

# Entwicklungen im Haftpflicht- und Versicherungsrecht seit der Jahrhundertwende



Hardy Landolt\*

Das für den Strassenverkehr massgebliche Haftpflicht- und Versicherungsrecht hat seit der Jahrhundertwende eine dynamische Entwicklung genommen. Allein der Gesetzgeber hat mit einer Vielzahl von Sozialversicherungsrevisionen die Schadenausgleichsweichen neu gestellt. Das Bundesgericht hat ebenfalls zu vielen Einzelfragen des Schadenerledigungsalltags klärende und praxisändernde Entscheide erlassen. Der vorliegende Beitrag stellt die wichtigsten Urteile im Gesamtkontext dar.

## Inhalt

- I. Gesetzgebung
- II. Haftungstatbestand
  1. Betriebsgefahr – Unfallbegriff – spezifische Verkehrssorgfaltspflicht
  2. Aktivlegitimation von Angehörigen
  3. Reduktions- und Haftungsausschlussgründe
    - a. Nichthalterschäden
    - b. Altersschäden
    - c. Schadenminderung als Problem der Schadenberechnung
  4. Exkurs: Anwaltshaftung
- III. Körperverletzung
- IV. Kausalität
  1. Natürliche Kausalität
    - a. Allgemeines
    - b. Gilt der natürlichen Kausalitätsentscheid des Sozialversicherers für den Haftpflichtigen?
    - c. Sind Reserveursachen irrelevant?
  2. Adäquate Kausalität
    - a. Uneinheitlichkeit der adäquaten Kausalität
    - b. Bagatellunfälle
      - ba) Unfallschwere als primäres Adäquanzkriterium im Sozialversicherungsrecht
      - bb) Einzelfallbeurteilung im Haftpflichtrecht
    - c. Bagatellverletzungen
- V. Schaden
  1. Überholte Differenztheorie
  2. Normative und fiktive Schäden
    - a. Normative Schäden
    - b. Fiktive Schäden
  3. Normhypothese – gewöhnlicher Lauf der Dinge – allgemeine Lebenserfahrung – normale Tatsache
    - a. Allgemeines
    - b. Zukünftige Realloohnerhöhung: Normhypothese oder Tatsache?
  4. Erwerbs- und Hausarbeitsunfähigkeit
    - a. Erwerbsunfähigkeit
    - b. Hausarbeitsunfähigkeit
  5. Zwei-Phasen-Methode bei der Genugtuung
    - a. Allgemeines
    - b. Zu tiefe Körperverletzungsgenugtuung
- VI. Koordination
  1. Wirkung des integralen Regresses
  2. Relativierung der Globalanrechnung

## I. Gesetzgebung

Der Bundesgesetzgeber hat in den vergangenen zehn Jahren für den Aussenstehenden geradezu einen Wust an sozialversicherungsrechtlichen Revisionen verabschiedet. Nicht nur die Sanierung der Invalidenversicherung im Rahmen der 4.<sup>1</sup>, 5.<sup>2</sup>. und 6.<sup>3</sup> IVG-Revision, sondern auch der Neue Finanzausgleich<sup>4</sup> und die Neuregelung der Pflegefinanzierung<sup>5</sup> sowie weitere kleinere Revisionen haben zahlreiche Schadenausgleichsweichen modifiziert und sogar neue Versicherungsleistungen gebracht<sup>6</sup>, die wegen des integralen Regresses des Sozialversicherers in der Praxis zu beachten sind.

Im Bereich dazu sind die geplanten Revisionen im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht bescheiden. Das VVG soll zwar totalrevidiert werden<sup>7</sup>, die Auswirkungen der vorgesehenen Änderungen (Verlängerung der Verjährungsfrist, Einführung eines direkten Forderungsrechts in der Haftpflichtversicherung und teilweise Übernahme des Systems der Vertrauensärzte) für das Haftpflichtrecht sind verglichen mit der sozialversicherungsrechtlichen Dynamik aber beschaulich. Ob zudem die geplante Revi-

<sup>1</sup> Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 21. März 2003 (per 1. Januar 2004 in Kraft getreten – AS 2003, S. 3837 ff.)

<sup>2</sup> Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 6. Oktober 2006 (per 1. Januar 2008 in Kraft – AS 2007, S. 5129 ff.)

<sup>3</sup> Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, per 1. Januar 2012 in Kraft getreten – AS 2011, S. 5659 ff.). Siehe ferner zum zweiten Massnahmenpaket <http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/03199/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 02.11.2012).

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 6. Oktober 2006 (in Kraft getreten am 1. Januar 2008, mit Übergangsfrist bis 31. Dezember 2010 – AS 2007, S. 5779 ff.)

<sup>5</sup> Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008 (in Kraft getreten am 1. Januar 2011 – AS 2009, S. 3517 ff.)

<sup>6</sup> Vgl. etwa Art. 42quater ff. IVG (Assistenzbeitrag).

<sup>7</sup> Siehe Botschaft zur Totalrevision des VVG vom 7. September 2011 = BBl 2011, S. 7705 ff.

\* Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Privat- und Sozialversicherungsrecht sowie Haftpflichtrecht der Universität St. Gallen, LL.M., Rechtsanwalt und Notar.

sion der längeren Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht<sup>8</sup> verwirklicht wird, bleibt abzuwarten, nachdem das Projekt der Revision des Haftpflichtrechts gescheitert ist<sup>9</sup>.

Der Gesetzgeber hat sodann die Opferrechte in der Vergangenheit in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Die am 1. Januar 2009 in Kraft getretene OHG-Revision hat die Effektivität des Entschädigungsanspruchs stark relativiert. Neu können nur noch Straftaten im Inland Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung vermitteln<sup>10</sup>; anspruchsberechtigt sind ohnehin nur noch Geschädigte, welche die Anspruchsvoraussetzungen des ELG erfüllen<sup>11</sup>. Nicht mehr zu ersetzen sind sodann der normative Schaden<sup>12</sup> und der Zinsschaden<sup>13</sup>.

Die seit 1. Januar 2011 geltende StPO hat sodann die Opferrechte im Strafverfahren ebenfalls eingeschränkt<sup>14</sup>. Die Stellung des Opfers wurde immerhin gestärkt durch die Übernahme der Odenbreit-Rechtsprechung des EuGH durch das Bundesgericht, wonach der im Ausland verunfallte Geschädigte gestützt auf das LugÜ in der Schweiz am Wohnsitz klagen kann, wenn ihm ein direktes Forderungsrecht zusteht<sup>15</sup>. Ob die Observation des Verkehrsunfallopfers durch den Motorfahrzeughaftpflichtversicherer vor- oder nachteilig ist, ist umstritten, aber einzelfallweise zulässig<sup>16</sup>.

Mit dem Projekt Via Sicura<sup>17</sup> soll sodann die Anzahl von Verkehrsoffern mit präventiven Massnahmen, Massnahmen zur besseren Durchsetzung bestehender Regeln, repressiven Massnahmen bei «Raserdelikten» und anderen

schwerwiegenden Delikten, Infrastrukturmassnahmen und Massnahmen zur Optimierung der Unfallstatistik gesenkt werden. Diese Massnahmen beeinflussen die Schadenregulierung nicht.

Immerhin soll nach dem Willen des Bundesrates eine Regresspflicht eingeführt werden. Bei Schäden, die in ange-trunkenem oder fahruntfähigem Zustand oder durch ein Raserdelikt verursacht wurden, müssen die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen Rückgriff auf die Person nehmen, die den Unfall verursacht hat. Der Umfang des Rückgriffs richtet sich nach dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Person<sup>18</sup>.

## II. Haftungstatbestand

### 1. Betriebsgefahr – Unfallbegriff – spezifische Verkehrssorgfaltspflicht

Der Halter des Motorfahrzeugs haftet für Personen- und Sachschäden, die durch die verwirklichte Betriebsgefahr entstehen<sup>19</sup>. Eine mittelbare Verursachung genügt; der Motorfahrzeughalter haftet auch für die durch Operationsfehler verursachten Gesundheitsbeeinträchtigungen, wenn die Operation im Zusammenhang mit der Behandlung der Unfallfolgen notwendig war<sup>20</sup>.

Jede Mitwirkung am Unfallgeschehen gilt in Bezug auf die Fahrzeuge, insbesondere i.S.v. Art. 51 SVG und Art. 4 lit. a und b SVÜ, als Beteiligung. Als Unfallbeteiligter gilt nicht nur, wer einen Fehler begangen oder den Unfall direkt verursacht bzw. dazu beigetragen hat, sondern ebenso, wer in anderer Weise, auch nur indirekt, beim Zustandekommen des Unfalls mitgewirkt hat oder aufgrund der Umstände annehmen musste, als Unfallverursacher in Frage zu kommen<sup>21</sup>. Das Bundesgericht hat unlängst bestätigt, dass auch ein Blenden oder Erschrecken eines am Unfall direkt Beteiligten als Unfallbeteiligung gilt<sup>22</sup>.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 SVG muss jedermann sich im Verkehr so verhalten, dass er andere in der ordnungs-

<sup>8</sup> Siehe dazu Vernehmlassung vom 31.08.2011 und Bericht zum Vorentwurf (August 2011) und [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_verjaehrungsfristen.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_verjaehrungsfristen.html) (zuletzt besucht am 02.11.2012).

<sup>9</sup> Am 21.01.2009 verzichtet der Bundesrat auf eine umfassende Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 OHG.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 OHG. Die Genugtuung wird unabhängig von den Einnahmen der anspruchsberechtigten Person ausgerichtet (vgl. Art. 6 Abs. 3 OHG).

<sup>12</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 4 OHG.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 28 OHG.

<sup>14</sup> Folgende Einschränkungen bestehen: Keine Adhäsionsbeurteilung im Strafbefehlsverfahren (vgl. Art. 353 Abs. 2 StPO), keine Anfechtung des Strafbefehls durch Opfer (vgl. Art. 353 Abs. 2 i.V.m. Art. 354 StPO), keine Anfechtung der Sanktion durch Opfer (vgl. Art. 382 Abs. 2 StPO), Einschränkung der Berufungskognition auf faktische Nichtigkeitsbeschwerde, wenn «ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens» bildeten (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO) und Ausschluss der zivilrechtlichen Berufung bei einem Streitwert unter CHF 10'000.– (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

<sup>15</sup> Vgl. BGer 4A\_53/2011 vom 02.05.2012 E. 2.9.

<sup>16</sup> Siehe BGE 136 III 410 ff. Die von der Haftpflichtversicherung veranlasste Observation der versicherten Person kann deren Privatsphäre wie auch deren Recht am eigenen Bild verletzen. Die Verletzung ist dann nicht widerrechtlich, wenn das Interesse an der Verhinderung eines Versicherungs Betrugs das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit überwiegt (vgl. BGE a.O. E. 2–6).

<sup>17</sup> Siehe dazu Änderung Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 15. Juni 2012 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2012/5959.pdf> – zuletzt besucht am 02.11.2012) und Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr = BBI 2010, S. 8447 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/8447.pdf> – zuletzt besucht am 02.11.2012).

<sup>18</sup> Vgl. Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr = BBI 2010, S. 8447, 8479.

<sup>19</sup> BGer 4A\_479/2009 vom 23.12.2009 E. 7.1: «Die Betriebsgefahr wird einerseits durch die Geschwindigkeit und andererseits durch das Gewicht (das heisst die Masse) des Fahrzeugs bestimmt. Während das zerstörerische Energiepotential wesentlich von der Geschwindigkeit abhängt, zu der es in quadratischer Abhängigkeit steht (BREHM, Betriebsgefahr und Betriebsvorgang des Motorfahrzeugs, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, Schaffhauser [Hrsg.], S. 129), wird der Impuls, dessen Übertragung über die Folgen des Zusammenpralls für die daran Beteiligten entscheidet, von Gewicht und Geschwindigkeit gleichermaßen beeinflusst. Die Betriebsgefahr ist aber nicht abstrakt zu bestimmen, sondern es ist zu berücksichtigen, ob und wenn ja in welchem Mass sich die Betriebsgefahr in der konkreten Situation ausgewirkt hat».

<sup>20</sup> Vgl. BGer 4P.283/2004 vom 12.04.2005 E. 3.2 und 5C.125/2003 vom 31.10.2003 E. 3.2 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGer 6S.275/1995 vom 22.08.1995 = Pra 1996 Nr. 177 E. 3b/aa und ferner BGE 83 IV 46 E. 2

<sup>22</sup> Vgl. BGE 135 III 92 E. 3.2.1 f.

gemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet. Nach Art. 26 Abs. 2 SVG ist besondere Vorsicht geboten unter anderem gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten. Die Körpergrösse ist wesentliches Kriterium, um einen Verkehrsteilnehmer als Kind, Jugendlichen oder erwachsene Person erkennen zu können. Eine knapp 13-jährige Geschädigte, die ihrem Alter entsprechend klein gewachsen ist – ihre Körpergrösse entsprach einem rund 11-jährigen Mädchen – ist von den anderen Verkehrsteilnehmern als Kind erkennbar<sup>23</sup>.

## 2. Aktivlegitimation von Angehörigen

Das Bundesgericht hat unlängst die Schockschadenrechtsprechung bestätigt und erwogen, dass der Schockschaden der Angehörigen von Getöteten mittelbare Folge des Motorfahrzeugbetriebs ist<sup>24</sup>. Die Stellung der Angehörigen wurde ferner dadurch gestärkt, dass nun auch Konkubinatspartner von verheirateten Geschädigten aktivlegitimiert sind<sup>25</sup>. Nach der ebenfalls bestätigten Auffassung des Bundesgerichts ist der Verletzte gegenüber den geschädigten Angehörigen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 428 ff. OR) ersatzpflichtig<sup>26</sup>.

## 3. Reduktions- und Haftungsausschlussgründe

### a. Nichthalterschäden

Kommt durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs ein Mensch zu Schaden, so haftet der Halter<sup>27</sup>. Der Halter wird von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Unfall durch grobes Verschulden des Geschädigten verursacht wurde<sup>28</sup>, ohne dass ihn selbst ein Verschulden trifft und ohne dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat<sup>29</sup>.

Beweist der Halter, der nicht von der Haftung befreit wird, dass ein Verschulden des Geschädigten beim Unfall mitgewirkt hat, so bestimmt der Richter die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände<sup>30</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist grundsätzlich der Gesamtschaden von 100% auf die einzelnen haftpflichtrechtlich relevanten Ursachen zu verteilen (sektorielle Verteilung)<sup>31</sup>.

### b. Halterschäden

Die Betriebsgefahr als Haftungstatbestand tritt gemäss Gesetzestext zurück und weicht dem Verschuldensprimat, wenn Halter verletzt werden<sup>32</sup>. Unklar ist weiterhin, welche Bedeutung dem Hinweis auf die Betriebsgefahr als ein besonderer Umstand zukommt<sup>33</sup>.

In einem Entscheid von 2011 hat das Bundesgericht die Haftungsgrundsätze bei kollidierenden Halterpersonenschäden zusammengefasst:

«En cas de fautes des deux détenteurs, la répartition se fait en principe selon l'importance des fautes, mais chacun peut tenter de prouver que le risque inhérent au véhicule de l'autre a concrètement joué un rôle supérieur;

en cas de faute d'un seul détenteur, celui-ci supporte en principe la totalité du préjudice, mais il peut apporter la preuve que des circonstances spéciales, notamment les risques inhérents à l'emploi de l'autre véhicule, justifient une répartition différente; si la faute commise n'est que légère, une quote-part peut être laissée à la charge de l'autre détenteur pour tenir compte du fait que le risque inhérent à son véhicule a aussi joué un rôle causal;

s'il n'y a pas de faute (ou si aucune faute ne peut être prouvée en présence de deux versions inconciliables), il faut comparer les risques et, comme ceux-ci sont présumés égaux sauf preuve contraire, on s'achemine normalement vers une répartition par parts égales.»<sup>34</sup>

Die mitwirkende Betriebsgefahr ist einzelfallmässig zu gewichten. Ausser Betracht fallen ein leichtes Verschulden und eine bloss abstrakte Betriebsgefahr:

«Tel sera le cas, par exemple, s'il y a faute d'un seul détenteur et que cette faute doit être qualifiée d'insignifiante, voire de très légère, ou si les risques inhérents à l'emploi du véhicule d'un des détenteurs ont exercé une influence particulièrement forte sur la survenance du préjudice. Le point de savoir si le risque inhérent d'un véhicule dépasse de manière marquante celui d'un autre n'est pas fonction du risque abstrait desdits véhicules selon leur appartenance à des catégories différentes. Est au contraire déterminant le risque concret qui a influé sur le préjudice lors de l'accident. Il faut ainsi tenir compte notamment de la vitesse, du poids et de la stabilité du véhicule. En principe, le risque inhérent d'un motorcycle n'est pas plus élevé que celui d'une voiture, hormis circonstances particulières.»<sup>35</sup>

<sup>23</sup> Vgl. BGer 6B\_313/2011 vom 29.08.2011 E. 3.3.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 138 III 276 E. 3.2.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 138 III 157 E. 2.3 f.

<sup>26</sup> Vgl. BGer 4C.413/2006 vom 27.03.2007 E. 4 und BGE 97 II 259 E. III/2–4.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 58 SVG.

<sup>28</sup> Siehe z.B. BGer 4A\_499/2009 vom 11.01.2010 E. 5 und 6 (Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h um 56 km/h durch Motorradfahrer).

<sup>29</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 1 SVG.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 2 SVG.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 132 III 249 E. 31 sowie BGer 4A\_479/2009 vom 23.12.2009 E. 4.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 61 Abs. 1 SVG.

<sup>33</sup> Vgl. BREHM ROLAND, Die Betriebsgefahr als Voraussetzung der Haftung nach Art. 58 SVG, in: Probst/Werro, Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010, S. 78, der als echter Verfechter des Betriebsgefahrkonzepts die provokative Forderung aufstellt, die Betriebsgefahr aus Art. 61 Abs. 1 SVG zu streichen, weil die Gerichte dem Gesetzeswortlaut die Gefolgschaft seit Jahrzehnten verweigern.

<sup>34</sup> BGer 4A\_270/2011 vom 09.08.2011 E. 3.2. Ferner BGer 4A\_405/2011 vom 05.01.2012 E. 4.6.

<sup>35</sup> Siehe z.B. 4A\_405/2011 vom 05.01.2012 E. 4.2.

### c. Schadenminderung als Problem der Schadenberechnung

Ein grobes Selbstverschulden ist ein Unterbrechungsgrund<sup>36</sup>, ein geringfügigeres Selbstverschulden ist bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen<sup>37</sup>. Im letzteren Fall kann die Reduktionsquote wegen des Quotenvorrechts mit den Sozialversicherungsleistungen kompensiert werden. Im ersten Fall besteht von vornherein keine Haftung, weshalb das Quotenvorrecht nicht anwendbar ist.

Wie ist eine Verletzung der Schadenminderungspflicht einzuordnen? Als kausalitätsverkürzender Umstand oder als Selbstverschulden? «Richtig besehen handelt es sich bei der Schadenminderungspflicht um eine Obliegenheit, deren Berücksichtigung im Grunde genommen ein Problem der Schadensberechnung ist, weil nicht als vom Haftpflichtigen verursachter Schaden gelten kann, was durch zumutbare Massnahmen behoben werden könnte ...»<sup>38</sup>

Da es sich bei der Verletzung der Schadenminderungspflicht um eine den Schaden reduzierende Einrede handelt, sind die entsprechenden Tatsachen vom Ersatzpflichtigen in den Prozess einzubringen. Berufet sich der Geschädigte demgegenüber auf Umstände, welche die vom Schädiger behaupteten Tatsachen widerlegen sollen, hat er dafür im Bestreitungsfall den Beweis zu führen, zumindest den Gegenbeweis anzutreten, um das Ergebnis des Hauptbeweises zu erschüttern<sup>39</sup>.

Die Schadenminderungspflichtverletzung unterscheidet sich damit sowohl von der Selbstverschuldenspraxis als auch von der Praxis zur konstitutionellen Prädisposition, wonach je nach Art des Vorzustandes eine kausale Ausscheidung oder eine Haftung mit Reduktionsmöglichkeit bejaht wird<sup>40</sup>. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung sollte die Schadenminderungspflichtverletzung als Anwendungsfall des Selbstverschuldens qualifiziert werden.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 1 SVG.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 1 SVG.

<sup>38</sup> BGer 4A\_127/2011 vom 12.07.2011 E. 8.2.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.4.

<sup>40</sup> Statt vieler BGer 4C.222/2004 vom 14.09.2004 E. 4: «Die konstitutionelle Prädisposition der geschädigten Person kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als mitwirkender Zufall zu einer Kürzung des Ersatzanspruchs führen und insofern die Schadensberechnung (Art. 42 OR) oder die Bemessung des Schadenersatzes (Art. 43/44 OR) beeinflussen. Eine vorbestehende Gesundheitsschädigung, die sich auch ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätte, ist bei der Schadensberechnung gemäss Art. 42 OR zu berücksichtigen; dem Haftpflichtigen ist nur der tatsächlich auf das Ereignis zurückzuführende Schaden zurechenbar, für das er haftet. Daher sind die vermögensrechtlichen Folgen vorbestehender Schwächen, die sich mit Sicherheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ohne das schädigende Ereignis (z.B. in einer verkürzten Lebens- oder Aktivitätsdauer) ausgewirkt hätten, von der Schadensberechnung anteilmässig auszuschneiden. Wäre der Schaden dagegen ohne den Unfall voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige dafür auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat. Dem Anteil der Prädisposition kann in diesem Fall im Rahmen von Art. 44 OR Rechnung getragen werden».

### 4. Exkurs: Anwaltshaftung

Etwas gemildert wurde die Haftungsgefahr der Anwälte. Von einem Rechtsanwalt kann nicht erwartet werden, dass er von allen über das Internet abrufbaren Entscheiden des Bundesgerichts oder von allen in den zahlreichen juristischen Zeitschriften der Schweiz veröffentlichten Urteilen und Artikeln Kenntnis nimmt<sup>41</sup>.

Da das Bundesgericht seine Entscheide hauptsächlich in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht, ist grundsätzlich die Publikation in dieser Sammlung, welche für den Zeitpunkt, ab welchem ein Rechtsanwalt von einer neuen Rechtsprechung Kenntnis haben muss, massgebend<sup>42</sup>. Die publizierte kantonale Rechtsprechung hat der Anwalt in seinem örtlichen Wirkungskreis zu konsultieren<sup>43</sup>.

Andere Haftungsgefahren wurden allerdings nicht relativiert. Das Bundesgericht hat unlängst daran erinnert, dass Kenntnis des Schadens besteht, wenn die wesentlichen Elemente des Schadens zumindest in den grossen Zügen bekannt sind. Genügende Kenntnis liegt vor, wenn die medizinischen Folgen der schädigenden Handlung abzusehen und mit grosser Wahrscheinlichkeit zu bestimmen sind, namentlich wenn der Invaliditätsgrad feststeht, in der Regel spätestens mit dem Rentenentscheid der beteiligten Sozialversicherer<sup>44</sup>.

Die Höhe der Leistungen des Unfallversicherers muss aber nicht endgültig bekannt sein<sup>45</sup>. Verjährungsauslösend wirkt bereits die Zustellung eines Arztberichtes, der sich zur zukünftigen Einschränkung des erwerblichen Leistungsvermögens äussert<sup>46</sup>. Dies bedeutet, dass die relativen Verjährungsfristen während der laufenden Sozialversicherungsverfahren vor Erlass einer Verfügung in Bezug auf den fraglichen Schadensposten, z.B. den Betreuung- und Pflugeschaden, eintreten (können).

Weiter gilt die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nur, wenn eine strafbare Handlung festgestellt wird. Eine vorsorgliche Unterbrechung der «normalen» Verjährungsfrist ist daher in jedem Fall geboten<sup>47</sup>. Die Haftungsgefahr des Fristablaufs wurde aber insoweit gemildert, als eine grundsätzliche Haftungsanerkennung ohne Nennung des Schadensbetrags und Akontozahlungen<sup>48</sup>, nicht aber Ab-

<sup>41</sup> Vgl. BGer 4C.80/2005 vom 11.8.2005 E. 2.2.1.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 134 III 534 = Pra 2009 Nr. 35 3.2.3.3.

<sup>43</sup> Vgl. BGer 4C.80/2005 vom 11.8.2005 E. 2.2.1.

<sup>44</sup> Vgl. BGer 4A\_136/2012 vom 18.07.2012 E. 4.2.

<sup>45</sup> Vgl. Urteile BGer 2C\_707/2010 vom 15.04.2011 E. 4.4, 4A\_454/2010 vom 06.01.2011 E. 3.1 sowie 4A\_329/2009 und 4A\_369/2009 vom 01.12.2010 E. 3.2 f.

<sup>46</sup> Vgl. BGer 4A\_136/2012 vom 18.07.2012 E. 4.3.

<sup>47</sup> Siehe dazu BGer 4A\_51/2012 vom 21.05.2012 E. 3.

<sup>48</sup> Eine Akontozahlung unterbricht die Verjährung, wenn der Schuldner damit seine Zahlungspflicht im Grundsatz anerkennt und das Bestehen einer Restschuld nicht ausschliesst. Vorbehalte oder Ungewissheit bezüglich der Höhe der Schuld ändern daran nichts (vgl. BGE 134 III 591 E. 5).

schlusszahlungen oder unpräjudizielle Vergleichsangebote<sup>49</sup> die Verjährungsfrist unterbrechen.

Das Bundesgericht hat bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten im Haftpflichtrecht festgehalten, dass solche Kosten nur dann haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind<sup>50</sup>.

Vom Geschädigten bzw. dessen Anwalt kann verlangt werden, dass die Ersatzforderung für vorprozessuale Anwaltskosten hinlänglich substantiiert wird, namentlich die tatsächlichen Aufwendungen des Rechtsvertreters dargelegt und konkretisiert werden, damit deren Notwendigkeit und Angemessenheit geprüft werden kann<sup>51</sup>. Ex-aequo-et-bono-Entscheidungen unter dem Titel der vorprozessualen Anwaltskosten sind unzulässig<sup>52</sup>. Misslingt der Nachweis, erhält der Geschädigte nichts und stellt sich für den Anwalt die unangenehme Frage, ob ein Schadenersatzanspruch entsteht und dieser mit dem Honoraranspruch zu verrechnen ist.

### III. Körperverletzung

Mit der 5. IVG-Revision wurde die Überwindbarkeitspraxis im Sozialversicherungsrecht gesetzlich zementiert. Als Körperverletzung werden nur objektiv nicht überwindbare Gesundheitsschäden akzeptiert<sup>53</sup>. Nicht nur somatoforme Schmerzstörungen und mit diesen vergleichbare Phänomene<sup>54</sup>, sondern auch HWS-Verletzungen (Schleudertraumata) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle sind an sich nicht geeignet, eine lang andauernde Arbeitsunfähigkeit bzw. eine Invalidität zu bewirken<sup>55</sup>.

Ob diese Praxis mit der Anspruchsbegrenzung nach einem Jahr auch für das Haftpflicht- und Privatversicherung gilt, hat das Bundesgericht offengelassen<sup>56</sup>. Die Beantwortung der Frage des Vorhandenseins einer Körperverletzung wird erschwert durch die Verknüpfung mit der Kausalitätsproblematik, die in den drei Rechtsgebieten, zumindest, was die Adäquanz betrifft, uneinheitlich ist.

Weil der Haftpflichtige den gesamten Schaden zu entschädigen hat und den Geschädigten in die Lage eines diffusen Beschwerdebildes versetzt hat, sollte der Körperverletzungsbegriff im Haftpflichtrecht extensiver als im Sozialversicherungsrecht, wo neutrale Beitragszahler die Last des Schadens bezahlen, ausgelegt werden. Die Begehrensneurosen beispielsweise gelten im Haftpflicht-, nicht aber im obligatorischen Unfallversicherungsrecht als mittelbare Unfallverletzung<sup>57</sup>.

## IV. Kausalität

### 1. Natürliche Kausalität

#### a. Allgemeines

Der natürlichen Kausalität kommt die Funktion des Filters zwischen Ursächlichkeit und Nichtursächlichkeit zu. Bei Verkehrsunfällen ist die Kausalitätsproblematik insofern einfacher, als sich in der Regel nicht die Frage nach hypothetischen Geschehensabläufen<sup>58</sup> stellt<sup>59</sup>, sondern zumindest im Regelfall klar ist, wer wen aktiv geschädigt hat<sup>60</sup>.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifiziert diese Ursächlichkeitsfeststellung als reine Tat- und nicht als Rechtsfrage<sup>61</sup>, was zur Folge hat, dass die letzte kantonale Instanz mit Tatsachenkognition über Bestand oder Nichtbestand der Haftungsbegründung entscheidet. Dieses Placet bedarf nicht der an Sicherheit grenzenden Gewissheit, sondern es genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit<sup>62</sup>.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 4A\_590/2009 vom 14.05.2010 E. 4.4 ff.  
<sup>50</sup> Vgl. BGE 117 II 394 E. 3a und 117 II 101 = Pra 1991 Nr. 163.  
<sup>51</sup> Vgl. BGE 4A\_127/2011 vom 12.07.2011 E. 12.4.  
<sup>52</sup> Vgl. BGE 4A\_77/2011 und 4A\_571/2011 vom 20.12.2011 5.2 f.  
<sup>53</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG.  
<sup>54</sup> Vgl. BGE 130 V 252 E. 2.2.3.  
<sup>55</sup> Vgl. BGE 136 V 279 ff.  
<sup>56</sup> Vgl. BGE 4A\_618/2011 vom 10.04.2012 E. 5.2.1 sowie 4A\_106/2011 und 4A\_108/2011 vom 30.08.2011 E. 4. Für eine Übernahme des objektiven Gesundheitsschadenbegriffs ins Haftpflichtrecht plädiert GERMANN THOMAS, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2011, S. 70 ff.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 115 V 413 = Pra 1991 Nr. 108 E. 12a und b, 96 II 392 E. 2, 80 II 338 E. 2b, 70 II 168 E. 1, 60 II 132 E. 2, 32 II 18 und 31 II 590; ferner Urteile BGE vom 15.12.1993 i.S. La Secura c. C. = JdT 1994 I, 719 = SJ 1994, 275 E. 4d/bb und vom 10.02.1977 i.S. Donnet c. Alpina S. A. = SJ 1977, 92 E. 3.  
<sup>58</sup> Im Fall einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Erfolg auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (vgl. BGE 124 III 155 E. 3d). Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (vgl. BGE 4A\_51/2012 vom 21.05.2012 E. 2.2).

<sup>59</sup> Fährt ein Velofahrer mit gesenktem Kopf und orientiert sich an rechten weissen Seitenlinie, trägt er nicht aktiv, sondern durch Unterlassen zur Kollision bei (vgl. BGE 4A\_51/2012 vom 21.05.2012 E. 2.3).

<sup>60</sup> Bei Massenkollisionen gilt für die beteiligten Versicherer das Abkommen zur Regulierung von Schäden aus Massenkollisionen vom 12.03.2008 (<http://www.svv.ch/de/politik-und-recht/recht/abkommen-zur-regulierung-von-schaeden-aus-massenkollisionen> – zuletzt besucht am 02.11.2012).

<sup>61</sup> Siehe dazu BGE 121 III 358 E. 5 und 115 II 440 E. 5a sowie BGE 4A\_444/2010 vom 22.03.2011 E. 2.1.

<sup>62</sup> Grundlegend BGE 107 II 269 E. 1b. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist zu verneinen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten weitere Ursachen ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 und 107 II 269 E. 1b).

## b. Gilt der natürlichen Kausalitätsentscheid des Sozialversicherers für den Haftpflichtigen?

Da Sozialversicherungsverfahren der definitiven Schadenerledigung vorgehen, stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Beurteilung des Sozialversicherers hinsichtlich der natürlichen Kausalität für das Haftpflichtrecht massgeblich ist<sup>63</sup>. Letztlich stellen sich drei Grundsatzfragen:

- Sind die sozialversicherungsrechtlich relevante Gesundheitsbeeinträchtigung und die haftpflichtrechtliche Körperverletzung identisch (Haftungs begründung)?
- Gilt die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Dauer und des Umfanges der Leistungspflicht auch für die Haftpflicht (Haftungsausfüllung)?
- Gelten für beide Bereiche dieselben Beweisgrundsätze (Beweismittel und -grad)?

Bei objektiv nachgewiesenen Gesundheitsbeeinträchtigungen wird in beiden Bereichen vermutungsweise davon ausgegangen, dass die natürliche Kausalität auch mittelbare Folgeerscheinungen abdeckt und keine Adäquanztprüfung zu erfolgen hat<sup>64</sup>. Bei den objektiv nicht nachweisbaren Gesundheitsbeschwerden ist zur Zeit noch offen, ob die vereinheitlichte Überwindbarkeitspraxis des Sozialversicherungsrechts auch im Haftpflichtrecht gilt<sup>65</sup>.

Mitunter hat das Bundesgericht – vor dem Hintergrund der (unrichtigen<sup>66</sup>) Annahme, die natürliche Kausalität sei reine Tatfrage – angedacht, der sozialversicherungsrechtliche Entscheid hinsichtlich der natürlichen Kausalität gelte auch im Haftpflichtrecht, obwohl dieser für den Haftpflichtigen keine Rechtskraft hat<sup>67</sup>.

Da die Beweismittelwürdigung von Zivil- und Sozialversicherungsgericht unterschiedlich ausfallen kann<sup>68</sup>, ist ohne weiteres möglich, dass der Entscheid über das «Ob» und das «Inwieweit» der natürlichen Kausalität im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht unterschiedlich ausfällt.

Dies gilt insbesondere für den Wegfall einer einmal gegebenen natürlichen Kausalität, beispielsweise bei der Bejahung eines status quo ante, status quo sine oder status quo ante vel sine<sup>69</sup>. Da im Unfallversicherungsrecht jederzeit Revisionen möglich sowie Rückfälle und Spätfolgen versichert sind<sup>70</sup>, ist nicht einzusehen, weshalb der unfallversicherungsrechtliche Entscheid in Bezug auf den Wegfall einer einmal gegebenen natürlichen Kausalität haftpflichtrechtlich massgeblich sein sollte.

Haftpflichtrechtlich führt jede (noch so geringe) Schadenursache zu einer Ersatzpflicht für den gesamten, auch mittelbaren Schaden:

«Die Gewichtung mehrerer zusammenwirkender Ursachen ist für die Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges nicht relevant. Jede Ursache, deren Mitwirkung zum Erreichen des Endzustandes nicht hinweggedacht werden kann, ist natürlich kausal. Die Kausalität entfällt nur, soweit derselbe Schaden auch ohne die betreffende Ursache (den Bootsunfall) eingetreten wäre. Denn nur wenn der Schaden in vollem oder geringerem Umfang auch ohne den Unfall eingetreten wäre, ist er insoweit keine Folge davon, dem Haftpflichtigen folglich nicht zurechenbar und von der Schadensberechnung auszunehmen.»<sup>71</sup> «Für den natürlichen Kausalzusammenhang genügt, dass der Schaden mittelbare, also indirekte Folge des Unfalls ist.»<sup>72</sup>

Die haftpflichtrechtliche Praxis zu den Bagatellunfällen<sup>73</sup> belegt letztlich, dass die sozialversicherungsrechtliche Verneinung einer leistungsbegründenden bzw. -ausfüllenden Kausalität für den Haftpflichtigen nicht gilt. Dieser haftet trotz geringfügiger Teilverursachung für den gesamten, auch mittelbaren Schaden<sup>74</sup>. Es kommt hinzu, dass das

<sup>63</sup> Bejahend SCHATZMANN BRUNO, Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtssprechung im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2012, 12 ff.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 3 und 123 III 110 sowie BGer 4C.79/2001 vom 21.06.2001 E. 3a und vom 13.12.1994 i.S. R. J-T. c. Versicherungsgesellschaft X. = Pra 1995 Nr. 172 E. 1d sowie BGE 123 V 102 E. 3b, 118 V 286 E. 3a und 117 V 359 E. 5d/bb.

<sup>65</sup> Vgl. BGer 4A\_618/2011 vom 10.04.2012 E. 5.2.1 sowie 4A\_106/2011 und 4A\_108/2011 vom 30.08.2011 E. 4. Für eine Übernahme des objektiven Gesundheitsschadenbegriffs ins Haftpflichtrecht plädiert GERMANN THOMAS, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2011, S. 70 ff.

<sup>66</sup> Die Feststellung der natürlichen Kausalität mittels Reduktion nach der *conditio sine qua non*-Regel ist letztlich nichts anderes als ein Wertungsentscheid, weil ein Sachverhalt, wenn Teile weggedacht werden, nichts anderes als eine Hypothese und damit ein Wertungsentscheid ist.

<sup>67</sup> Vgl. BGer 4A\_494/2009 vom 17.11.2009 E. 2.2 (revidiert und aufgehoben mit BGer 4F\_8/2010 vom 18.04.2011). Siehe dazu auch BGer 4C.327/2004 vom 22.12.2004 E. 3.3: «Zutreffend weist die Vorinstanz darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung im Bereich des Haftpflichtrechts das Beweismass in Bezug auf den natürlichen Kausalzusammenhang wegen der oft bestehenden Beweisschwierigkeiten auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt wird (BGE 128 III 271 E. 2b S. 276 m.w.H.). Wenn aber der Strafrichter bei der Beurteilung der Kausalität einen anderen Massstab ansetzt (Sicherheit), als der Zivilrichter zur Anwendung zu bringen hat (hohe Wahrscheinlichkeit), ist der Zivilrichter nicht verpflichtet, auf Tatsachen abzustellen, die vom Strafrichter zufolge unterschiedlichen Anforderungen an das Beweismass nicht beurteilt werden konnten. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, dass das Kantonsgericht durch seine ergän-

zenden Tatsachenfeststellungen in Bezug auf die Kausalität des Unfalls für das Cervikalsyndrom den Grundsatz der *res iudicata* verletzt habe.»

<sup>68</sup> Vgl. WEBER STEPHAN, Wie Dinge sich bedingen – Korrelationen in der Entwicklung des Personenschadenrechts, in: in: Liber amicorum Roland Brehm. Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern, S. 459 ff., 466.

<sup>69</sup> Siehe dazu BGer 4A\_65/2009 vom 17.02.2010 E. 5 sowie HERZOG-ZWITTER IRIS/HAAS PETER/NEUHAUS-DESCUVES STEPHANIE, Haftpflichtrecht: Wegfall einer einmal gegebenen natürlichen Kausalität. Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010, in: HAVE 2011, S. 32 ff., und PRIBNOW VOLKER, «Kein Wegfall einer einmal gegebenen Haftung», in: HAVE 2010, S. 156 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 11 UVV.

<sup>71</sup> BGer 4A\_444/2010 vom 22.03.2011 E. 4.4.

<sup>72</sup> Ibid. E. 4.4.1

<sup>73</sup> Infra Ziffer IV/2/b.

<sup>74</sup> Siehe BGer 4A\_444/2010 vom 04.03.2011 E. 4.

Sozialversicherungsrecht mitunter strengere Anspruchsvoraussetzungen als das Haftpflichtrecht kennt<sup>75</sup>.

Derselbe Dualismus ist in Bezug auf die Regeln der Entscheidungsfindung zu konstatieren. Das Sozialversicherungsrecht kennt andere Tatsachen- und Rechtsvermutungen<sup>76</sup>, definiert die leistungsausfüllenden Tatbestände, insbesondere die Erwerbsunfähigkeit<sup>77</sup>, anders als das Haftpflichtrecht, und wendet andere Beweisregeln an. Ob der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in beiden Rechtsgebieten derselbe ist, ist alles andere als klar<sup>78</sup>.

Unterschiedlich beweisrelevant sind in beiden Verfahren auch die Unerheblichkeitsschwelle (Delta-V unter 10 km/h)<sup>79</sup> und biomechanischen Gutachten<sup>80</sup>. Es verstösst aber nicht gegen Bundesrecht, wenn im Haftpflichtprozess unfallanalytische und biomechanische Gutachten, die vom Sozialversicherer für die Beurteilung der Adäquanz (Unfallschwere) beigezogen wurden, für die Beurteilung der natürlichen Kausalität beigezogen werden<sup>81</sup>.

### c. Sind Reserveursachen irrelevant?

Ob tatsächliche und hypothetische Reserveursachen eingewendet werden dürfen, ist sei je umstritten. Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 OR sehen eine Haftungsentlastung explizit vor, wenn der Schaden auch bei beachteter Sorgfalt eingetreten wäre. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist im Übrigen mit Bezug auf den Einwand von Reserveursachen schwankend<sup>82</sup>.

Die Zulässigkeit des Reserveursacheneinwandes wurde bald einmal offengelassen<sup>83</sup>, bald einmal verneint<sup>84</sup> und bald einmal bejaht<sup>85</sup>. Die Berufung auf eine Reserveursache ist insbesondere zulässig beim Vorliegen einer kon-

stitutionellen Prädisposition oder einer hypothetischen Einwilligung des Patienten<sup>86</sup>.

Die heterogene Rechtsprechung widerspiegelt sich auch in den Erwägungen zur Beachtlichkeit von Reserveursachen bei der Halterhaftung. Keine Haftung des Motorfahrzeughalters besteht, wenn der angefahrene betagte Fussgänger kurz nach der Kollision an einem Schlaganfall stirbt und dieser ohnehin eingetreten wäre bzw. nicht nachgewiesen ist, dass die Kollision zumindest teilweise den Schlaganfall bewirkt hat<sup>87</sup>.

Halter und Lenker können sich sodann von der Ersatzpflicht befreien, wenn nachgewiesen ist, dass der Schaden nicht bzw. ohnehin eingetreten wäre, hätte der Lenker rechtmässig gehandelt<sup>88</sup>. Eine Haftung entfällt zum Beispiel, wenn der Tod auch bei Beachtung der Höchstgeschwindigkeit eingetreten wäre<sup>89</sup>.

Unlängst hat das Bundesgericht in einem veröffentlichten Entscheid unter dem Hinweis, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, entschieden, dass der Einwand des späteren Ohnehintodes unbeachtlich ist und der Haftpflichtige sämtliche Bestattungskosten zu entschädigen hat<sup>90</sup>.

Da es keine sicherere Reserveursache gibt als den Tod, kontrastiert dieser Entscheid mit den vorerwähnten Entscheiden. Reserveursachen sind insoweit ein kausalitätsunterbrechender Einwand im Zusammenhang mit der Haftungsbegründung, nicht aber der Haftungsausfüllung. Obwohl vom Bundesgericht nicht explizit ausgesprochen sollte nunmehr auch klar sein, dass die Kosten der Trauerkleidung und die Grabunterhaltskosten ebenfalls voll zu entschädigen sind.

## 2. Adäquate Kausalität

### a. Uneinheitlichkeit der adäquaten Kausalität

Die Adäquanzbeurteilung erfolgt im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht nach konstanter Rechtspre-

<sup>75</sup> Rentenbegründend sind in der IV Erwerbsunfähigkeiten ab 40% und in der Unfallversicherung ab 10%. Siehe ferner BGer 4A\_171/2012 vom 25.06.2012 E. 2.4 (offengelassen, ob eine Erwerbsunfähigkeit unter 10% einen Schadenersatzanspruch begründet).

<sup>76</sup> Im Sozialversicherungsrecht gilt eine Resterwerbsfähigkeit von weniger als 30% unverwertbar, während im Haftpflichtrecht erst eine Resterwerbsfähigkeit unter 20% als nicht mehr verwertbar gilt (vgl. BGE 117 II 609 = Pra 1993 Nr. 83 E. 9 und 113 II 345 E. 1a sowie BGer 6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003 vom 03.08.2004 = Pra 2005 Nr. 29 E. 11.1).

<sup>77</sup> Siehe dazu BGer 4C.263/2006 vom 17.01.2006 E. 4.1.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 114 V 109 E. 3c sowie EVG U.50/2001 vom 19.10.2001 E. 2b versus BGer 4A\_397/2008 vom 23.09.2008 E. 4.2 ff.

<sup>79</sup> Siehe BGE 134 V 109 E. 8.3.

<sup>80</sup> Siehe BGer 4A\_540/2010 vom 08.02.2011 = HAVE 2011, S. 149 (Bemerkungen von BRUNO HÄFLIGER) E. 1.3 sowie 4A\_494/2009 vom 17.11.2009 E. 2.2 und 2.9; ferner STUDBALTER BERNHARD, When push comes to shove – Bedeutung von Unfallanalyse und Biomechanik für die haftpflichtrechtliche Zurechnung?, in: HAVE 2010, S. 389 ff.

<sup>81</sup> So Siehe BGer 4A\_540/2010 vom 08.02.2011 = HAVE 2011, S. 149 (Bemerkungen von BRUNO HÄFLIGER) E. 1.3.2.

<sup>82</sup> Siehe ferner BGE 131 III 115 E. 3.1, 122 III 229 E. 5a/aa und 97 II 221 E. 1.

<sup>83</sup> Vgl. BGE 115 II 440 E. 4a und b.

<sup>84</sup> Vgl. BGE 96 II 172 E. 3b.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 6.

<sup>86</sup> Vgl. BGE 117 Ib 197 E. 5c sowie BGer 4C.45/2005 vom 18.05.2005 = Pra 2006 Nr. 30 E. 4.2.2 und 4C.276/1993 vom 01.12.1998 = Pra 2000 Nr. 28 E. 4a.

<sup>87</sup> Vgl. BGE 57 II 540 E. 2.

<sup>88</sup> Vgl. BGer 4C.141/2001 vom 24.08.2001 = Pra 2002 Nr. 24 E. 4b.

<sup>89</sup> Siehe BGer 4C.141/2001 vom 24.08.2001 = Pra 2002 Nr. 24: Ein Traktor samt Landwirtschaftsanhänger fuhr mit einer Geschwindigkeit von 20 km/h auf einer Überlandstrasse. Die am Traktor angebrachten Blinker waren durch den Anhänger verdeckt. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit an der Unfallstelle betrug 80 km/h. Hinter dem Traktor fuhr ein bei der Zürich-Versicherung versicherter Autolenker mit seinem Personenwagen mit der Geschwindigkeit von mindestens 95 km/h. Beim Versuch, den Traktor zu überholen, kam es zum Unfall. Der alkoholisierte Traktorlenker bremste auf Schritttempo ab und bog während des Überholmanövers des Personenwagens, ohne diesen bemerkt zu haben, nach links ein, um auf einen Feldweg zu gelangen. Die beiden Fahrzeuge stiessen zusammen. Der mit übersetzter Geschwindigkeit fahrende Personenwagen geriet ins Schleudern und erfasste zwei Radfahrer, welche sich auf einem parallel zur Strasse laufenden Radweg befanden. Der Unfall endete für beide Radfahrer tödlich. Das Bundesgericht erwog, dass die Radfahrer auch dann getötet worden wären, hätte der Personenwagen die Höchstgeschwindigkeit beachtet.

<sup>90</sup> Vgl. BGE 135 III 397 = Pra 2010 Nr. 7 E. 2.

chung unterschiedlich<sup>91</sup>. Der Zweck der haftpflichtrechtlichen Adäquanzbeurteilung dient einem «differenzierten Schadensausgleich» im konkreten Einzelfall<sup>92</sup>, während die sozialversicherungsrechtliche Adäquanz eine versicherungsmässig vernünftige und gerechte Abgrenzung leistungsbegründender und leistungsausschliessender Unfälle bezweckt<sup>93</sup>.

Die Adäquanzprüfung hat in beiden Rechtsgebieten im Hinblick auf die rechtspolitische Zielsetzung und auf eine wertende Betrachtung des anwendbaren Normenkomplexes zu erfolgen<sup>94</sup>. Die rechtspolitische Zielsetzung der sozialversicherungs- und auch der opferhilferechtlichen Leistungspflicht für Personenschäden besteht in der sozialen Solidarität des Gemeinwesens gegenüber Opfern von Unfällen, Krankheiten und Straftaten<sup>95</sup>. Da in diesen Fällen nicht den Schadenverursacher eine Leistungspflicht trifft, rechtfertigt es sich, objektiv fassbare, der Rechtssicherheit dienende Adäquanzkriterien festzulegen<sup>96</sup>.

Im Haftpflichtrecht muss demgegenüber entschieden werden, ob eine physische oder psychische Gesundheitsschädigung billigerweise noch dem Haftpflichtigen, mithin dem Schadenverursacher, zugerechnet werden darf<sup>97</sup>. Der adäquanzrelevante Wertungsentscheid ist weniger nach dem Zweck der allenfalls verletzten Schutznorm oder dem Zweck der Haftungsnorm<sup>98</sup>, sondern vielmehr im Hinblick auf eine vernünftige Begrenzung der Ersatzpflicht für mittelbare Schäden<sup>99</sup> vorzunehmen. Eine Haftung für tatsächlich feststehende unmittelbare Unfallfolgen wird unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz in der Regel bejaht<sup>100</sup>.

Die haftpflichtrechtliche Adäquanzbeurteilung ist «milder» als die sozialversicherungsrechtliche<sup>101, 102</sup>. Entsprechend ist die haftpflichtrechtliche Adäquanz von mittelbaren Verletzungen und Schäden eher zu bejahen. Eine angemessene «Korrektur» der Bejahung einer Ersatzpflicht kann im Rahmen der ermessensweisen Schadenberechnung (Art. 42 OR) und der Schadenersatzbe-

messung (Art. 43 und 44 OR) erreicht werden, während im Sozialversicherungsrecht die Alles-oder-nichts-Regel gilt<sup>103</sup>.

## b. Bagatellunfälle

### ba) Unfallschwere als primäres Adäquanzkriterium im Sozialversicherungsrecht

Die Adäquanz spielt im Bereich organisch objektiv ausgewiesener Unfallfolgen praktisch keine Rolle, da sich hier die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität deckt<sup>104</sup>. Sind die geklagten Beschwerden natürlich unfallkausal, aber nicht organisch objektiv ausgewiesen, so ist die Adäquanz besonders zu prüfen. Dabei ist vom augenfälligen Geschehensablauf auszugehen, und es sind gegebenenfalls weitere unfallbezogene Kriterien einzubeziehen<sup>105</sup>.

Hat die versicherte Person beim Unfall eine Verletzung erlitten, welche die Anwendung der Schleudertrauma-Rechtsprechung rechtfertigt, so sind hiebei die durch BGE 134 V 109 E. 10 präzisierten Kriterien massgebend. Ist diese Rechtsprechung nicht anwendbar, so sind grundsätzlich die Adäquanzkriterien, welche für psychische Fehlentwicklungen nach einem Unfall entwickelt wurden<sup>106</sup>, anzuwenden<sup>107</sup>.

Sowohl die Psycho-Praxis als auch die Schleudertrauma-Praxis qualifizieren die Unfallschwere als primäres Adäquanzkriterium<sup>108</sup>. Bei banalen Unfällen wie z.B. bei geringfügigem Anschlagen des Kopfes oder Übertreten des Fusses und bei leichten Unfällen wie z.B. einem gewöhnlichen Sturz oder Ausrutschen kann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und psychischen Gesundheitsstörungen in der Regel ohne weiteres verneint werden<sup>109</sup>.

Die Geringfügigkeit der tatsächlichen Geschwindigkeitsveränderung im Kollisionszeitpunkt ist nur bedingt geeignet, um die Schwere des Unfalles zu beurteilen. Einerseits ist die relative Geschwindigkeitsveränderung nicht immer zuverlässig ermittelbar und andererseits muss auch Unfallkonstellationen ausserhalb der klassischen Heckaufprallkollisionen, auf welche mit der Berücksichtigung von Delta-v namentlich Bezug genommen wird, Rechnung getragen werden<sup>110</sup>.

Auffahrkollisionen, die zu einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsveränderung von weniger als 10 km/h

<sup>91</sup> Vgl. BGE 127 III 403 E. 3a und 123 III 110 E. 3.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 127 V 102 E. 5b/aa und 123 V 98 E. 3d.

<sup>93</sup> Vgl. BGE 123 V 98 E. 3d und 122 V 415 E. 2c.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 123 V 98 E. 3d.

<sup>95</sup> Die sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien für psychische Gesundheitsschäden gelten auch für die opferhilferechtliche Leistungspflicht (vgl. BGer 1A.230/2006 vom 05.06.2007 = ZBI 2008, 603 E. 3.4).

<sup>96</sup> Vgl. BGer 1A.230/2006 vom 05.06.2007 E. 3.3.2.

<sup>97</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3a und BGer 4A\_7/2007 vom 18.06.2007 E. 5.1.

<sup>98</sup> A. A. BGer 4C.103/2005 vom 01.06.2005 E. 5.1: «Unter Berücksichtigung aller Umstände, aber auch des Zwecks der einschlägigen Haftungsnorm ist danach zu fragen, ob der Eintritt des Schadens bei wertender Betrachtung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden darf (BGE 123 III 110 E. 3a).»

<sup>99</sup> Vgl. z.B. BGer 4A\_7/2007 vom 18.06.2007 E. 5.1 und 5.4 (persönliches Ausmass) sowie 4C.327/2004 vom 22.12.2004 E. 4.2 (zeitliches Ausmass).

<sup>100</sup> Vgl. BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 3 und 123 III 110 E. 3c sowie BGer 4C.79/2001 vom 21.06.2001 E. 3a und vom 13.12.1994 i.S. R. J-T. c. Versicherungsgesellschaft X. = Pra 1995 Nr. 172 E. 1d.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3b.

<sup>102</sup> Der haftungs- und der sozialversicherungsrechtliche Verschuldensbegriff sind identisch (vgl. BGer 4C.286/2003 vom 18.02.2004 E. 3.3).

<sup>103</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3c.

<sup>104</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 2 und 127 V 102 E. 5b/bb.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 2.1.

<sup>106</sup> Vgl. BGE 115 V 133 E. 6c/aa (sog. Psycho-Praxis).

<sup>107</sup> Vgl. BGE 138 V 248 E. 4.

<sup>108</sup> Statt vieler BGE 117 V 359 E. 6 und 115 V 133 E. 6.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 115 V 133 E. 6a. Nach BGE 129 V 402 = Pra 2005 Nr. 36 = SVR 2004 UV Nr. 4 E. 4.4.2 ist auch bei leichten Unfällen eine Prüfung des ädaquaten Kausalzusammenhangs nach den für den mittelschweren Unfall geltenden Kriterien im Sinn einer Ausnahme zulässig, wenn sich die zu berücksichtigenden Umstände kumulieren und spezielle Wichtigkeit erlangen.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 8.3.

führen, werden – unabhängig davon, ob sich die Auffahrt auf ein fahrendes oder stehendes Fahrzeug ereignet – uneinheitlich als leichter Unfall<sup>111</sup> oder als leichter im Grenzbereich zu einem mittelschweren Unfall<sup>112</sup> qualifiziert. Mitunter wird eine Einordnung offengelassen<sup>113</sup>. Ein leichter Unfall ist nur dann anzunehmen, wenn zusätzlich zum geringen Delta-v unmittelbar im Anschluss an den Unfall auftretende Beschwerden weitgehend fehlen<sup>114</sup>.

Bei mittelschweren Unfällen geht die Rechtsprechung davon aus, dass sich die Adäquanz auf Grund der Unfallschwere nicht schlüssig beurteilen lässt und auf weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall im Zusammenhang stehen oder als direkte bzw. indirekte Folgen davon erscheinen, in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen sind<sup>115</sup>.

Schwere Unfälle sind demgegenüber geeignet, invalidisierende psychische Gesundheitsschäden zu bewirken. Bei schweren Unfällen<sup>116</sup> ist deshalb der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den psychischen Störungen in der Regel zu bejahen, ohne dass psychiatrische Expertise eingeholt werden müssten<sup>117</sup>.

## bb) Einzelfallbeurteilung im Haftpflichtrecht

Die haftpflichtrechtliche Adäquanzprüfung bei Unfällen ist nicht allein nach der Schwere des Unfallereignisses vorzunehmen<sup>118</sup>. Sie kann sogar unter Ausserachtlassen der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien vorgenommen werden<sup>119</sup>. Werden die sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien nicht herangezogen, dürfen an die haftpflichtrechtlichen Adäquanzkriterien nicht «höhere Anforderungen» gestellt werden<sup>120</sup>.

Die haftpflichtrechtliche Praxis stellt insbesondere nicht auf die Unfallschwere ab<sup>121</sup> und bejaht die Adäquanz von leichten, bagatellären Unfällen<sup>122</sup>, insbesondere wenn vorbestehende Beschwerden reaktiviert werden<sup>123</sup>. Die Adäquanz wird selbst dann bejaht, wenn nur ein geringer Sachschaden verursacht wurde und der Geschädigte weder bewusstlos war noch Frakturen erlitten hat<sup>124</sup>.

Eine Heckkollision eines mit einer Geschwindigkeit von 10 km/h fahrenden Autos mit einem stehenden Fahrzeug ist geeignet, eine haftpflichtrechtlich relevante Körperverletzung zu bewirken<sup>125</sup>. Leichte Auffahrkollision sind insbesondere geeignet, starke Kopfschmerzen, Nackenschmerzen, Schwindelgefühl und Ohrensausen<sup>126</sup>, eine komplexe Anpassungsstörung oder ein Schleudertrauma mit posttraumatischer Belastungsstörung und vollständiger Arbeitsunfähigkeit<sup>127</sup> herbeizuführen<sup>128</sup>.

Nicht mehr adäquat sind jedoch psychische Beschwerden, die erst Jahre nach einem Bagatellunfall eine medizinisch ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit verursachen und die durch eine langanhaltende Arbeitslosigkeit seit dem Unfall verursacht sein könnten<sup>129</sup>. Ein Verkehrsunfall, der eine Jochbeinfraktur, eine Abrissfraktur des linken Mittelfingers sowie eine Peronaeusläsion links, verbunden mit einer Hospitalisation während acht Tagen, zur Folge hatte, ist an sich nicht geeignet, psychische Störungen herbeizuführen<sup>130</sup>.

Auch in Bezug auf die haftungsausfüllende Adäquanz besteht keine Bindungswirkung:

«Aus haftpflichtrechtlicher Sicht ist richtigerweise zu fragen, ob das Unfallereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, die eingetretenen Beschwerden herbeizuführen. Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob eine derart geringe unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit von unter 10% sich überhaupt auf die Erwerbsfähigkeit auswirkt bzw. ob es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, entsprechende Anstrengungen zu unternehmen, um dies zu vermeiden, ist nicht im Rahmen der Adäquanz zu beurteilen, sondern hat Einfluss auf die Feststellung des zu ersetzenden Schadens. Hierzu ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.»<sup>131</sup>

Damit ist die Frage gestellt, ob und wie einer intensitätsarmen Verursachung Rechnung zu tragen ist. Das Bundesgericht betont, dass eine Reduktion wegen eines intensitätsarmen Kausalzusammenhangs zwar im Grundsatz, aber nicht per se erlaubt ist<sup>132</sup>. Die Reduktionsquoten unterscheiden sich nicht unerheblich<sup>133</sup>. Dass dabei nicht immer der natürlichen Kausalität entsprechend zu kürzen ist, geht aus einem Entscheid von 2007 hervor, wo

<sup>111</sup> Vgl. EVG U 33/01 vom 07.08.2001 E. 3a und vom 16.01.1998 i.S. G. St. = RKUV 1998, 243 E. 3b.

<sup>112</sup> Vgl. EVG U 125/01 vom 26.03.2003 E. 4.1 und U 12/03 vom 28.05.2003 E. 4.1.

<sup>113</sup> Vgl. EVG U 193/01 vom 24.06.2003 E. 4.2.

<sup>114</sup> Vgl. EVG U 193/01 vom 24.06.2003 E. 4.

<sup>115</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 10 und 115 V 133 E. 6c/aa.

<sup>116</sup> Siehe dazu die Übersicht in RKUV 1995 Nr. U 215 S. 90.

<sup>117</sup> Vgl. BGE 115 V 133 E. 6b.

<sup>118</sup> Vgl. BGE 127 III 403 E. 3a und 123 III 110 E. 3a sowie BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007 E. 4.1 und 4C.327/2004 vom 22.12.2004 E. 4.2.

<sup>119</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3c.

<sup>120</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3c.

<sup>121</sup> Vgl. z.B. BGE 123 III 110 E. 3 sowie BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007 E. 4.1 und 4C.327/2004 vom 22.12.2004 E. 4.2.

<sup>122</sup> Vgl. z.B. BGE 132 III 249 E. 3.4, 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 3 und 127 III 403 E. 3a.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 3.

<sup>124</sup> Vgl. BGer 4A\_45/2009 vom 25.03.2009 E. 3.3.

<sup>125</sup> Vgl. BGer 4C.327/2004 vom 22.12.2004 E. 4.2.

<sup>126</sup> Vgl. BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 119 E. 3.

<sup>127</sup> Vgl. BGer 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27.11.2008 E. 2.4.

<sup>128</sup> Vgl. BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007 E. 4.3.

<sup>129</sup> Vgl. BGer 4C.50/2006 vom 26.07.2006 E. 4.

<sup>130</sup> Vgl. BGE 112 V 30 E. 4.

<sup>131</sup>

<sup>132</sup> Vgl. BGE 132 III 249 E. 3.4 und 123 III 110 E. 3c sowie BGer 4C.212/2005 vom 11.10.2005 E. 3.4.

<sup>133</sup> Siehe BGer 4A\_45/2009 vom 25.03.2009 E. 4.2.1 f., 4A.153/2008 vom 14.01.2008 E. 3.5 (20%) und 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27.11.2008 E. 2.4 (50%).

trotz einer Teilkausalität von 10% nur eine Reduktion um zwei Drittel erfolgte<sup>134</sup>.

### c. Bagatellverletzungen

Bei Körperverletzungen und Tötungen ist nach dem Grundsatz der Totalreparation der gesamte infolge physischer und psychischer Störungen rechtserheblich verursachte materielle und immaterielle Schaden zu ersetzen<sup>135</sup>. Die Rechtsprechung macht aber eine Ausnahme beim immateriellen Schaden und spricht Bagatellverletzungen die Adäquanz ab<sup>136</sup>.

Diese Rechtsprechung kontrastiert einerseits mit dem Grundsatz der vollen Haftung trotz Teilkausalität und der Praxis bei der Persönlichkeitsverletzungsgenugtuung, wo auch für geringfügige Beeinträchtigten Genugtuungen im Hunderterbereich geschuldet werden. Es kommt hinzu, dass die Praxis bei vorsätzlich zugefügten Bagatellverletzungen praktisch immer eine Genugtuung zuspricht<sup>137</sup>.

## V. Schaden

### 1. Überholte Differenztheorie

Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der unfreiwilligen Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte<sup>138</sup>.

Diese Schadensdefinition wird in der Praxis nicht angewandt. Die Schadenberechnung erfolgt nicht durch Gegenüberstellung von Vermögensständen, sondern durch Addition der Schadensposten. Die Schadensposten sind dabei individuell und konkret zu substantiieren und nachzuweisen. Hinsichtlich des Erwerbsausfalles hat das Bundesgericht bestätigt, dass der Nettolohnausfall auch beim aufgelaufenen Schaden massgeblich ist<sup>139</sup>. Dass Substantiierung und Beweis mitunter enigmatisch sind,

belegt das Beispiel des Bonuszahlungsnachweises<sup>140</sup>.

Das Bundesgericht hat sodann unlängst das Erfordernis der Unfreiwilligkeit bei zwar unerwünschten, aber gleichwohl nicht zur Adoption frei gegebenen Kindern relativiert und Kinderunterhaltskosten als Schaden anerkannt<sup>141</sup>. Ähnliches gilt für nutzlos gewordene Aufwendungen, die – obwohl freiwillig getätigt – Schaden sein können<sup>142</sup>.

## 2. Normative und fiktive Schäden

### a. Normative Schäden

Eine dritte Relativierung ist die Anerkennung von normativen und fiktiven Schäden. Der vom haftungsbegründenden Tatbestand Betroffene erleidet mitunter Nachteile oder sieht sich mit einem Mehraufwand konfrontiert, die bei anderen Geschädigten in vergleichbarer Lage einen Vermögensschaden verursacht hätten. Fällt ausnahmsweise bzw. umständehalber kein Vermögensschaden an, stellt sich die Frage, ob der eingesparte Vermögensschaden zu entschädigen ist.

Der normative Schaden umfasst insbesondere normative Kosten, die aus den eingesparten Kosten trotz angefallenem Mehraufwand beim Geschädigten oder einem Dritten, z.B. im Rahmen einer Eigen- oder Gratisreparatur, bestehen. Um fiktive Kosten handelt es sich demgegenüber, wenn weder beim Geschädigten noch bei einem Dritten ein Mehraufwand angefallen ist, andere Geschädigte in vergleichbarer Lage aber einen Vermögensschaden erlitten hätten.

Das Bundesgericht hat erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass besteht, eine Ersatzpflicht für normative Vermögensschäden anzunehmen<sup>143</sup>, qualifiziert aber den normativen Personenschaden als ersatzfähig. Der Verletzte kann gestützt auf Artikel 46 OR insbesondere für eingesparte Lohnkosten einer unentgeltlich tätigen Ersatzkraft bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)<sup>144</sup> oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)<sup>145</sup> Ersatz verlangen. Zu entschädigen sind auch die eingesparten Kosten im Zusammenhang mit Schadenminderungsmassnahmen, zu denen der Geschädigte nicht verpflichtet war<sup>146</sup>.

<sup>134</sup> Vgl. BGer 4C.402/2007 vom 27.02.2007 E. 5.

<sup>135</sup> Vgl. Art. 46 und 47 OR.

<sup>136</sup> Vgl. z.B. BGer 4C.283/2005 vom 18.01.2006 = JdT 2006 I S. 476 E. 3 (keine Genugtuung für «une fracture ouverte de la jambe droite, qui a nécessité trois interventions chirurgicales et séjours hospitaliers, l'un d'eux étant intervenu peu avant les fêtes de Noël 2000; la lésion a provoqué une incapacité de travail totale de travail, jusqu'au 4 juin 2001, puis à raison d'un pourcentage de 50% jusqu'au 3 septembre 2001»), 4C.49/2000 vom 25.09.2000 E. 3c (keine Genugtuung für Arm- bzw. Beinbruch, die komplikationslos heilen) und 1A.107/1999 vom 11.08.2000 E. 2c/e (keine Genugtuung für Fusstritte, mehrere Blutergüsse, vor allem im Genitalbereich, sowie Harnröhrenverletzung, vierwöchige Arbeitsunfähigkeit).

<sup>137</sup> Vgl. BGer 6B\_517/2008 vom 27.08.2008 E. 6 (CHF 300.– für Schläge und Ohrfeigen, die Schmerzen am Nasenbein sowie Blutergüsse und Kratzer im Gesicht verursachen) und 1A.163/2000 vom 08.11.2000 E. 4 (CHF 1'000.– für Gehirnerschütterung, Rissquetschwunde über der rechten Stirn, Schlüsselbeinfraktur sowie Schulterprellung, eintägiger Spitalaufenthalt und fünfzehnhalbwöchige Arbeitsunfähigkeit).

<sup>138</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

<sup>139</sup> Vgl. BGE 136 III 222 E. 4.

<sup>140</sup> Vgl. BGer 4A\_127/2011 vom 12.07.2011 E. 6.5.

<sup>141</sup> Vgl. BGE 132 III 359 E. 4.

<sup>142</sup> Vgl. BGE 115 II 474 E. 3a (Ferienaufwendungen) sowie OGer ZH U/O/NE980003 vom 16.06.1998 = SG 1998 Nr. 54 und KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Löffel = ZWR 1985, S. 132 E. 3a (vorzeitiger Urlaubsabbruch).

<sup>143</sup> Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

<sup>144</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

<sup>145</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.276/2001 vom 26.03.2002 = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

<sup>146</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.412/1998 vom 23.06.1999 = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = Jd2001 I, S. 489 E. 2c (Einsparungen bei einem Wohnsitzwechsel).

Nach der neueren Rechtsprechung ist der tatsächliche Schaden des Unternehmerehegatten, sei es in Form von effektiven Kosten einer Ersatzkraft oder eines Gewinnausfalls, der durch den Ausfall oder die Beeinträchtigung der Mitarbeit eines Angehörigen verursacht worden ist, zu entschädigen<sup>147</sup>. Die normativen Substitutionskosten sind demgegenüber bei landwirtschaftlichen Unternehmen zu ersetzen, wenn der Angehörige an Stelle des verletzten Unternehmerehegatten einspringt<sup>148</sup> bzw. der in einem Betrieb mitarbeitende Angehörige getötet wird<sup>149</sup>.

## b. Fiktive Schäden

Ob fiktive Schäden zu ersetzen sind, ist alles andere als klar. Beispiele stellen freiwillige Lohnzahlungen des Arbeitgebers, die das Bundesgericht seit je als ersatzfähig betrachtet<sup>150</sup>, oder die eingesparten Operations- und Behandlungskosten dar, die vom OGH<sup>151</sup> als ersatzfähig, vom BGH<sup>152</sup> als nicht ersatzfähig qualifiziert werden.

Das Bezirksgericht Winterthur bejaht eine Ersatzpflicht für eingesparte Reparaturkosten, wenn der Geschädigte auf eine Reparatur verzichtet und sein beschädigtes Auto der Garage, bei der er ein neues Fahrzeug bestellt, als Anzahlung überlässt<sup>153</sup>.

Die ältere bzw. kantonale Rechtsprechung bejaht – vorbehaltlich eines «cas d'abus manifeste»<sup>154</sup> – den Nutzungsausfall eines beschädigten Autos als Schaden, und zwar unabhängig davon, ob ein Ersatzfahrzeug gemietet wurde, jedoch nur für die Dauer vom Zeitpunkt der Beschädigung bis zum Zeitpunkt, in dem die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs zumutbar ist<sup>155</sup>.

## 3. Normhypothese – gewöhnlicher Lauf der Dinge – allgemeine Lebenserfahrung – normale Tatsache

### a. Allgemeines

Besonders der zukünftige, aber auch der aufgelaufene Schaden lässt sich nicht immer ziffernmässig substanti-

ieren und beweisen. Art. 42 Abs. 2 OR sieht für diesen Fall vor, dass der Richter den Schaden ermessensweise «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» und «die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen» abschätzt.

Die Anwendung dieser Ermessensanweisung wird in der Praxis erschwert durch die Unterscheidung von Erfahrungssätzen/Normhypothesen (Rechtsfrage), gewöhnlicher Lauf der Dinge (Rechtsfrage)<sup>156</sup> und allgemeiner Lebenserfahrung (Tatsachenfrage – Beweiswürdigung)<sup>157</sup> sowie gewöhnlicher Tatfrage ausserhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, für die der Geschädigte beweispflichtig ist.

### b. Zukünftige Realloohnerhöhung: Normhypothese oder Tatsache?

Je nachdem, welcher Kategorie ein Schadenselement zugewiesen wird, wird der Schadensnachweis des Geschädigten erschwert oder erleichtert, was sich am Beispiel der Realloohnerhöhung deutlich zeigt.

Die Löhne steigen erfahrungsgemäss am Beginn des Berufslebens stark an und erhöhen sich hernach bis zum 50. Altersjahr, um dann bis zur Pensionierung relativ konstant zu bleiben<sup>158</sup>. Die Lohnerhöhungen werden als Teuerungsausgleich oder als Realloohnerhöhung gewährt. Teuerungsbedingte Lohnsteigerungen werden praxisgemäss durch den Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% abgegolten<sup>159</sup>.

Von den teuerungsbedingten Lohnerhöhungen sind die Realloohnerhöhungen zu unterscheiden, die mit einem Kaufkraftanstieg verbunden sind. Eine allgemeine Realloohnerhöhung erfolgt infolge des Wirtschaftswachstums.

<sup>156</sup> Der gewöhnliche Lauf der Dinge ist auch Adäquanzgesichtspunkt: «Quant à la conjoncture morose qui régnait à Genève entre 2002 et 2004, il ne s'agit nullement d'un événement imprévisible et extraordinaire survenant avec une force irrésistible (cf. ATF 131 IV 145 consid. 5.2), mais bien d'une situation assez courante dans un cycle économique» (BGer 4A\_169/2010 vom 23.08.2010 E. 3.2).

<sup>157</sup> Erfahrungssätze erfüllen die Funktion von Normen und werden kognitionsrechtlich den Rechtssätzen gleichgestellt und vom Bundesgericht frei überprüft. Diese Regelfunktion kommt einem Erfahrungssatz indessen bloss dann zu, wenn das in ihm enthaltene hypothetische Urteil, welches aus den in andern Fällen gemachten Erfahrungen gewonnen wird, in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht, wenn er einen solchen Abstraktionsgrad erreicht, dass er normativen Charakter trägt (vgl. BGE 120 II 97 E. 2b und 117 II 256 E. 2b). Wo der Sachrichter sich demgegenüber bloss auf die allgemeine Lebenserfahrung stützt, um aus den Gesamtumständen des konkreten Falls oder den bewiesenen Indizien auf einen bestimmten Sachverhalt zu schliessen, liegt unüberprüfbare Beweiswürdigung vor; diese beruht zwar insoweit auch weitgehend auf allgemeiner Lebenserfahrung, ohne dass dies aber zur Aufhebung der für das Berufungsverfahren vom Gesetz vorgeschriebenen Kognitionsbeschränkung führen würde (vgl. BGE 117 II 256 E. 2b und 115 II 449 E. 5b).

<sup>158</sup> Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, 50 E. 2.3.2.1 und BGer 4C.338/2004 vom 27.04.2005 = Pra 2006 Nr. 7 E. 3.4 (20%-ige Lohnsteigerung von Alter 36 bis Alter 50) und OGer Luzern 11 04 163 vom 27.09.2006 = HAVE 2007, 35 E. 5 (bis Alter 50 Karriere- und Reallohnzuschlag; ab Alter 50 nur noch Reallohnzuschlag von 1 %).

<sup>159</sup> Vgl. BGE 125 II 312 E. 7, 117 II 609 = Pra 1993 Nr. 83 E. 12b/bb und 113 II 323 E. 3a.

<sup>147</sup> Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, S. 65 = ZBJV 2003, S. 46 E. 4c/aa; ferner BGer 4P.1/2006 vom 06.04.2006 E. 2.2–2.4.

<sup>148</sup> Vgl. BGer 4C.83/2006 vom 26.06.2006 E. 3, 4C.324/2005 vom 05.01.2006 E. 3.4 und 4P.65/2000 vom 31.08.2000 E. 3b.

<sup>149</sup> Vgl. BGer 4C.479/1994 vom 19.12.1995 = Pra 1996 Nr. 206 E. 4b/bb und 4C.495/1997 vom 09.09.1998 = plädoyer 1999/4, S. 65 E. 5b sowie OGer ZH vom 21.04.1972 = ZR 1972 Nr. 72 E. 6a.

<sup>150</sup> Vgl. BGE 58 II 239 E. 1 und 249 E. 4, 52 II 392 und 49 II 163 E. 3; ferner BGer 6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003 vom 03.08.2004 = Pra 2005 Nr. 29 E. 11.2 und 4C.379/1994 vom 21.08.1995 = SG 1995 Nr. 48 E. 9b.

<sup>151</sup> Vgl. OGH vom 04.12.1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, S. 90.

<sup>152</sup> Vgl. OLG Köln vom 19.05.1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, S. 1021 (Kosten eines Zahnimplantats) und BGH vom 14.01.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, S. 14 = NJW 1986, S. 1538 = MDR 1986, S. 486 = JZ 1986, S. 638 E. II/2b.

<sup>153</sup> Vgl. BezGer Winterthur vom 16.05.1963 = SJZ 1964, S. 207.

<sup>154</sup> Vgl. JdT 1964 I S. 455 Nr. 68.

<sup>155</sup> Vgl. KGer NE vom 02.02.1981 i. S. Liechti c. La Bâloise = JdZ 1984 I S. 444 Nr. 52 (Zweitfahrzeug) und JdT 1964 I S. 455 Nr. 68.

Die individuelle Realloohnerhöhung hängt von der beruflichen Karriere ab.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei der Berechnung des Haushaltschadens bzw. den Substitutionskosten einer Ersatzkraft bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters (des Geschädigten) im Sinne einer Normhypothese davon auszugehen, dass sich die Löhne des hauswirtschaftlich tätigen Personals jährlich um 1 % erhöhen<sup>160</sup>.

Beim Lohnausfallschaden lehnt das Bundesgericht eine derartige Normhypothese ab. Die Realloohnerhöhung stellt diesbezüglich eine alters- und berufsspezifische Tatfrage dar<sup>161</sup>. Das Bundesgericht verlangt vom Geschädigten, dass er nicht nur die tatsächlich aufgelaufene Realloohnerhöhung<sup>162</sup>, sondern auch die zukünftige Lohnentwicklung, namentlich auch ein allfällig positiver oder negativer Verlauf der Reallohnentwicklung, substantiiert darlegt und je gesondert für Validen- bzw. Invalidenlohn nachweist<sup>163</sup>.

Je nach Berufsgruppe kann von einer negativen, gleichbleibenden oder positiven Reallohnentwicklung – auch über 1 % jährlich – ausgegangen werden<sup>164</sup>. In der Pflegebranche ist etwa von einer Reallohnsteigerung von 0,8 %<sup>165</sup>, in der Bankbranche bzw. der Anlageberatung demgegenüber von 1,8 % auszugehen<sup>166</sup>.

Diese unterschiedliche Praxis in Bezug auf denselben Lebenssachverhalt ist nicht nachvollziehbar, nicht zuletzt deswegen, weil in Bezug auf die hauswirtschaftliche Branche die zukünftige Lohnentwicklung je Schadensposten einmal (Erwerbsausfallschaden von Putzfrauen) zu beweisen, ein anderes Mal (Haushaltschaden) aber nicht zu beweisen ist.

Es kommt hinzu, dass die Gerichte verschiedentlich auf Normhypothesen abstellen<sup>167</sup> bzw. solche nicht anerkennen<sup>168</sup>. Der Tatsachennachweis gestützt auf statistische Durchschnittswerte ist etwa beim Haushaltschaden seit je anerkannt<sup>169</sup>. Die SAKE-Statistiken sind aber keine

Normhypothesen, die der Sachrichter unbesehen übernehmen kann<sup>170</sup>.

Das Abstellen auf statistische Werte ist zudem nur zulässig, soweit sich darin auch der in Frage stehende Haushalt repräsentiert findet oder die Werte Rückschlüsse auf den konkreten Haushalt zulassen. Beruft sich der Geschädigte auf statistische Werte, hat er demnach seinen Haushalt und die Rolle, die er darin spielt, mindestens so genau zu umschreiben, dass beurteilt werden kann, ob die betreffende Statistik auf Erhebungen von Haushalten beruht, die nach ihren Eckdaten jenem des Geschädigten entsprechen oder inwiefern die Statistik Rückschlüsse auf die Situation des Geschädigten zulässt<sup>171</sup>.

## 4. Erwerbs- und Hausarbeitsunfähigkeit

### a. Erwerbsunfähigkeit

Im Schadenregulierungsalltag stellt sich ferner regelmässig die Frage, ob die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben betreffend Erwerbs- und Hausarbeits(un)fähigkeit massgeblich sind.

Das sozialversicherungsrechtlich relevante Invalideneinkommen kann nur hilfsweise herangezogen werden, da dieses bezogen auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt und zudem unter Ausserachtlassen invaliditätsfremder Gründe festgesetzt wird<sup>172</sup>. Im Haftpflichtrecht «ist nicht wie im Sozialversicherungsrecht auf das theoretische Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarkts, sondern auf die konkret vorliegende und absehbare Arbeitsmarktlage abzustellen»<sup>173</sup>.

Wurde der Geschädigte von der Invalidenversicherung auf eine neue erwerbliche Tätigkeit umgeschult, kann ausnahmsweise auf das tatsächliche Invalideneinkommen abgestellt werden<sup>174</sup>, weil der Geschädigte in den konkreten Arbeitsmarkt eingegliedert wurde.

Die Anrechnung eines im Vergleich zum sozialversicherungsrechtlichen Invalideneinkommen höheren haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommens ist wegen der strengeren Erwerbsunfähigkeitskriterien gemäss Art. 7 ATSG in der Regel abzulehnen. Eine Erhöhung des sozialversicherungsrechtlichen Invalideneinkommens ist namentlich dann fraglich, wenn der Geschädigte vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses bereits seit Jahren nicht mehr erwerbstätig bzw. arbeitslos war<sup>175</sup>.

Weicht das Zivilgericht von den der Berentung durch die Invaliden- bzw. Unfallversicherung zu Grunde gelegten Annahmen ab, ist die Abweichung sachlich zu begrün-

<sup>160</sup> Vgl. BGE 132 III 321 E. 3.

<sup>161</sup> Vgl. BGE 132 III 321 E. 3.7.2.1.

<sup>162</sup> Vgl. BGer 4A\_153/2008 vom 14.10.2008 E. 2.5.2.

<sup>163</sup> Vgl. BGE 134 III 489 E. 3.3 n.p. und BGer 4C.349/2006 vom 22.01.2007 E. 3.2 f.

<sup>164</sup> Siehe dazu BGer 4A\_153/2008 vom 14.10.2008 E. 2.5.

<sup>165</sup> Vgl. BGer 4C.349/2006 vom 22.01.2007 E. 3.

<sup>166</sup> Vgl. BGer 4A\_153/2008 vom 14.10.2008 E. 2.2.

<sup>167</sup> Siehe BGE 136 III 310 E. 4.2.2 und BGer 4A\_665/2011 vom 02.02.2012 E. 3.2 (Normhypothese, dass jede Erwerbstätigkeit mit Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters aufgegeben wird) sowie BGer 4A\_79/2011 vom 01.06.2011 E. 2.3.2 (Normhypothese bzw. Schluss aus allgemeiner Lebenserfahrung, dass defizitäres Unternehmen zukünftig nicht Gewinn abwerfen wird).

<sup>168</sup> Siehe BGer 4A\_127/2011 vom 12.07.2011 E. 7 (keine Normhypothese, dass bisherige auch zukünftige Tätigkeit ist) und BGer 4A\_23/2010 vom 12.04.2010 E. 2.3.1 (keine Normhypothese, dass jede gesunde erwachsene Person in entschädigungswürdigem Ausmass Hausarbeit leistet).

<sup>169</sup> Siehe etwa BGE 131 III 12 E. 5.1 und 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 E. 4.2.1.

<sup>170</sup> Vgl. BGer 4A\_23/2010 vom 12.04.2010 E. 2.3.1.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Vgl. Art. 7 ATSG.

<sup>173</sup> BGer 4C.263/2006 vom 17.01.2007 E. 4.1.

<sup>174</sup> Vgl. BGE 99 II 214 E. 3d.

<sup>175</sup> Vgl. SCHAETZLE in: HAVE 2004, 113.

den, vor allem dann, wenn ein höheres als das sozialversicherungsrechtlich relevante Invalideneinkommen herangezogen wird<sup>176</sup>.

### b. Hausarbeitsunfähigkeit

Zur Substantiierung des Haushaltschadens sind konkrete Vorbringen zum Haushalt erforderlich, in dem der Geschädigte lebt, zu den darin übernommenen Aufgaben sowie darüber, inwiefern der Ansprecher durch den Unfall bei diesen Leistungen für den Haushalt tatsächlich beeinträchtigt ist<sup>177</sup>.

Ob und inwieweit eine Beeinträchtigung der Hausarbeitsfähigkeit vorliegt, ist eine vom Geschädigten hinreichend zu substantiierende und zu beweisende Tatfrage<sup>178</sup>. Massgeblich für das Ausmass der Hausarbeitsunfähigkeit ist die funktionelle Leistungseinbusse im Validenhaushalt<sup>179</sup>. Umstritten ist, ob dieses Funktionsdefizit von einem Arzt<sup>180</sup> oder einer anderen geeigneten Person<sup>181</sup>, durch eine Abklärung vor Ort<sup>182</sup> oder im Rahmen eines sog. Haushaltassessments<sup>183</sup> zu erfolgen hat. Eine hauswirtschaftliche EFL ist aber in jedem Fall nicht willkürlich<sup>184</sup>.

## 5. Zwei-Phasen-Methode bei der Genugtuung

### a. Allgemeines

Das Bundesgericht betont zwar, dass Genugtuungstarife unzulässig sind, lässt aber die zweiphasige Berechnungsmethode in jüngster Zeit sowohl bei der Verletzten<sup>185</sup>

als auch der Angehörigengenugtung<sup>186</sup> zu. Die Basisgenugtuung bei Tötung liegt bei CHF 35'000.– für Ehegatten und CHF 25'000.– für Kinder<sup>187</sup>. In den letzten zehn Jahren sind CHF 40'000.– übersteigende Beträge für den Verlust eines Ehegatten vornehmlich bei vorsätzlicher Tötung zugesprochen worden<sup>188</sup>. Die Basisgenugtuung kann dabei bis auf CHF 70'000.– erhöht werden, wenn erschwerende Umstände vorhanden sind<sup>189</sup>.

### b. Zu tiefe Körperverletzungsgenugtung

Als Basisgenugtuung in Körperverletzungsfällen bieten sich die Integritätsentschädigung der Unfallversicherung oder die Integritätsentschädigung der Militärversicherung an. Das Bundesgericht anerkennt insbesondere, dass die Integritätsentschädigung der Unfallversicherung als Basisgenugtuung herangezogen werden darf<sup>190</sup>.

Der Lehrmeinung, welche die doppelte Integritätsentschädigung der Unfallversicherung<sup>191</sup> oder die Integritätsentschädigung der Militärversicherung heranziehen will, hat das Bundesgericht unlängst eine Abfuhr erteilt, weil der Versicherte im Rahmen der Wehrpflicht besonderen Risiken ausgesetzt ist, die im Versicherungsfall eine grosszügige Entschädigung rechtfertigen<sup>192</sup>.

Ein Vergleich der in der Schweiz für schwerste Körperverletzungen zugesprochenen Genugtuungen – diese bewegen sich zwischen CHF 100'000.– und CHF 250'000.–<sup>193</sup> – mit den Beträgen, die in den Nachbarländern gewährt werden, offenbart, dass das schweizerische Genugtuungsniveau nach wie vor sehr tief ist<sup>194</sup>. Der rechtsvergleichende Hinweis auf das generell tiefe Niveau der Personenschadengenugtung ist nach der Meinung der Lausanner Richter ebenfalls nicht hinreichend, um höhere Genugtuungen zu rechtfertigen<sup>195</sup>.

Das Bundesgericht hat sodann erwogen, dass die blosser Umrechnung des zugesprochenen Genugtuungskapitals in eine Genugtuungsrente bzw. einen entsprechend tiefen Tagessatz keinen hinreichenden Grund für eine Änderung der Rechtsprechung darstellt, insbesondere wenn sich aus der Umrechnung des zugesprochenen Betrages in eine Rente nicht auf dessen Unangemessenheit schliessen lässt<sup>196</sup>. Einen Tagesansatz von CHF 50.– qualifiziert das Bundesgericht als eine «radikale Änderung der Recht-

<sup>176</sup> So z.B. BGer 4C.252/2003 vom 23.12.2003 E. 2.2, wo ein um 8% höheres Invalideneinkommen angenommen wurde.

<sup>177</sup> Vgl. BGer 4A\_37/2011 vom 27.04.2011 E. 6.2.1 und 4C.166/2006 vom 25.08.2006 = Pra2007 Nr. 43 E. 5.1.

<sup>178</sup> Vgl. BGer 4C.8/2005 vom 11.04.2005 = Pra 2005 Nr. 120 E. 2.5 und 3.2.

<sup>179</sup> A. A. BGE 131 II 656 E. 8.2.

<sup>180</sup> So z.B. OGer ZH U/O/LB 960061 vom 06.04.1998 = SG 1998 Nr. 32 = ZR 1999 Nr. 4 E. II/4.2.1/b, AmtsGer LU 119929 UZ 010 vom 31.12.2002 = SG 2002 Nr. 25 E. 8.3.4 f. und BezGer Pfäffikon ZH vom 22.12.1987 i.S. Gertrud W. c. W. Versicherungsgesellschaft = SG 1987 Nr. 78 E. III/2d.

<sup>181</sup> Das Bundesgericht erachtet auch ein im Auftrag eines Arztes erstelltes ergotherapeutisches Gutachten als beweiskräftig (vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 E. 4.2.2.2 [88%-ige Hausarbeitsunfähigkeit bei Schädel-Hirn-Trauma und bleibender Funktionseinbusse]).

<sup>182</sup> Die ärztliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bildet die notwendige Grundlage für die Beurteilung der Hausarbeitsunfähigkeit im IV-Bereich und ist von der Abklärungsperson zu berücksichtigen. Die Abklärung vor Ort (Art. 69 Abs. 2 IVV) ist aber primäres Beweismittel (vgl. BGE 130 V 97 E. 3.3 und AHI 2001, 161 E. 3c).

<sup>183</sup> Das Haushaltassessment stellt eine für hauswirtschaftliche Arbeiten angepasste Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit dar (siehe z.B. [www.rehabellikon.ch/Medizinisches+Angebot/Fachbereiche/Neurologische+Rehabilitation/Assessment+Haushalt/](http://www.rehabellikon.ch/Medizinisches+Angebot/Fachbereiche/Neurologische+Rehabilitation/Assessment+Haushalt/) – zuletzt besucht 02.11.2012). In der Literatur ist umstritten, ob ein Haushaltassessment genügende Grundlage für eine Abklärung der Hausarbeitsunfähigkeit darstellt (siehe KAUFMANN PETER/HAFEN LUZIUS/ESCHMANN URS, Haushaltassessment – das Ei des Kolumbus?, in: HAVE 2010, S. 13 ff., KOPP HANS GEORG/SÖNKE JOHANNES, Die Evaluation der funktionellen Haushaltfähigkeit, in: HAVE 2010, S. 286 ff., und WEIDMANN DAVID/KRÖPFLI URS, Erhebung und Quantifizierung der Einschränkungen im Haushalt, in: HAVE 2010, S. 293 ff.).

<sup>184</sup> Vgl. BGer 4A\_264/2011 vom 14.11.2011 E. 3.4.2.

<sup>185</sup> Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 und BGer vom 17.01.2007 (4C.263/2006) E. 7.3.

<sup>186</sup> Vgl. Urteile BGer 4A\_423/2008 vom 12.11.2008 E. 2.1, 1C\_106/2008 vom 24.09.2008 E. 3 und 4C.435/2005 vom 05.05.2006 E. 4.2.1 f.

<sup>187</sup> Vgl. BGer 4A\_423/2008 vom 12.11.2008 E. 2.6.

<sup>188</sup> Vgl. BGer 4C.435/2005 vom 05.05.2006 E. 4.2.2 und 6.2.

<sup>189</sup> Vgl. BGer 4A\_423/2008 vom 12.11.2008 E. 2.2 ff.

<sup>190</sup> Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3.

<sup>191</sup> Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 108 ff. zu Art. 47 OR.

<sup>192</sup> Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.4.

<sup>193</sup> Siehe z.B. BGer 4A\_489/2007 vom 22.02.2008 E. B. (CHF 250'000.– bei Tetraplegie) und 6B\_188/2010 vom 04.10.2010 E. 5.1.2 (CHF 150'000.– bei Tetraplegie) und BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

<sup>194</sup> Weiterführend LANDOLT, ZH-K, N 213 ff. zu Art. 47 OR.

<sup>195</sup> Vgl. BGer 4A\_157/2009 vom 22.06.2009 E. 4.3.

<sup>196</sup> Ibid.

sprechung», für welche der Geschädigte hinreichende Gründe anzugeben habe<sup>197</sup>.

De lege ferenda ist zu wünschen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die Problematik der Angemessenheit der Genugtuungsbeträge für (schwere) Körperverletzungen eingehender prüft. Es sollte anerkannt werden, dass die historisch gewachsene Genugtuungszumessungspraxis in sich willkürlich ist, und mit rechtsgleichen Genugtuungstagesansätzen – ähnlich denjenigen bei der Haftgenugtuung – für vergleichbare Verletzungsfolgen Remedur geschaffen werden.

## VI. Koordination

### 1. Wirkung des integralen Regresses

Der Sozialversicherer regressiert integral<sup>198</sup>. Im Umfang der versicherten Leistungen geht deshalb der Haftungsanspruch im Moment des Unfalls auf Sozialversicherer über. Will der Geschädigte den gesamten Schaden gegenüber dem Haftpflichtigen geltend machen, ist eine Rückzession notwendig<sup>199</sup>. Der Geschädigte kann aber ohne Rückzession über den Gesamtschaden einen Vergleich abschliessen<sup>200</sup>, verhält sich aber rechtsmissbräuchlich, wenn er sich die versicherten Leistungen doppelt abgelten lässt und beim Sozialversicherer einen Verjährungseintritt bewirkt<sup>201</sup>.

### 2. Relativierung der Globalanrechnung

Die Umsetzung des Kongruenzgrundsatzes bereitete in der jüngeren Rechtsprechung Schwierigkeiten<sup>202</sup>. Das Bundesgericht ist zunehmend auf den Geschmack einer Globalanrechnung der Sozialversicherungsleistungen gekommen. Entgegen der Ereignisidentität und der zeitlichen Kongruenz<sup>203</sup> wurden etwa AlV-Taggeld angerechnet und eine Übererschädigung beim aufgelaufenen mit dem zukünftigen Schaden verrechnet<sup>204</sup>.

In Missachtung der sachlichen Kongruenz wurde eine IV-Rente ungeachtet der Bemessungsmethode, die für die Rentenberechnung angewendet wurde, an den Er-

werbs- und den Haushaltschaden<sup>205</sup> bzw. an den Haushaltschaden trotz Teilzeiterwerbstätigkeit<sup>206</sup> angerechnet. Diese «Sündenfälle» korrigierte das Bundesgericht 2008, indem es keine Anrechnung der IV-Rente an den Haushaltschaden vornahm, weil die IV-Rente ausschliesslich den Erwerbsausfallersatz bezweckte<sup>207</sup>.

### Résumé

Les règles de responsabilité civile et d'assurance déterminantes en matière de circulation routière ont connu un développement dynamique depuis le tournant du siècle. Rien qu'au niveau de la loi, de nombreuses révisions en matière d'assurances sociales ont posé de nouveaux jalons pour la réparation des dommages. Le Tribunal fédéral a également rendu des décisions qui ont permis de clarifier les nombreuses questions qui se posent dans le règlement courant des dommages et qui en ont modifié la pratique. Le présent article présente les arrêts les plus importants en les replaçant dans le contexte général.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Vgl. Art. 72 ff. ATSG.

<sup>199</sup> Vgl. BGE 4A\_69/2007 vom 25.05.2007 E. 2.4.

<sup>200</sup> Vgl. BGE 137 V 394 E. 5.2.

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Siehe ferner BGE 4A\_77/2011 und 4A\_571/2011 vom 20.12.2011 E. 4.2 f. (Grundsatz der Ereignisidentität – Anrechnung der IVG- und UVG-Rente bei konstitutioneller Prädisposition).

<sup>203</sup> In BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 19 E. 7.4 pflichtete das Bundesgericht aus Gründen der Praktikabilität der grundsätzlichen Bildung je einer Periode für den bisherigen und den zukünftigen Schaden bei, solange den Parteien die Möglichkeit offenstehe, bei allfälligen erheblichen Veränderungen während der Perioden eine detailliertere Berechnung zu verlangen. Im fraglichen Fall erachtete das Bundesgericht eine monats- bzw. jahresweise Berechnung für angemessen. Siehe ferner BGE 4A\_127/2011 vom 12.07.2011 E. 10.2 ff.

<sup>204</sup> Siehe BGE 4C.252/2003 vom 23.12.2003.

<sup>205</sup> Siehe BGE 131 III 12 = Pra 2005 Nr. 19.

<sup>206</sup> Vgl. BGE 131 III 60 = Pra 2006 Nr. 18.

<sup>207</sup> Vgl. BGE 134 III 489 E. 4.5.1 f.