verschulden der beteiligten Personen zu berücksichtigen.

Nach dem Grundsatz der Totalreparation ist die ersatzpflichtige Person grundsätzlich zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet. Eine Reduktion des Schadenersatzes ist erst dann gerechtfertigt, wenn die vollständige Schadentragungslast der ersatzpflichtigen Person nicht mehr zumutbar ist. Eine Reduktion des Schadenersatzes hat zu erfolgen, wenn Umstände zur Entstehung des Schadens beigetragen haben, welche von der geschädigten Person zu verantworten sind.⁷⁴ Die geschädigte Person hat dabei insbesondere für ihren Zustand, insbesondere eine konstitutionelle Prädisposition⁷⁵, und für ihr Verhalten, etwa für ein Selbstverschulden oder eine Verletzung der Schadenminderungspflicht, einzustehen.

Im Fall einer konstitutionellen Prädisposition ist es der geschädigten Person nur dann zumutbar, den eigenen Schaden (anteilmässig) zu tragen, wenn eigentliche Anomalien sowie akut vorbestehende Leiden zur Entstehung oder zur Vergrösserung des Schadens beigetragen haben.⁷⁶ Die Tragung des eigenen Schadens wird in solchen Fällen durch das Quotenvorrecht abgemildert; dieses besteht jedoch dann nicht, wenn die geschädigte Person die

⁷¹ Vgl. Art. 43 Abs. 1 OR.

⁷² Vgl. BGE 107 II 134 E. 4. Ferner BGE 116 II 441 E. 3b.

⁷³ Siehe dazu BGE 129 III 331 E. 2.2.

⁷⁴ Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Siehe z.B. BGE 131 III 12 E. 4.

⁷⁶ Vgl. BGE 113 II 86 E. 1b.

Schadenminderungspflicht verletzt hat.⁷⁷ Es besteht allerdings ein Wertungswiderspruch dahingehend, als die geschädigte Person bei einem «normalen» Selbstverschulden das Quotenvorrecht beanspruchen darf.⁷⁸

⁷⁷ Vgl. BGer, 4A_204/2017, 29.08.2017, E. 8.3.2, 4C.263/2006, 17.01.2007, E. 3.2 und 4C.83/2006, 26.06.2006, E. 4.

⁷⁸ Vgl. BGE 134 III 636 E. 1.3.1.