

# Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der ALV/EL

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der ALV</b>	<b>14</b>
A.	Regressrecht der Arbeitslosenversicherung	14
1.	Allgemeines	14
2.	Ereignisidentität	15
3.	Kongruenz	21
4.	Fallgruppen	23
B.	Auswirkungen der Arbeitslosenversicherung auf die Schadenberechnung	28
1.	Mutmassliche Validenkariere	28
2.	Nettolohnprinzip – Abzug der ALV-Beiträge	30
3.	Schadenminderungspflicht	30
4.	Beweislast	31
C.	Rückforderung einer Arbeitslosenentschädigung nach Erhalt einer Entschädigung	32
<b>II.</b>	<b>Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der EL</b>	<b>33</b>
A.	Ausschluss des integralen Regressrechtes	33
1.	Allgemeines	33
2.	Keine Anrechnung von Ergänzungsleistungen bei der Schadenberechnung	33
B.	Wegfall der Versicherungsleistungen nach Erhalt einer Haftpflichtentschädigung	36
1.	Vermögensverzehr	36
2.	Anrechnung eines hypothetischen Vermögens	37
C.	Anrechnung eines Einkommensverzichtes	40
1.	Allgemeines	40
2.	Teilinvaliden Personen	41
3.	Nicht invalide Witwen	42
4.	Rentenvorbezug	42
5.	Kumulation von Mindesteinkommen und Schadenersatzleistungen	43

# I. Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der ALV

## A. Regressrecht der Arbeitslosenversicherung

### 1. Allgemeines

Der Sozialversicherungsträger tritt im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen ein<sup>1</sup>. Das im ATSG geregelte integrale Regressrecht des Sozialversicherers gilt in den einzelnen Sozialversicherungszweigen, sofern und soweit spezialgesetzlich keine anderslautende Regelung besteht. Der Regress erfolgt nur in Bezug auf dieselbe versicherte Person, dasselbe Ereignis sowie kongruente Leistungen. Die sachliche Kongruenz zwischen Sozialversicherungsleistungen und den haftpflichtrechtlich ersatzfähigen Schadensposten ist in Art. 74 Abs. 2 ATSG geregelt.

Im Geltungsbereich der Arbeitslosenversicherung sind die Bestimmungen des ATSG grundsätzlich anwendbar<sup>2</sup>. Hinsichtlich der Versicherungsleistungen ist Art. 21 ATSG generell und Art. 24 Abs. 1 ATSG für den Anspruch auf ausstehende Leistungen nicht anwendbar<sup>3</sup>. Das ATSG gilt sodann für kollektive arbeitsmarktliche Massnahmen – mit Ausnahme der Art. 32 und 33 – nicht<sup>4</sup>. Weder das AVIG noch die AVIV sehen eine von Art. 72 ATSG abweichende Regelung vor, weshalb von der Geltung des integralen Regressrechtes für Versicherungsleistungen der Arbeitslosenversicherung auszugehen ist.

Das AVIG sieht einerseits individuelle Versicherungsleistungen und andererseits kollektive arbeitsmarktliche Massnahmen<sup>5</sup> vor. Zu den individuellen Versicherungsleistungen zählen die Arbeitslosenentschädigung<sup>6</sup>, die Kurzarbeitsentschädigung<sup>7</sup>, die Schlechtwetterentschädigung<sup>8</sup> und die Insolvenzenschädigung<sup>9</sup>. In

<sup>1</sup> Vgl. Art. 72 Abs. 1 ATSG.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 AVIG.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 AVIG.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 3 AVIG.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 59 ff. AVIG. Mit arbeitsmarktlichen Massnahmen soll die Eingliederung von Versicherten, die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind, gefördert werden (vgl. Art. 59 Abs. 2 AVIG). Die arbeitsmarktlichen Massnahmen umfassen Bildungsmassnahmen, Beschäftigungsmassnahmen und spezielle Massnahmen.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 8 ff. AVIG.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 31 ff. AVIG.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 42 ff. AVIG.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 51 ff. AVIG.

koordinationsrechtlicher Hinsicht stellt sich einzig die Frage, wie die haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht mit der Arbeitslosenentschädigung zu koordinieren ist. Sowohl die Kurzarbeits-, Schlechtwetter- und Insolvenzenschädigung als auch die kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen haben keinen Bezug zum haftungsbegründenden Ereignis, weshalb ein Regressrecht für diese Versicherungsleistungen von vornherein ausser Betracht fällt. Hinsichtlich arbeitsmarktlicher Massnahmen scheidet der Regress auch am Umstand, dass die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht der geschädigten Person, sondern Dritten ausgerichtet werden.

Aus der Perspektive des Haftpflichtigen ist die Frage zentral, ob die geschädigte Person als Folge des integralen Regresses in Bezug auf den Erwerbsausfall – das die Arbeitslosenentschädigung nur an erwerbstätig gewesene Personen erbracht wird<sup>10</sup> – überhaupt noch umfassend aktivlegitimiert ist bzw. nur noch den ungedeckten Erwerbsausfall (Erwerbsausfall abzüglich Arbeitslosenentschädigung) geltend machen kann. Ist das funktionelle Leistungsvermögen im erwerblichen Bereich dauerhaft beeinträchtigt, ist ferner unklar, wie zukünftige Phasen der Arbeitslosigkeit haftpflichtrechtlich zu würdigen sind. Schliesslich ist klärungsbedürftig ob die Arbeitslosenentschädigung – wenn überhaupt – im Zusammenhang mit der Schadenberechnung als Validen- oder als Invalideneinkommen zu berücksichtigen ist.

Aus der Perspektive der Arbeitslosenversicherung stellen sich zwei Probleme. Zunächst ist fraglich, ob versicherte Personen, die bereits haftpflichtrechtlich abgefunden worden sind oder zumindest Akontozahlungen erhalten haben, uneingeschränkt eine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen können oder im Umfang, wie sie Ersatzleistungen für den Erwerbsausfall vom Haftpflichtigen erhalten haben und zusätzlich eine Arbeitslosenentschädigung geltend machen, ungerechtfertigt bereichert sind. Weiter ist unklar, ob und inwieweit die Arbeitslosenversicherung bei geschädigten Personen, welche vom Haftpflichtigen noch nicht abgefunden worden sind, einen Regressanspruch geltend machen kann.

## 2. Ereignisidentität

### a) Allgemeines

Bestand und Ausübung des integralen Regressrechtes setzen voraus, dass das haftungsbegründende Ereignis und das versicherte Risiko identisch sind (Ereignis-

<sup>10</sup> Vgl. Art. 13 f. AVIG.

nisidentität) bzw. zumindest in einem Kausalverhältnis zueinander stehen. Zudem müssen das haftungsbegründende Ereignis und das versicherte Risiko sich in derselben Person verwirklicht haben (persönliche Kongruenz) sowie Schadenersatz und Versicherungsleistung sich auf denselben Schaden beziehen (sachliche Kongruenz) und denselben Zeitraum betreffen (zeitliche Kongruenz).

**b) Identität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit**

**(1) Arbeitslosigkeit**

Unklar ist, ob und inwieweit zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit eine Ereignisidentität angenommen werden kann. Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht<sup>11</sup>.

Vorausgesetzt wird ferner, dass die versicherte Person vermittlungsfähig ist. Die Vermittlungsfähigkeit ist gegeben, wenn die versicherte Person bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen<sup>12</sup>. Bestehen erhebliche Zweifel an der Arbeitsfähigkeit der versicherten Person, so kann eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden<sup>13</sup>. Ist die versicherte Person vermindert leistungsfähig, gilt ein eingeschränktes Zumutbarkeitsprofil<sup>14</sup>. Von der Annahmepflicht ausgenommen ist eine Tätigkeit, bei welcher die Entlohnung geringer ist, als sie aufgrund der verminderten Leistungsfähigkeit sein müsste. Unabhängig von der Leistungsfähigkeit der versicherten Person, besteht die Annahmepflicht lediglich hinsichtlich von Arbeiten, welche dem Alter, den persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand der versicherten Person angemessen sind<sup>15</sup>.

Im Falle eingeschränkter Leistungsfähigkeit ist zu unterscheiden zwischen vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit i.S.v. Art. 28 AVIG

<sup>11</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 AVIG.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 3 AVIG.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 3 AVIG.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG.

und den behinderten Versicherten i.S.v. Art. 15 Abs. 2 AVIG<sup>16</sup>. Beide Tatbestände sind Ausnahmen vom Grundprinzip der Arbeitslosenversicherung, wonach Leistungen nur bei Vermittlungsfähigkeit des Versicherten in Betracht kommen. Bei länger andauernder gesundheitlicher Beeinträchtigung ist die Vermittlungsfähigkeit das massgebende Abgrenzungskriterium. Die Arbeitslosenversicherung ist vorleistungspflichtig, wenn die versicherte Person nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist<sup>17</sup>. Über das Kriterium der vorübergehenden Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit erfolgt die Abgrenzung zu den Behinderten i.S.v. Art. 15 Abs. 2 AIVG<sup>18</sup>.

Versicherte Personen, die wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, Anspruch auf das volle Taggeld. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt<sup>19</sup>.

### (2) Haftungsbegründendes Ereignis

Das haftungsbegründende Ereignis bestimmt sich nach Massgabe des Haftungstatbestandes. Im schweizerischen Haftungssystem wird grundsätzlich für Widerrechtlichkeit, verwirklichte Betriebsgefahr oder spezielle Haftungstatbestände (Werkmangel, Unsorgfalt bei der Haltung eines Tieres etc.) gehaftet. Neben der Verwirklichung eines dieser Haftungsgründe wird bei der Haftung für Personenschäden haftungsbegründend vorausgesetzt, dass die vom haftungsbegründenden Tatbestand betroffene Person eine gesundheitliche Beeinträchtigung erlitten hat, welche ihrerseits funktionelle Leistungsdefizite zur Folge hat, welche wiederum mit finanziellen Nachteilen verbunden sind. Art. 46 Abs. 1 OR beispielsweise umschreibt die gesundheitliche Beeinträchtigung mit «Körperverletzung» und

<sup>16</sup> Der körperlich oder geistig Behinderte gilt als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte (vgl. Art. 15 Abs. 2 AVIG).

<sup>17</sup> Ist ein Behinderter, unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat er sich bei der Invalidenversicherung oder bei der Unfall-, Kranken- oder Militärversicherung bzw. bei der beruflichen Vorsorge angemeldet, so gilt er bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig. Die Beurteilung seiner Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit durch die anderen Versicherungen wird dadurch nicht berührt (vgl. Art. 15 Abs. 3 AVIV).

<sup>18</sup> Weiterführend RV 1995 Nr. 30, 174 E. 3a.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 28 Abs. 1 AVIG.

die funktionellen Leistungsdefizite im erwerblichen Bereich mit den Begriffen «Arbeitsunfähigkeit» sowie «Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens».

### (3) Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Bei einer isolierten Betrachtung des versicherten Risikos der Arbeitslosigkeit und des Haftungsgrundes ist eine Ereignisidentität zwischen diesen beiden Anspruchsvoraussetzungen zu verneinen. Arbeitslosigkeit setzt grundsätzlich voraus, dass eine gesunde Person, welche arbeitswillig ist, auf dem konkreten Arbeitsmarkt keine Arbeitsstelle findet.

Der Haftpflichtige demgegenüber entschädigt einen Erwerbsausfall, der dadurch entsteht, dass die vom haftungsbegründenden Ereignis betroffene Person als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht mehr einer Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Ob sie einer Erwerbstätigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt nachgehen könnte, wenn sie gesund geblieben wäre, ist haftungsbegründend irrelevant. Insoweit ist es – zumindest vom Grundsatz her – zutreffend, wenn die Lehre eine Ereignisidentität und damit ein Regressrecht der Arbeitslosenversicherung verneint<sup>20</sup>.

Ausnahmsweise können – wie dargelegt – auch gesundheitlich beeinträchtigte bzw. vermittlungsunfähige Personen eine Arbeitslosenentschädigung geltend machen. In einem solchen Fall besteht, sofern und soweit die gesundheitlichen Beeinträchtigungen rechtserhebliche Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses sind, eine Ereignisidentität oder zumindest eine Kausalbeziehung zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit. Haftungsbegründend spielt es nämlich keine Rolle, ob das haftungsbegründende Ereignis Gesamt- oder bloss Teilursache ist; die natürliche Kausalität ist immer dann gegeben, wenn das haftungsbegründende Ereignis nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfiel<sup>21</sup>.

Da der Haftpflichtige auch für den Zufall einzustehen hat, spielt es – haftungsbegründend – ferner keine Rolle, ob der Verlust der (bisherigen) Arbeitsstelle ausschliesslich oder nur teilweise auf den Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses bzw. der damit zusammenhängenden gesundheitlichen Beeinträchtigung zurückzuführen ist. Ein offensichtlicher Zusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit besteht dann, wenn die geschädigte Person als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen dauer-

<sup>20</sup> Vgl. z.B. KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 74 ATSG Rz. 10.

<sup>21</sup> Statt vieler BGE 96 II 392 E. 1.

haft nicht mehr in der Lage ist, die bisher ausgeführte Erwerbstätigkeit weiterführen zu können. In einem solchen Fall ist die Arbeitslosigkeit mittelbare Folge des haftungsbegründenden Ereignisses bzw. dieses die mittelbare Ursache für die Arbeitslosigkeit. In welchem Zeitabstand sich die Arbeitslosigkeit zum Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses verwirklicht, ist unerheblich<sup>22</sup>.

Erfahrungsgemäss neigen Arbeitgeber dazu, gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmer nach dem Ablauf der arbeitsvertraglichen Sperrfrist «loszuwerden», weil sie – vor allem bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – eine Ersatzkraft anstellen müssen und die Gefahr von doppelten Lohnkosten besteht, wenn der gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmer wieder voll leistungsfähig ist und seine Arbeitskraft offeriert<sup>23</sup>. Hat der Arbeitgeber zudem eine Kollektivtaggeldversicherung, muss er (im Folgejahr) nach den meisten Tarifen höhere Prämien für die gesamte Lohnsumme des Personals bezahlen, wenn der Versicherer (im Vorjahr) Taggelderleistungen zu erbringen hatte. Lässt sich den Kündigungsunterlagen, insbesondere der Begründung der Kündigung, nicht entnehmen, weshalb der Arbeitsvertrag aufgehoben worden ist, muss aufgrund der gesamten Umstände entschieden werden, ob das haftungsbegründende Ereignis mitursächlich für die Arbeitslosigkeit ist.

Muss davon ausgegangen werden, dass die Kündigung des Arbeitsvertrages der geschädigten Person einen Zusammenhang mit der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigung hat, ist das haftungsbegründende Ereignis wenn auch nicht der ausschliessliche Grund, so doch regelmässig die Hauptursache für die nachfolgend eintretende Arbeitslosigkeit. In einem solchen Fall ist die Arbeitslosigkeit und damit auch die Arbeitslosenentschädigung letztlich rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses. Hat das haftungsbegründende Ereignis überwiegend wahrscheinlich den Verlust der (bisherigen) Arbeitsstelle mittelbar verursacht, hat der Haftpflichtige für den Erwerbsausfall einzustehen, der durch die Arbeitslosenentschädigung nicht gedeckt wird.

Vor diesem Hintergrund lassen sich auch gute Argumente für die Ereignisidentität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem versicherten Risiko der Arbeitslosigkeit benennen. Die Ereignisidentität ist nur dann zu verneinen,

<sup>22</sup> Exemplarisch BGE 57 II 36 E. 2: «Wegen des Verfliessens einer gewissen Zeit zwischen Ursache und Wirkung ist der Kausalzusammenhang nicht zu verneinen. Die Wirkungen laufen in grössern oder kleinern Abständen innerhalb der Zeit ab, aber die Zeit selbst vermag an den Zusammenhängen nichts zu ändern; sie verhält sich passiv und hat keinen Einfluss auf den Ablauf.»

<sup>23</sup> Der Arbeitgeber schuldet bei Annahmeverzug den Lohn, auch wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht im Betrieb arbeitet. Der Annahmeverzug tritt ein, sobald der (wieder gesunde) Arbeitnehmer seine Arbeitskraft gegenüber dem Arbeitgeber offeriert (vgl. Art. 324 OR).

wenn die geschädigte Person bereits vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses arbeitslos gewesen ist bzw. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohnehin arbeitslos geworden wäre. In einem solchen Fall besteht keine Verursachung der Arbeitslosigkeit durch das haftungsbegründende Ereignis und entfällt von vornherein ein allfälliges Regressrecht.

### c) *Identität zwischen Arbeits- und Vermittlungsunfähigkeit*

Die Problematik der Ereignisidentität stellt sich auch hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit die arbeitslosenversicherungsrechtliche Vermittlungsunfähigkeit und die haftpflichtrechtliche Arbeitsunfähigkeit identisch oder zumindest gleichwertig sind. Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Vermittlungsunfähigkeit bezieht sich bei Nichtbehinderten auf das funktionelle Leistungsvermögen in Bezug auf zumutbare erwerbliche Verrichtungen des konkreten Arbeitsmarktes, bei Behinderten auf zumutbare Arbeiten des ausgeglichenen bzw. nicht regulären Arbeitsmarktes<sup>24</sup>.

In haftpflichtrechtlicher Hinsicht ist von einer Arbeitsunfähigkeit auszugehen, wenn die geschädigte Person nicht mehr in der Lage ist, die bisher ausgeführte oder eine andere zumutbare erwerbliche Tätigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt auszuführen<sup>25</sup>. Die haftpflichtrechtliche Arbeitsunfähigkeit weist deshalb eine strukturelle Verwandtschaft mit der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Vermittlungsunfähigkeit bei Nichtbehinderten auf und unterscheidet sich insbesondere von der sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeit, welche sich auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt bezieht und bei der invaliditätsfremde Faktoren sowie soziokulturelle Umstände unberücksichtigt bleiben.

Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung sich noch nicht dazu geäußert, ob und inwieweit der Begriff der Zumutbarkeit in der ALV sich von der haftpflichtrechtlichen Zumutbarkeit unterscheidet. Da sich beide Schadenausgleichssysteme – im Gegensatz zur Invalidenversicherung – auf den konkreten Arbeitsmarkt beziehen und auch invaliditätsfremde sowie soziokulturelle Umstände zu berücksichtigen sind, dürften die Unterschiede, wenn überhaupt vorhanden, nur margi-

<sup>24</sup> Siehe dazu supra Ziffer I.A.2.b)(1).

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004 = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, 494 = HAVE 2004, 306 E. 1.2.2; ferner Urteil des BGer vom 15. Dezember 1993 i.S. La Secura c. C. = JdT 1994 I, 719 = SJ 1994, 275 E. 4d/aa.

nal sein<sup>26</sup>. Insoweit ist – dem Grundsatz nach – davon auszugehen, dass die arbeitslosenversicherungsrechtliche Vermittlungsunfähigkeit (mindestens) der haftpflichtrechtlichen Arbeitsunfähigkeit entspricht<sup>27</sup>.

Die in haftpflichtrechtlicher Hinsicht arbeitsunfähige geschädigte Person ist folglich (mindestens) im gleichen Umfang arbeitslosenversicherungsrechtlich vermittlungsunfähig. Ist davon auszugehen, dass die arbeitslosenversicherungsrechtlichen Zumutbarkeitskriterien gemäss Art. 16 AVIG im Geltungsbereich des Haftpflichtrechts nicht gelten bzw. die haftpflichtrechtliche Zumutbarkeit weniger streng zu konkretisieren ist, tritt bei der geschädigten Person insoweit ein ungedeckter Erwerbsausfall ein, als die Arbeitslosenversicherung von einer tieferen prozentualen Arbeitslosigkeit ausgeht.

Insoweit ist die Ereignisidentität nicht nur für die Kategorie von vermittlungsunfähigen Personen, welche ausnahmsweise Ansprüche auf eine Arbeitslosenentschädigung haben, zu bejahen. Eine solche besteht auch bei erwerbstätig gewesenen Personen, welche als Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses gesundheitliche Beeinträchtigungen erleiden, aber arbeitslosenversicherungsrechtlich gleichwohl vermittlungsfähig sind. Die geschädigte Person erleidet in diesem Fall als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses einen Einkommensausfall, weil sie von der Arbeitslosenversicherung als vermittlungsfähig qualifiziert wird, obwohl haftpflichtrechtlich von einer Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden muss, insbesondere dann, wenn die geschädigte Person mutmasslich die bisherige Erwerbstätigkeit weitergeführt hätte.

### 3. Kongruenz

#### a) *Sachliche Kongruenz*

Schadenersatz für Erwerbsausfall und Arbeitslosenentschädigung sind sachlich kongruent. Gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b und c ATSG sind Taggeldleistungen und Invalidenrenten mit Schadenersatzleistungen für Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit gleichartig. Soweit diese Leistungen derselben Person zustehen und im glei-

<sup>26</sup> Fraglich ist insbesondere, ob die (strengen) arbeitslosenversicherungsrechtlichen Kriterien für die Zumutbarkeit gemäss Art. 16 AVIG, beispielsweise der zweistündige Arbeitsweg, auch im haftpflichtrechtlichen Kontext herangezogen werden dürfen.

<sup>27</sup> A.A. Urteil des BGer 4A\_488/2010 vom 21. Januar 2011 E. 4.2. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid entgegen der Rüge der geschädigten Person, welche im Umfang von 50% eine Arbeitslosenentschädigung bezog und dementsprechend eine Arbeitsfähigkeit von nur 50% geltend machte, unter Hinweis auf Art. 44 OR die gutachterlich bestätigte hundertprozentige Arbeitsfähigkeit der Schadenberechnung zugrunde gelegt. Ähnlich Urteil des BGer 4C.252/2003 vom 23. Dezember 2003 E. 2.2.

chen Zeitraum ausgerichtet bzw. geschuldet werden, besteht sowohl sachliche als auch zeitliche Kongruenz. In zeitlicher Hinsicht ergeben sich hinsichtlich des aufgelaufenen Schadens keine Probleme, da im Regelfall Klarheit darüber besteht, für welchen Zeitraum die geschädigte Person eine Arbeitslosenentschädigung erhalten hat.

### **b) Zeitliche Kongruenz**

Unklar ist demgegenüber, ob und inwieweit die geschädigte Person in Zukunft arbeitslos geworden wäre und ob bzw. inwieweit diese zukünftige Arbeitslosigkeit überwiegend wahrscheinliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses ist<sup>28</sup>. Dieser Nachweis ist – unabhängig davon, ob er von der geschädigten Person als haftungsbegründende bzw. -ausfüllende Tatsache oder vom Haftpflichtigen als haftungseinschränkende Tatsache nachzuweisen ist – schwierig bis nie zu erbringen. Die Arbeitslosenquote beträgt durchschnittlich rund 3% bzw. der Anteil der Langzeitarbeitslosen am Total der Arbeitslosen schwankt seit Jahren zwischen 15 und 20%<sup>29</sup>, weshalb die überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Beschäftigung spricht. Insoweit ist hinsichtlich des zukünftigen Schadens im Regelfall davon auszugehen, dass die geschädigte Person im Umfang ihrer Leistungsfähigkeit erwerbstätig gewesen wäre.

Das zukünftige Arbeitslosigkeitsrisiko wird mitunter haftpflichtrechtlich aufgefangan. Bei nicht sehr spezialisierten Arbeitnehmern lässt sich eine theoretische Restarbeitsfähigkeit von 20% und weniger wirtschaftlich häufig nicht mehr bewerten, weil keine Möglichkeit besteht, eine geeignete Arbeit mit einem so geringen Beschäftigungsgrad zu finden. Entsprechend hat das Bundesgericht angenommen, in den Wirtschaftszweigen des Service und der Heimarbeit sei eine Einsatzmöglichkeit von 20% schwerlich umzusetzen<sup>30</sup>. In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass das haftungsbegründende Ereignis inskünftig eine Arbeitslosigkeit verursachen wird, weshalb der diesbezügliche Erwerbsausfall zu entschädigen ist.

<sup>28</sup> Hinsichtlich der natürlichen Kausalität genügt nicht nur im Sozialversicherungsrecht, sondern auch im Haftpflichtrecht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 130 III 321 E. 3 und Urteile des BGER 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4 und 4A\_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.1 f.).

<sup>29</sup> Siehe dazu Seco, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt. Juni 2017. Ausgabe vom 7. Juli 2017 (online verfügbar: <[www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosenzahlen.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosenzahlen.html)>, besucht am 15.08.2017).

<sup>30</sup> Vgl. BGE 117 II 609 E. 9 und Urteil des BGER 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1.

Die Rechtsprechung geht ferner davon aus, dass geschädigte Personen, welche als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigung einem erhöhten Arbeitslosigkeitsrisiko ausgesetzt sind, eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens erleiden, weshalb sie unter diesem Aspekt zu entschädigen sind<sup>31</sup>. Insbesondere bei Personen, die als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eine Hörbehinderung erlitten haben, besteht ein erhöhtes Kündigungsrisiko<sup>32</sup>. Ein Erschwerungsschaden ist auch dann zu bejahen, wenn sich die gesundheitliche Beeinträchtigung, welche als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetreten ist, zwar an der bisherigen Arbeitsstelle nicht negativ auswirkt, aber die Beschäftigungsmöglichkeiten, welche der geschädigten Person nach der Ausbildung und dem bisherigen Berufsleben offen gestanden hätten, einschränken<sup>33</sup>.

Ob die geschädigte Person allerdings auch in Zukunft Arbeitslosenentschädigungen beanspruchen kann, hängt letztlich davon ab, ob sie überhaupt noch in der Lage ist, anspruchsbegründende Beitragszeiten erfüllen zu können<sup>34</sup>. Insbesondere in dem vorerwähnten Fall der nicht mehr verwertbaren geringfügigen Erwerbsfähigkeit erhält die geschädigte Person von vornherein keine Arbeitslosenentschädigung mehr, weil sie nicht mehr erwerbstätig sein kann. Die geschädigten Personen, welche zwar ihre angestammte berufliche Tätigkeit weiterführen können, sind weiterhin gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit versichert; verlieren sie aber die bisherige Arbeitsstelle und finden als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigungen keine neue Arbeitsstelle mehr, entfällt auch in diesem Fall der sozialversicherungsrechtliche Schutz hinsichtlich zukünftiger Arbeitslosigkeit. Zudem erhalten Sie wegen des gesundheitlich bedingten geringeren Beschäftigungsgrads eine geringere Arbeitslosenentschädigung.

## 4. Fallgruppen

### a) *Allgemeines*

Das Koordinationsverhältnis zwischen der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht und der Arbeitslosenentschädigung ist solchermassen komplex. Es sind verschiedene Fallgruppen auseinanderzuhalten:

<sup>31</sup> Siehe z.B. BGE 99 II 214 E. 4c und Urteile des BGer 4A\_106/2011; 4A\_108/2011 vom 30. August 2011 E. 5.1; 4C.324/2005 vom 5. Januar 2006 E. 3.2; 4C.433/2004 vom 2. März 2005 E. 3.3; 4C.101/2004 vom 29. Juni 2004 E. 3.2.1; 4C.108/2003 vom 1. Juli 2003 E. 3.2.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil des BGer vom 29. Januar 1980 i.S. Alain G. = SG 1980 Nr. 167 E. 5c.

<sup>33</sup> Vgl. Urteil des BGer 4C.8/2005 vom 11. April 2005 E. 2.2.

<sup>34</sup> Siehe dazu Art. 13 f. AVIG.

- Die vom haftungsbegründenden Ereignis betroffene Person war im Zeitpunkt des Eintritts des haftungsbegründenden Ereignisses bereits arbeitslos bzw. wäre mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unabhängig vom haftungsbegründenden Ereignis arbeitslos geworden.
- Die vom haftungsbegründenden Ereignis betroffene Person ist als (mittelbare) Folge der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung arbeitslos geworden und erhält im Umfang ihrer Vermittlungsfähigkeit (entspricht nicht zwingend der haftpflichtrechtlichen Arbeitsfähigkeit) eine Arbeitslosenentschädigung.

Die Praxis nimmt diese Unterscheidung regelmässig nicht vor und qualifiziert geschädigte Personen, die bereits vor dem haftungsbegründenden Ereignis arbeitslos gewesen sind bzw. nach dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses (auch noch) arbeitslos geworden sind, genau gleich wie geschädigte Personen, welche nicht arbeitslos wurden, weil sie aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung gar nicht (mehr) vermittlungsfähig waren<sup>35</sup>.

**b) *Arbeitslosigkeit besteht bereits im Zeitpunkt des Eintritts des haftungsbegründenden Ereignisses***

War die geschädigte Person im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses bereits arbeitslos bzw. wäre sie unabhängig vom Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (während bestimmter Zeiten) arbeitslos geworden, besteht kein Kausalverhältnis zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit. Entsprechend ist die Ereignisidentität zu verneinen und entfällt von vornherein ein Regressrecht der Arbeitslosenversicherung.

Die Arbeitslosenentschädigung ist bei der Schadenberechnung als Valideneinkommen zu berücksichtigen<sup>36</sup>. Die überwiegend wahrscheinliche Dauer der Arbeitslosigkeit liegt unterhalb von sechs Monaten (siehe dazu nachfolgende Tabelle), weshalb – wenn die tatsächliche Dauer der Arbeitslosigkeit nicht bekannt ist – spätestens nach Ablauf eines halben Jahres als Valideneinkommen das mutmasslich erzielbare Erwerbseinkommen auf dem konkreten Arbeitsmarkt

<sup>35</sup> Siehe z.B. Urteil des BGer 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 4.3.

<sup>36</sup> Bei Saisoniers, welche während der Winterzeit nicht erwerbstätig sind, ist bei der Festlegung des Valideneinkommens auf das mutmassliche Erwerbseinkommen pro Kalenderjahr abzustellen bzw. die mutmassliche Arbeitslosigkeit zu berücksichtigen (vgl. z.B. Urteil des BGer 4A\_488/2010 vom 21. Januar 2011 E. 4).

(Durchschnitts- oder Medianlohn im fraglichen Arbeitssegment, das der geschädigten Person aufgrund ihrer schulischen und beruflichen Erfahrung offensteht) heranzuziehen ist.

Hinsichtlich des zukünftigen Valideneinkommens kann aufgrund der statistischen Erfahrungswerte nicht davon ausgegangen werden, dass die geschädigte Person überwiegend wahrscheinlich langzeitarbeitslos geblieben wäre. Die Arbeitslosenquote beträgt durchschnittlich rund 3% bzw. der Anteil der Langzeitarbeitslosen am Total der Arbeitslosen schwankt seit Jahren zwischen 15% und 20%<sup>37</sup>, weshalb die überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Beschäftigung spricht<sup>38</sup>. Insofern ist hinsichtlich des zukünftigen Schadens im Regelfall davon auszugehen, dass die geschädigte Person im Umfang ihrer Leistungsfähigkeit erwerbstätig gewesen wäre.

Nur bei nachgewiesenermassen dauerhaft arbeitslosen Personen rechtfertigt es sich, nicht den Durchschnitts- bzw. Medianlohn des der geschädigten Person offenstehenden Arbeitsmarktsegmentes heranzuziehen<sup>39</sup>. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung stellt bei längerfristig arbeitslos gewesenen geschädigten Personen im Zusammenhang mit der Schadensberechnung mitunter auf die gutachterliche Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit ab und zieht als Valideneinkommen den prozentualen Anteil des Vergleichseinkommens heran<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Siehe dazu Seco, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt. Juni 2017. Ausgabe vom 7. Juli 2017 (online verfügbar: <[www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosenzahlen.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosenzahlen.html)>, besucht am 15.08.2017).

<sup>38</sup> Auch bei einer Person, welche vor dem Unfall von Brasilien wieder in die Schweiz zurückgekehrt und mehrere Monate vor und nach dem Unfall arbeitslos gewesen ist, spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die geschädigte Person inskünftig wieder erwerbstätig gewesen wäre (vgl. Urteil des BGer 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 2.2).

<sup>39</sup> Vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil. 5. Aufl., Zürich 1995, Rz. 147 und Fn. 222, sowie SJZ 1937, 184 und 1943, 116.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. Urteil des BGer vom 15. Dezember 1993 i.S. La Secura c. C. = JdT 1994 I, 719 = SJ 1994, 275 E. 4d/aa.

<b>Arbeitslose nach Geschlecht, Nationalität, Alter und Dauer der Arbeitslosigkeit (T 3.3.2.1)<sup>41</sup></b>	<b>2016</b>
	2016
<b>Total</b>	149'317
<b>Geschlecht und Nationalität</b>	
<b>Männer</b>	84'548
Schweizer	42'461
Ausländer	42'087
<b>Frauen</b>	64'769
Schweizerinnen	37'250
Ausländerinnen	27'519
Schweizer/innen	79'711
Ausländer/innen	69'606
<b>Altersgruppen</b>	
15-24 Jahre	18'831
25-39 Jahre	59'188
40-54 Jahre	49'478
55+ Jahre	21'820
<b>Dauer der Arbeitslosigkeit</b>	
1 - 6 Monate	89'428
7 - 12 Monate	35'828
> 1 Jahr	24'061
Staatssekretariat für Wirtschaft, Arbeitslosenstatistik Auskunft: Werner Tanner, 058 480 62 73, werner.tanner@seco.admin.ch; Clito Roffler, 058 480 62 70, clito.roffler@seco.admin.ch	
© BFS - Statistisches Lexikon der Schweiz	

<sup>41</sup> Siehe <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbslosigkeit-unterbeschaeftigung-offene-stellen/registrierte-arbeitslose-seco.assetdetail.1823167.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbslosigkeit-unterbeschaeftigung-offene-stellen/registrierte-arbeitslose-seco.assetdetail.1823167.html)>, besucht am 15.08.2017.

## c) *Arbeitslosigkeit wurde durch das haftungsbegründende Ereignis (mit)verursacht*

Ist demgegenüber davon auszugehen, dass das haftungsbegründende Ereignis die Arbeitslosigkeit der geschädigten Person (mit)verursacht hat, ist die Ereignisidentität bzw. ein Kausalverhältnis zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Arbeitslosigkeit zu bejahen. Die Arbeitslosenentschädigung nimmt in dieser Konstellation die Funktion einer Erwerbssersatzleistung ein und ist bei der Schadensberechnung vom mutmasslichen Erwerbsausfall als Teil des Invalideneinkommens in Abzug zu bringen<sup>42</sup>.

Die geschädigte Person erhält in diesem Fall für die gesundheitlich eingeschränkte Arbeitsfähigkeit bzw. die komplementäre Vermittlungsfähigkeit von der Arbeitslosenversicherung eine Entschädigung, welche mit dem erlittenen Erwerbsausfall sachlich kongruent ist. Als Folge des zeitlichen Kongruenzerfordernisses ist die Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum anzurechnen, in welchem sie ausbezahlt worden ist<sup>43</sup>. Das Bundesgericht betont, dass bei der Berechnung des aufgelaufenen Schadens mehrere Berechnungsperioden vorzunehmen sind, wenn das Invalideneinkommen, insbesondere infolge Arbeitslosigkeit, stark schwankt<sup>44</sup>.

Wird davon ausgegangen, dass die haftpflichtrechtliche Arbeitsunfähigkeit und die arbeitslosenversicherungsrechtliche Vermittlungsfähigkeit zwar nicht identisch, aber immerhin komplementär sind, kann der geschädigten Person im fraglichen Zeitraum, in welchem sie eine Arbeitslosenentschädigung erhalten hat, kein zusätzliches Invalideneinkommen angerechnet werden. Die geschädigte Person wurde im Umfang ihrer noch vorhandenen Leistungsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt von der Arbeitslosenversicherung entschädigt.

Es wäre widersprüchlich, wenn in einem solchen Fall der Haftpflichtige einwenden könnte, die geschädigte Person wäre in der Lage gewesen, eine besser bezahlte Arbeitsstelle auf dem konkreten Arbeitsmarkt antreten zu können. Inso weit entfaltet der arbeitslosenversicherungsrechtliche Entscheid eine Bindungswirkung zu Lasten des Haftpflichtigen und wäre davon auszugehen, dass der Haftpflichtige legitimiert wäre, gegen eine Verfügung der Arbeitslosenversicherung Beschwerde zu erheben bzw. in einem Rechtsmittelverfahren, das von der versicherten Person in Gang gesetzt wurde, als Drittpartei beigeladen zu werden.

<sup>42</sup> Vgl. z.B. OFTINGER/STARK (Fn. 39), Fn. 184.

<sup>43</sup> Siehe z.B. Urteil des BGer 4A\_77/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3.4.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. Urteil des BGer 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 4.3.2 ff. (insgesamt sieben Berechnungsperioden für den Zeitraum vom 1. August 2004 bis zum 31. Dezember 2009).

## B. Auswirkungen der Arbeitslosenversicherung auf die Schadenberechnung

### 1. Mutmassliche Validenkarriere

Gemäss Art. 46 Abs. 1 OR sind die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit zu entschädigen. Praxisgemäss wird unter der entschädigungspflichtigen «Arbeitsunfähigkeit» eine durch das haftungsbegründende Ereignis herbeigeführte Beeinträchtigung des funktionellen Leistungsvermögens im erwerblichen und hauswirtschaftlichen Bereich verstanden. Mit diesen ersatzfähigen Leistungsdefiziten korrelieren die Schadensposten des Erwerbsausfall- und des Haushaltschadens. Im Zusammenhang mit der Schadenberechnung ist als Vorfrage festzustellen, welche Validenkarriere die geschädigte Person ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses ergriffen hätte bzw. welche Invalidenkarriere der geschädigten Person noch offensteht.

Der Umstand, dass die geschädigte Person vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses keiner Erwerbsarbeit nachgegangen bzw. einer solchen zwar nachgegangen ist, aber mitunter arbeitslos war, wirkt sich auf den Karriereentscheid unterschiedlich aus. Bei geschädigten Kindern, insbesondere auch Mädchen, geht die Rechtsprechung von der Annahme aus, diese wären zu 100% erwerbstätig gewesen, und blendet damit das Risiko einer zukünftigen Arbeitslosigkeit vollständig aus<sup>45</sup>. Zudem betont das Bundesgericht, in Nachachtung des Geschlechtergleichheitsgebotes sei abzuschätzen, in welchem Mass in Zukunft infolge der Bekämpfung der Diskriminierung eine Erhöhung des von weiblichen Geschädigten ohne Unfall zu erzielenden Lohnes eingetreten wäre<sup>46</sup>.

Bei erwachsenen Geschädigten demgegenüber wirkt sich eine allfällige Arbeitslosigkeit in der Vergangenheit sowohl für die Festlegung der Validenkarriere als auch des Valideneinkommens nachteilig aus. Bei weiblichen Geschädigten wird eine frühere Arbeitslosigkeit als Indiz gegen die Annahme einer (durchgängigen) Erwerbskarriere gewertet<sup>47</sup>, während bei männlichen Geschädigten der Umstand einer früheren Arbeitslosigkeit lediglich die Höhe des Valideneinkommens zu beeinflussen vermag, wobei die Rechtsprechung ein Weiterandauern einer bestehenden Arbeitslosigkeit regelmässig ablehnt<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil des BGER 4A\_260/2014 vom 8. September 2014 E. 5.3.1.

<sup>46</sup> Ibid. E. 8.2.

<sup>47</sup> Vgl. z.B. BGE 131 III 360 E. 5.2.

<sup>48</sup> Vgl. Urteil des BGER 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 2.2.

Ob diese unterschiedliche Würdigung je nach Geschlecht vor dem Geschlechterdiskriminierungsverbot standhält, mag bezweifelt werden. Trotz der faktischen Unterschiede hinsichtlich der Erwerbskarrieren von Mann und Frau wäre eine geschlechtsneutrale Beurteilung hinsichtlich des Risikos der Arbeitslosigkeit angezeigt, nicht zuletzt, weil die Arbeitslosenquote von Frauen unter derjenigen der Männer liegt (siehe nachfolgende Tabelle). Der frühere Bezug einer Arbeitslosenentschädigung stellt – unabhängig vom Geschlecht – aufgrund der in der Schweiz für alle Bevölkerungsgruppen sehr tiefen Arbeitslosenquoten kein Indiz dar, das gegen die Annahme einer Erwerbskarriere spricht. Eine Ausnahme ist lediglich für Asylsuchende bzw. vorläufig aufgenommene Personen sachlich begründbar, da diese zunächst einem zeitlich befristeten Arbeitsverbot unterliegen und hernach nur eingeschränkt erwerbstätig sein können, wobei die Kantone über die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit entscheiden<sup>49</sup>.

## Erwerbslosenquote gemäss ILO in der Schweiz<sup>50</sup>

1. Quartal 2017 (Durchschnitt)	Quote	Veränderung zum Vorquartal	Veränderung Vorjahresquartal
	in%	in Prozent	in Prozent
Total	5,3	0,7	-0,1
Männer	5,4	1,0	-0,1
Frauen	5,2	0,3	0,0
Schweizer/innen	3,7	0,4	0,0

<sup>49</sup> Vgl. Art. 43 AsylG.

<sup>50</sup> Siehe <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb.html?dyn\\_pageIndex=0](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb.html?dyn_pageIndex=0)>, besucht am 15.08.2017.

### Erwerbslosenquote gemäss ILO in der Schweiz<sup>50</sup>

1. Quartal 2017 (Durchschnitt)	Quote	Veränderung zum Vorquartal	Veränderung Vorjahresquartal
Ausländer/innen	9,7	1,4	-0,3
Total, saisonbereinigt	5,0	0,2	-

Erwerbslosenquote gemäss der Definition des Internationalen Arbeitsamtes (ILO) Quelle: BFS – Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE)

## 2. Nettolohnprinzip – Abzug der ALV-Beiträge

Im Zusammenhang mit der Berechnung des Erwerbsausfalls gilt das Nettolohnprinzip und werden sämtliche Sozialversicherungsbeiträge, auch diejenigen für die Arbeitslosenversicherung, in Abzug gebracht<sup>51</sup>.

## 3. Schadenminderungspflicht

Die geschädigte Person ist schadenminderungspflichtig. Die Schadenminderungsproblematik stellt sich dann, wenn die geschädigte Person berechtigt gewesen wäre, eine Arbeitslosenentschädigung zu beziehen, darauf aber – aus welchen Gründen auch immer – verzichtet hat. Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung noch nicht dazu geäußert, ob nicht bezogene Arbeitslosentaggelder anzurechnen sind<sup>52</sup>.

Die Schadenminderungsproblematik aktualisiert sich ferner dann, wenn die geschädigte Person sich zu einer Frühpensionierung entschliesst oder eine selbst-

<sup>51</sup> Vgl. z.B. Urteil des BGer 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 4.3.1.

<sup>52</sup> Siehe immerhin BGE 131 III 360 ff., in welchem Entscheid die geschädigte Person auf den Bezug einer Arbeitslosenentschädigung verzichtet hat. Das Bundesgericht musste sich mit der Frage einer allfälligen Anrechnung nicht bezogener Arbeitslosentaggelder nicht befassen, da der Schadenberechnung die Annahme zugrunde gelegt wurde, die geschädigte Person wäre nicht mehr erwerbstätig, sondern im Haushalt tätig gewesen.

ständigerwerbende Tätigkeit vor Eintritt des ordentlichen Rentenalters aufnimmt. In einem solchen Fall tritt eine selbst gewollte «Arbeitslosigkeit» ein und stellt sich die Frage, ob das der Schadenberechnung zugrunde gelegte Validen- bzw. Invalideneinkommen durchgängig bis zum Eintritt des ordentlichen Rentenalters beibehalten werden soll. Eine Frühpensionierung und die Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit vor Eintritt des ordentlichen Pensionierungsalters verletzen die Schadenminderungspflicht nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Arbeitsplatz gefährdet und eine Arbeitslosigkeit überwiegend wahrscheinlich war<sup>53</sup>. Bestehen keine derartigen Anhaltspunkte, entfällt der Erwerbsausfall ab dem Zeitpunkt der freiwilligen Pensionierung.

## 4. Beweislast

In beweiswürdiger Hinsicht ist zu klären, wer die Beweislast für eine allfällige Arbeitslosigkeit bzw. die Höhe der (erzielbaren) Arbeitslosenentschädigung trägt. Die geschädigte Person hat sämtliche haftungsbegründenden und -ausfüllenden Umstände zu beweisen, während der Haftpflichtige sämtliche haftungsaufhebenden bzw. -reduzierenden Tatsachen nachzuweisen hat. Die geschädigte Person hat folglich nachzuweisen, dass und in welchem Umfang sie (mutmasslich) erwerbstätig gewesen wäre/ist und wie viel sie dabei verdient hätte/hat. Ist dieser Nachweis erbracht, kann der Haftpflichtige Umstände geltend machen, weshalb nicht von einer Erwerbskarriere bzw. von einem tieferen Erwerbseinkommen/-ausfall auszugehen ist.

Eine bereits vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses vorhanden gewesene Arbeitslosigkeit ist von der geschädigten Person im Zusammenhang mit dem Nachweis des Erwerbsausfalles (Vorhandensein einer Erwerbsabsicht bzw. mutmassliche Erwerbskarriere) zu beweisen, während die Beweislast für eine zukünftig unabhängig vom haftungsbegründenden Ereignis eintretende Arbeitslosigkeit – ist eine mutmassliche Erwerbskarriere von der geschädigten Person nachgewiesen – als haftungseinschränkender Umstand beim Haftpflichtigen liegt. Dasselbe gilt für die Höhe einer allfälligen Arbeitslosenentschädigung. Bereits bezogene Arbeitslosenentschädigungen sind von der geschädigten Person im Zusammenhang mit dem Nachweis des Erwerbsausfalls zu belegen, da ansonsten für den Zeitraum der Arbeitslosigkeit mangels Nachweises eines Lohn Einkommens kein Nachweis eines Einkommensausfalles möglich ist. Die

<sup>53</sup> Vgl. Urteile des BGer 4C.237/2000 vom 24. Januar 2001 E. 1b und 4C.318/1990 vom 22. Mai 1991 = JdT 1992 I, 748 = SJ 1992, 4 E. 2c.

Höhe zukünftiger Arbeitslosenentschädigungen zwecks Reduzierung des zukünftigen Erwerbsausfalles hat der Haftpflichtige zu beweisen.

### **C. Rückforderung einer Arbeitslosenentschädigung nach Erhalt einer Entschädigung**

Die Arbeitslosenversicherung ist berechtigt, von der versicherten Person eine bereits geleistete Arbeitslosenentschädigung im Umfang zurückzufordern, wie dieser gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche zusteht bzw. zugestanden wäre<sup>54</sup>. Von der Legalzession erfasst werden die Ansprüche aus Art. 336a und Art. 337c Abs. 3 OR, nicht aber die gemäss Art. 336a und Art. 337c Abs. 3 OR abgeleiteten Entschädigungsansprüche<sup>55</sup>. Haftungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber bzw. Dritten werden von dieser spezialgesetzlichen Legalzession nicht erfasst bzw. unterliegen dem integralen Regressrecht.

Die Arbeitslosenversicherung kann in solchen Fällen nur gegenüber dem Haftpflichtigen eine Rückforderung geltend machen, wenn sie regressberechtigt bzw. die Arbeitslosenentschädigung bei der Schadenberechnung als Invalideneinkommen abgezogen worden ist. Der Erhalt von Schadenersatzleistungen ist so dann im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung einer Arbeitslosenentschädigung irrelevant; es spielt deshalb keine Rolle, ob die geschädigte Person im Zeitpunkt der Geltendmachung bzw. des Erhalts einer Arbeitslosenentschädigung bereits vom Haftpflichtigen abgegolten worden ist oder noch nicht. Eine wiedererwägungsweise Aufhebung der Arbeitslosenversicherung entfällt folglich.

<sup>54</sup> Mit der Zahlung der Arbeitslosenentschädigung gehen sämtliche Ansprüche der versicherten Person im Rahmen einer Legalzession auf die Arbeitslosenversicherung über (vgl. Art. 29 Abs. 2 AVIG).

<sup>55</sup> Vgl. z.B. Urteil des BGer 8C\_787/2009 vom 1. Juni 2010 = ARV 2010, 293 E. 3.

## II. Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der EL

### A. Ausschluss des integralen Regressrechtes

#### 1. Allgemeines

Im Gegensatz zur Arbeitslosenversicherung schliesst Art. 30 ELG das integrale Regressrecht gemäss Art. 72 bis 75 ATSG explizit aus. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Sozialversicherungsträger, der einer geschädigten Person jährliche Ergänzungsleistungen<sup>56</sup> bzw. Vergütungen von Krankheits- und Behinderungskosten<sup>57</sup> leistet, grundsätzlich nicht auf den Haftpflichtigen zurückgreifen kann. Ebenso ist von vornherein ein Regress für Leistungen an gemeinnützige Institutionen<sup>58</sup> ausgeschlossen, unabhängig davon, ob es sich bei diesen Leistungen um Versicherungsleistungen oder Subventionen handelt.

#### 2. Keine Anrechnung von Ergänzungsleistungen bei der Schadenberechnung

Das nicht vorhandene Regressrecht hat zur Folge, dass die Aktivlegitimation (im Umfang der erhaltenen Versicherungsleistungen) bei der geschädigten Person verbleibt. Im Zusammenhang mit der Schadenberechnung stellt sich deshalb die Frage, ob die erhaltenen Versicherungsleistungen im Rahmen der Vorteilsausgleichspflicht an den Gesamtschaden anzurechnen sind oder die geschädigte Person vom Haftpflichtigen eine «Doppelzahlung» verlangen kann.

In der Literatur werden gegenteilige Meinungen vertreten. Die assekuranzfreundliche Meinung befürwortet eine Anrechnung, weil die geschädigte Person ansonsten bereichert werde<sup>59</sup>. Die gegenteilige Meinung geht dahin, dass die im Rahmen des ELG erbrachten Versicherungsleistungen der Existenzsicherung dienen und die Anspruchsvoraussetzungen unabhängig vom Vorliegen eines haftungsbegründenden Ereignisses erfüllt sein können, weshalb allfällige Versicherungsleistungen gemäss ELG vom Haftpflichtigen nicht in Abzug gebracht werden dürfen<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 9 ff. ELG.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 14 ELG.

<sup>58</sup> Siehe Art. 17 ELG.

<sup>59</sup> Vgl. PATRIK EICHENBERGER, Die Regulierung von Kinderschäden. Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2014, Zürich 2014, 113 ff., 134.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. ANDREA KOTTMANN, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung. Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Diss. Luzern 2012, Bern 2012, Rz. 292; HARDY LANDOLT,

Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen bzw. eine Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten setzt zunächst voraus, dass die geschädigte Person Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat sowie eine Invalidenrente/Hilflosenentschädigung der IV oder eine Alters- bzw. Hinterlassenenrente der AHV erhält<sup>61</sup>. Selbst wenn die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 4 ELG (Erwerbsunfähigkeit, Hilflosigkeit oder Hinterlassenschaft) vollumfänglich oder teilweise durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht worden sind, rechtfertigt sich eine Anrechnung der Versicherungsleistungen gemäss ELG aus den folgenden Gründen nicht:

- Bei einer teilweisen Verursachung der Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 4 ELG durch das haftungsbegründende Ereignis besteht keine vollumfängliche Ereignisidentität, weshalb lediglich eine anteilmässige Anrechnung in Frage käme.
- Die jährliche Ergänzungsleistung ist omnikongruent und deckt den sozialversicherungsrechtlichen Existenzbedarf, weshalb keine sachliche Kongruenz zwischen dieser Versicherungsleistung und dem Erwerbsausfall-, Haushalt- und Rentenausfallschaden besteht. Lediglich bei der Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten besteht allenfalls eine sachliche Kongruenz, wenn die gemäss Art. 14 ELG vergütungsfähigen Kosten mit den haftpflichtrechtlich zu ersetzenden Mehrkosten deckungsgleich sind.
- Die gemäss Art. 14 ELG vergütungsfähigen Kosten gehen mitunter über die haftpflichtrechtlich zu entschädigenden Mehrkosten hinaus – beispielsweise werden auch Zahnbehandlungskosten vergütet, welche zu den allgemeinen Lebenshaltungskosten zählen –, weshalb auch diesbezüglich keine umfassende Kongruenz besteht. Es kommt hinzu, dass gemäss ELG nicht sämtliche haftpflichtrechtlich zu entschädigenden Mehrkosten vergütungsfähig sind. Insbesondere der normative Angehörigenschaden wird von den meisten kantonalen Einführungsgesetzen zum ELG als nicht vergütungsfähig qualifiziert<sup>62</sup>.

Das Zusammenspiel der Ausgleichssysteme, in: Kieser/Stehle (Hrsg.), Regresstagung 2015, Zürich/St. Gallen 2015, 105 ff., 109; und FRANZ SCHLAURI, Koordination der Ergänzungsleistungen mit sonstigen Schadenausgleichs- und Bedarfsdeckungssystemen, SZS 2011, 207 ff., 216 f.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 4 ELG.

<sup>62</sup> Im Kanton Zürich setzt eine Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten im Zusammenhang mit unentgeltlich von Angehörigen erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen einen länger dauernden,

- Der Solidargemeinschaft der Steuerzahler – sämtliche Versicherungsleistungen gemäss ELG werden durch Steuern finanziert – ist nicht zuzumuten, Haftpflichtige zu entlasten. Im Gegenteil ist – in analoger Anwendung des Schutzzweckes des integralen Sozialversicherungsregresses (Schutz der Solidargemeinschaft der Beitragszahler) – wertungsmässig davon auszugehen, dass die Ersatzpflicht des Haftpflichtigen, der letztlich für den eingetretenen Personenschaden und damit auch für die fällig gewordenen Sozialversicherungsleistungen verantwortlich ist, ausschliesslich prioritär ist.
- Bei einer reduzierten Haftungsquote bzw. beim Vorliegen von Reduktionsgründen gemäss Art. 43 f. OR könnte die geschädigte Person – bestünde auch für Versicherungsleistungen gemäss ELG das integrale Regressrecht – das Quotenvorrecht geltend machen mit der Folge, dass die Versicherungsleistungen vom Haftpflichtigen nicht in Abzug gebracht werden könnten. In den Fällen einer reduzierten Haftung wäre folglich in analoger Anwendung dieses Schutzgedankens von einer Nichtanrechnung der Versicherungsleistungen gemäss ELG bis zur Höhe der Deckungslücke auszugehen.

Der Haftpflichtige hat es folglich hinzunehmen, dass die geschädigte Person, welche bis zur Ausbezahlung der Entschädigung Versicherungsleistungen gemäss ELG bezogen hat, in diesem Umfang von ihm eine «Doppelzahlung» erhält. Eine allfällige Bereicherung der geschädigten Person wird «innersystemisch» ausgeschlossen, da der Sozialversicherungsträger, der die Versicherungsleistungen gemäss ELG vor der Bezahlung des Schadenersatzes durch den Haftpflichtigen ausgerichtet hat, die Möglichkeit einer wiedererwägungsweisen Aufhebung bzw. Anpassung der jährlichen Leistungsverfügungen hat<sup>63</sup>.

Eine Rückforderung von bereits erbrachten Versicherungsleistungen ist in dem Umfang und für die Zeitabschnitte möglich, wie der Haftpflichtige rückwirkend Schadenersatzleistungen erbracht hat. Der Rückforderungsanspruch verjährt innerhalb von fünf Jahren<sup>64</sup>. Allfällige Rückforderungen können mit fälligen Ergänzungsleistungen sowie mit fälligen Leistungen aufgrund anderer Sozialver-

wesentlichen Erwerbsausfall voraus (vgl. § 12 Abs. 2 lit. b Zusatzleistungsverordnung [ZLV] vom 5. März 2008 [831.31]).

<sup>63</sup> Vgl. Art. 53 Abs. 1 ATSG und Art. 25 ELV sowie BGE 122 V 134 ff. und ferner ADRIAN ROTHENBERGER, Das Spannungsfeld von Überentschädigungsverbot und Kongruenzgrundsatz Ausgewählte Fragen zur Koordination von Haftpflicht- und Sozialversicherungsleistungen, Diss. St. Gallen 2015, Bern 2015, Rz. 20.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 25 Abs. 2 ATSG.

sicherungsgesetze verrechnet werden, soweit diese Gesetze eine Verrechnung vorsehen<sup>65</sup>.

## B. Wegfall der Versicherungsleistungen nach Erhalt einer Haftpflichtentschädigung

### 1. Vermögensverzehr

Der Anspruch auf die jährliche Ergänzungsleistung hängt davon ab, ob und inwieweit die anerkannten Ausgaben (sozialversicherungsrechtliches Existenzminimum)<sup>66</sup> die anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Zu den anrechenbaren Einnahmen zählen insbesondere wiederkehrende Leistungen (Renten, Pensionen etc.)<sup>67</sup>, mithin auch allfällige Schadenersatzrenten, und ein altersabhängiger Prozentsatz des Reinvermögens, das über der massgeblichen Vermögensfreigrenze liegt. Bei Altersrentnern wird ein 1/10, bei den übrigen versicherten Personen 1/15 des massgeblichen Vermögens als Einkommen berücksichtigt<sup>68</sup>. Bei Heimbewohnern können die Kantone vorsehen, dass maximal 1/5 des massgeblichen Vermögens pro Jahr aufgezehrt werden muss<sup>69</sup>. Eine allfällige Kapitalabfindung des Haftpflichtigen gilt vollumfänglich als anrechenbares Vermögen; lediglich private Leistungen mit ausgesprochenem Fürsorgecharakter sind vom Vermögensverzehr ausgeschlossen<sup>70</sup>.

In Anbetracht der Vermögensfreigrenzen (CHF 37'500 für liquides Vermögen und CHF 112'500 bzw. CHF 300'000 für in eine selbst bewohnte Liegenschaft investiertes Vermögen)<sup>71</sup> wirkt sich der Vermögensverzehr lediglich für geschädigte Personen aus, die vom Haftpflichtigen eine darüber hinausgehende Entschädigung erhalten haben. Bei geschädigten Personen, die einen über die Vermögensfreigrenze hinausgehenden Personenschaden erlitten haben und hierfür entschädigt worden sind, wird der Vermögensverzehr insoweit relativiert, als für die behinderungsbedingten Mehrkosten pro Jahr CHF 3'600 bei den anrechenbaren Ausgaben angerechnet werden<sup>72</sup> und im Umfang von Art. 14 ELG ein Teil

<sup>65</sup> Vgl. Art. 27 ELV und REMO DOLF, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, Diss. Zürich 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 138.

<sup>66</sup> Siehe dazu Art. 10 ELG.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. e ELG.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 2 ELG.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. c ELG.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. c und Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b ELG.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ELG.

der verletzungsbedingten Mehrkosten, welche gemäss Art. 46 Abs. 1 OR entschädigungspflichtig sind, versichert sind. Die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten wird jedoch nur in dem Umfang und im Rahmen der Höchstgrenzen geleistet, wie kein Einnahmenüberschuss besteht<sup>73</sup>.

Dieser Umstand wirkt sich vor allem für geschädigte Personen positiv aus, die eine Hilflosenentschädigung erhalten bzw. betreuungs- oder pflegebedürftig sind. Wurde der Betreuungs- und Pflegeschaden aufgrund einer reduzierten Haftungsquote oder anderen Gründen nicht voll entschädigt, kann die geschädigte Person, sofern sie nicht im Heim wohnt, den ungedeckten Schaden, der nach Abzug eines allfälligen Einnahmeüberschusses, der Hilflosenentschädigung und des Assistenzbeitrages verbleibt, bis zur Höchstgrenze geltend machen<sup>74</sup>.

## 2. Anrechnung eines hypothetischen Vermögens

### a) Ungültige Verteilung der Entschädigung des Haftpflichtigen

Erhält die versicherte Person eine Entschädigung des Haftpflichtigen und beinhaltet die fragliche Entschädigung auch den Angehörigenschaden, können gesetzliche bzw. gewillkürte Vertreter der geschädigten Person, wenn diese nicht handlungsfähig ist, keine Aufteilung der Entschädigung vornehmen. Im Umfang, wie eine Entschädigung des Haftpflichtigen vom Vertreter der geschädigten Person den Angehörigen ausbezahlt wird, liegt ein anrechenbares Verzichtsvermögen gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG vor<sup>75</sup>. Damit eine gültige Aufteilung der Entschädigung des Haftpflichtigen erfolgen kann, ist bei handlungsunfähigen geschädigten Personen eine besondere Vertretungsbeistandschaft zu ernennen<sup>76</sup>.

Von der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, ob dieselbe Interessenkollision bereits beim Abschluss einer Entschädigungsvereinbarung besteht, wenn der Vertreter der geschädigten Person zum Kreis der geschädigten Angehörigen zählt, für welche die geschädigte Person in eigenem Namen Haftungsansprüche geltend machen kann. Dies trifft insbesondere für unentgeltliche Besuchs-, Betreuungs- und Pflegeleistungen zu, welche Angehörige als Folge der verletzungsbedingten Beeinträchtigungen erbringen. Die Angehörigen des Geschädig-

<sup>73</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 6 ELG.

<sup>74</sup> Die Höchstgrenze beträgt CHF 90'000 bei Personen mit schwerer Hilflosigkeit, CHF 60'000 bei Personen mit mittlerer Hilflosigkeit und CHF 25'000 bei Personen mit leichter Hilflosigkeit (vgl. Art. 14 Abs. 3 und 4 ELG sowie Art. 19b Abs. 1 ELV). Die über CHF 25'000 liegenden Höchstgrenzen gelten nur für versicherte Personen, welche eine Hilflosenentschädigung der Invaliden- oder Unfallversicherung erhalten.

<sup>75</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_114/2011 vom 7. Juli 2011 E. 5.

<sup>76</sup> Ibid.

ten sind lediglich in Bezug auf allfällige Genugtuungsansprüche aktivlegitimiert<sup>77</sup>. Zwischen dem Abschluss einer Vereinbarung unter Verteilung einer Entschädigung im eigenen Interesse besteht kein Unterschied, weshalb eine Entschädigungsvereinbarung als nichtig zu qualifizieren ist, wenn diese von einem Angehörigen einer nicht handlungsfähigen geschädigten Person mit dem Haftpflichtigen abgeschlossen wird und den Angehörigenschaden zum Gegenstand hat<sup>78</sup>.

#### **b) Unzweckmässige Verwendung der Entschädigung des Haftpflichtigen**

Die Entschädigung des Haftpflichtigen kann von der geschädigten Person nach ihrem Belieben geltend gemacht, verwaltet und verwendet werden. Eine nicht geltend gemachte bzw. nicht mehr vorhandene Entschädigung ist ausnahmsweise ergänzungsleistungsrechtlich als Einkommensverzicht bzw. Verzichtvermögen anrechenbar. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG werden Einkünfte und Vermögenswerte, auf die die versicherte Person verzichtet hat, als Einnahmen angerechnet. Eine Anrechnung erfolgt praxisgemäss, wenn die versicherte Person ohne rechtliche Verpflichtung und ohne adäquate Gegenleistung auf Einkünfte oder Vermögen verzichtet hat<sup>79</sup>. Der Zeitpunkt des Vermögensverzichts spielt keine Rolle; die Anrechnung erfolgt rückwirkend unbefristet. Ein allfälliges Verzichtvermögen wird jedoch jährlich um CHF 10'000 amortisiert<sup>80</sup>.

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung noch nie mit der Frage auseinandersetzen müssen, unter welchen Voraussetzungen eine nicht geltend gemachte Entschädigung als Verzichtstatbestand qualifiziert werden kann. Eine Anrechnung einer hypothetischen Schadenersatzleistung würde in jedem Fall voraussetzen, dass es der geschädigten bzw. versicherten Person überhaupt zumutbar gewesen wäre, Schadenersatzansprüche geltend zu machen<sup>81</sup>. In der Praxis dürfte eine derartige Konstellation kaum vorkommen, da geschädigte Personen in aller Regel – nicht zuletzt durch die Aufforderung der Opferhilfebehörde – Schadenersatzansprüche geltend machen. Hätten Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können, sind aber mittlerweile verjährt, können diese nicht als Verzichtstatbestand gewertet werden, da es mit dem verfassungsmässigen Exis-

<sup>77</sup> Grundlegend BGE 112 II 220 ff. und 226 ff.

<sup>78</sup> Keine objektive Interessenkollision ist anzunehmen, wenn die handlungsunfähige geschädigte Person anwaltschaftlich vertreten ist und der zur Vertretung berechnete Rechtsanwalt sich vornehmlich mit den Angehörigen über den Inhalt und Abschluss der Entschädigungsvereinbarung beraten hat.

<sup>79</sup> Statt vieler BGE 134 I 65 E. 3.2 und 131 V 329 E. 4.2.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 17a Abs. 1 ELV.

<sup>81</sup> Siehe dazu Art. 4 Abs. 2 OHG und Urteil des BGer 1A.170/2001 vom 18. Februar 2002 E. 4.2.