

Hardy Landolt*

Unfall von Selbständigen: sozialversicherungsrechtliche Folgen

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	88
II.	Beitragsstatus	89
III.	Versicherungsdeckung	93
	A. Allgemeines	93
	B. Arbeitnehmer mit beherrschender Stellung im Unternehmen	94
	C. Versicherungsdeckung im Rahmen der Nichtberufsunfallversicherung	94
	D. Unterstellung unter das UVG bei fehlender Arbeitnehmereigenschaft	95
	1. Allgemeines	95
	2. Versicherungsdeckung	96
	3. Informationspflicht des Unfallversicherers	96
	E. Privatversicherungsrechtliche Unfalldeckung	97
IV.	Versicherungsfall	97
V.	Versicherungsleistungen	99
	A. Allgemeines	99
	B. Taggeld – versicherter Verdienst	99
	1. Allgemeines	99
	2. Versicherter Verdienst	100
	3. Anwendbarkeit der Sonderregeln	101
	C. Invalidenrente – Validen- und Invalideneinkommen	101
	1. Allgemeines	101
	2. Medizinisches Belastungsprofil	102
	3. Invaliditätsbemessungsmethode	104
	D. Spezifische Versicherungsleistungen	119
VI.	Mitwirkungs- und Schadenminderungspflicht	122
	A. Mitwirkungspflicht	122
	B. Schadenminderungspflicht	122
	1. Unternehmer	122

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

2. Angehörige des Unternehmers	128
3. Partner und Mitarbeiter des Unternehmers	129
Literaturverzeichnis	130

I. Einleitung

In Ausübung der verfassungsmässig geschützten Wirtschaftsfreiheit kann jede Person entscheiden, ob und in welchem Umfang sie erwerbstätig sein und ob sie die Erwerbstätigkeit eigenverantwortlich als Unternehmer/in und/oder weisungsgebunden als Arbeitnehmer/in ausführen möchte. Dieser nicht unbedeutende Lebensentscheid hat – bisweilen unterschätzte – sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen, vor allem wenn sich ein Unfall ereignet, der die Unternehmerperson dauerhaft an der Weiterführung ihrer Erwerbstätigkeit hindert.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den sozialversicherungsrechtlichen Folgen eines Unfalls für Unternehmerpersonen. Ausgeklammert werden alle anderen sozialversicherungsrechtlichen Lücken und Tücken, welchen selbständig erwerbende Personen begegnen, wenn sie sich als Unternehmer betätigen und einen Betrieb oder mehrere Betriebe führen. Die Unfallproblematik betrifft dabei mehrere Aspekte. Zunächst ist klärungsbedürftig, ob die Person, welche sich als selbständig erwerbend bezeichnet, überhaupt einen sozialversicherungsrechtlichen Status als Selbständigerwerbender hat. Liegt ein solcher vor, ist mit Bezug auf das versicherte Risiko des Unfalls klärungsbedürftig, ob eine sozialversicherungsrechtliche Deckung besteht.

Hat sich das Unfallereignis verwirklicht und besteht eine sozialversicherungsrechtliche Deckung, sind die spezifischen Probleme bei der Festlegung der Versicherungsleistungen zu thematisieren, wobei zwischen den Geld- und Sachleistungen zu unterscheiden ist. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Frage, inwieweit eine selbständig erwerbende Person Ersatzleistungen für das weggefallene Erwerbseinkommen und allfällige Mehrkosten erhält und worin dieses besteht. Ebenso ist von Interesse, ob spezifische Sozialversicherungsleistungen für Selbständigerwerbende bestehen. Abschliessend ist auf die Mitwirkungs- und Schadenminderungspflicht von selbständig erwerbenden Personen einzugehen.

II. Beitragsstatus

Die selbständige Erwerbstätigkeit weist diverse Erscheinungsformen auf. Eine «selbständige» Tätigkeit kann mit und ohne Erwerbs- bzw. Gewinnabsichten erfolgen. Eine bloße Liebhaberei bzw. eine Tätigkeit, welche realistischweise kein dauerhaftes Erwerbseinkommen generiert, mag zwar selbständig ausgeführt werden bzw. unternehmerische Züge haben, stellt aber keine Erwerbstätigkeit dar. Für die Annahme einer Liebhaberei genügt die Realisierung von Verlusten während mehrerer Jahre aber noch nicht. Bringt eine Tätigkeit indes auf Dauer nichts ein, ist dies ein deutliches Indiz dafür, dass es an der Absicht, Gewinn zu erzielen, mangelt.¹

Der klassische Einzelunternehmer, welcher in Eigenverantwortung mit eigenen Mitteln das unternehmerische Risiko trägt, ist der Typus, stellt aber nicht die Bandbreite der unternehmerischen Realität dar. Die unternehmerische Tätigkeit kann zusammen mit anderen Personen, insbesondere Angehörigen, gemeinsam auf vertraglicher Grundlage oder verselbstständigt in einer gemeinsam gegründeten juristischen Person, als Haupt- oder Nebenerwerbstätigkeit², aktiv mitwirkend als Unternehmer oder passiv finanzierend als Investor oder fokussiert auf nur ein oder mehrere Unternehmen erfolgen.

Der klassische Einzelunternehmer wiederum hat die Möglichkeit, seine unternehmerischen Mittel in einer juristischen Person zu verselbstständigen. In diesem Fall sind ebenfalls unterschiedliche Gestaltungsformen denkbar, je nachdem wie die Marktlage, die Steuersituation, die persönlichen (finanziellen) Bedürfnisse und die familiären Verhältnisse sind. Sobald die unternehmerische Tätigkeit in Form einer juristischen Person ausgeführt wird, liegt keine selbständig erwerbende Tätigkeit mehr vor. In diesem Fall sind gegebenenfalls sowohl der Unternehmer als auch der Rechtsträger des Unternehmens sozialversicherungsrechtlich relevante «Unternehmen».

¹ Vgl. Urteil des BGer 2A.126/2007 vom 19. September 2007 E. 2.3.

² Siehe dazu Art. 28 Abs. 2 UVV.

Hat eine natürliche Person den sozialversicherungsrechtlichen Status als Selbständigerwerbender, hat sie in ihrem eigenen Namen sozialversicherungsrechtliche Beiträge ihres Erwerbseinkommens zu deklarieren und zu bezahlen³ und kann ein allenfalls angespartes Freizügigkeitsguthaben für die unternehmerische Tätigkeit nutzen. Versicherte können u. a. die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr unterstehen.⁴

Liegt eine Erwerbstätigkeit vor, vermutet der Gesetzgeber⁵ eine selbständige Erwerbstätigkeit. Selbständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt.⁶ Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.⁷

Die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit ist anhand der vom Bundesgericht herausgearbeiteten Kriterien vorzunehmen und orientiert sich daran, ob die erwerbstätige Person ein eigenes Unternehmerrisiko trägt. Taxifahrer gelten im Allgemeinen auch dann als unselbständig Erwerbstätige, wenn sie ein eigenes Fahrzeug benutzen. Sie werden als selbständigerwerbend eingestuft, wenn sie ein Unternehmerrisiko tragen und arbeitsorganisatorisch nicht in besonderem Masse von den Auftraggebern abhängig sind.⁸

Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die die versicherte Person selber zu tragen hat. Für die Annahme selbständiger Erwerbstätigkeit spricht sodann die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig bzw. in einem Subordinationsverhältnis zu sein. Massgebend ist dabei nicht die

³ Weiterführend Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO (WSN) (gültig ab 1. Januar 2008 – Stand: 1. Januar 2024) sowie KIESER, Abgrenzung, 9 ff.

⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG. Siehe dazu BGE 134 V 170 E. 4.4 und Urteil des BGer 9C_301/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 2.3.

⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 12 Abs. 1 ATSG.

⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 1 ATSG.

⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 AHVG.

⁸ Vgl. Urteil des BGer 8C_189/2017 vom 19. Juni 2017 E. 3.

rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Auftraggebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage.⁹

Ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nicht nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien, sondern aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten im Einzelfall.¹⁰ Eine selbständige Erwerbstätigkeit liegt im Regelfall vor, wenn der Beitragspflichtige durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird.¹¹

Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche im konkreten Fall überwiegen.¹² Folgende Kriterien deuten auf eine selbständige Erwerbstätigkeit hin:¹³

- eigene Betriebsstätte/Geschäftsräumlichkeiten mit branchenüblicher Einrichtung,
- bedeutende eigene oder gemietete Betriebsmittel, eigene Investitionen (Einsatz von Eigen- und/oder Fremdkapital),
- Tragen des wirtschaftlichen Risikos (Materialbeschaffung auf eigene Rechnung, direkte Rechnungsstellung im eigenen Namen, Inkassorisiko, kein Ferienanspruch, kein Lohnanspruch bei Krankheit, Unfall, Ferien, Militär etc.),
- Beschäftigung von Personal,
- selbständige Beschaffung von Aufträgen,

⁹ Vgl. z. B. BGE 122 V 169 E. 3c und 281 E. 2b.

¹⁰ Siehe z. B. BGE 122 V 169 E. 3a und 119 V 161 E. 2.

¹¹ Vgl. BGE 143 V 177 E. 3.3.

¹² Vgl. BGE 149 V 57 E. 6.2, 146 V 139 E. 3.1 und 144 V 111 E. 4.2.

¹³ Vgl. BGE 149 V 57 E. 6.4.

- Weisungsungebundenheit in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher Hinsicht.

Nicht selten stellen sich im Gravitationsfeld Nichterwerbstätigkeit – (un)selbständige Erwerbstätigkeit heikle Angrenzungsfragen. Der Verfasser dieser Zeilen war unlängst mit der Herausforderung qualifiziert, den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Mutter zu beurteilen, welche sich um ihren erwachsenen Sohn kümmert, welcher dafür unterschiedliche Sozialversicherungsleistungen, insbesondere Ergänzungsleistungen, erhält.

Stellt die innerfamiliäre Versorgungsleistung eine Erwerbstätigkeit dar? Wenn dem so sein sollte: Handelt es sich bei der erwerbstätigen Mutter um eine Unternehmerin oder ist sie Arbeitnehmerin ihres Sohnes? Das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn hat erwogen, dass es sich bei der Mutter um eine selbständig Erwerbstätige handele.¹⁴ Ob dies zutrifft, wird das Bundesgericht in einem noch hängigen Fall klären.

Von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ist beitragsrechtlich auch dann auszugehen, wenn die versicherte Person von ihrer eigenen Gesellschaft angestellt ist. Die beiden mitarbeitenden Aktionäre einer AG (Ehemann Verwaltungsratspräsident, Ehefrau Mitglied des Verwaltungsrates) unterliegen als nach AHVG versicherte und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtige Arbeitnehmende auch der Beitragspflicht für die Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 2 Abs. 1 AVIG; sie fallen nicht unter die Ausnahmebestimmung für mitarbeitende Familienmitglieder gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b AVIG.¹⁵

¹⁴ Vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Solothurn VSBES.2023.105 vom 10. Oktober 2023.

¹⁵ Vgl. BGE 144 V 104 E. 3.

III. Versicherungsdeckung

A. Allgemeines

Der sozialversicherungsrechtliche Status eines selbständig Erwerbenden begründet nicht nur eine Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge zu deklarieren und zu bezahlen, sondern hat auch Auswirkungen auf die sozialversicherungsrechtliche Versicherungsdeckung. Bei den Sozialversicherungen, bei welchen alle Personen mit Wohnsitz in der Schweiz versichert sind, insbesondere bei der AHV, der Invalidenversicherung oder den Ergänzungsleistungen, oder alle Erwerbstätige erfasst werden, wie das bei der Militärversicherung¹⁶ der Fall ist, hat der sozialversicherungsrechtliche Status als selbständig Erwerbender prinzipiell keine Bedeutung. Es stellt sich in diesen Fällen lediglich die Frage, ob spezifische Versicherungsleistungen für selbständig Erwerbende bestehen.¹⁷

Die Versicherungsdeckung von selbständig Erwerbstätigen ist grundsätzlich in den Fällen ausgeschlossen, in welchen das Sozialversicherungsobligatorium nur für unselbständig Erwerbende (Arbeitnehmer) besteht.¹⁸ Dies trifft für die obligatorische Unfallversicherung, die berufliche Vorsorge¹⁹ und die Arbeitslosenversicherung²⁰ an sich zu. Ausnahmsweise ist die selbständige Tätigkeit aber auch im Rahmen der «Arbeitnehmerversicherungen» relevant. Der mutmasslich entgangene Verdienst, der für die Überentschädigungsberechnung massgeblich ist, umfasst auch nicht versichertes Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit.²¹ Von der Erfüllung der Beitragszeit in der Arbeitslosenversicherung befreit sind Personen, die wegen Trennung oder Scheidung der Ehe, wegen Invalidität oder Todes des Ehegatten oder aus

¹⁶ Siehe dazu Art. 32 und 38 MVG.

¹⁷ Siehe dazu infra Ziff. V/D.

¹⁸ Erleidet eine versicherte Person in der 30-tägigen Nachdeckungsfrist einen Unfall, so ist sie für dessen Folgen auch dann versichert, wenn sie vor dem Unfall bereits eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte (vgl. BGE 137 V 90 E. 5).

¹⁹ Weiterführend KIESER, Invalidität, 156 ff., 157.

²⁰ Ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung kann keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, wenn ihm die Aktiengesellschaft zwar gekündigt hat, er aber nach wie vor als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft amtiert (BGE 123 V 234 ff.).

²¹ Vgl. BGE 126 V 93 ff.

ähnlichen Gründen oder wegen Wegfalls einer Invalidenrente gezwungen sind, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern.²²

B. Arbeitnehmer mit beherrschender Stellung im Unternehmen

Ist im konkreten Einzelfall ein selbständigerwerbender Status anzunehmen, ist fraglich, ob die obligatorische Unfallversicherung anwendbar ist, wenn die Person formell von ihrem Unternehmen angestellt ist. Das Bundesgericht hat dies einzelfallweise verneint²³ und bejaht.²⁴ Diese uneinheitliche Praxis gab dem Bundesgericht 2023 Anlass zu betonen, dass die Qualifikation einer versicherten Person, die in einem Unternehmen eine beherrschende Stellung hat, als selbständig zu qualifizieren, nicht den sozialversicherungsrechtlichen Status betreffe, sondern sich allein auf die Ermittlung des Invaliditätsgrades auswirke, und zwar in dem Sinne, dass die Invaliditätsbemessung analog den Selbständigerwerbenden vorzunehmen sei.²⁵ Ist die verunfallte Person von «ihrem» Unternehmen angestellt, ist sie obligatorisch unfallersichert. Hat die Arbeitgeberin keine obligatorische Unfallversicherung, ist in solchen Fällen die Ersatzkasse UVG leistungspflichtig.²⁶

C. Versicherungsdeckung im Rahmen der Nichtberufsunfallversicherung

Das Bundesgericht hat unlängst in einem zur BGE-Publikation bestimmten Entscheid die umstrittene Frage entschieden, dass Unfälle während einer nicht freiwillig versicherten selbständigen Tätigkeit von obligatorisch UVG-versicherten Teilzeitangestellten als Nichtberufsunfälle gelten.²⁷

²² Vgl. Art. 14 Abs. 2 AVIG.

²³ Vgl. z. B. Urteile des BGer 8C_202/2019 vom 9. März 2020 E. 4.1 und 8C_176/2016 vom 17. Mai 2016 E. 3.2.

²⁴ Vgl. z. B. Urteile des BGer 8C_12/2021 vom 22. Dezember 2021 E. A.

²⁵ Vgl. Urteil des BGer 8C_98/2023 vom 10. August 2023 E. 5.2.2.

²⁶ Siehe dazu Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern 5V 23 218 vom 26. September 2024 E. 4.

²⁷ Vgl. Urteil des BGer 8C_485/2023 und 8C_510/2023 vom 19. Juni 2024 E. 7.

D. Unterstellung unter das UVG bei fehlender Arbeitnehmereigenschaft

1. Allgemeines

Fehlt eine Anstellung können sich Selbständigerwerbende und ihre im Betrieb mitarbeitenden Angehörigen freiwillig dem jeweiligen Sozialversicherungsobligatorium gemäss UVG und BVG unterstellen.²⁸ In der Schweiz wohnhafte Selbständigerwerbende und ihre nicht obligatorisch versicherten im Unternehmen mitarbeitenden Familienglieder können sich freiwillig gemäss UVG versichern.²⁹ Der in Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV enthaltene Begriff «mitarbeitende Familienglieder» wird in der UVV nicht näher umschrieben. Es sind darunter Mitglieder der Familie im Sinne des ZGB zu verstehen³⁰, die mit oder ohne Bar- bzw. Naturallohn im Betrieb eines Familienangehörigen tätig sind.³¹

Ausgeschlossen von dieser freiwilligen Unfallversicherung sind nichterwerbstätige Arbeitgeber, die lediglich Hausbedienstete beschäftigen.³² Eine freiwillige Unfallversicherung kann aber auch abschliessen, wer teilweise als Arbeitnehmer tätig ist.³³ Der Anspruch auf den Abschluss einer freiwilligen Unfallversicherung wird insoweit eingeschränkt, als Personen, welche das Referenzalter gemäss Art. 21 Abs. 1 AVG erreicht haben, nur dann ein Anrecht auf eine freiwillige Unfallversicherung haben, wenn sie unmittelbar zuvor während eines Jahres obligatorisch versichert gewesen sind.³⁴

Der Versicherungsträger kann sodann in begründeten Fällen, namentlich bei bestehenden erheblichen und dauernden Gesundheitsschädigungen sowie bei Vorliegen einer besonderen Gefährdung der Abschluss der Versicherung ablehnen.³⁵ Das Versicherungsverhältnis wird durch einen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag

²⁸ Vgl. Art. 4 f. UVG und Art. 134 ff. UVV sowie Art. 4 und 44 f. BVG.

²⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 UVG.

³⁰ Vgl. BGE 121 V 125.

³¹ Siehe aber Art. 2 Abs. 1a UVV.

³² Vgl. Art. 4 Abs. 2 UVG.

³³ Vgl. Art. 134 Abs. 1 UVV.

³⁴ Vgl. Art. 134 Abs. 2 UVV.

³⁵ Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV.

begründet, in welchem der Beginn des Versicherungsverhältnisses, die Minstdauer und das Ende der Versicherung zu regeln sind.³⁶

2. Versicherungsdeckung

Die Versicherungsdeckung der freiwilligen Unfallversicherung ist grundsätzlich dieselbe wie im Geltungsbereich der obligatorischen Unfallversicherung.³⁷ Besonderheiten bestehen mit Bezug auf die Prämien³⁸ auf Teuerungszulagen.³⁹ Eine Besonderheit besteht mit Bezug auf den versicherten Verdienst. Dieser ist bei Vertragsabschluss festzulegen und jeweils auf Beginn des Kalenderjahres anzupassen. Er darf bei Selbständigerwerbenden nicht weniger als 45% und bei mitversicherten Familienmitgliedern nicht weniger als 30% des Höchstbetrags des versicherten Verdienstes von derzeit CHF 148'200 betragen.⁴⁰

3. Informationspflicht des Unfallversicherers

Der Unfallversicherer ist im Rahmen von Art. 72 UVV und Art. 27 Abs. 2 ATSG nicht voraussetzungslos verpflichtet, über eine fehlende obligatorische Versicherung und die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung gemäss Art. 4. Abs. 1 UVG zu informieren, sondern nur dann, wenn ein hinreichender Anlass zur Information besteht.

Fehlen Anhaltspunkte dafür, dass jemand überhaupt in den von der freiwilligen Versicherung erfassten Personenkreis fällt, stellt die unterbliebene Information über diese Form der Versicherungsdeckung mithin keine Verletzung gemäss Art. 72 UVV und Art. 27 Abs. 2 ATSG dar. Wird ein Selbständigerwerbender fälschlicher-

³⁶ Vgl. Art. 136 UVV.

³⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 UVG.

³⁸ Vgl. Art. 138 und 139 UVV.

³⁹ Vgl. Art. 140 UVV.

⁴⁰ Vgl. Art. 138 UVV.

weise als Arbeitnehmer in der Lohndeklaration aufgeführt, wird der Unfallversicherungsträger in den Irrtum versetzt, er gehöre zum Kreis der obligatorisch Versicherten.⁴¹

E. Privatversicherungsrechtliche Unfalldeckung

Fehlt eine solche Unterstellung, entfällt zwar die unfallversicherungsrechtliche Versicherungsdeckung⁴², gleichwohl kann eine Versicherungsdeckung für das Unfallereignis bestehen⁴³. In einem solchen Fall substituiert gegebenenfalls eine privatversicherungsrechtliche Versicherungsdeckung die freiwillige Sozialversicherung oder geht darüber hinaus. Hat der Selbständigerwerbende eine privatversicherungsrechtliche Versicherungsdeckung vereinbart, besteht nicht zwingend dieselbe Unfalldeckung. Regelmässig schliessen die privaten Unfallversicherungen die im UVG mitversicherten Berufskrankheiten⁴⁴ und unfallähnlichen Körperschädigungen⁴⁵ aus oder umschreiben die Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit in Abweichung des ATSG bzw. UVG in den AVB.⁴⁶ Die privaten Unfallversicherungen kennen ausserdem auch kein Regressprivileg in Analogie zu Art. 75 Abs. 2 ATSG.

IV. Versicherungsfall

Erleidet eine selbständigerwerbende Person gesundheitliche Beeinträchtigungen, ist entscheidend, ob diese durch ein versichertes Ereignis, mithin einen Unfall, verursacht worden sind. Der Unfallbegriff nimmt keinerlei Bezug auf die selbständige

⁴¹ Vgl. Urteil des BGer U 187/06 vom 13. November 2006 E. 3.1.

⁴² Siehe dazu Urteil des BGer U 187/06 vom 13. November 2008.

⁴³ Die selbständigerwerbende Person ist für die Heilungskosten im Rahmen des KVG versichert (vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b und Art. 8 Abs. 2 KVG) und kann eine freiwillige Taggeldversicherung nach KVG (vgl. Art. 67 ff. KVG) abschliessen oder sich für das Unfallrisiko gemäss dem VVG versichern.

⁴⁴ Vgl. Art. 9 UVG.

⁴⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 2 UVG.

⁴⁶ Weiterführend LANDOLT, Unfallereignis, 137 ff.

Erwerbstätigkeit, sondern hängt davon ab, dass ein äusserer Faktor in ungewöhnlicher und plötzlicher Weise auf den menschlichen Körper eingewirkt und die gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder gegebenenfalls den Tod verursacht hat.⁴⁷

Die Leistungspflicht des Unfallversicherers besteht in diesem Fall sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht in dem Umfang, wie die gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die damit zusammenhängenden funktionellen Leistungseinschränkungen natürlich und adäquat kausal mit dem versicherten Unfallereignis zusammenhängen. Entfällt die Leistungspflicht des Unfallversicherers, kann die selbständig erwerbende Person die Versicherungsleistungen der Kranken- und Invalidenversicherung beanspruchen.

Kann die selbständigerwerbende Person wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der damit zusammenhängenden funktionellen Einschränkungen ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr ausführen, stellt sich – bei Arbeitnehmer-Unternehmern – regelmässig eine Abgrenzungsproblematik in Bezug auf die Arbeitslosenversicherung. Ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung kann keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, wenn ihm die Aktiengesellschaft zwar gekündigt hat, er aber nach wie vor als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft amtiert.⁴⁸

Besteht (ausnahmsweise) eine Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung, führt einerseits eine selbstverschuldete Kündigung zu einer Leistungseinschränkung.⁴⁹ Andererseits besteht kein Anspruch auf eine Kurzarbeits- bzw. Insolvenzenschädigung, wenn die versicherte Person den Eintritt des versicherten Ereignisses in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums massgeblich beeinflussen konnte.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. Art. 4 ATSG.

⁴⁸ Vgl. BGE 123 V 234 ff.

⁴⁹ Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG.

⁵⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c und Art. 51 Abs. 2 AVIG.

V. Versicherungsleistungen

A. Allgemeines

Die verschiedenen Sozialversicherungserlasse sehen unterschiedliche Geldleistungen beim Eintritt eines versicherten Ereignisses, mithin eines Unfalles, vor. Geldleistungen sind insbesondere Taggelder, Renten, jährliche Ergänzungsleistungen, Hilfenentschädigungen und Zulagen zu solchen, nicht aber der Ersatz für eine von der Versicherung zu erbringende Sachleistung.⁵¹ Für unternehmerisch tätige Personen ist von besonderer Bedeutung, inwieweit der unfallbedingte Erwerbsausfall durch die Taggelder bzw. die Invalidenrente gedeckt wird.

B. Taggeld – versicherter Verdienst

1. Allgemeines

Ist die selbständigerwerbende Person obligatorisch oder freiwillig dem UVG unterstellt, besteht ein Anspruch auf die Gewährung eines Taggeldes, sofern und soweit eine Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf die angestammte bzw. versicherte Tätigkeit besteht.⁵² Die Höhe des Taggeldes beträgt 80% des versicherten Verdienstes.⁵³ Der versicherte Verdienst beläuft sich auf maximal CHF 148'200 im Jahr bzw. CHF 406 pro Tag.⁵⁴

Der Taggeldanspruch gemäss UVG beginnt am dritten Tag nach dem Unfall und dauert bis zur Beendigung der medizinischen Behandlung. Bei dauerhaft bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen wird der Taggeldanspruch durch den Rentenanspruch abgelöst, sobald von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden kann.⁵⁵

⁵¹ Vgl. Art. 15 ATSG.

⁵² Vgl. Art. 16 Abs. 1 UVG.

⁵³ Vgl. Art. 17 Abs. 1 UVG.

⁵⁴ Vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV.

⁵⁵ Vgl. Art. 19 Abs. 1 Abs. 1 UVG.

2. Versicherter Verdienst

Als versicherter Verdienst für das Taggeld gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn.⁵⁶ Unter dem Vorbehalt von Art. 24 Abs. 4 UVV bleibt der bei Rentenbeginn gemäss zweitem Teilsatz von Art. 15 Abs. 2 UVG erstmalig festgesetzte versicherte Verdienst grundsätzlich für die gesamte Dauer des Rentenanspruchs auch bei revisionsweiser Rentenerhöhung massgebend.⁵⁷ Bei freiwillig versicherten Personen ist für die Rentenberechnung derjenige Verdienst massgebend, der sich aus dem im Zeitpunkt des Unfalles (und nicht des Rückfalles) gültigen Vertrag ergibt.⁵⁸

Als versicherter Verdienst gilt der gemäss AHVG massgebende Lohn (zuzüglich Familienzulagen).⁵⁹ Für mitarbeitende Familienmitglieder, Gesellschafter, Aktionäre und Genossenschafter wird mindestens der berufs- und ortsübliche Lohn berücksichtigt.⁶⁰ Entsprechend dem Sinn und Zweck dieser Sonderregel – Vermeidung einer Benachteiligung von Familienmitgliedern und anderen mit dem Betrieb verwandtschaftlich oder persönlich eng verbundenen und darin mitarbeitenden Personen, die mit Rücksicht auf diese Bindung keine arbeitsmarktkonforme Entlohnung erzielen können – ist der berufs- oder ortsübliche Lohn als versicherter Verdienst zu berücksichtigen, wenn er höher ist als der effektive Verdienst.⁶¹

Praxisgemäss soll der vereinbarte versicherte Verdienst nicht dauerhaft wesentlich höher als das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen liegen.⁶² Aus Art. 5 Abs. 1 UVG und Art. 138 UVV folgt, dass sich die Vereinbarung über den versicherten Verdienst grundsätzlich nach den effektiven Einkommensverhältnissen zu richten hat, wobei ein zumindest innerhalb eines realistischen Bereichs liegender Betrag zu bestimmen ist.⁶³

⁵⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 2 UVG.

⁵⁷ Vgl. BGE 147 V 213 ff.

⁵⁸ Vgl. Urteil des BGer 8C_50/2008 vom 28. April 2008 E. 3.2.

⁵⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 UVV.

⁶⁰ Vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV.

⁶¹ Vgl. z. B. Urteil des BGer 8C_12/2021 vom 22. Dezember 2021 E. 4.1.2 und 8C_893/2011 vom 31. Mai 2012 E. 2.

⁶² Vgl. BGE 148 V 286 E. 7.3 und Urteil des BGer 8C_50/2008 vom 28. April 2008 E. 3.2.

⁶³ Vgl. RKUV 1994 Nr. U 183 S. 49, U 59/92 E. 5c.

Die Problematik des effektiven Erwerbseinkommens stellt sich analog in den Fällen, in welchen der Unternehmer die Erwerbsausfalldeckung im Rahmen einer Schadenversicherung gemäss VVG abgesichert hat.⁶⁴ Liegt (ausnahmsweise) eine Summenversicherung vor⁶⁵, resultiert eine Über- oder Unterdeckung je nachdem, ob das tatsächlich nachgewiesene Erwerbseinkommen über oder unter der vereinbarten Versicherungssumme liegt.

3. Anwendbarkeit der Sonderregeln

Sowohl für die Taggeld als auch die Rentenversicherung gelten mit Bezug auf die Bestimmung des versicherten Verdienstes Sonderregelungen.⁶⁶ Diese sind auch für freiwillig versicherte Personen anwendbar.⁶⁷ Der erhebliche und langandauernde Unterschied zwischen dem im Unfallzeitpunkt vereinbarten versicherten Verdienst und dem ausgewiesenen AHV-beitragspflichtigen Einkommen, der Übertritt von der freiwilligen in die obligatorische Unfallversicherung nach wiedererlangter voller Arbeitsfähigkeit und die Entstehung des Rentenanspruchs mehr als fünf Jahre nach dem versicherten Ereignis können im Ausnahmefall eine Anpassung des vereinbarten Vorunfallverdienstes in analoger Anwendung von Art. 24 Abs. 2 UVV begründen.⁶⁸

C. Invalidenrente – Validen- und Invalideneinkommen

1. Allgemeines

Eine rentenbegründende Invalidität setzt mindestens eine Erwerbsunfähigkeit von 10% in der Unfallversicherung⁶⁹ bzw. 40% in der Invalidenversicherung voraus. Wie alle anderen versicherten Personen hat dementsprechend auch eine selbständigerwerbende Person das Risiko einer unterhalb der rentenbegründenden Schwelle

⁶⁴ Statt vieler Urteil des BGer 4A_41/2012 vom 31. Mai 2012.

⁶⁵ Siehe z.B. Urteil des BGer 4C.170/2005 vom 9. November 2005.

⁶⁶ Vgl. Art. 23 und 24 UVV.

⁶⁷ Siehe Art. 23 Abs. 5 UVV.

⁶⁸ Vgl. BGE 148 V 286 E. 9.3.8.

⁶⁹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVG.

befindlichen Invalidität selber zu tragen. Zudem trägt die versicherte Person ganz generell die Beweislast dafür, dass eine rentenbegründende Erwerbsunfähigkeit zumindest mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetreten ist. Die Beweislast wird dadurch erleichtert, dass der Sozialversicherungsträger den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat.⁷⁰

2. Medizinisches Belastungsprofil

Der Nachweis einer rentenbegründenden Erwerbsunfähigkeit setzt voraus, dass bei der versicherten Person gesundheitliche Beeinträchtigungen eingetreten sind, welche das funktionelle Leistungsvermögen mit Bezug auf die angestammte Tätigkeit (selbständige Erwerbstätigkeit) bzw. Verweisungstätigkeiten einschränken, sofern die versicherte Person die angestammte Tätigkeit gesundheitsbedingt nicht mehr auszuführen imstande ist oder andere Gründe vorliegen, welche es rechtfertigen, das funktionelle Leistungsdefizit bezogen auf Verweisungstätigkeiten zu beurteilen.

Ob und inwieweit bei der versicherten Person – mithin dem Unternehmer – ein derartiges funktionelles Leistungsdefizit eingetreten ist, beurteilt der medizinische Sachverständige. Aus der Diagnosestellung bzw. den medizinischen Beeinträchtigungen an sich kann kein bestimmtes funktionelles Leistungsdefizit abgeleitet werden. Dieses hängt massgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Das noch vorhandene funktionelle Leistungsvermögen (auch Belastungs- oder Zumutbarkeitsprofil genannt) wird dabei praxisgemäss dreistufig je nach Anforderungsprofil in leichte, mittelschwere und schwere Tätigkeiten unterteilt.⁷¹

Zusätzlich ist zu klären, ob die fragliche Tätigkeit/en, welche der versicherten Person trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigungen noch möglich und zumutbar sind, mit derselben Effizienz erbracht werden können oder ob hinsichtlich Arbeits tempo, Arbeitseffizienz und Arbeitsdauer (vermehrter Pausenbedarf) Einschränkungen bestehen. Diese effizienzbezogenen Einschränkungen werden praxisgemäss

⁷⁰ Vgl. Art. 43 Abs. 1 ATSG.

⁷¹ Siehe dazu Leitlinie der SIM zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit nach Unfall und bei Krankheit <www.swiss-insurance-medicine.ch/de/fachwissen-und-tools/arbeitsunfahigkeit/leitlinie-zur-beurteilung-der-arbeitsunfahigkeit>, zuletzt besucht am 12.10.2024.

als «Rendement» bezeichnet. Je nach dem Ausmass des an sich bestehenden funktionellen Leistungsdefizits und der gegebenenfalls zusätzlich bestehenden effizienzbedingten Einschränkungen ist von medizinischen Sachverständigen das noch vorhandene Belastungsprofil insgesamt zu umschreiben. Der eingeschränkten Leistungsfähigkeit ist mit einem Lohnabzug Rechnung zu tragen.⁷²

Regelmässig finden sich in den medizinischen Gutachten allgemein gehaltene Beurteilungen dahingehend, dass die versicherte Person mit Bezug auf geeignete Tätigkeiten noch vollumfänglich arbeitsfähig sei. Derartige Umschreibungen des noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögens genügen insbesondere bei versicherten Personen nicht, welche eine selbständige Tätigkeit ausgeübt haben. Damit eine faire Beurteilung überhaupt möglich ist, sollte der medizinische Sachverständige sich differenziert dazu äussern, ob und inwieweit die versicherte Person:

- ihre bisherige unternehmerische Tätigkeit (verstanden als ein Bündel von diversen einzelnen unternehmerischen Tätigkeiten) noch ausführen kann,
- in ihrem Unternehmen andere Tätigkeiten aufgrund des funktionellen vorhandenen Leistungsvermögens ausführen könnte – diese Feststellung ist im Hinblick auf die Schadenminderungspflicht von Bedeutung – und
- über ein funktionelles Leistungsvermögen mit Bezug auf die ihr realistischerweise offenstehenden Verweisungstätigkeiten verfügt, wenn sie sich in ihrem Unternehmen nicht mehr nutzbringend betätigen kann.
- Auswirkungen des funktionellen Leistungsdefizits.

Das medizinisch-theoretische Belastungsprofil ist der Ausgangspunkt für die nachfolgende Beurteilung, welche konkreten Auswirkungen das funktionelle Leistungsdefizit bzw. das noch vorhandene Belastungsprofil im fraglichen Unternehmen hat. Die Auswirkungen und das Zusammenspiel des gesundheitsbedingt eingetretenen funktionellen Leistungsdefizits mit den Anforderungen und Gegebenheiten des

⁷² Vgl. z. B. Urteil des BGer 9C_424/2012 vom 7. November 2012 E. 7.1.

konkreten Unternehmens, das die versicherte Person geführt hat, verlangt regelmässig eine sachkundige Analyse, nicht zuletzt auch im Hinblick allfälliger Anpassungen, welche der versicherten Person möglich und zumutbar sind.

Der Sozialversicherungsträger dürfte deshalb im Regelfall angehalten sein, eine spezifische Abklärung durch eigenes oder externes Fachpersonal durchführen zu lassen. Ein allfälliger Abklärungsbericht hat hinreichend genau über die Betriebsverhältnisse Auskunft zu geben.⁷³ Ist es der versicherten Person möglich, gegebenenfalls mit zumutbaren Anpassungen, weiterhin selbständigerwerbstätig zu sein bzw. resultiert nach dem Eintritt des funktionellen Leistungsdefizits derselbe Gewinn, wirken sich die gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht nachteilig aus und ist der Eintritt einer rentenbegründenden Invalidität zu verneinen.⁷⁴

3. Invaliditätsbemessungsmethode

a) *Rentenstatus der versicherten Person*

Das medizinische Belastungsprofil (bezogen auf die angestammte unternehmerische Tätigkeit und/oder Verweisungstätigkeiten) ist im Anschluss vom Sozialversicherungsträger normativ zu bewerten. Zunächst stellt sich diesbezüglich die Statusfrage. Diese geht dahin, ob die versicherte Person aktuell vollumfänglich oder nur teilweise selbständigerwerbstätig gewesen ist. Ebenso ist der zukünftige Status klärungsbedürftig. Der Rentenstatus kann sich dabei vom Beitragsstatus⁷⁵ unterscheiden.⁷⁶

Der Umstand, dass die versicherte Person im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug bzw. beim Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigungen selbständig erwerbstätig gewesen ist, rechtfertigt die Annahme eines selbständigerwerbenden Rentenstatus noch nicht. Erst dann, wenn die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch weiterhin selbständigerwerbstätig gewesen wäre bzw. eine

⁷³ Vgl. Rz. 3323 KSIR.

⁷⁴ Vgl. Urteil des BGer 8C_12/2021 vom 22. Dezember 2021 E. 4.2.2.

⁷⁵ Dazu supra Ziff. II.

⁷⁶ Dazu sogleich.

solche Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte, rechtfertigt es sich, vom Unternehmerstatus auszugehen. Die bloße Absicht, den Betrieb des Schwiegervaters mit anderen Mitarbeitern zu übernehmen, rechtfertigt die Annahme eines Unternehmerstatus nicht.⁷⁷

Für die Beurteilung des Rentenstatus ist nicht die zivilrechtliche, sondern die wirtschaftliche Stellung ausschlaggebend. Ob die versicherte Person einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik und -entwicklung nehmen kann, und damit als Selbständigerwerbender mit einem eigenen Betrieb zu gelten hat, ist aufgrund der finanziellen Beteiligung, der Zusammensetzung der Leitung der Gesellschaft und vergleichbarer Gesichtspunkte zu prüfen.⁷⁸

Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind grundsätzlich als unselbständig Erwerbende einzustufen.⁷⁹ Verfügt ein solcher Geschäftsführer aber über einen massgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft, z.B. aufgrund einer Einzelunterschriftberechtigung, ist es gerechtfertigt, die Invaliditätsgradbemessung analog den selbständig Erwerbenden durchzuführen. Insbesondere gilt ein von einer AG angestellter Versicherter als selbständig, wenn er als Alleinaktionär einen wesentlichen Einfluss auf die Firma hat.⁸⁰

Ob eine Person einen entscheidenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik und die Entwicklung des Unternehmens hat – und damit als selbständig erwerbend einzustufen ist – ist anhand von Kriterien wie dem Aktionärskreis, der Beteiligung am Aktienkapital, der Zusammensetzung des Verwaltungsrats, dem Beschäftigungsgrad der Aktionäre und ihrer Funktion in der Gesellschaft zu prüfen.⁸¹

⁷⁷ Vgl. Urteil des BGer 9C_641/2014 vom 16. Januar 2015 E. 4.3.2.

⁷⁸ Siehe z. B. Urteil des BGer 9C_453/2014 vom 17. Februar 2015 E. 4.1.

⁷⁹ Vgl. Urteil des BGer 9C_361/2016 vom 22. August 2016 E. 5.2.1 und Rz. 3319 KSIR.

⁸⁰ Vgl. Urteil des BGer 8C_346/2012 vom 24. August 2012 E. 4.3 und Rz. 3319 KSIR.

⁸¹ Siehe z. B. Urteil des BGer 8C_202/2019 vom 9. März 2020 E. 3.3, 8C_121/2017 vom 5. Juli 2018 = SVR 2019 UV Nr. 3 S. 9 E. 7.1, 9C_453/2014 vom 17. Februar 2015 E. 4.1 und I 185/02 vom 29. Januar 2003 E. 3.1.

b) Invaliditätsbemessungsmethode**(1) Allgemeines**

Die Beantwortung der Statusfrage ist entscheidend für die Invaliditätsbemessung, da diese nicht nach Massgabe einer einzigen Methode erfolgt. Der Versicherungsträger ist bei der Auswahl der anzuwendenden Invaliditätsmethode grundsätzlich frei bzw. hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Der Versicherungsträger ist nach der Festsetzung des erstmaligen Rentenanspruchs in Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode im Rahmen sämtlicher weiterer Ermittlungen des Invaliditätsgrades nicht an die Anwendung dieser Bemessungsmethode gebunden. Vielmehr erfolgt bei Vorliegen eines Revisionsgrundes eine Überprüfung der Rente frei und ungebunden an frühere Invaliditätsermittlungen.⁸²

(2) Ordentliche Betätigungsvergleichsmethode

Im Umfang, wie die versicherte Person (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) zukünftig nicht erwerbstätig gewesen ist, ist der Invaliditätsgrad nach Massgabe der ordentlichen Betätigungsvergleichsmethode bezogen auf den angestammten Aufgabenbereich zu ermitteln, indem anhand des medizinischen Belastungsprofils entschieden wird, in welchem prozentualen Ausmass die Betätigung im angestammten Aufgabenbereich noch möglich ist.

Zum Aufgabenbereich von Nichterwerbstätigen gehören die Tätigkeit im Haushalt und die Betreuung von Angehörigen.⁸³ Die unentgeltliche Mitarbeit im Betrieb des Ehepartners wird ebenfalls als Hausarbeit anerkannt.⁸⁴ Angerechnet wird dabei die Differenz der tatsächlich erbrachten Mitarbeit im Vergleich zur branchenüblichen Arbeitszeit.⁸⁵ Die Problematik der Mitarbeit im Betrieb eines Ehegatten besteht darin, dass im konkreten Einzelfall zu entscheiden ist, ob lediglich eine unentgeltliche Mitarbeit vorliegt oder aufgrund der gesamten Situation von einem faktischen Arbeitsvertragsverhältnis im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR auszugehen ist.

⁸² Vgl. BGE 141 V 9 E. 2.3 und Urteil des BGer 8C_618/2020 vom 3. Februar 2021 E. 5.2.1.

⁸³ Vgl. Art. 27 Abs. 1 IVV.

⁸⁴ Vgl. Rz. 3102 1/18 ff. KSIH.

⁸⁵ Ibid.

In diesem letzteren Fall käme nicht die Betätigungsvergleichsmethode bzw. die gemischte Methode (bei gleichzeitiger Ausübung einer Erwerbstätigkeit) für den im Familienunternehmen mitarbeitenden Ehegatten zur Anwendung. Der im Unternehmen mitarbeitende Ehegatte ist in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer obligatorisch unfallversichert und nicht darauf angewiesen, von seinem Unternehmerehegatten freiwillig unfallversichert worden zu sein. Wurde der im Unternehmen mitarbeitende Ehegatte freiwillig versichert, gelten die für Arbeitnehmer massgeblichen Grundsätze ebenfalls und wird der berufs- und ortsübliche Lohn als versicherter Verdienst herangezogen.⁸⁶

(3) Einkommensvergleichsmethode

Für den Unternehmerehegatten gilt ebenfalls nicht nur eine einzige Invaliditätsbemessungsmethode, sondern es muss im konkreten Einzelfall entschieden werden, ob die Einkommensvergleichsmethode (ordentliche Invaliditätsbemessungsmethode) mit ihren Unterarten (Schätzungs- und Prozentvergleichsmethode), die gemischte Methode (bei lediglich teilweiser selbständiger Erwerbstätigkeit) oder die gewichtete Betätigungsvergleichsmethode (ausserordentliche Invaliditätsbemessungsmethode) zur Anwendung gelangt. Die Frage nach der anwendbaren Methode der Invaliditätsbemessung (Einkommensvergleich mit den beiden Untervarianten Schätzungs- und Prozentvergleich sowie ausserordentliches Bemessungsverfahren, Betätigungsvergleich, gemischte Methode) ist eine Rechtsfrage und vom Bundesgericht frei überprüfbar.⁸⁷

Das Bundesgericht betont, dass grundsätzlich die Einkommensvergleichsmethode heranzuziehen sei. Die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen (Validen- und Invalideneinkommen) sind ziffernmässig möglichst genau zu ermitteln und einan-

⁸⁶ Vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV.

⁸⁷ Statt vieler Urteile des BGer 9C_508/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 2 und 8C_25/2010 vom 21. Mai 2010 E. 4.2.2.

der gegenüberzustellen, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt.⁸⁸ Insoweit die fraglichen Erwerbseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, sind sie nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände zu schätzen⁸⁹ und die so gewonnenen Annäherungswerte miteinander zu vergleichen. Wird eine Schätzung vorgenommen, so muss diese nicht unbedingt in einer ziffernmässigen Festlegung von Annäherungswerten bestehen. Vielmehr kann auch eine Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen genügen.⁹⁰

(4) Gewichtete Betätigungsvergleichsmethode

Bei Erwerbstätigen, bei denen Validen- und Invalideneinkommen weder ziffernmässig errechnet noch durch eine Schätzung oder einen Prozentvergleich festgelegt werden können, wird die Betätigungsvergleichsmethode als ausserordentliche Einkommensvergleichsmethode⁹¹ herangezogen. Massgebliche Referenzgrösse ist die funktionelle Leistungseinbusse in Bezug auf die Validentätigkeiten bzw. den -beruf. Die Betätigungsvergleichsmethode kommt primär bei Selbständigerwerbenden zur Anwendung, bei denen weder ein ziffernmässiger Vergleich noch ein Prozent- bzw. Schätzungsvergleich angestellt werden kann.⁹² Ebenso ist die Betätigungsvergleichsmethode anzuwenden, wenn die versicherte Person mit anderen Partnern

⁸⁸ Vgl. z. B. Urteil des BGer I 157/00 vom 8. November 2001 (selbständigerwerbender Elektriker, inklusive Montage), I 224/01 vom 22. Oktober 2001 (Landwirt) und I 283/01 vom 21. August 2001 (Selbständigerwerbender im Handel mit Pferdefleisch).

⁸⁹ Siehe z. B. BGE 104 V 135 E. 2b und Urteil des BGer I 353/04 vom 26. September 2005 und I 527/00 vom 30. Oktober 2001 sowie I 59/99 vom 18. Januar 2000 E. 1a und b.

⁹⁰ Siehe z. B. Urteil des BGer 9C_804/2016 vom 10. April 2017 E. 2.2 und I 696/01 vom 4. April 2002 E. 5 (selbständigerwerbender Garagist). Siehe ferner Urteil des BGer I 72/02 vom 18. Dezember 2002 (selbständigerwerbender Isolateur), I 412/01 vom 7. November 2002 (Geschäftsleiterin), I 354/00 vom 18. April 2002 (Inhaber Motorradgeschäft), I 414/01 vom 31. August 2001 (Inhaber Marketingfirma) sowie I 35/01 vom 30. Mai 2001 (Selbständigerwerbender im Bereich von Zivilschutzventilationen).

⁹¹ Vgl. BGE 128 V 29 E. 1, 104 V 135 E. 2c, 97 V 56 und EVGE 1962, 148 f. sowie AHI-Praxis 1998, 120 E. 1a.

⁹² Siehe etwa Urteil des BGer I 586/01 vom 14. Juni 2002 (freischaffender Kunstmaler und Kursleiter), I 493/01 vom 11. März 2002 (frei praktizierende Ärztin), I 697/99 vom 4. Februar 2002 (Inhaber eines Coiffeurgeschäfts), I 656/00 vom 25. September 2001 (Inhaber Metzgerei-Betrieb), I 347/99 vom 4. September 2001 (Malermeister), I 29/01 vom 21. Juni 2001 (Landwirt), I 506/00 vom 13. Juni 2001 (selbständiger Maurer und Gipsler), I

bzw. Angehörigen ein Unternehmen führt und die Einkünfte, welche die versicherte Person selber durch ihr eigenes Leistungsvermögen realisiert hat bzw. zumutbarerweise noch realisieren kann, nicht festgestellt werden können.⁹³

Der grundsätzliche Unterschied der ausserordentlichen Betätigungsvergleichsmethode bei Erwerbstätigen gegenüber der spezifischen Betätigungsvergleichsmethode bei Nichterwerbstätigen besteht darin, dass die Invalidität nicht dem Grad der funktionellen Leistungseinbusse (im erwerblichen Bereich) entspricht, sondern diese in Bezug auf ihre erwerblichen Auswirkungen gewürdigt wird.⁹⁴ Eine bestimmte Einschränkung im funktionellen Leistungsvermögen eines Erwerbstätigen kann zwar, braucht aber nicht notwendigerweise eine Erwerbseinbusse gleichen Umfangs zur Folge zu haben. Wollte man bei Erwerbstätigen ausschliesslich auf das Ergebnis des Betätigungsvergleichs abstellen, so wäre der gesetzliche Grundsatz verletzt, wonach bei dieser Kategorie von Versicherten die Invalidität nach Massgabe der Erwerbsunfähigkeit zu bestimmen ist.⁹⁵

Um beim ausserordentlichen Bemessungsverfahren die gesetzlich geforderte wirtschaftliche Gewichtung der verschiedenen, bei der selbständigen Erwerbstätigkeit anfallenden Betätigungen vornehmen zu können, ist deren wirtschaftlicher Wert im Verhältnis zueinander festzustellen und mit der Einschränkung im jeweiligen Tätigkeitsbereich in Beziehung zu setzen. Da der wirtschaftliche Wert der einzelnen Tätigkeiten eines Selbständigerwerbenden nicht aus den Betriebsergebnissen abgeleitet werden kann, sind hierfür statistische Werte heranzuziehen, die etwa beim Berufsverband der betreffenden Branche eingeholt werden können. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Geschäftsführung ein grösseres erwerbliches Gewicht zukommt als der branchenspezifischen Tätigkeit.⁹⁶

Auf die Durchführung des ausserordentlichen Bemessungsverfahrens infolge wesentlicher Änderung des Aufgabenbereichs ist zu verzichten, wenn der Betrieb des

195/00 vom 6. September 2000 (Betrieb für Massage, Fusspflege, Sauna und Solarium), I 55/00 vom 14. Juli 2000 (Velo-/Motorradmechaniker), I 224/99 vom 5. Mai 2000 (jenischer Händler, Messer- und Scherenschleifer), I 100/99 vom 2. März 2000 (Landwirt) und I 5/99 vom 18. Januar 2000 (Betreiber eines Restaurants).

⁹³ Vgl. Urteil des BGer 8C_503/2008 vom 21. November 2008 E. 3.2 und I 243/95 vom 17. Januar 1996 E. 2b.

⁹⁴ Vgl. BGE 128 V 29 E. 1.

⁹⁵ Statt vieler BGE 128 V 29 E. 1 und Urteil des BGer 8C_126/2015 vom 18. Juni 2015 E. 2.2.

⁹⁶ Vgl. BGE 128 V 29 E. 4.

selbständigerwerbenden Invaliden bereits stillgelegt ist.⁹⁷ In einem solchen Fall kommt die allgemeine Methode des Einkommensvergleichs zum Tragen, wobei das hypothetische Valideneinkommen in erster Linie anhand der im Individuellen Konto eingetragenen, vor Eintritt des Gesundheitsschadens erzielten Löhne zu bestimmen ist.⁹⁸

(5) Gemischte Methode

Die gemischte Methode kommt dann zur Anwendung, wenn die versicherte Person lediglich in Teilzeit einer (selbständigen) Erwerbstätigkeit nachgegangen ist/wäre.⁹⁹ Vor allem bei versicherten Personen weiblichen Geschlechts stellt sich in diesem Zusammenhang die diskriminierungsrelevante Frage, ob die gesundheitlich beeinträchtigte Frau ihre aktuelle (un)selbständige Erwerbstätigkeit inskünftig erhöht oder reduziert hätte, weil sie sich weniger bzw. mehr im angestammten Aufgabenbereich betätigt hätte.

Seit dem Di Trizio-Entscheid ist diese Frage geschlechtsneutral zu beantworten.¹⁰⁰ Ob dabei die im Nachgang zu diesem EGMR-Entscheid erlassenen Verordnungsbestimmungen von Art. 26 ff. IVV eine geschlechtsneutrale bzw. aus der Perspektive einer Unternehmerperson faire Umsetzung des verfassungsmässigen Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsverbotes darstellt, mag dahingestellt bleiben. Aus der unternehmerischen Sicht dürfte es insbesondere problematisch sein, dass bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit in Teilzeit das Arbeitspensum lediglich auf einen Beschäftigungsgrad von 100% (mithin 42 Arbeitsstunden pro Woche) hochgerechnet wird.¹⁰¹

In Teilzeit neben einer Hausarbeit tätige Unternehmerpersonen – egal ob männlichen oder weiblichen Geschlechts, letzteres wohl häufiger – dürften erfahrungsgemäss ein Arbeitspensum haben, das über 42 Arbeitsstunden pro Woche liegt. Ob

⁹⁷ Vgl. Urteil des BGer I 707/06 vom 9. Juli 2007 E. 3.2 und I 842/05 vom 1. Juni 2006 E. 5.2.2.

⁹⁸ Vgl. Urteil BGer 8C_975/2012 vom 1. Juli 2013 E. 3 und 8C_626/2011 vom 29. März 2012 E. 3 f.

⁹⁹ Siehe z. B. Urteil des BGer I 316/02 vom 22. August 2003 (selbständigerwerbender Landwirt).

¹⁰⁰ Siehe dazu Urteil des BGer 9C_33/2017 vom 18. September 2017 E. 4.1 f. (Anwendbarkeit der gemischten Methode bei einer Selbständigerwerbenden, die einen Coiffeursalon betreibt).

¹⁰¹ Vgl. Art. 27^{bis} Abs.3 lit. b IVV.

diesbezüglich eine nicht sachlich begründete Ungleichbehandlung zwischen versicherten Personen, welche unselbständig bzw. selbständig erwerbstätig sind, ist gerichtlicherseits klärungsbedürftig.

Übt der (ausnahmsweise freiwillig) unfallversicherte Versicherte neben der unselbständigen eine nicht nach dem Gesetz versicherte oder eine nicht entlöhnte Tätigkeit aus, so wird die Behinderung in diesen Tätigkeiten gemäss Art. 28 Abs 2 Satz 2 UVV nicht berücksichtigt.¹⁰² Aufgrund des Wortlautes «eine nicht nach dem Gesetz versicherte oder eine nicht entlöhnte Tätigkeit» schliesst diese Bestimmung nicht zum vornherein jede selbständige Erwerbstätigkeit aus.

Um eine nicht versicherte Tätigkeit im Sinne dieser Bestimmung handelt es sich dann, wenn ein Arbeitnehmer nebenbei eine selbständige Tätigkeit verrichtet, für welche er sich nicht freiwillig nach Art. 4 UVG versichert hat. Mit der in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 UVV getroffenen Regelung soll verhindert werden, dass die Unfallversicherer für Tätigkeiten Leistungen zu erbringen haben, für welche keine Prämien entrichtet wurden.¹⁰³

c) Valideneinkommen

(1) Effektives Erwerbseinkommen

Soweit die Einkommensvergleichsmethode anwendbar bzw. das (mutmasslich) teilweise Erwerbseinkommen im Rahmen der gemischten Methode zu berücksichtigen ist, ist im jeweiligen Einzelfall das Erwerbseinkommen festzustellen, das die versicherte Person mit ihrer selbständigen Tätigkeit erzielt hat und inskünftig (überwiegend wahrscheinlich) hätte erwirtschaften können. Nur ausnahmsweise ist nicht nicht auf das zuletzt erzielte Einkommen abzustellen.¹⁰⁴

Das trifft bei selbständig Erwerbenden dann zu, wenn aufgrund der Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass der Versicherte im Gesundheitsfall seine nicht einträgliche selbständige Tätigkeit aufgeben und eine

¹⁰² Vgl. RKUV 1999 Nr. U 329 S. 119.

¹⁰³ Vgl. Urteil des BGer U 232/06 vom 6. März 2007 E. 3.3.3.

¹⁰⁴ Siehe BGE 135 V 58 E. 3.4.6.

besser entlöhnte andere Tätigkeit angenommen hätte¹⁰⁵, oder dann, wenn die vor der Gesundheitsbeeinträchtigung ausgeübte selbständige Tätigkeit wegen ihrer kurzen Dauer keine genügende Grundlage für die Bestimmung des Valideneinkommens darstellt, zumal in den ersten Jahren nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit üblicherweise aus verschiedenen Gründen (hohe Abschreibungsquote auf Neuinvestitionen etc.) die Betriebsgewinne gering sind.¹⁰⁶

Wenn sich hingegen der Versicherte, auch als seine Arbeitsfähigkeit noch nicht beeinträchtigt war, über mehrere Jahre hinweg mit einem bescheidenen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit begnügt hat, ist dieses für die Festlegung des Valideneinkommens massgebend, selbst wenn besser entlöhnte Erwerbsmöglichkeiten bestanden hätten.¹⁰⁷ Ist die versicherte Person zunächst im Rahmen einer Einzelfirma erwerbstätig und überführt diese in eine GmbH, kann nicht von einem Start-Up ausgegangen werden.¹⁰⁸

(2) Massgeblichkeit des Individuellen Kontos

Angesichts der in Art. 25 Abs. 1 IVV vorgesehenen Gleichstellung der invalidenversicherungsrechtlich massgebenden hypothetischen Vergleichseinkommen mit den nach AHV-Recht beitragspflichtigen Erwerbseinkommen kann das Valideneinkommen aufgrund der Einträge im Individuellen Konto der AHV bestimmt werden. Dies gilt namentlich für Selbständigerwerbende.¹⁰⁹

Steht fest, dass das Valideneinkommen anhand des IK-Auszugs zu bestimmen ist, bleibt die Frage zu beantworten, welche Zeitspanne für die Berechnung eines Durchschnittseinkommens zu berücksichtigen ist.¹¹⁰ Massgebend ist nicht, was der Selbständigerwerbende im Zeitpunkt des Rentenbeginns ohne Unfall bestenfalls

¹⁰⁵ Vgl. z. B. Urteil des BGer I 696/01 vom 4. April 2002 = plädoyer 2002/3, S. 73 und AJP 2002, S. 1487 E. 4b/bb und I 608/02 vom 23. April 2003 E. 3.2.

¹⁰⁶ Vgl. z. B. Urteil des BGer I 761/02 vom 5. März 2003 E. 3.2.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 125 V 146 E. 5c/bb und Urteil des BGer I 428/04 vom 7. Juni 2006 E. 6.2, I 1/01 vom 31. Juli 2001 E. 4, I 335/04 vom 23. Dezember 2004 E. 3, I 232/02 vom 17. Dezember 2002 E. 2.3 und I 696/01 vom 4. April 2002 E. 4a.

¹⁰⁸ Vgl. Urteil des BGer 8C_748/2011 vom 11. Juni 2012 E. 5.3 (selbständiger Rolladen- und Storenmonteur).

¹⁰⁹ Vgl. Urteil des BGer 8C_172/2024 vom 14. August 2024 E. 4.4.1.

¹¹⁰ Vgl. Urteil des BGer 8C_98/2023 vom 10. August 2023 E. 5.2.7.

hätte erzielen können, sondern was er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verdient hätte.¹¹¹ In der Regel sind deshalb die letzten fünf Jahre vor dem Unfall in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen und an die Nominallohnindexentwicklung anzupassen.¹¹²

(3) Durchschnittseinkommen

Das Erwerbseinkommen eines Unternehmers unterliegt regelmässig (erheblichen) Schwankungen, weshalb auf einen Durchschnittswert der früheren Jahre abzustellen ist, um das massgebliche Valideneinkommen festzustellen und abschätzen zu können, ob und inwieweit sich dieses inskünftig verändert hätte. Bei Selbständigerwerbenden im Besonderen ist zu beachten, dass für das Betriebsergebnis häufig die Konjunkturlage, die Konkurrenzsituation, der kompensatorische Einsatz von Familienangehörigen, Unternehmensbeteiligten oder Angestellten von Bedeutung sind.

Solche (invaliditätsfremde) Faktoren müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen oder zumindest deren Beitrag an das Ergebnis quantifiziert werden können, um verlässliche Aussagen zur eigenen Leistungsfähigkeit vor und nach Eintritt des Gesundheitsschadens zuzuordnenden Einkommenserzielung zu erhalten.¹¹³ Diese Voraussetzungen sind etwa bei einem Taxiunternehmen bzw. bei einem Ein-Mann-Betrieb erfüllt. Die Gewinn- und Verlustrechnungen enthalten in solchen Fällen eine einzige Ertragsposition («Einnahmen»). Der Aufwand setzt sich hauptsächlich zusammen aus Fahrzeugunterhalt, Benzinkosten, Strassenverkehrssteuer, Konzessionsgebühr, (Taggeld- und Rechtsschutz-)Versicherung sowie Sozialversicherungsbeiträge.¹¹⁴

Auf das zuletzt erzielte Durchschnittseinkommen kann nicht abgestellt werden, wenn aufgrund der Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen

¹¹¹ Ibid. E. 5.2.3.

¹¹² Ibid. E. 5.2.7.

¹¹³ Vgl. Urteil des BGer 9C_217/2024 vom 30. Juli 2024 E. 4.2.1, 9C_221/2016 vom 21. Juni 2016 E. 3.2.2 und 9C_236/2009 vom 7. Oktober 2010 E. 3.3.

¹¹⁴ Vgl. Urteil des BGer 9C_221/2016 vom 21. Juni 2016 E. 3.2.2.

ist, dass die versicherte Person im Gesundheitsfall ihre nicht einträgliche selbständige Tätigkeit aufgeben und eine besser entlohnte andere Tätigkeit angenommen hätte bzw. hätte aufnehmen müssen¹¹⁵.

Gleiches ist anzunehmen für den Fall, dass die vor der Gesundheitsbeeinträchtigung ausgeübte selbständige Tätigkeit wegen ihrer kurzen Dauer keine genügende Grundlage für die Bestimmung des Valideneinkommens darstellt, zumal in den ersten Jahren nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit üblicherweise aus verschiedenen Gründen (hohe Abschreibungsquote auf Neuinvestitionen etc.) die Betriebsgewinne gering sind.¹¹⁶

(4) Ausnahmsweise Anrechnung des nicht ausgeschütteten Gewinns

Bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades bei Selbständigerwerbenden ist zu überprüfen, ob das Erwerbseinkommen gemäss dem IK-Auszug dem tatsächlichen Erwerbspotenzial der versicherten Person entspricht. Gegebenenfalls sind nicht ausgeschüttete Gewinne anzurechnen.

Eine derartige Anrechnung hat bei Selbständigerwerbenden zu erfolgen, die ihre Einzelfirma in eine AG, meist in eine Familien-AG unter Beteiligung der Ehepartner, Kinder oder anderer naher Verwandter, überführt haben. Zu berücksichtigen ist in diesen Fällen nicht allein der oft relativ bescheidene Lohn, den die betreffende Gesellschaft ihrem Angestellten ausrichtet, sondern vielmehr sind der versicherten Person auch die erwirtschafteten, aber nicht ausgeschütteten Gewinne der Gesellschaft anzurechnen.¹¹⁷

Dasselbe gilt für Inhaber eines Einzelunternehmens und formell Angestellten einer Gesellschaft, denen faktisch die Stellung von Allein- oder Teilhabern (beispielsweise einer Aktiengesellschaft) zukommt, weil sie massgebenden Einfluss auf den

¹¹⁵ Dazu infra Ziff. VI/B/1/c.

¹¹⁶ Vgl. BGE 135 V 58 E. 3.4.6 sowie Urteil des BGer 9C_311/2022 vom 18. April 2023 E. 3.2, 9C_651/2019 vom 18. Februar 2020 E. 6.2, 9C_771/2017 vom 29. Mai 2018 E. 3.6.1 und 9C_413/2017 vom 19. September 2017 E. 3.2.2.

¹¹⁷ Vgl. Urteil des BGer 8C_228/2021 vom 6. Oktober 2021 E. 3.1, 8C_450/2020 vom 15. September 2020 E. 3.1, 8C_928/2015 vom 19. April 2016 E. 2.3.4, 9C_453/2014 vom 17. Februar 2015 E. 4.2 und I 185/02 vom 29. Januar 2003 E. 3.1.

Geschäftsgang haben.¹¹⁸ Diese Voraussetzung trifft für den einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafter und Geschäftsführer in jedem Fall zu.¹¹⁹

Allerdings kann der von einer Aktiengesellschaft erwirtschaftete Gewinn nicht einfach dem Erwerbseinkommen des im Betrieb arbeitenden Alleinaktionärs oder des an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten (unter Aufrechnung des bezogenen Eigenlohnes) gleichgesetzt werden. Dadurch würde diesem nämlich auch jener Teil des Geschäftsgewinns zugerechnet, welcher nach den zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften als Reservekapital in der Gesellschaft verbleiben muss und gar nicht als Dividende ausgeschüttet werden darf.¹²⁰

(5) Sonderfälle gemäss Art. 28 UVV

Art. 28 UVV statuiert Sonderfälle der Bestimmung des Invaliditätsgrades. Von besonderer Bedeutung ist Art. 28 Abs. 2 UVV. Nach Satz 1 ist der Invaliditätsgrad bei versicherten Personen, die gleichzeitig mehr als eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, entsprechend der Behinderung in sämtlichen Tätigkeiten zu bestimmen. Sodann ist gemäss Satz 2 die Behinderung in Bezug auf eine nicht versicherte oder eine nicht entlohnte Tätigkeit nicht zu berücksichtigen.

Hat die versicherte Person vor dem Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung mehrere versicherte unselbständige Erwerbstätigkeiten oder eine unselbständige und eine selbständige Tätigkeit ausgeführt, eine derselben aber unfallbedingt aufgegeben und stattdessen eine selbständige Tätigkeit aufgenommen, besteht Unklarheit hinsichtlich des Valideneinkommens. Gemäss bundesgerichtlicher Auffassung ist das von der versicherten Person bis zum Unfall im eigenen Betrieb als Nebenverdienst erzielte Einkommen beim Valideneinkommen nicht zu berücksichtigen, wenn die selbständige Tätigkeit nicht freiwillig versichert war.¹²¹

¹¹⁸ Statt vieler Urteil des BGer 8C_12/2021 vom 22. Dezember 2021 E. 4.3.

¹¹⁹ Vgl. Urteil des BGer 8C_12/2021 vom 22. Dezember 2021 E. 4.4.1.

¹²⁰ Vgl. Urteil des BGer 8C_328/2020 vom 3. September 2020 E. 4.4, 9C_144/2009 vom 16. Dezember 2009. E. 3, 9C_111/2009 vom 21. Juli 2009 E. 2.1.2 und I 5/99 vom 18. Januar 2000 E. 3b/bb.

¹²¹ Vgl. Urteil des BGer 8C_121/2017 vom 5. Juli 2018 E. 5.2. Siehe dazu die Kritik von HERRMANN, Invaliditätsbemessung, 145 ff.

d) Invalideneinkommen

Die Festlegung der Höhe des Invalideneinkommens hängt entscheidend davon ab, ob aufgrund des medizinischen Belastungsprofils die Weiterführung der bisherigen unternehmerischen Tätigkeit realistisch ist oder nicht bzw. die versicherte Person nicht mehr oder anderweitig erwerbstätig ist. Kann die unternehmerische Tätigkeit weitergeführt werden, ist das mutmassliche Erwerbseinkommen als Selbständigerwerbender heranzuziehen, sofern sich dieses verlässlich bestimmen lässt.

Kann die selbständige Tätigkeit nicht oder nur eingeschränkt weitergeführt werden, ist als Invalideneinkommen das mutmasslich mit einer unselbständigen Haupt- oder Nebenerwerbstätigkeit erzielbare Erwerbseinkommen massgeblich. Das vor Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung als Selbständigerwerbender geleistete Arbeitspensum von 60 Stunden in der Woche bildet nicht ohne weiteres den zeitlichen Rahmen der nach einer allfälligen Aufgabe des Betriebes ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit.¹²²

Für die Bestimmung des trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbaren Erwerbseinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht.¹²³ Die Teilerwerbsfähigkeit von Selbständigerwerbenden ist in der Regel höher zu bewerten als die medizinische Schätzung der Arbeitsfähigkeit, weil die für den Betriebsertrag wesentlichen leitenden Funktionen von körperlichen Behinderungen im Allgemeinen kaum beeinträchtigt werden.¹²⁴

Grundsätzlich gilt das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen – unter Anrechnung des erwirtschafteten, aber nicht ausgeschütteten Gewinns bei selbständiger Erwerbstätigkeit¹²⁵ – als Invalideneinkommen.¹²⁶ Voraussetzung ist, dass besonders

¹²² Vgl. Urteil BGer 9C_420/2018 und 9C_421/2018 vom 5. Oktober 2018 E. 5.2.2.

¹²³ Siehe z. B. Urteil des BGer 8C_201/2023 vom 18. März 2024 E. 3 (Invalideneinkommen eines Treuhänders).

¹²⁴ Vgl. Urteil des BGer I 501/01 vom 20. Juni 2002 E. 3b und ZAK 1971, S. 338.

¹²⁵ Siehe dazu Urteil des BGer 8C_121/2017 vom 5. Juli 2018 E. 7.7 f.

¹²⁶ Vgl. z. B. BGE 143 V 295 E. 2.2.

stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind, die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft wird sowie das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als «Soziallohn» erscheint.

Ist es im konkreten Einzelfall nicht möglich, das massgebliche selbständige Erwerbseinkommen festzustellen oder anhand der verfügbaren Unterlagen und Informationen zu schätzen, muss der monetäre Wert der unternehmerischen Tätigkeit realitätsnah festgestellt werden. Bei Unselbständigerwerbstätigen sind die einschlägigen Medianlöhne mithin des (geschlechtsneutralen) Medianlohns der massgeblichen Verweisungstätigkeiten, für die monetäre Bewertung heranzuziehen.¹²⁷

Da mit diesen statistischen Erfahrungswerten lediglich das Lohneinkommen und nicht auch das Erwerbseinkommen bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit abgebildet werden, kann die monetäre Bewertung des Unternehmereinkommens nur ausnahmsweise darauf abgestellt werden.¹²⁸ Das Bundesgericht verlangt eine möglichst einzelfallbezogene monetäre Bewertung. Soweit verfügbar ist auf branchenspezifische Vergleichswerte der Verbände abzustellen.

Weisen die von der versicherten Person erbrachten unternehmerischen Tätigkeiten ein unterschiedliches Anforderungsprofil auf, ist dieses gebührend zu berücksichtigen. Für die jeweiligen unternehmerischen Tätigkeiten sind die je massgeblichen Vergleichswerte heranzuziehen. Rechtsprechungsgemäss ist der Invaliditätsgrad nach Massgabe der folgenden Formel festzulegen:¹²⁹

$$(T1 * B1 * s1 + T2 * B2 * s2) : (T1 * s1 + T2 * s2)$$

Dabei entspricht T dem Anteil der entsprechenden Tätigkeit an der Gesamttätigkeit ($T1 + T2 = 100\%$), B der Arbeitsunfähigkeit im jeweiligen Bereich des Geschäftes in Prozenten und s dem Stundenlohnansatz für den betreffenden Bereich. Zu ergänzen ist, dass in die zitierte Formel statt des Stundenlohnansatzes s auch Bruttomonats- bzw. Bruttojahreslöhne eingesetzt werden können, ohne dass sich am Ergebnis etwas ändert.

¹²⁷ Vgl. Art. 25 Abs. 3 und Art. 26^{bis} Abs. 2 f. IVV.

¹²⁸ Siehe dazu z. B. Urteil des BGer 9C_361/2016 vom 22. August 2016 E. 5.2.2 und I 395/04 vom 26. Januar 2006 E. 5.2.2.

¹²⁹ Vgl. BGE 128 V 29 E. 4c.

Fehlen branchenspezifische Erfahrungswerte bzw. Empfehlungen, sind, soweit verfügbar, die Medianlöhne einer vergleichbaren unselbständigen Erwerbstätigkeit heranzuziehen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die unternehmerische Tätigkeit im Einzelfall eine höhere Wertschöpfung als eine vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit beinhaltet. Dies trifft beispielsweise für den Inhaber und Geschäftsführer eines Unternehmens, das Pflästerungen ausführt, zu. Dessen unternehmerische Tätigkeit kann nicht nur mit dem Medianlohn eines Poliers monetär bewertet werden. Es ist in jedem Fall auf das Anforderungsniveau 1 (Verrichtung höchst anspruchsvoller und schwierigster Arbeiten) abzustellen.¹³⁰

e) Verwertungsschwierigkeiten

Es ist grundsätzlich anerkannt, dass die Verwertung des medizinischen Belastungsprofils auf dem konkreten Arbeitsmarkt für versicherte Personen, insbesondere wenn sie (nur noch) eine unselbständige Verweisungstätigkeit ausüben können, wegen der bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen in Kombination mit arbeitsmarktlichen Gegebenheiten erschwert ist.

Nach der bisherigen Praxis konnte im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände diesbezüglich ein leidensbedingter Abzug vom Invalideneinkommen bis maximal 25% vorgenommen werden. Im Rahmen der Verordnungsrevision, welche am 01.01.2022 in Kraft getreten ist, wurde der leidensbedingte Abzug – im Geltungsbereich der IV – auf maximal 10% bzw. 20% bei einer Teilerwerbstätigkeit bis 50% begrenzt¹³¹. Das Bundesgericht hat unlängst bestätigt, dass diese ohnehin für die Unfallversicherung nicht geltende Regelung bundesrechtswidrig ist.¹³²

Im Kontext mit selbständig Erwerbstätigen ist ein leidensbedingter Abzug nur dann angezeigt, wenn im Zusammenhang mit der Invaliditätsbemessung davon ausgegangen wird, dass die versicherte Person ihre bisherige unternehmerische Tätigkeit aufzugeben und das noch vorhandene funktionelle Leistungsvermögen im Rahmen einer unselbständig ausgeführten Verweisungstätigkeit zu verwerten hat. Es sind

¹³⁰ Vgl. Urteil des BGer 8C_126/2015 vom 18. Juni 2015 E. 4.2.3.2.

¹³¹ Vgl. Art. 26^{bis} IVV.

¹³² Vgl. Urteil des BGer 8C_823/2023 vom 8. Juli 2024 E. 10.6.

dabei dieselben leidensbedingten Abzüge wie bei Unselbständigerwerbstätigen vorzunehmen.

Nach der Auffassung des Verfassers dürfte ein höherer leidensbedingter Abzug dann zu gewähren sein, wenn die versicherte Person während eines längeren Zeitraums selbständig erwerbstätig gewesen ist und sich – mitunter in einer fremden Branche – als Arbeitnehmer bewerben muss und/oder nur noch eine geringe Erwerbsdauer bis zur Pensionierung aufweist. Ob die fehlende Berufserfahrung in der Verweisungsbranche durch die Erfahrungen, welche im Zusammenhang mit dem Unternehmerdasein gemacht worden sind, wettgemacht wird, ist im konkreten Einzelfall zu entscheiden.

Das Bundesgericht lässt bei versicherten Personen, welche das 60. Altersjahr überschritten haben bzw. sich kurz vor der Pensionierung befinden, ausnahmsweise eine Unverwertbarkeit der theoretisch noch vorhandenen funktionellen Leistungsfähigkeit (im angestammten Unternehmen bzw. mit Bezug auf die Verweisungstätigkeiten) zu. Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die zumutbare Tätigkeit in nur so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher zum vornherein als ausgeschlossen erscheint.¹³³

D. Spezifische Versicherungsleistungen

Die Selbständigerwerbenden sind wie Unselbständigerwerbende und Nichterwerbstätige obligatorisch in der Invalidenversicherung versichert¹³⁴ und können deshalb dieselben Versicherungsleistungen, insbesondere Eingliederungsmassnahmen, beanspruchen. Die Eingliederungsproblematik bei Selbständigerwerbenden weist jedoch mehrere Besonderheiten auf. Der Eingliederungsanspruch wird nicht nur

¹³³ Vgl. z.B. Urteil des BGer 8C_771/2023 und 8C_826/2023 vom 28. August 2024 E. 8.2.

¹³⁴ Bloss eine freiwillige Versicherung wird demgegenüber in der Unfallversicherung (Art. 4 f. UVG) und der beruflichen Vorsorge (Art. 4 und 44 f. BVG) vorgesehen.

durch die Invalidenversicherung, sondern auch die Militär-¹³⁵ und Arbeitslosenversicherung¹³⁶ gefördert.

Die gesetzlichen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung gelten entweder für Nichterwerbstätige (Entschädigung für Betreuungskosten) oder sind primär auf junge Versicherte (medizinische Eingliederungsmassnahmen)¹³⁷ und Unselbständigerwerbende zugeschnitten. Entsprechend selten sind Eingliederungsstreitigkeiten;¹³⁸ häufiger trifft man in der Rechtsprechung auf Rentenstreitigkeiten, insbesondere Fälle, bei denen die Schadenminderung umstritten ist.¹³⁹ Dies mag auch damit zusammenhängen, dass Selbständigerwerbende ihre freiwillig gewählte Erwerbsform tendenziell nur ungern aufgeben.

Folgende Massnahmen sind bezüglich der Eingliederung von Selbständigerwerbenden von besonderer Bedeutung:¹⁴⁰

- Umschulung (Art. 17 IVG)
- Arbeitsvermittlung (Art. 18 IVG)
- Kapitalhilfen (Art. 18b IVG)
- Hilfsmittel (Art. 21 IVG)
- Selbstatmortisierende Darlehen (Art. 21^{bis} Abs. 2^{bis} IVG)
- Dienstleistungen Dritter (Art. 21^{bis} Abs. 2 IVG)

Die übrigen Eingliederungsmassnahmen gelangen zur Anwendung, wenn ein noch nicht erwerbstätiger Versicherter sich auf eine selbständigerwerbende Tätigkeit, z. B. die Rechtsanwaltsprüfung,¹⁴¹ oder ein Selbständigerwerbender seine bisherige

¹³⁵ Die Militärversicherung kennt spezifische und weitergehende Leistungen für Selbständigerwerbende (siehe Art. 32 und 38 MVG sowie Art. 16 und 20 MVV).

¹³⁶ Vgl. Art. 71a AVIG. Siehe ferner Art. 24 Abs. 1 AVIG und Art. 3a AVIG.

¹³⁷ Vor der per 01.01.2008 erfolgten Revision von Art. 12 ff. IVG konnten Selbständigerwerbende ebenfalls medizinische Eingliederungsmassnahmen beanspruchen (siehe z. B. Urteil des BGer I 29/02 vom 24. Juli 2003).

¹³⁸ Siehe z. B. Urteil des BGer 9C_77/2007 vom 22. August 2007 (Umschulung einer Pächterin eines Restaurants).

¹³⁹ Dazu bereits supra Ziffer II.

¹⁴⁰ Weiterführend LANDOLT/NYDEGGER, 37 ff.

¹⁴¹ Vgl. Urteil des BGer 9C_493/2009 vom 18. September 2009 E. 6 und ZAK 1977, 325.

Tätigkeit aufgibt und sich auf eine Tätigkeit als Unselbständigerwerbender vorbereitet und Ausbildungsmassnahmen und Berufsberatung, z. B. im Rahmen der Frühintervention,¹⁴² benötigt.

Für diese verschiedenen Massnahmen und Leistungen bestehen je spezifische Anspruchsvoraussetzungen. Grundsätzlich sollen die Eingliederungsmassnahmen die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herstellen, erhalten oder verbessern.¹⁴³ Ob ein solcher erwerblicher Eingliederungserfolg besteht, beurteilt sich unabhängig davon, ob vor Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde. Zudem ist für die Beurteilung des erwerblichen Eingliederungserfolgs die gesamte noch zu erwartende Dauer des Erwerbslebens zu berücksichtigen.¹⁴⁴

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht grundsätzlich kein subsidiärer Anspruch auf geeignete Eingliederungsmassnahmen. Ausnahmsweise ergibt sich ein Anspruch auf geeignete Eingliederungsmassnahmen gestützt auf die Grundrechte der versicherten Person. Unter grundrechtlichem Aspekt besteht aber auch kein Anspruch auf eine bestmögliche Eingliederung; es ist im Einzelfall abzuwägen zwischen den grundrechtlich geschützten Positionen des Versicherten und dem Anliegen der Einfachheit und Zweckmässigkeit.¹⁴⁵

Ein selbständigerwerbender blinder Rechtsanwalt kann weder gestützt auf den Grundsatz «Eingliederung vor Rente» noch die verfassungsmässig geschützte Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit¹⁴⁶ gegenüber der Invalidenversicherung einen Anspruch auf Abgabe von Gesetzestexten in Brailleschrift erheben. Die Textausgaben in Blindenschrift erleichtern zwar die Arbeit, indem es dem Betroffenen möglich ist, allein ohne weitere Hilfen durch Abtasten der Punktschriftzeichen Gesetze zu lesen. Dies entspricht zwar der Zielsetzung des IVG, genügt nach der bun-

¹⁴² Vgl. Art. 7d Abs. 2 IVG.

¹⁴³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1^{bis} IVG.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 134 I 105 E. 6.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 2 BV.

desgerichtlichen Meinung aber nicht, um einen Anspruch gegenüber der Invalidenversicherung auf Abgabe von in Brailleschrift übertragenen Gesetzestexten abzu-leiten.¹⁴⁷

VI. Mitwirkungs- und Schadenminderungspflicht

A. Mitwirkungspflicht

Die versicherte Person ist mitwirkungspflichtig und hat zur Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhaltes im zumutbaren Rahmen beizutragen. Der selbständigerwerbende Versicherte hat dem Versicherer das leistungsbegründende Ereignis, das eine ärztliche Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, unverzüglich zu melden. Im Todesfall sind die anspruchsberechtigten Hinterlassenen zur Meldung verpflichtet.¹⁴⁸

Der Versicherte hat die Geschäftsbuchhaltung¹⁴⁹ und nötigenfalls einen Businessplan vorzulegen, den die Verwaltung durch eine geeignete Fachperson zu begutachten hat. Das Budget muss auf realistischen Annahmen beruhen; unrealistisch ist die Annahme einer Umsatzsteigerung von 100% bzw. Ertragssteigerung von 300% bei einem Serviceunternehmen innerhalb von vier Jahren.¹⁵⁰

B. Schadenminderungspflicht

1. Unternehmer

a) *Allgemeines*

Die versicherte Person ist schadenminderungspflichtig. Die Schadenminderungspflicht beinhaltet zunächst die Verpflichtung, den Eintritt des Versicherungsfalles

¹⁴⁷ Vgl. Urteil des BGer 9C_493/2009 vom 18. September 2009 E. 5.2.1.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 3 UVG.

¹⁴⁹ Vgl. Urteil des BGer 9C_345/2007 vom 26. März 2008 E. 5.2.

¹⁵⁰ Siehe Urteil des BGer I 154/00 vom 18. Dezember 2001 E. 2.

(gesundheitliche Beeinträchtigung) tunlichst zu verhindern.¹⁵¹ Die Selbsteingliederungspflicht verlangt z. B., die rentenausschliessende Leistungsfähigkeit in der früheren Beschäftigung im Restaurant der Ehefrau umzusetzen.¹⁵²

Die Schadenminderungspflicht verlangt sodann von der versicherten Person, nach Eintritt des Versicherungsfalles alle geeigneten und zumutbaren Massnahmen von sich aus oder auf Weisung des Sozialversicherungsträgers zu ergreifen, um die negativen Auswirkungen der vorliegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu verhindern oder zu minimieren.¹⁵³

b) Betriebliche Anpassungen

Selbständigerwerbende haben Arbeitsorganisation und -aufteilung so umzudisponieren, dass die nachteiligen Auswirkungen des Gesundheitsschadens beseitigt oder auf ein Mindestmass herabgesetzt werden.¹⁵⁴ Bei einem selbständigerwerbenden Bäcker fällt als betriebsorganisatorische Massnahme in erster Linie der Einsatz von Halbfertigprodukten (Teiglingen) in Betracht, nicht zuletzt deshalb, weil die für die Betriebsumstellung erforderliche Kühlanlage als Kapitalhilfe in Form eines selbst-amortisierenden Darlehens von der Invalidenversicherung finanziert werden kann.¹⁵⁵

Vom Betriebsinhaber kann ferner verlangt werden, dass er Geschäftsführung, Administration und Personalführung vollständig übernimmt.¹⁵⁶ Zumutbar ist ferner die Anstellung von neuen Arbeitskräften, welche die weggefallene Arbeitskraft des Geschädigten kompensieren.¹⁵⁷ Zumutbar sind ebenfalls Entlastungsmassnahmen wie

¹⁵¹ Vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG.

¹⁵² Vgl. Urteil des BGer 9C_101/2011 vom 21. Juli 2011 E. 7.2.

¹⁵³ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und ferner Art. 38a VVG.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 98 II 34 E. 3 und Urteil des BGer I 152/02 vom 15. Januar 2003 E. 3.4.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil des BGer I 233/06 vom 27. Februar 2007 E. 6.

¹⁵⁶ Vgl. Urteil des BGer I 116/02 vom 30. Dezember 2002 E. 3.2 und AmtsGer LU vom 27.12.1996 i.S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b (Erledigung von Büroarbeiten, Einweisung, Beaufsichtigung und Betreuung des Personals als zumutbare Arbeiten).

¹⁵⁷ Vgl. ZAK 1971, S. 340 E. 2 und Urteil des BGer vom 30. Mai 1989 i.S. H. (Bäcker/Konditor, der sein Geschäft zusammen mit der Ehefrau und einem Sohn betreibt), vom 28. April 1988 i.S. Sch. (Damenschneiderin, die einen Hundesalon betreibt), vom 18. Februar 1988 i.S. P und vom 25. Juni 1985 i.S. H.

z.B. Ruhe- und Liegepausen oder kalte Duschen etc.¹⁵⁸ Von einem «Freierwerbenden» kann nicht verlangt werden, «Rückstände durch vermehrten Einsatz, insbesondere durch Überstunden» aufzuholen.¹⁵⁹

c) **Betriebsaufgabe**

Liegt der nach Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung realisierte Verdienst unterhalb des – nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen – durch eine zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielbare Einkommen, ist zu fragen, inwiefern der versicherten Person im Rahmen der Pflicht zur Selbsteingliederung¹⁶⁰ und im Lichte der Grundrechte die Aufgabe der aktuellen und die Ausübung einer anderen erwerblichen Beschäftigung zuzumuten ist.¹⁶¹

Stellt die zum Hauptberuf gewordene Beschäftigung der versicherten Person als Gesellschafter und mitarbeitender Geschäftsführer einer GmbH eine ideale Tätigkeit dar, kann von ihr nicht verlangt werden, die Restarbeitsfähigkeit im Rahmen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszuschöpfen.¹⁶² Keine Verletzung der Schadenminderungspflicht liegt vor, wenn die Aufnahme einer selbständigerwerbenden Tätigkeit als Bäuerin zwar nicht optimal ist, die Geschädigte sich aber um den Haushalt und die Kinder kümmert.¹⁶³ Die Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit ist demgegenüber einem Landwirt zumutbar, der seine bisherige Nebenerwerbstätigkeit als Waldarbeiter nicht mehr ausführen kann.¹⁶⁴

Bei den Anforderungen, welche unter dem Titel der Schadenminderung an den Versicherten gestellt werden, darf sich die Verwaltung nicht einseitig vom öffentlichen Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis leiten lassen, sondern sie hat auch die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten

¹⁵⁸ Vgl. Urteil des BGer 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004 = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, S. 494 = HAVE 2004, S. 306 E. 1.3.

¹⁵⁹ BGE 97 II 216 E. 2.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 113 V 28 E. 4a.

¹⁶¹ Statt vieler BGE 113 V 31 E. 4d.

¹⁶² Vgl. Urteil des BGer 8C_121/2017 vom 5. Juli 2018 E. 7.6.

¹⁶³ Vgl. Urteil des BGer 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 6.

¹⁶⁴ Vgl. Urteil des BGer U 54/05 vom 19. Juli 2005 E. 2.2.

des Leistungsansprechers in seiner Lebensgestaltung angemessen zu berücksichtigen.¹⁶⁵ Welchem Interesse der Vorrang zukommt, kann nicht generell entschieden werden. Als Richtschnur gilt, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht zulässigerweise dort strenger sind, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht. Dies trifft insbesondere zu, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehren Rentenleistungen auslösen würde.¹⁶⁶

Für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der zumutbaren Tätigkeit im Allgemeinen, wie bei der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit im Besonderen, sind die gesamten subjektiven und objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Erzielt die versicherte Person – gegebenenfalls mit im Betrieb mitarbeitenden Angehörigen – kein existenzsicherndes Einkommen, ist eine Betriebsaufgabe in jedem Fall zumutbar.¹⁶⁷

Im Vordergrund stehen bei den subjektiven Umständen die verbliebene Leistungsfähigkeit sowie die weiteren persönlichen Verhältnisse, wie Alter, berufliche Stellung, Verwurzelung am Wohnort etc. Die Gefahr einer psychischen Erkrankung oder auch die konkrete Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Leistungsbereitschaft und damit der -fähigkeit sind Faktoren, welche bei der Frage der Zumutbarkeit eines beruflichen Wechsels unter dem Aspekt der persönlichen Lebensumstände zu berücksichtigen sind.¹⁶⁸

Bei den objektiven Umständen sind insbesondere der ausgeglichene Arbeitsmarkt und die noch zu erwartende Aktivitätsdauer massgeblich.¹⁶⁹ Eine bloss subjektiv ablehnende Bewertung der in Frage stehenden Erwerbstätigkeit durch den Geschädigten ist unerheblich.¹⁷⁰ Unmassgeblich ist insbesondere, ob sich der Versicherte mit dem Betrieb verbunden fühlt und welche Auswirkungen die Betriebsaufgabe für Dritte hat.¹⁷¹ Das verständlicherweise grosse Interesse eines Versicherten an der

¹⁶⁵ Vgl. z. B. Urteil des BGer 8C_459/2009 vom 23. Juli 2009 E. 4.3 (Zumutbarkeit der Aufgabe der selbständigen Tätigkeit als Reflexzonentherapeutin).

¹⁶⁶ Vgl. Urteil des BGer I 708/03 vom 3. Januar 2005 E. 4.3.1.

¹⁶⁷ Siehe z. B. Urteil des BGer 8C_492/2015 vom 17. November 2015 E. 3.2.1 (Lebensmittelhändler).

¹⁶⁸ Vgl. Urteil des BGer I 640/05 vom 18. Mai 2006 E. 3.2 und I 116/03 vom 10. November 2003 E. 3.3.

¹⁶⁹ Vgl. z. B. Urteil des BGer 8C_482/2010 vom 27. September 2010 E. 4.2.

¹⁷⁰ Vgl. BGE 109 V 25 E. 3c und Urteil des BGer I 241/05 vom 5. Dezember 2005 E. 2.3.

¹⁷¹ Vgl. Urteil des BGer I 643/03 vom 17. August 2004 E. 3.3.2.

Hofübergabe an den Sohn und am Erhalt des Hofes innerhalb der Familie ist ebenfalls unerheblich.¹⁷²

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels, auch von der selbständigen in eine unselbständige Tätigkeit, ist die sozialversicherungsrechtliche Gerichtspraxis streng.¹⁷³ Eine Betriebsaufgabe ist nur unter strengen Voraussetzungen unzumutbar, und es kann ein Betrieb selbst dann nicht auf Kosten der Invalidenversicherung aufrecht erhalten werden, wenn die versicherte Person darin Arbeit von einer gewissen erwerblichen Bedeutung leistet.¹⁷⁴

Eine 100%ige Arbeitsfähigkeit für leichte, adaptierte Tätigkeiten, eine berufliche Ausbildung und der Umstand, dass keine Mitarbeiter betroffen sind, legen einen Berufswechsel nahe.¹⁷⁵ Ein jungendliches Alter des Geschädigten bzw. die zu erwartende lange Aktivitätsdauer sowie die Umstände, dass der Geschädigte in einer angepassten unselbständigen Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig ist und das Unternehmen kein existenzsicherndes Einkommen bietet, sprechen ebenfalls für die Zumutbarkeit eines Berufswechsels.¹⁷⁶

Ein fortgeschrittenes Alter spricht nicht a priori gegen eine Betriebsaufgabe bzw. einen Berufswechsel.¹⁷⁷ So ist insbesondere einem 61-jährigen Möbelschreiner die Aufgabe seiner Einzelfirma (Massivholzmöbelschreinerei) zumutbar; die noch vorhandene 50-%ige Arbeitsfähigkeit ist zudem voll verwertbar.¹⁷⁸ Ebenso ist einer 60-jährigen Versicherten, die als Liegenschaftenverwalterin tätig war, eine Aufgabe der selbständigerwerbenden Tätigkeit zumutbar.¹⁷⁹

¹⁷² Vgl. Urteil des BGER I 224/01 vom 22. Oktober 2001 E. 3b/bb.

¹⁷³ Siehe Urteil des BGER I 640/05 vom 18. Mai 2006 E. 3.1 und I 761/04 vom 14. Juni 2005 E. 2.3.

¹⁷⁴ Siehe Urteil des BGER 9C_888/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.3.1 und 9C_621/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.2.1.

¹⁷⁵ Vgl. z. B. Urteil des BGER 9C_129/2020 vom 9. Juli 2020 E. 4.2 (Immobilientreuhänder).

¹⁷⁶ Vgl. Urteil des BGER I 477/04 vom 14. März 2005 E. 3.2, I 116/03 vom 10. November 2003 E. 4 und I 249/00 vom 5. Juli 2001 E. 2c (Näherin).

¹⁷⁷ Siehe dazu Art. 28 Abs. 4 UVV.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil des BGER 8C_482/2010 vom 27. September 2010 E. 4.5.

¹⁷⁹ Vgl. Urteil des BGER I 15/05 vom 18. Juli 2005 E. 6.4.

Wenn die versicherte Person vor Eintritt des Gesundheitsschadens eine selbständigerwerbende Tätigkeit ausgeführt, diese aber zugunsten einer unselbständigerwerbenden Tätigkeit aufgegeben hat, ist zu prüfen, ob die Betriebsaufgabe invaliditätsbedingt erfolgte.¹⁸⁰ Trifft dies nicht zu, ist zu entscheiden, ob dem Versicherten die Übernahme eines Betriebs – vielleicht mit weniger starker Belastung – möglich ist.¹⁸¹ Je nachdem ist das hypothetische Invalideneinkommen als Selbständigerwerbender oder das tatsächliche als Unselbständigerwerbender erzielte Invalideneinkommen heranzuziehen, wobei jedoch allfällige berufliche Massnahmen vorgängig einer allfälligen Rentenzusprechung zu prüfen sind.¹⁸²

Ist die Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht zumutbar, gibt der Versicherte diese aber gleichwohl auf, ist bei der Rentenrevision ein Statuswechsel vorzunehmen und auf die Arbeitsfähigkeit abzustellen, die der Versicherte in einer optimal adaptierten unselbständigerwerbenden Verweisungstätigkeit aufweist.¹⁸³ Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Versicherte den Betrieb ohne Eintritt des Gesundheitsschaden beibehalten hätte, was bei der Aufgabe eines Imbiss-Standes der Fall ist, ist das Valideneinkommen ebenfalls anhand der LSE-Tabellenlöhne zu bestimmen.¹⁸⁴

d) Sonderfall: Gescheiterte Umorientierung

Bei versicherten Personen, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens unselbständigerwerbend tätig gewesen sind, infolge Arbeitslosigkeit eine selbständigerwerbende Tätigkeit aufnehmen, ist zu prüfen, ob ihnen die Beibehaltung der bisherigen unselbständigerwerbenden Tätigkeit zumutbar ist. Handelt es sich bei der fraglichen selbständigerwerbenden Tätigkeit um eine nicht lukrative oder entspricht sie nicht dem noch vorhandenen erwerblichen Leistungsvermögen, verletzt der Versicherte

¹⁸⁰ Vgl. VersGer SG IV 2007/455 vom 2. April 2009 E. 3 (ehemaliger Wirt, der eine Stelle als Koch antrat).

¹⁸¹ Vgl. VersGer SG IV 2007/455 vom 2. April 2009 E. 3.8.

¹⁸² Vgl. VersGer SG IV 2008/317 vom 16. November 2009 E. 3.2 (Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit nach sechs Jahren bei einem klar unterdurchschnittlichen und nicht existenzsichernden Einkommen vor Eintritt der Invalidität. Die Invaliditätsbemessung ist aufgrund der Tabellenlöhne LSE durchzuführen und nicht auf der Grundlage der nicht repräsentativen Zahlen während des Geschäftsaufbaus).

¹⁸³ Vgl. VersGer SG IV 2007/200 vom 3. September 2008 E. 4.

¹⁸⁴ Vgl. VersGer SG IV 2007/200 vom 3. September 2008 E. 5.

die Schadenminderungspflicht und müssen die Sozialversicherer – insbesondere der Unfallversicherer – kein Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchführen.

Wenn die versicherte Person aus invaliditätsfremden Gründen die erfolgreiche Erwerbstätigkeit im angestammten Beruf als gelernter Kaufmann aufgab und damit auf das entsprechende Erwerbseinkommen verzichtete und weder der mangelnde Geschäftserfolg als selbständigerwerbender Masseur noch die mehrfachen Kündigungen in den unselbständigerwerbend ausgeübten Teilzeittätigkeiten in einem ursächlichen Zusammenhang mit den behaupteten Folgen des zweiten Herzinfarktes stehen, so hat sie das ihr Zumutbare selber vorzukehren, um ohne Eingliederungsmassnahmen ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen.¹⁸⁵

War dem Versicherten z. B. bei Eröffnung eines selbständigerwerbend geführten Garagenbetriebes klar, dass er unfallbedingt Mechanikerarbeiten nicht würde ausführen können bzw. für die Ausführung von schweren Arbeiten auf die Mithilfe von Angehörigen angewiesen sein wird, so verzichtet er in Verletzung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht aus freien Stücken darauf, die ihm attestierte theoretische Erwerbsfähigkeit als Unselbständigerwerbender durch Ausübung einer angepassten Tätigkeit in zumutbarer Weise voll auszuschöpfen.¹⁸⁶

2. Angehörige des Unternehmers

Dritte sind mitwirkungs-, aber nicht schadenminderungspflichtig.¹⁸⁷ Das Bundesgericht macht in Bezug auf die Schadenminderungspflicht bei den Angehörigen eines nichterwerbstätigen Versicherten eine Ausnahme und fordert eine hauswirtschaftliche Unterstützung durch Familienangehörige, welche weiter geht als im Gesundheitsfall.¹⁸⁸ Bei erwerbstätigen Versicherten demgegenüber wird von den

¹⁸⁵ Vgl. Urteil des BGer I 13/01 vom 11. Juli 2001 E. 2c.

¹⁸⁶ Vgl. Urteil des BGer 8C_976/2009 vom 7. Januar 2010 E. 4.2.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 28 ATSG und Art. 7c IVG.

¹⁸⁸ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie Urteil des BGer I 13/05 vom 12. Mai 2005 E. 2.5, I 300/04 vom 19. Oktober 2004 E. 6.2.3, I 457/02 vom 18. Mai 2004 E. 8 und I 685/02 vom 28. Februar 2003 E. 3.2.

Angehörigen kein Schadenminderungsbeitrag verlangt. Bei Selbständigerwerbenden wird weder bei der Einkommens- noch bei der Betätigungsvergleichsmethode die Mitarbeit von Angehörigen leistungsmindernd berücksichtigt.¹⁸⁹

3. Partner und Mitarbeiter des Unternehmers

Mitwirkungspflichten bestehen für die Arbeitgeber¹⁹⁰ von versicherten Personen. Die beteiligten Behörden sind im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit ebenfalls auskunftspflichtig.¹⁹¹ Von der Mitwirkungspflicht zu unterscheiden ist die Schadenminderungspflicht. Arbeitgeber und Arbeitskollegen der versicherten Person ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen – über die gesetzliche bzw. vertragliche Lohnfortzahlungspflicht hinaus – nicht zumutbar, sofern deren Beizug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat.¹⁹²

Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung bislang nicht geklärt, ob gegebenenfalls Partner der versicherten Person, welche mit dieser zusammen Inhaber des Unternehmens sind, eine Schadenminderungspflicht dergestalt tragen, dass von ihnen verlangt werden kann, unternehmensintern gewisse Tätigkeiten, welche von der versicherten Person ausgeführt worden sind, zu übernehmen, beispielsweise von der Administration in die Produktion/Dienstleistung-Abteilung zu wechseln, damit die versicherte Person leichtere administrative Tätigkeiten anstelle der gesundheitsbedingt nicht mehr möglichen anspruchsvolleren Tätigkeiten in der Produktion oder Dienstleistungen zu übernehmen.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 25 Abs. 3 IVV sowie ferner z. B. Urteil des BGer I 70/06 vom 17. April 2007 E. 4.3, I 316/02 vom 22. August 2003 E. 1, I 185/02 vom 29. Januar 2003 E. 3.3 und I 71/99 vom 28. Februar 2001 E. 2c.

¹⁹⁰ Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision wurde die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt (siehe Art. 7c und Art. 14a Abs. 5 IVG).

¹⁹¹ Vgl. Art. 32 ATSG und Art. 54 UVV.

¹⁹² Vgl. Urteil des BGer I 3/04 vom 27. August 2004 = SVR 2006 IV Nr. 25 E. 3.1 f. (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber Urteil des BGer U 107/03 vom 6. Januar 2004 E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

Soweit eine vertragliche Grundlage fehlt, dürfte es trotz der handelsrechtlichen Treuepflicht bzw. des gegenüber Vertragspartnern geltenden Grundsatz von Treu und Glauben nicht gerechtfertigt sein, von einem Mitinhaber zu verlangen, dass dieser Tätigkeiten der versicherten Person oder sogar dessen Unternehmensanteile übernimmt. Entsprechend kann gegenüber der versicherten Person nur dann und soweit eine Unternehmensanpassung verlangt werden, wie die Interessen allfälliger Mitinhaber nicht beeinträchtigt werden. Wenn überhaupt käme lediglich eine gelegentliche Dritthilfe bzw. eine Dritthilfe in Notsituationen infrage.¹⁹³

Literaturverzeichnis

- HERRMANN JAN, Zur Invaliditätsbemessung des nebenerwerblich selbständigen «Einmann-Gesellschafters» im UVG, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2021, Zürich 2021, 145 ff.
- JÖHL RALPH, Die Invaliditätsbemessung bei selbständig Erwerbstätigen in der IV, Überlegungen zum sogenannten erwerblich gewichteten Einkommensvergleich, in: Kieser/Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2014, Zürich/St. Gallen 2014, 159 ff.
- KIESER UELI, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit (unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen bei der Invaliditätsbemessung), in: Schaffhauser/Kieser (Hrsg.), Invalidität von Selbständigerwerbenden, St. Gallen 2007, 9 ff.
- DERS., Invalidität von Selbständigerwerbenden, in: Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich 2018, 156 ff.
- LANDOLT HARDY/NYDEGGER BEAT, Berufliche Eingliederung von Selbständigerwerbenden – Aufgabe der Sozialversicherung? in: Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen, 37 ff.
- LANDOLT HARDY, Unfallereignis im Privatversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2015 – Unfall, Zürich/St. Gallen, 137 ff.

¹⁹³ Vgl. Urteil des BGer I 26/01 vom 21. Mai 2003 E. 3.2.