

Der Unternehmerschaden im Haftpflichtrecht

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | <u>EINLEITUNG</u> | 1 |
| 2 | <u>RECHTLICHE GRUNDLAGEN</u> | 3 |
| 2.1 | EINLEITUNG | 3 |
| 2.2 | DER SCHADENSBEGRIFF | 7 |
| 2.3 | SCHADENSBERECHNUNG | 11 |
| 2.4 | SCHADENERSATZBEMESSUNG | 18 |
| 2.5 | SCHADENSBEWEIS | 20 |
| 3 | <u>BEGRIFFSDEFINITIONEN</u> | 23 |
| 3.1 | ARBEITSUNFÄHIGKEIT VS. ERWERBSUNFÄHIGKEIT | 23 |
| 3.1.1 | ARBEITSUNFÄHIGKEIT | 23 |
| 3.1.2 | ERWERBSUNFÄHIGKEIT | 24 |
| 3.1.3 | ZUSAMMENFASSUNG | 26 |
| 3.2 | DAS ERWERBSEINKOMMEN | 28 |
| 3.2.1 | DER EINKOMMENSBEGRIFF | 28 |
| 3.2.2 | EINKOMMENSBESTANDTEILE | 29 |
| 3.3 | DER SELBSTSTÄNDIGERWERBENDE | 31 |
| 3.3.1 | DER SELBSTSTÄNDIGERWERBENDE AUS ARBEITSRECHTLICHER SICHT | 31 |
| 3.3.2 | DER SELBSTSTÄNDIGERWERBENDE AUS SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHER SICHT | 31 |
| 3.3.3 | DER SELBSTSTÄNDIGERWERBENDE AUS STEUERLICHER SICHT | 32 |
| 3.3.4 | DER FAKTISCH SELBSTSTÄNDIGERWERBENDE | 33 |
| 4 | <u>DER UNTERNEHMERSCHADEN DES SELBSTSTÄNDIGERWERBENDEN</u> | 35 |
| 4.1 | WIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNGSWEISE | 35 |
| 4.2 | DER EINKOMMENS-AUSFALLSCHADEN DES SELBSTSTÄNDIGERWERBENDEN | 38 |
| 4.2.1 | DER LOHNAUSFALLSCHADEN | 40 |
| 4.2.2 | DER GEWINNAUSFALLSCHADEN | 41 |
| 4.3 | VERMÖGENSSCHADEN INFOLGE WERTMINDERUNG DES UNTERNEHMENS | 48 |

Inhalt

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.3.1 | UNTERNEHMENSWERT BEI INVALIDITÄT | 50 |
| 4.3.2 | UNTERNEHMENSWERT UNTER DER HYPOTHETISCHEN ANNAHME EINER VOLLEN ERWERBSFÄHIGKEIT | 51 |
| 4.3.3 | UNFALLBEDINGTE MINDERUNG DES UNTERNEHMENSWERTES | 51 |
| 5 | <u>LITERATURVERZEICHNIS</u> | 53 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| Abs. | Absatz |
| AHV | Alters- und Hinterlassenenversicherung |
| AHVG | Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10) |
| ALV | Arbeitslosenversicherung |
| Art. | Artikel |
| ATSG | Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1) |
| Aufl. | Auflage |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland |
| BGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht |
| BSK | Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht |
| bzw. | beziehungsweise |
| DBG | Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11) |
| d.h. | das heisst |
| E. | Erwägung |
| EHG | Bundesgesetz vom 23. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtunternehmen und der Schweizerischen Post (SR 221.112.742) |
| Eidg. | eidgenössisch |

| | |
|--------|---|
| EleG | Bundesgesetz 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (SR 734.0) |
| EO | Erwerbsersatzordnung |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| f./ff. | und folgende (Seite/Seiten) |
| Fn | Fussnote |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| insb. | insbesondere |
| i.S. | im Sinne |
| IV | Invalidenversicherung |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| KHG | Kernenergiehaftungsgesetz vom 18. März 1983 (SR 732.44) |
| LFG | Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (SR 748.0) |
| m.w.V. | mit weiteren Verweisen |
| N | Note(n), Randnote(n) |
| OR | Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220) |
| PrHG | Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944) |
| Rz | Randziffer |
| S. | Seite |

| | |
|------|--|
| sog. | sogenannt |
| SVA | Sozialversicherungsanstalt |
| SVG | Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01) |
| u.a. | unter anderem |
| USG | Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (SR 814.01) |
| usw. | und so weiter |
| v.a. | vor allem |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |

1 Einleitung

Fügt jemand einem Dritten Schaden zu, so kann er dem Geschädigten gegenüber unter Umständen für den entstandenen Schaden ersatzpflichtig werden.

Im Vordergrund der nachstehenden Ausführungen steht die sog. ausservertragliche Haftung. Unter ausservertragliche Haftung fallen sämtliche Tatbestände des OR, des ZGB sowie von Spezialgesetzen, welche nicht auf der Verletzung vertraglicher Leistungspflichten beruhen.

Als Generalnorm des ausservertraglichen Haftpflichtrechts regelt Art. 41 Abs. 1 OR, dass wer einem anderen schuldhaft (absichtlich oder fahrlässig) widerrechtlich Schaden zufügt, dem Geschädigten den Schaden zu ersetzen hat (sog. Deliktshaftung).

Ist der Geschädigte erwerbstätig und wird er aufgrund des schädigenden Ereignisses vorübergehend oder gar bleibend in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt, kann ein Erwerbsausfallschaden entstehen. Bei der Bemessung des Erwerbsausfallschadens sind unter den Parteien oft zentrale Fragen strittig: Kausalität zwischen Ereignis und Arbeitsunfähigkeit, Umfang und Dauer der (ereignisbedingten) medizinisch-technischen Arbeitsunfähigkeit, wirtschaftliche Auswirkungen der Arbeitsunfähigkeit, Höhe des Erwerbseinkommens vor dem Ereignis etc. Während die medizinischen Fragen durch entsprechende Spezialgutachten beantwortet werden müssen, sind die wirtschaftlichen Folgen einer (partiellen) Arbeitsunfähigkeit von betriebswirtschaftlichen Fachpersonen zu ermitteln.

Erwerbsschadenschätzungen sind von besonderer Komplexität, geht es doch darum, das betriebswirtschaftlich korrekte Einkommen des Geschädigten vor und nach dem schädigenden Ereignis zu ermitteln und anhand konkreter Überlegun-

gen plausibel aufzuzeigen, wie sich das valide und invalide Einkommen in Zukunft hypothetisch entwickeln könnte¹.

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es, aus betriebswirtschaftlicher Sicht Klarheit über die Erscheinungsformen des Unternehmerschadens von Selbstständigerwerbenden zu schaffen.

Die Überlegungen gliedern sich in verschiedene Schritte:

Der Abschnitt „rechtliche Grundlagen“ dient dazu, dem juristischen Laien einen Überblick über die ausservertragliche Verpflichtung, den einem Dritten zugefügten Schaden auszugleichen, zu geben.

Die Klärung der zentralen Begriffe „Arbeitsunfähigkeit“, „Erwerbsunfähigkeit“ und „Erwerbseinkommen“ sowie die Abgrenzung des Begriffs „Selbstständigerwerbender“ sind Gegenstand des dritten Abschnitts.

Der vierte Abschnitt widmet sich dem Kernthema, der Frage, wie sich der Unternehmerschaden des Selbstständigerwerbenden aus betriebswirtschaftlicher Sicht zusammensetzt.

¹ Für Grundsätze ordnungsmässiger Erwerbsausfallgutachten für Selbstständigerwerbende siehe Schellenberg/Ruf 2007.

2 Rechtliche Grundlagen

2.1 Einleitung

Das ausservertragliche Haftpflichtrecht schafft die Grundlage für die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, welche sich nicht aus der Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenleistungspflichten ergeben.

Darunter fallen einerseits privatrechtliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Handlung und andererseits Tatbestände des öffentlichen Rechts.

Grundlage der ausservertraglichen **Verschuldungshaftung** ist Art. 41 OR:

„Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.“

Ein Schädiger wird demnach haftpflichtig, wenn der Anspruchsteller beweisen kann, dass:

- ein Schaden existiert,
- das Verhalten des Schädigers widerrechtlich war, also gegen eine Rechtsnorm versties,
- ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der schädigenden Handlung besteht und
- der Schädiger schuldhaft gehandelt hat.

Das Privatrecht kennt neben der Verschuldungshaftung auch die sog. **Kausalhaftung**. Während die Verschuldungshaftung ein Verschulden (z.B. Absicht oder Fahrlässigkeit) voraussetzt, reicht bei der Kausalhaftung bereits das Vorliegen eines im Gesetz genannten haftungsbegründeten Tatbestandes.

Die Kausalhaftung wirkt im Vergleich zur Verschuldenshaftung also insofern verschärfend, als eine Haftpflicht auch ohne Verschulden begründet wird, sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Verstoss gegen eine Rechtsnorm, Kausalzusammenhang) erfüllt sind.

Bei der milden (einfachen) Kausalhaftung entsteht eine Ersatzpflicht nur, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung zu einem Schaden geführt hat. Der Beklagte hat die Möglichkeit, Entlastungsbeweise beizubringen um die Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht zu belegen und damit der Haftung zu entgehen. Beispiele:

- Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 Abs. 1 OR: Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.
- Haftung des Tierhalters nach Art. 56 Abs. 1 OR: Der Halter eines Tieres haftet für den durch das Tier angerichteten Schaden, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet hat, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.
- Haftung des Familienoberhaupts nach Art. 333 Abs. 1 ZGB: Das Familienoberhaupt haftet für den Schaden, den ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse verursacht, wenn er nicht nachweist, dass er das übliche und durch die Umstände gebotene Mass an Sorgfalt in der Beaufsichtigung erbracht hat.
- Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 Abs. 1 OR: Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung von mangelhafter Unterhaltung verursachen.
- Herstellerhaftung nach Art. 1 Abs. 1 PrHG: Der Hersteller haftet für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass eine Person verletzt

oder getötet wird bzw. eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist. Der Hersteller kann Entlastungsbeweise gem. Art. 5 PrHG vorbringen.

Eine scharfe Kausalhaftung (Gefährdungshaftung) setzt keine Pflichtverletzung durch den Ersatzpflichtigen voraus. Allein die Schaffung einer Situation mit Gefährdungspotenzial führt bei einer Verwirklichung der Gefährdung in Form eines Schadens zur Ersatzpflicht. Ein Entlastungsbeweis ist nicht möglich. Eine Gefährdungshaftung kann sich nur aus einem Spezialgesetz ergeben. Beispiele:

- Haftung des Motorfahrzeughalters nach Art. 58 Abs. 1 SVG: Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.
- Eisenbahnhaftung nach Art. 1 Abs. 1 EHG: Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebs verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmungen für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.
- Luftfahrzeughaftung nach Art. 64 Abs. 1 LFG: Für Schäden, die von einem im Fluge befindlichen Luftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde zugefügt werden, ist durch den Halter des Luftfahrzeuges Ersatz zu leisten, sofern feststeht, dass der Schaden entstanden und vom Luftfahrzeug verursacht worden ist.
- Kernkraftwerkhaftung nach Art. 3 KHG: Der Inhaber einer Kernanlage haftet solidarisch mit dem Eigentümer der Kernanlage ohne betragsmässige Begrenzung für die Nuklearschäden, die durch Kernmaterialien in seiner Anlage oder durch Kernmaterialien, die aus seiner Anlage stammen und zur Zeit der

Schadensverursachung noch nicht vom Inhaber einer anderen Kernanlage übernommen waren, verursacht werden.

- Haftung für elektrische Anlagen nach Art. 27 EleG: Wenn durch den Betrieb einer privaten oder öffentlichen Schwach- oder Starkstromanlage eine Person getötet oder körperlich verletzt wird, so haftete der Betriebsinhaber für den entstandenen Schaden, wenn er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden oder Versehen Dritter oder durch grobes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht wurde. In gleicher Weise besteht Haftpflicht für Schäden an Sachen, jedoch nicht für Störungen im Geschäftsbetrieb.
- Haftung für Umweltschäden nach Art. 59a Abs. 1 USG: Der Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist, haftet für den Schaden aus Einwirkungen, die durch die Verwirklichung dieser Gefahr entsteht.²

Es geht im vorliegenden Kontext nicht darum, die subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale der hiervor genannten Beispiele die zu einer Schadenersatzpflicht führen, auszuleuchten. Vielmehr konzentrieren wir uns auf den Schadensbegriff und seine Operationalisierung. Die nachfolgenden Ausführungen geben deshalb einen Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Fragen des Schadensbegriffs, der Schadensberechnung, der Schadenersatzbemessung sowie der Beweislast für die Geltendmachung von Schadenersatz.

² Für Schäden im Umgang mit pathologischen Organismen vgl. Art. 59a bis USG.

2.2 Der Schadensbegriff

Das schweizerische Obligationenrecht definiert den ersatzfähigen Schaden nicht. Doch bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Obligationenrechts bürgerte sich gemäss BGer-Rechtsprechung der Schadensbegriff als **Verminderung des Reinvermögens** ein.

Als Schaden werden die erlittenen wirtschaftlichen Nachteile infolge des Eintritts eines haftpflichtigen Ereignisses bezeichnet. Der Schaden entspricht demnach einer ungewollten bzw. einer unfreiwilligen Schmälerung des Vermögens³. Zum Vermögen gehören die wirtschaftlich „messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist“⁴. Dazu gehören nicht nur Geld, sondern auch das Fortkommen, die Integrität der Persönlichkeit von Ehre, Kredit und wirtschaftlicher Freiheit, sofern eine Verletzung sich in ökonomischer Hinsicht auswirkt⁵. Die Verminderung des Reinvermögens kann durch

- eine direkte Abnahme des Vermögens des Geschädigten, durch die Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven (*damnum emergens*, positiver Schaden) oder
- durch entgangenen Gewinn entstehen⁶ (*lucrum cessans*). Beim entgangenen Gewinn liegt der Schaden darin, dass ein Vermögen sich wegen des schädigenden Ereignisses nicht vermehrt hat, während ohne dieses Ereignis ein Vermögenszuwachs stattgefunden hätte^{7 8}.

³ BGE 116 II 441 E. 3a aa S. 444; unveröffentlichter Entscheid vom 17.1.2008 (BGE 4C.137/2006 E. 3.3.1).

⁴ Oftinger/Stark 1995, S. 71.

⁵ Oftinger/Stark 1995, S. 71.

⁶ BGE 115 II 474 E. 3a S. 481; BGE 116 II 441 E. 3a aa S. 444; BGE 128 III 22 E. 2e/aa S. 26, BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 324.

⁷ BSK OR – A. K. Schnyder, Art. 41 OR N 6.

⁸ Unveröffentlichter Entscheid vom 20.9.2006 (BGE 4C.225/2006 E. 2).

Ein positiver Schaden (*damnum emergens*) und ein entgangener Gewinn (*lucrum cessans*) sind nicht immer leicht voneinander abzugrenzen. Nach Oftinger/Stark beruht der Unterschied zwischen *damnum emergens* und *lucrum cessans* darauf, dass im einen Fall das Zeitmoment berücksichtigt wird, im anderen nicht, indem man je nachdem mit einer künftigen, durch das schädigende Ereignis verhinderten oder verminderten Vermögensvergrößerung rechnet. Beim *lucrum cessans* wird berücksichtigt, dass der Zeitablauf eine Vermehrung des Vermögens gebracht hätte, den **entgangenen Gewinn, das *lucrum cessans***. Entgangener Gewinn liegt vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne die schädigende Handlung in Zukunft vergrößert hätte⁹. Wenn hingegen anzunehmen ist, dass das schädigende Ereignis die Vermögensentwicklung nicht beeinträchtigt hat, genügt der Vergleich des Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis. Dadurch erhält man den bereits **erwachsenen Schaden, das *damnum emergens***^{10 11}.

Nach der sog. **Differenztheorie** entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte¹². Mit anderen Worten gilt als Schaden die Differenz zwischen den Erwerbseinkünften, die nach dem schädigenden Ereignis mutmasslich erzielt werden, und denjenigen, die hypothetisch ohne dieses Ereignis

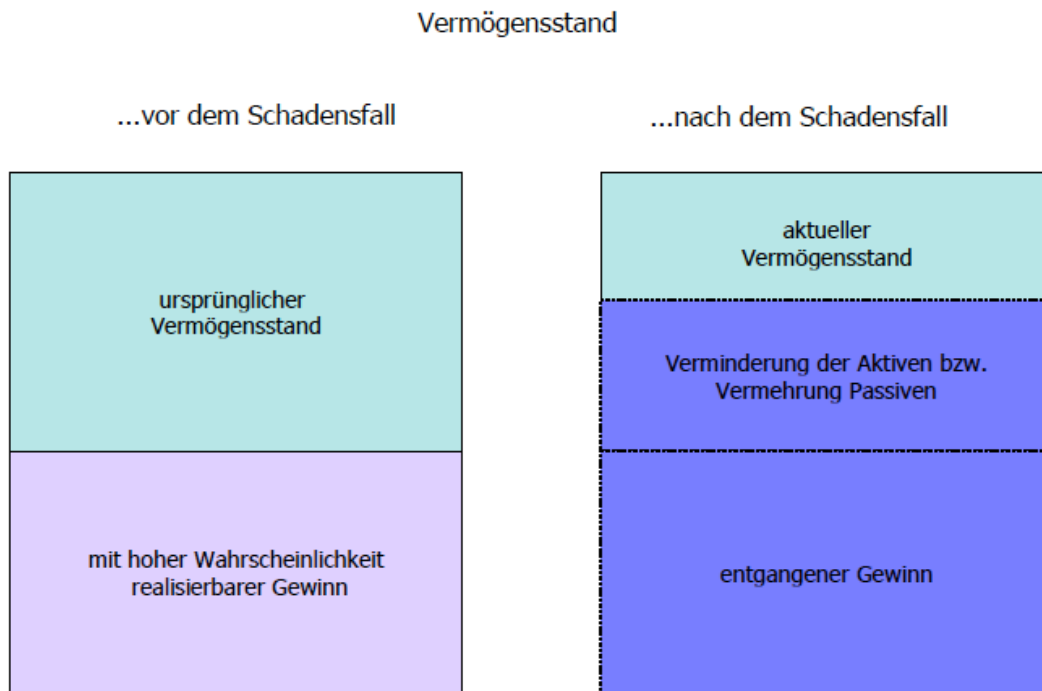
⁹ Unveröffentlichter Entscheid vom 14.5.2007 (4C.52/2007 E. 3.1).

¹⁰ Oftinger/Stark 1995, S. 73.

¹¹ Vgl. dazu beispielhaft unveröffentlichter Entscheid vom 20.9.2006 (BGE 4C.225/2006 E. 2.4): „Zieht ein Dritter in unlauterer Weise Rechtsgeschäfte an sich, die ohne den Wettbewerbsvorstoss vom Geschädigten getätigt worden wären, für die der Geschädigte aber noch keine Verträge geschlossen und daher weder konkrete Aufwendungen getätigt noch Kundenforderungen erworben hat, kann dieser nur entgangenen (hypothetischen) Gewinn geltend machen. [...] Anders liegen die Dinge indessen, wenn der Geschädigte mit Kunden bereits zweiseitige Verträge abgeschlossen hat und seine eigene Leistung [...] schon vollumfänglich erbracht hat, aber die Leistung der Gegenpartei wegen des schädigenden Verhaltens des Dritten nicht mehr erhältlich machen kann. In einem solchen Fall erleidet er einen Debitorenverlust, also eine Verminderung seiner Aktiven [...]. In dieser Verminderung von Aktiven liegt ein positiver Schaden und nicht entgangener Gewinn.“

¹² BGE 115 II 474 E. 3a S. 481; BGE 127 III 73 E. 4a S. 76; BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332.

nis zugeflossen wären¹³. Die tatsächliche Entwicklung des Vermögens ist der hypothetischen Entwicklung ohne das schädigende Ereignis gegenüberzustellen¹⁴.



Im Weiteren wird zwischen direktem Schaden und **Reflexschaden** unterschieden. Direkt geschädigt ist jene Person, die selber von einem Schaden betroffen ist, indem sie an ihren von der Rechtsordnung geschützten Rechtsgütern bzw. in ihrem eigenen Vermögen eine Einbusse erleidet. Durch die Schädigung einer Person können weitere Personen geschädigt werden, z.B. die Gläubiger, die Geschäftspartner, der Arbeitgeber. Ein sog. Reflexschaden erleidet die indirekt betroffene **Drittperson**, welche mit der direkt geschädigten in einer Beziehung steht. Die Unterscheidung zwischen direkt und indirekt geschädigter Person hängt vom Schutzzweck der betreffenden Norm und damit der **Frage der Wi-**

¹³ BGE 127 III 403 E. 4a S. 405.

¹⁴ Unveröffentlichter Entscheid vom 19.6.2001 (4C.366/2000 E. 3bb).

derrehtlichkeit ab. Grundsätzlich hat diejenige Person, welche den Reflexschaden erleidet, keinen Anspruch auf Schadenersatz¹⁵.

Ob ein Dritter direktgeschädigt oder reflexgeschädigt ist, hängt davon ab, ob die Schädigung des Dritten widerrechtlich war. War sie **widerrechtlich**, so ist der **Dritte direktgeschädigt** und hat Anspruch auf Schadenersatz. War die Schädigung nicht widerrechtlich, so handelt es sich um einen **Reflexschaden, der in der Regel keinen Schadenersatzanspruch auslöst**¹⁶.

Dabei kennt das Gesetz zwei Ausnahmen: beim Ausfall der Versorgung durch den Tod eines Versorgers (Art. 45 Abs. 3 OR) und die Genugtuung bei Tötung oder Körperverletzung eines Angehörigen (Art. 47 OR). Im Todesfall einer Person war das Leben des Opfers geschützt, nicht jedoch das Vermögen des versorgten Hinterbliebenen. Demzufolge sind die Versorgten, die einen Versorgerschaden geltend machen, indirekt Betroffene oder sog. Reflexgeschädigte¹⁷. Im Zusammenhang mit Schockschäden hat das BGE anerkannt, dass diejenige Person direkt geschädigt ist, welche wegen eines schweren Unfalls naher Angehöriger, bei dem sie nicht zugegen war, einen Schock erleidet¹⁸.

Aber der Schaden, den beispielsweise eine GmbH durch den gewaltsamen Tod ihres geschäftsführenden Gesellschafters erleidet, ist nicht ersatzpflichtig¹⁹.

¹⁵ Handkommentar Schweizer Privatrecht – Ch. Müller, Art. 41 OR N 27.

¹⁶ Gläubiger und Gesellschaftspartner des körperlich Geschädigten erleiden durch dessen Arbeitsunfähigkeit einen Vermögensschaden, ohne dass sie durch eine Schutznorm geschützt wären. Sie sind daher nicht anspruchsberechtigt.

¹⁷ BSK OR – A. K. Schnyder, Art. 45 OR N 7.

¹⁸ BGE 112 II 118 E. 5e.

¹⁹ Hunziker-Blum 2002, S. 345.

2.3 Schadensberechnung

Bei der Berechnung des Erwerbsausfallschadens geht es um die betragsmässige Bestimmung der effektiven Schadenshöhe. Der eingetretene Erwerbsschaden errechnet sich gestützt auf die wirtschaftliche Einbusse, welche der Geschädigte erleidet²⁰. Der Richter hat vom medizinischen (oder theoretischen abstrakten) Invaliditätsgrad auszugehen und dessen Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit oder das wirtschaftliche Fortkommen des Geschädigten zu ermitteln²¹.

Ausgeschlossen ist, den Vermögensschaden ausschliesslich nach den durch das schädigende Ereignis entzogenen Möglichkeiten zur Erzielung von Einkünften zu bemessen, ohne Rücksicht darauf, ob und in welcher Weise diese Möglichkeiten ohne die Schädigung wirtschaftlich genutzt worden wären²².

Die Schadensberechnung bildet damit die Grundlage der Schadenersatzbemessung. Bei der Schadensberechnung sind folgende Grundsätze zu berücksichtigen:

Bei der Schadensberechnung bildet der Vergleich zwischen dem Validen- und dem Invalideneinkommen der geschädigten Person den Rahmen. Dabei muss mit einer Hypothese gearbeitet werden: Wie hätte sich das Einkommen gestaltet, wäre das schädigende Ereignis nicht dazwischengetreten²³. Während in der Vergangenheitsbetrachtung das tatsächliche Valideneinkommen und das Invalideneinkommen bekannt sind, müssen diese bei der Zukunftsbetrachtung unter Berücksichtigung des abstrakten Invaliditätsgrades (medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit) und des eventuell davon abweichenden Grades der Erwerbsfähigkeit prognostiziert werden²⁴ (vgl. Abschnitt 3).

²⁰ BGE 129 III 135 E. 2 S. 141.

²¹ BGE 129 III 135 = Pra 92 (2003), Nr. 69, m.w.V.

²² BGE 127 III 403 E. 4a S. 405.

²³ Oftinger/Stark 1995, S. 73.

²⁴ Unveröffentlichte Entscheide des Bundesgerichts vom 22.6.2004 (4C.3/2004 E. 1.2.2), vom 9.11.2005 (4C.170/2005 E. 2.2) und vom 5.1.2006 (4C.324/2005 E. 3.2).

Das hypothetische Valideneinkommen ist dasjenige Einkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre²⁵. Bei der Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person zum Urteilszeitpunkt aufgrund ihrer beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohne den Gesundheitsschaden, aber bei sonst unveränderten Verhältnissen verdienen würde²⁶.

Nach der Rechtsprechung ist das Valideneinkommen so konkret wie möglich – in der Regel gestützt auf das vor Eintritt des verschlechterten Gesundheitszustands zuletzt tatsächlich erzielte Einkommen (und nicht, was bestenfalls verdient werden könnte²⁷) zu bestimmen. Bei stark schwankenden Einkommensverhältnissen ist das Valideneinkommen gestützt auf den vor Eintritt der Invalidität während einer längeren Zeitspanne erzielten Durchschnittsverdienst zu berechnen²⁸.

Änderungen gegenüber dem Status quo (gleichbedeutend mit normaler Entwicklung) sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie wahrscheinlich sind²⁹.

Ist aufgrund der Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass der Versicherte im Gesundheitsfall seine nicht einträgliche selbstständige Tätigkeit aufgeben und eine besser entlohnte andere Tätigkeit angenommen hätte, so kann ausnahmsweise verzichtet werden, auf das letzte erzielte Einkommen abzustützen. Dasselbe gilt, wenn die vor der Gesundheitsbeeinträchtigung ausgeübte selbstständige Tätigkeit wegen ihrer kurzen Dauer keine genügende Grundlage für die Bestimmung des Valideneinkommens darstellt, zumal in den ersten Jahren nach Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit üblicherweise aus verschiedenen Gründen (z.B. hohe Abschreibungen auf Neuinvestitionen etc.) die Betriebsgewinne gering sind³⁰.

²⁵ Art. 16 ATSG.

²⁶ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 5.6.2002 (I 239/01 E. 2a).

²⁷ BGE 135 V 58 E. 3.1 S. 59.

²⁸ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 8.3.2004 (I 424/03 E. 4.3).

²⁹ Schaetzle/Weber 2001, Rz 3.26.

³⁰ BGE 135 V 58 E. 3.4.6 S. 64.

Lässt sich aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse das ohne gesundheitliche Beeinträchtigung realisierbare Einkommen nicht hinreichend genau beziffern, darf auf statistische Werte wie die Lohnstrukturerhebung des Bundesamt für Statistik zurückgegriffen werden, sofern dabei die für die Entlohnung im Einzelfall relevanten persönlichen und beruflichen Faktoren mitberücksichtigt werden³¹.

Invaliditätsfremde Faktoren, welche das Betriebsergebnis eines Selbstständigerwerbenden beeinflussen, müssen beim Einkommensvergleich³² konsequent ausgedeutet werden. Invaliditätsfremde Aufwendungen und Erträge sind bei der Ermittlung des Vergleichseinkommens aufzurechnen oder auszuscheiden, soweit sie aus den vom Geschädigten vorgelegten Bilanzen ersichtlich sind oder anhand der Buchhaltungsunterlagen nachgewiesen werden können. Zu diesen ausserordentlichen Erträgen gehören z.B. der Abbau des Warenlagers oder die Auflösung von stillen Reserven³³.

Der Schaden aus dem (allenfalls temporären) Einkommensverlust ist so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig zu berechnen³⁴ (**Grundsatz der konkreten wirtschaftlichen Schadensberechnung**). Da der Schaden konkret zu bemessen ist, bedarf es auch für die Schätzung konkreter und belegter Grundlagen, die nur insoweit durch Annahmen aufgrund allgemeiner Erfahrungswerte ersetzt werden können, als konkrete Feststellungen unmöglich sind oder nur mit objektiv unverhältnismässigem und daher unzumutbarem Aufwand getroffen werden können³⁵.

Aus Praktikabilitätsgründen wird bei der Schadensberechnung in zwei Schritten vorgegangen, wenn der Schaden im Urteilszeitpunkt noch andauert.

³¹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 8.11.2007 (I 782/2006 E. 5.1.2).

³² Beim Einkommensvergleich wird das Erwerbseinkommen, das der Geschädigte nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum hypothetischen Valideneinkommen.

³³ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.9.2006 (I 937/2005 E. 2.3).

³⁴ BGE 113 II 345 E. 1a S. 347; BGE 117 II 609 E. 9 S. 624; BGE 131 III 360 E. 5.1; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 9.11.2005 (4C.170/2005).

³⁵ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 5.12.2000 (4C.439/1998 E. 2a).

Zunächst ist der **bereits eingetretene Schaden** konkret zu berechnen. Massgebender Stichtag für die Schadensberechnung ist der Tag des Urteils jener kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann³⁶. Bei der Berechnung des bereits eingetretenen Schadens sind die Einkommensverhältnisse am Unfalltag als Ausgangspunkt zugrunde zu legen³⁷. Zu entgelten ist bei Arbeitnehmern der entgangene Lohn (mit Einschluss mutmasslicher Erhöhungen), bei Selbstständigerwerbenden der entgangene Gewinn (Minderertrag und Mehraufwand)³⁸.

Hierauf erfolgt der zweite Schritt, in welchem der **künftige Schaden** aufgrund einer Prognose so konkret wie möglich und so abstrakt wie notwendig zu bestimmen ist³⁹ (hypothetische Berechnung). Zukunftsprognosen sind zwangsläufig mit Unsicherheiten behaftet. Bei der Bestimmung des hypothetischen zukünftigen Einkommens gilt der Grundsatz, dass sich die verbleibende Ungewissheit bei der Schätzung des hypothetischen Einkommens nicht zuungunsten des Geschädigten auswirken darf⁴⁰. Für den erst in Zukunft eintretenden Schaden ist der zu ersetzende Betrag zu diskontieren⁴¹.

Das hypothetische künftige Durchschnittseinkommen lässt sich realistisch in der Weise bestimmen, als dass zunächst das Einkommen ermittelt wird, das der Geschädigte ohne Verletzung gegenwärtig, d.h. zum Zeitpunkt der Urteilsfällung, erzielt hätte. Zusätzlich sollen die zu erwartenden künftigen Reallohnsteigerungen mitberücksichtigt werden⁴².

Die Frage, ob generell, d.h. ohne nach Altersstufen oder Berufen zu differenzieren, angenommen werden darf, dass die Löhne von Arbeitnehmern im Durch-

³⁶ BGE 125 III 14 E. 2c S. 317.

³⁷ BGE 99 II 214 E. 3c S. 217; BGE 116 II 295 E. 3a/aa S. 297.

³⁸ BGE 127 III 403 E. 4c S. 408; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 9.11.2005 (4C.170/2005 E. 2.2).

³⁹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.6.2004 (4C.3/2004 E. 1.2.2).

⁴⁰ BGE 100 II 298 E. 4b S. 305.

⁴¹ BGE 127 III 73 E. 6b S. 81.

⁴² BGE 91 II 425 E. 4b; BGE 116 II 295 E. 3a/aa S. 297.

schnitt real ansteigen, wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Schaetzle/Weber 2001 postulieren aufgrund der AHV-Statistik und einer Zusammenstellung von Prognosen aus den 1990-er Jahren über die künftige Reallohnentwicklung eine jährliche, grundsätzlich allen Arbeitnehmern gleichmässig zukommende Reallohnerhöhung von 1 % pro Jahr⁴³. Diese These hat das Bundesgericht in BGE 129 III 135 ausdrücklich offen gelassen. Immerhin merkte das Bundesgericht an, es sei allgemein zu beobachten, dass für Personen ab einem bestimmten Alter keine grossen Lohnveränderungen mehr zu erwarten seien, namentlich die tieferen Löhne ihr Maximum vor dem 50. Altersjahr erreichten⁴⁴.

Gegen die Berücksichtigung einer allgemeinen realen Lohnerhöhung sprechen sich Süsskind, Wyss sowie Pergolis/Dürr Brunner aus⁴⁵. Diese Autoren halten im Wesentlichen dafür, die AHV-Einkommensstatistik sei für die Zukunft nicht aussagekräftig, da nicht davon auszugehen sei, dass sich die Verhältnisse auf den Arbeitsmärkten zukünftig gleich entwickeln wie in der Vergangenheit. Dies begründen sie insb. mit der Globalisierung, der Personenfreizügigkeit mit der EU sowie der länger greifenden Restrukturierungsprozessen im Wirtschaftsleben und deren Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Es müsse daher weiterhin aufgrund der konkreten Umstände (Beruf, Wirtschaftszweig, Geschlecht, Alter, Qualifikation etc.) im Einzelfall differenziert werden.

Bei der Beurteilung von Erwerbsschäden hatte das Bundesgericht noch keine Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob bei der Ermittlung des künftigen Erwerbsausfalls „allgemein und abstrakt eine Reallohnerhöhung von 1 % berücksichtigt werden darf. Zu beachten ist, dass bei entsprechenden Berechnungen des Erwerbsausfallschadens regelmässig konkrete Umstände des Einzelfalls, insb. die berufliche Situation des Geschädigten, berücksichtigt werden können, aufgrund derer sich auf dessen künftige hypothetische Lohnentwicklung schliessen

⁴³ Schaetzle/Weber 2001, 4.19, Rz 3.458, 4.41 f.

⁴⁴ BGE 129 III 135 E. 2.3.2.1 S. 146.

⁴⁵ Pergolis/Dürr Brunner 2005, S. 208; Süsskind 2004, S. 150; Wyss 1998, S. 197.

lässt⁴⁶. Für die generelle Lohnentwicklung im Zusammenhang mit dem Erwerbsschaden treffen dagegen die Ausführungen des Bundesgerichts zur künftigen „Entwicklung des Lohnniveaus von Ersatzkräften als Berechnungsfaktor des Haushaltschadens“, die sich „weitgehend nur abstrakt ermitteln“ lassen, ebenfalls zu. So *e contrario* das Bundesgericht: „Die Behauptung der Beklagten, die Löhne in der Hauswirtschaft würden künftig eine grundsätzlich andere Entwicklung erfahren als diejenigen der allgemeinen Wirtschaft, ist im Übrigen nicht erhärtet.“⁴⁷ Indem das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung eine Realloohnerhöhung von 1 % pro Jahr zugrunde legte, wurde der Grundsatz, dass die **künftigen Lohnentwicklungen zu berücksichtigen sind, zum ersten mal explizit konkretisiert**⁴⁸. In Zukunft können geltend gemachte generelle Realloohnerhöhungen im Rahmen von 1 % jährlich sowohl beim künftigen Haushaltschaden als auch beim Erwerbsschaden bis zur mutmasslichen Pensionierung (verbleibende Aktivitätsdauer) als Richtwert angenommen werden, wobei für den Erwerbsausfall die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind⁴⁹. Beim Erwerbsausfallschaden ist die individuelle Lohnentwicklung einzubeziehen, sofern sich eine solche im Einzelfall oder gemäss AHV-Einkommensstatistik als wahrscheinlich begründen lässt⁵⁰.

Der Zeitpunkt der Aufgabe der Erwerbstätigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für Selbstständigerwerbende aufgrund der konkreten Umstände zu bestimmen⁵¹. Häufig sind Selbstständigerwerbende über das gesetzlich vorgegebene Pensionsalter hinaus berufstätig (z.B. Ärzte, Anwälte etc.).

Aus der ökonomischen Theorie und Empirie der Lohnentwicklung können zwei bedeutende Erkenntnisse festgehalten werden⁵²:

⁴⁶ BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2.

⁴⁷ BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2 S. 340.

⁴⁸ Schaetzle 2006, S. 142 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

⁴⁹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.1.2007 (4C.349/2006 E. 3.4).

⁵⁰ Schaetzle 2006, S. 144.

⁵¹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 1.11.2005 (4C.62/2005 E. 3.2).

⁵² Dorn et al. 2005, S. 52.

- Löhne steigen normalerweise mit zunehmendem Alter des Arbeitnehmers an, wobei sich der Anstieg mit zunehmendem Alter abschwächt. Das Lohnwachstum ist v.a. auf die zunehmenden Fähigkeiten des Arbeitnehmers, aber auch auf die Produktivitätssteigerung durch allgemeinen technischen Fortschritt zurückzuführen.
- Die charakteristische Form der Lohnentwicklung variiert stark zwischen verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern. Je nach Geschlecht, Ausbildungsstand, Branche oder Tätigkeit des Arbeitnehmers sind unterschiedliche typenspezifische Lohnentwicklungen zu erwarten.

Seit der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die **Berechnung des Erwerbsausfallschadens** auf der **Basis** des **Nettolohnes** einen Rechtsgrundsatz der Schadensberechnung dar⁵³. Der Grund dafür liegt darin, dass der Geschädigte die durch das Wegfallen der Beiträge an die erste und zweite Säule geringer ausfallende Altersleistung durch den Rentendirektschaden entschädigt erhält. Würde der Erwerbsausfallschaden auf der Basis des Bruttolohnes entschädigt, würde durch die Abgeltung des Rentendirektschadens⁵⁴ eine Überentschädigung entstehen. Die konkrete Berechnung der finanziellen Folgen der Arbeitsunfähigkeit vom Tage des Unfalls an bis zum Urteilstag⁵⁵ und die Bemessung des zukünftigen Erwerbsausfalls setzen voraus, dass zunächst das Bruttoeinkommen bestimmt wird, welches der Kläger durch seine Berufstätigkeit erzielt hätte, wenn er nicht Opfer des schädigenden Ereignisses geworden wäre. Von jenem Einkommen müssen die Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen abgezogen werden, um das mutmassliche Nettoeinkommen des Verletzten zu bestim-

⁵³ BGE 129 III 135 E. 2.2; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 3.8.2004 (6P.58/2003 E. 10).

⁵⁴ Mit den Sozialversicherungsbeiträgen, welche die versicherte Person nicht mehr erwirtschaftet, wäre ihre künftige Altersrente finanziert worden. Im Invaliditätsfall kann sich daraus ein Rentenschaden oder eine Rentenkürzung ergeben, weil die geschädigte Person das Guthaben für ihre Altersrenten nicht mehr aufbauen kann.

men, damit auf dieser Grundlage den von ihm erlittenen gegenwärtigen und zukünftigen Erwerbsausfall berechnet werden kann⁵⁶.

Aus der Differenztheorie ergibt sich, dass Vermögensvorteile, die aufgrund des schädigenden Ereignisses entstehen, grundsätzlich angerechnet werden müssen (**Vorteilsanrechnung**)⁵⁷. Dabei sind nur jene Vorteile anzurechnen, die in einem adäquaten Kausalzusammenhang zu dem schädigenden Ereignis stehen⁵⁸.

Erst nach der Schadensberechnung lässt sich die Frage beantworten, wie viel vom Schaden dem Haftpflichtigen zu überbinden ist. So sieht z.B. Art. 44 Abs. 2 OR vor, dass der Schadenersatz herabgesetzt werden kann, wenn der Haftpflichtige sonst in eine Notlage geraten würde. Die Schadensberechnung ist ein rein kalkulatorischer Vorgang, auf den die Umstände des Verschuldens, Selbstverschuldens, Notlage des Haftpflichtigen usw. keinen Einfluss haben. Dies wird erst bei der Schadenersatzbemessung in Betracht gezogen⁵⁹.

2.4 Schadenersatzbemessung

Schadenersatz ist die Wiedergutmachung des Schadens durch einen Dritten mittels möglichst annähernder wertmässiger Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustandes vor dem schädigenden Ereignis⁶⁰.

Als Schaden zu ersetzen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen einer schädigenden Handlung, die unfreiwillig erlittene Vermögensminderung oder der entgan-

⁵⁵ BGE 125 III 14 E. 2c S. 17: Wächst der Schaden im Laufe der Zeit weiter an, wird der Schaden auf den Urteilstag der letzten kantonalen Instanz berechnet, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann.

⁵⁶ BGE 129 III 135 E. 2.3.2 S. 144.

⁵⁷ BSK OR – A. K. Schnyder, Art. 42 OR N 7.

⁵⁸ Oftinger/Stark 1995, S. 267.

⁵⁹ Oftinger/Stark 1995, S. 98 f.

⁶⁰ BGE 54 II 294 E. 2 S. 296.

gene Gewinn, während die Beeinträchtigung persönlich-ideeller Rechtsgüter an sich keinen Schaden darstellt⁶¹.

Art und Höhe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei die besonderen Umstände des Einzelfalles zu würdigen hat.

Die Entscheidung über das Ausmass des Schadenersatzes erfolgt nach freiem Ermessen, wobei der Richter den Schaden von Amtes wegen gestützt auf die konkreten und subjektiven Umstände der geschädigten Person ermittelt⁶².

Als Grundprinzip des Schadenersatzrechts gilt, dass Geschädigte so zu stellen sind, wie wenn sie das schädigende Ereignis nicht getroffen hätte (**Ausgleichsprinzip**).

Andererseits darf nicht mehr Schadenersatz zugesprochen werden, als entstanden ist. Das im Haftpflichtrecht als allgemeines Prinzip anerkannte **Bereicherungsverbot** schliesst die Überentschädigung aus⁶³. Eine Überentschädigung liegt vor, wenn derselben Person verschiedene schadensausgleichende Leistungen während derselben Zeitspanne für das gleiche Schadensereignis ausgerichtet werden und die Summe der Leistungen den Schaden übertrifft⁶⁴. Der Geschädigte soll durch den Eintritt des Schadensereignisses nicht besser gestellt werden, als wenn der Schaden nicht eingetreten wäre. Der Schadenersatz soll aber auch für den Schädiger keinen pönalen Charakter annehmen⁶⁵. Das angelsächsische Institut des „Strafschadenersatzes“ (punitive oder exemplary damages) hat im schweizerischen Haftpflichtrecht keinen Eingang gefunden.

Die geschädigte Person muss alle Massnahmen zur Abwendung und Minderung des Schadens ergreifen, die objektiv möglich und subjektiv zumutbar sind (**Schadenminderungspflicht**).

⁶¹ BGE 123 IV 145; BGE 127 II 403.

⁶² Handkommentar Schweizer Privatrecht – Ch. Müller, Art. 42 OR N 22.

⁶³ BGE 131 III 12 E. 7.1; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323.

⁶⁴ BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 324.

⁶⁵ Oftinger/Stark 1995, S. 98 Fn 113.

2.5 Schadensbeweis

Art. 42 Abs. 1 OR bestätigt die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB, wonach jene Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet⁶⁶.

Grundsätzlich hat der Geschädigte zu beweisen, dass in seinem Vermögen ein Schaden eingetreten ist⁶⁷. Dabei obliegt ihm sowohl der Beweis der Existenz des Schadens als auch dessen Höhe⁶⁸.

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen⁶⁹.

Art. 42 Abs. 2 OR ist eine Ausnahmebestimmung, die anwendbar ist, wenn kein sicherer Beweis für die Höhe oder das Vorhandensein eines Schadens erbracht werden kann⁷⁰. Die Bestimmung räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Die Schätzung nach dieser Bestimmung ist nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch für den Fall vorgesehen, dass sich der Eintritt eines solchen

⁶⁶ Handkommentar Schweizer Privatrecht – Ch. Müller, Art. 42 OR N 1.

⁶⁷ Art. 42 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 8 ZGB. Aufgrund Verweis gelten die Vorschriften von Art. 42 ff. OR auch für andere ausservertragliche Schadenersatzansprüche: siehe dazu beispielsweise Art. 11 Abs. 1 PrHG, Art. 62 Abs. 1 SVG, Art. 79 LFG, Art. 7 KHG, Art. 36 Abs. 1 EleG, Art. 59a Abs. 4 USG.

⁶⁸ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 19.12.2005 (4C.337/2005 E. 3.1).

⁶⁹ Art. 42 Abs. 2 OR.

⁷⁰ BGE 81 II 50 E. 5 S. 55.

Schadens nicht strikte beweisen lässt⁷¹ oder die Beweisführung dem Geschädigten nicht zugemutet werden kann⁷².

Dem Geschädigten soll damit jedoch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung ab und nicht etwa darauf, Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen⁷³. Vielmehr hat der Geschädigte seinen Anspruch ausreichend zu substantiieren. Die Ausnahmebestimmung enthebt den Geschädigten nicht von der Pflicht, dem Richter die Tatsachen, die als Anhaltspunkte für die Entstehung und die Höhe des geltend gemachten Schadens in Betracht kommen, anzugeben und dafür Beweise anzubieten⁷⁴. Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung ausdrücklich fest, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat⁷⁵.

Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden in der beanspruchten Grössenordnung eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen und der Eintritt des geltend gemachten Schadens im behaupteten

⁷¹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 5.12.2000 (4C.439/1998 E. 2a).

⁷² BGE 105 II 87 E. I.3 S. 89.

⁷³ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 31.1.2000 (4C.340/1999); BGE 122 III 219 E. 3a S. 221.

⁷⁴ BGE 97 II 216 E. 1 S. 218.

⁷⁵ BGE 122 III 219 E. 3a S. 221; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 5.12.2000 (4C.439/1998 E. 2a).

Umfang darf nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern muss annähernd sicher erscheinen⁷⁶.

⁷⁶ BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f.

3 Begriffsdefinitionen

Die Ausführungen in diesem Kapitel dienen der Klärung zentraler Begriffe, die in der Folge für die betriebswirtschaftlichen Überlegungen notwendig sind.

3.1 Arbeitsunfähigkeit vs. Erwerbsunfähigkeit

3.1.1 Arbeitsunfähigkeit

Der juristische Begriff der Arbeitsunfähigkeit bildet Anknüpfungspunkt oder Voraussetzung für die Erbringung von Versicherungsleistungen. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit findet sich sowohl im Sozialversicherungsrecht als auch im Privatversicherungsrecht. Art. 6 ATSG definiert Arbeitsunfähigkeit wie folgt:

„Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.“

Swiss Insurance Medicine definiert Arbeitsunfähigkeit wie folgt:

„Die bisher ausgeübte Tätigkeit im Beruf oder Aufgabenbereich kann infolge eines Gesundheitsschadens nicht mehr, nur noch in beschränktem Masse, nur noch unter der Gefahr einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands ausgeübt werden.“⁷⁷

⁷⁷ Swiss Insurance Medicine 2009, S. 3.

Zusammenfassend ist die Arbeitsunfähigkeit als Einbusse von funktionellem Leistungsvermögen zu definieren, wobei im Bereich der Privatversicherungen der Begriff durch die Parteien abweichend festgelegt werden kann⁷⁸.

Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist Sache der Ärzte⁷⁹. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeit die versicherte Person arbeitsunfähig ist⁸⁰. Die Arbeitsunfähigkeit wird in Prozenten geschätzt. Ohne gegenteilige Angaben wird als Bezugsgrösse grundsätzlich – dies gilt auch für Teilzeitbeschäftigte – von einem Vollzeitpensum im jeweiligen Beruf ausgegangen⁸¹.

3.1.2 Erwerbsunfähigkeit

Von der Arbeitsunfähigkeit ist die **Erwerbsunfähigkeit** zu unterscheiden. Deren Beurteilung ist nicht Sache der Ärzte⁸², sondern letztlich des Gerichts. Sie entspricht dem ganzen oder teilweisen Verlust der Erwerbsmöglichkeit auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt infolge einer Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit und zwar erst nach Abschluss der zumutbaren Behandlung und Eingliederung. Die Erwerbsfähigkeit lenkt den Blick also auf die zumutbare wirtschaftliche Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit⁸³. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 ATSG).

Zumutbarkeit bedeutet, dass von einer Person ein bestimmtes Verhalten erwartet oder verlangt werden darf, obwohl dieses Verhalten allenfalls mit Unannehmlichkeiten oder sogar mit Opfer verbunden sein kann, wobei unter Würdigung der konkreten Situation zu beurteilen ist, welche Anstrengungen von ihr erwartet

⁷⁸ Riemer-Kafka 2007, S. 41.

⁷⁹ BGE 115 V 133 E. 2 S. 134; BGE 132 V 393 E. 3.2 S. 398.

⁸⁰ Unveröffentlichter Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 13.9.2001 (I 545/99 Vr E. 1b).

⁸¹ Riemer-Kafka 2007, S. 43.

⁸² BGE 115 V 133 E. 2 S. 134.

⁸³ Art. 7 ATSG; BGE 121 V 326 E. 3b S. 331.

werden dürfen⁸⁴. Als Massstab gilt das Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage, der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte⁸⁵.

Erwerbsunfähigkeit wird im Bereich des Sozialversicherungsrechts gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als das Unvermögen der versicherten Person bezeichnet, auf dem gesamten für sie infrage kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt die verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise wirtschaftlich zu verwerten⁸⁶. Massgebend ist – im Unterschied zur Arbeitsunfähigkeit – nicht die Arbeitsmöglichkeit im bisherigen Tätigkeitsbereich, sondern die nach Behandlung und Eingliederung verbleibende Erwerbsmöglichkeit in irgendeinem für den Betroffenen denkbaren Beruf. Der volle oder bloss teilweise Verlust einer solchen Erwerbsmöglichkeit gilt als Erwerbsunfähigkeit⁸⁷.

Im Bereich des Privatversicherungsrechts kann der Begriff der Erwerbsunfähigkeit in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen anders definiert sein.

Der Erwerbsunfähigkeitsgrad ist aus der Gegenüberstellung des Einkommens, welches die geschädigte Person ohne Gesundheitsschaden erzielen könnte (hypothetisches Valideneinkommen), mit dem Einkommen, das die geschädigte Person nach Eintritt des Schadens zumutbarerweise noch erzielen kann (hypothetisches Invalideneinkommen), zu bestimmen.

Die Erwerbsunfähigkeit setzt sich aus folgenden Elementen zusammen⁸⁸:

- medizinisches Element (Gesundheitsschaden)
- wirtschaftliches Element (Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt)

⁸⁴ Unveröffentlichte Entscheide des Bundesgerichts vom 19.4.2005 (B 115/04 E. 7.1 und 7.2) und vom 17.1.2008 (4C.137/2006 E. 3.4).

⁸⁵ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.9.2006 (4C.177/2006 E. 2.2.2).

⁸⁶ BGE 121 V 326 E. 3b S. 331.

⁸⁷ BGE 130 V 343 E. 3.2.1 S. 346 f.

⁸⁸ Riemer-Kafka 2007, S. 44.

- kausales Element (Kausalität zwischen Gesundheitsschaden und Erwerbsunfähigkeit)
- Zumutbarkeit (von Behandlung und Eingliederung).

Ausgehend vom abstrakten Invaliditätsgrad (Arbeitsunfähigkeit) sind dessen Auswirkungen auf die Verminderung der Erwerbsfähigkeit oder die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu bestimmen. Nur eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit, nicht schon die medizinische Invalidität, löst Ersatzansprüche aus⁸⁹.

Aus dem wirtschaftlichen Schadensbegriff folgt, dass eine bei Teilinvalidität theoretisch verbleibende Erwerbsfähigkeit haftpflichtrechtlich unberücksichtigt bleiben muss, wenn sie wirtschaftlich nicht mehr nutzbar ist und der Geschädigte somit keine Möglichkeit mehr hat, mit der ihm aus medizinischer Sicht verbleibenden Arbeitsfähigkeit ein Einkommen zu realisieren⁹⁰. Es müssen Aussichten auf eine relativ sichere Erzielung eines nicht unbedeutenden Erwerbes bestehen. Das Bundesgericht hat eine theoretisch verbleibende Restarbeitsfähigkeit von 15 % als wirtschaftlich nicht nutzbar qualifiziert⁹¹.

3.1.3 Zusammenfassung

Wie die vorstehenden Erläuterungen zeigen, sind Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit auseinanderzuhalten. Die Arbeitsunfähigkeit bezieht sich auf die medizinisch zumutbare Arbeitsleistung in der bisherigen Tätigkeit. Sie bedeutet die durch einen Gesundheitsschaden bedingte Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen in der bisherigen Tätigkeit oder im bisherigen Aufgabenbereich.

⁸⁹ BGE 104 II 307 E. 9b S. 308; unveröffentlichter Entscheid vom 21.8.1995 (4C.379/1994 E. 9a).

⁹⁰ BGE 113 II 345 E. 1a S. 348; BGE 117 II 609 E. 9 S. 624; unveröffentlichter Entscheid vom 21.8.1995 (4C.379/1994 E. 9a).

⁹¹ BGE 117 II 609 E. 9 S. 624 f.

Der Grad der Arbeitsunfähigkeit sagt noch nichts über die wirtschaftliche Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit aus⁹².

Wer nicht mindestens teilweise arbeitsunfähig ist, kann nicht erwerbsunfähig sein. Erwerbsunfähig ist, wer aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage ist, durch Arbeit Einkommen zu erzielen. Die Erwerbsfähigkeit stellt den wirtschaftlichen Wert der noch vorhandenen Leistungsfähigkeit dar, wie sie sich auf dem gesamten in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt ergibt, nachdem die zumutbare Behandlung und die Eingliederung durchgeführt sind⁹³.

Für die Schadensberechnung ist deshalb nicht auf die medizinisch-theoretischen Verhältnisse, sondern auf das tatsächlich erzielte Invalideneinkommen abzustellen⁹⁴. Gerade bei Selbstständigerwerbenden ohne Personal können sich dabei erhebliche Abweichungen ergeben, weil beispielsweise der Umsatz aufgrund der unfallbedingten (Teil-)Arbeitsfähigkeit typischerweise markant zurückgeht, während die fixen Kosten (z.B. Miete, Versicherungen, Abschreibungen etc.) erfahrungsgemäss über längere Zeit gleich hoch bleiben und die variablen Kosten zudem häufig nicht linear zur Umsatzeinbusse gesenkt werden können (sog. Kostenremanenz). Wie sich aus BGE 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004 ergibt, kann es durchaus sein, dass auch bei einer noch bestehenden Arbeitsfähigkeit von 50 % überhaupt kein Invalideneinkommen mehr resultiert.

⁹² Riemer-Kafka 2007, S. 45.

⁹³ Riemer-Kafka 2007, S. 45.

⁹⁴ Unveröffentlichter Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 13.9.2001 (I 545/99 Vr).

3.2 Das Erwerbseinkommen

3.2.1 Der Einkommensbegriff

Der Einkommensbegriff ist Gegenstand zahlreicher theoretischer Untersuchungen, namentlich in der Finanz- und Steuerwirtschaft.

Die älteste Theorie ist die Quellentheorie von Bernhard Fuisting⁹⁵. Sie geht davon aus, dass Einkommen einer dauernden Einkommensquelle entspringt, die regelmässige Einkünfte abwirft. Dazu können auch Naturalleistungen oder sog. geldwerte Vorteile gehören, nicht jedoch gelegentliche Zuflüsse wie z.B. Erbschaften, Lotteriegewinne oder Schenkungen.

Aus steuerlicher Sicht wird der Einkommensbegriff aus der Reinvermögenszugangstheorie⁹⁶ abgeleitet. Dabei gelten als Einkünfte alle Wirtschaftsgüter, welche einem Individuum während bestimmten Zeitabschnitten zufließen und die es ohne Schmälerung seines Vermögens zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse und für seine laufende Wirtschaft verwenden kann. Dabei spielt es keine Rolle, ob die wirtschaftlichen Vorteile von aussen zufließen, am Markt erwirtschaftet werden oder aus dem Vermögen entstehen. Gewinne, Schenkungen und Erbschaften werden zum Einkommen hinzugezählt, Schuldzinsen oder Vermögensverluste jedoch abgezogen. Gemäss Steuergesetz gehören sowohl einmalige wie auch wiederkehrende Einkünfte als auch Naturaleinkommen zum Einkommen (Art. 16 Abs. 1 und 2 DBG).

Das Bundesgericht folgt der Reinvermögenszugangstheorie und definiert den steuerbaren Einkommensbegriff wie folgt: „Summe der wirtschaftlichen Güter, die einem Steuersubjekt in einem bestimmten Zeitraum zufließen und zur Be-

⁹⁵ Fuisting 1902.

⁹⁶ Von Schanz 1896.

riedigung seiner persönlichen Bedürfnisse, für die Zwecke seiner laufenden Wirtschaft zur Verfügung stehen, ohne dass das Vermögen geschmälert wird⁹⁷.

Hinweise auf das Einkommen geben u.a. die Buchhaltungsunterlagen, die Lohnausweise, die Steuererklärung, die Deklaration der Sozialversicherungsabgaben sowie die Pfändbarkeit des Einkommens in einem Betreibungsverfahren⁹⁸. Steuerunterlagen können für die Ermittlung des zukünftigen Einkommens jedoch keine bestimmende Funktion haben, da die Daten dem Steueramt häufig mit dem Ziel eingereicht werden, das Einkommen zu minimieren. Es empfiehlt sich daher, Steuerunterlagen nur zur Plausibilisierung von anderen Daten heranzuziehen⁹⁹.

3.2.2 Einkommensbestandteile

Unbestritten ist, dass das Einkommen eine komplexe Struktur aufweisen kann, wenn es sich aus unterschiedlichen Komponenten zusammensetzt. Es stellt sich die Frage, welche Zahlungen bei der Festlegung des Einkommens zu berücksichtigen sind.

Zum Einkommen gehören sämtliche Einnahmen und geldwerten Leistungen aus der Erwerbstätigkeit, insbesondere der Lohn inkl. 13. Monatslohn, Kinder¹⁰⁰ und Familienzulagen, Entschädigungen für Schichtarbeit, Vergütung von Überstunden¹⁰¹, Trinkgelder¹⁰², Boni und Fringe Benefits¹⁰³. Bonus kann alles sein, was mit Arbeitsentgelt zu tun hat und nicht Festlohn ist, so z.B. die Gratifikation aber auch Leistungsprämien und Gewinnbeteiligungen. Fringe Benefits dagegen sind

⁹⁷ BGE 73 I 135 S. 140.

⁹⁸ BGE 111 II 295 E. 2d S. 300. In diesem Bundesgerichtsurteil ging es um den Entscheid, ob und in welcher Höhe das Einkommen einer Dirne zur Bestimmung des Erwerbsausfalls zu berücksichtigen ist.

⁹⁹ Hunziker-Blum 2002, S. 347.

¹⁰⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 11 02 2 E. 4.1 vom 5.5.2003.

¹⁰¹ BGE 129 III 135 E. 2.3.2.1 S. 144: In der massgebenden Lohnerhöhung wurden Familien- und Schichtzulagen sowie Überstundenentschädigungen ausdrücklich miteinbezogen.

¹⁰² Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 3.8.2005 (1A.228/2004 E. 9.4.1): Die Ersatzpflicht für die entgangenen Trinkgelder wurde grundsätzlich bejaht, der Ersatz aber mangels Nachweis und wegen falscher Steuerdeklaration verweigert.

¹⁰³ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 1.11.2005 (4C.62/2005 E. 5.2), worin die unstrittig als Einkommen berücksichtigten Naturaleinkünfte nicht näher umschrieben wurden.

definiert als „Bruttolöhne und –gehälter in Form von Sachleistungen“. Darunter fallen alle Waren und Dienstleistungen, die den Mitarbeitenden durch das Unternehmen unentgeltlich oder verbilligt abgegeben werden, wie Firmenwagen zum Privatgebrauch, Essensvergünstigungen oder Kostenerstattung für Fahrten zwischen Wohnort und Arbeitsplatz, Verbilligungen für Kinderkrippen, Mitarbeiterwohnungen¹⁰⁴.

Die variablen Lohnbestandteile sind in die Schätzung des künftigen Einkommens soweit einzubeziehen, als sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft zugeflossen wären. Dies ist dann zu erwarten, wenn sie in der Vergangenheit regelmässig gewährt wurden. Wer über Jahre hinweg Überzeit geleistet oder Boni erhalten hat, dürfte diese Leistungen bei fehlenden gegenteiligen Hinweisen auch in Zukunft erhalten¹⁰⁵.

Hängt der Lohn in irgendeiner Form vom Umsatz ab, kann für die Ermittlung des hypothetischen Einkommens nicht auf den vom Unternehmen in der fraglichen Periode tatsächlich erzielten Umsatz abgestellt werden, weil darin die hypothetische Leistung des Anspruchsberechtigten gerade nicht enthalten ist. Insoweit ist im Sinne einer Schätzung darauf abzustellen, was in vergleichbaren Perioden zu einem früheren Zeitpunkt erwirtschaftet worden ist. Sofern das Durchschnittseinkommen des vorangegangenen Jahres für das Vertragsverhältnis typisch ist, kann darauf abgestellt werden, wobei aber sowohl saisonalen Schwankungen wie auch Umsatzentwicklungen der letzten Monate Rechnung zu tragen ist¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Rouvinez Mauron 2006, S. 55.

¹⁰⁵ Dorn et al. 2007, S. 15, Rz 23.

¹⁰⁶ BGE 125 III 14 E. 2b S. 17.

3.3 Der Selbstständigerwerbende

Eine Legaldefinition der Selbstständigkeit existiert nicht. In Anlehnung an das obligationenrechtliche Arbeitsverhältnis bzw. an die Bestimmungen der AHV-Beitragspflicht für Selbstständigerwerbende sowie an das Steuerrecht ergeben sich nachfolgende Sichtweisen.

3.3.1 Der Selbstständigerwerbende aus arbeitsrechtlicher Sicht

Im Sinne einer Negativabgrenzung können Selbstständigerwerbende als Personen bezeichnet werden, die erwerbstätig sind, die Erwerbstätigkeit aber nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrages (Art. 319 ff. OR) ausführen.

3.3.2 Der Selbstständigerwerbende aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

Sozialversicherungsrechtlich ist selbstständig erwerbend, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt¹⁰⁷. Als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG gelten alle in selbstständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit, einschliesslich der Kapital- und Überführungsgewinne nach Art. 18 Abs. 2 DBG und der Gewinne aus der Veräusserung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nach Art. 18 Abs. 4 DBG, mit Ausnahme der Einkünfte aus zu Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach Art. 18 Abs. 2 DBG.

Ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nicht nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien, sondern aufgrund

¹⁰⁷ Art. 12 Abs. 1 ATSG sowie sinngemäss Art. 9 Abs. 1 AHVG.

der wirtschaftlichen Gegebenheiten im Einzelfall¹⁰⁸. In der Praxis deuten folgende Hinweise auf eine selbstständige Tätigkeit hin¹⁰⁹:

- eigene Betriebsstätte/Geschäftsräumlichkeiten mit branchenüblicher Einrichtung,
- bedeutende eigene oder gemietete Betriebsmittel,
- Marktauftritt unter eigenem Namen, auf eigene Rechnung sowie auf eigenes wirtschaftliches Risiko,
- Tätigkeit für mehrere Auftraggeber,
- Freiheit in der Betriebsorganisation bzw. Weisungsungebundenheit.

Als Selbstständigerwerbende i.S. des Sozialversicherungsrechts kommen nur Inhaber von Einzelunternehmen und Gesellschafter von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie stille Teilhaber infrage.

3.3.3 Der Selbstständigerwerbende aus steuerlicher Sicht

Steuerrechtlich zeichnet sich die selbstständige Erwerbstätigkeit durch das Zusammenbringen von Arbeit und Kapital in einer eigenen Organisation aus, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt¹¹⁰. Auch nach Steuerrecht ist die selbstständige Erwerbstätigkeit stets nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen; die einzelnen Merkmale des Begriffs der selbstständigen Erwerbstätigkeit dürfen nicht isoliert betrachtet werden und können auch in unterschiedlicher Intensität auftreten¹¹¹. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit kann im Einzelfall demnach auch vorliegen, wenn die steuerpflichtige Person nach aussen nicht sichtbar am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. wenn kein selbstständiger Marktauftritt vorliegt und wenn kein Unternehmen, Gewerbe oder Geschäft be-

¹⁰⁸ BGE 119 V 161 E. 2; BGE 122 V 169 E. 3a.

¹⁰⁹ SVA Zürich: Formular „Abgrenzungskriterien zur Abklärung der selbstständigen Erwerbstätigkeit“.

¹¹⁰ Mäusli-Allenspach/Oertli 2006, S. 71.

trieben wird¹¹². Allerdings kommt der Gewinnabsicht entscheidende Bedeutung zu¹¹³. Der steuerliche Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 DBG ist umfassender als jener des Unternehmens, des Geschäfts, des Betriebes oder Gewerbes, welcher eine organisierte Einheit von Arbeit und Kapital fordert¹¹⁴.

Neben dem Einzelunternehmer gelten auch der stille Teilhaber und der Gesellschafter einer Personengesellschaft i.S. des Steuerrechts als Selbstständigerwerbender (beim Kommanditär ist auf die zivilrechtliche Ausgestaltung abzustellen).

3.3.4 Der faktisch Selbstständigerwerbende

Unter dem Begriff des faktischen Selbstständigerwerbenden verstehen wir im Folgenden eine natürliche Person, die als bedeutende Anteilseignerin einer Kapitalgesellschaft gleichzeitig formaljuristisch Arbeitnehmerin der Gesellschaft ist, bei wirtschaftlicher Betrachtung das Unternehmen jedoch wie ein Einzelunternehmerin führt. Faktisch handelt es sich in einem solchen Fall um ein „Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung“¹¹⁵.

Ob eine faktische Selbstständigkeit vorliegt, beurteilt sich weder nach der zivilrechtlichen Ausgestaltung der unternehmerischen Tätigkeit (z.B. gewählte Rechtsform), noch nach der Erfüllung formeller Kriterien sozialversicherungs- oder steuerrechtlicher Natur (formelle Selbstständigkeit), sondern allein aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten.

Dazu das Bundesgericht: „Angestellte Geschäftsführer oder Betriebsleiter sind, selbst wenn ihnen faktisch die Stellung von Allein- oder Teilhabern einer Aktiengesellschaft zukommt und sie massgeblichen Einfluss auf den Geschäftsgang

¹¹¹ BGE 125 II 113 E. 5b S. 121.

¹¹² BGE 125 II 113 E. 5b S. 121; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 19.9.2007 (2A.126/2007).

¹¹³ Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 19.9.2007 (2A.126/2007 E. 2.3).

¹¹⁴ BGE 125 II 113 E. 5b S. 121.

¹¹⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz 2007, § 16 N 38.

haben, formell Arbeitnehmer der Gesellschaft. Für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status einer Person ist indessen nicht die zivilrechtliche, sondern die wirtschaftliche Stellung ausschlaggebend¹¹⁶.“

Ob ein Versicherter einen massgeblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik und die Geschäftsentwicklung nehmen kann – und damit faktisch als Selbstständigerwerbender mit einem eigenen Betrieb zu gelten hat - ist folglich aufgrund der konkreten Umstände wie dem Kreis der Aktionäre, den konkreten Aktienanteilen, der Zusammensetzung des Verwaltungsrates, des Beschäftigungsgrades der Aktionäre und deren Funktion in der Gesellschaft zu prüfen¹¹⁷.

¹¹⁶ Unveröffentlichter Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 29.1.2003 (I 185/02 E. 3.1).

¹¹⁷ Unveröffentlichter Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 29.1.2003 (I 185/02 E. 3.1).

4 Der Unternehmerschaden des Selbstständigerwerbenden

4.1 Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Im Unterschied zum Lohnausfallschaden eines Arbeitnehmers, welcher anhand der Lohnausweise abgeleitet werden kann, stellt sich die Situation sowohl beim formellen als auch beim faktischen Selbstständigerwerbenden komplizierter dar.

Unternehmer mit erfolgsabhängigen Salären bzw. teilweise erheblichen Privatbezügen haben in der Regel kein arbeitsvertraglich geregeltes festes Einkommen. Die Einkommenssituation eines Selbstständigerwerbenden muss deshalb vertieft analysiert werden. Bei der Ermittlung des Unternehmerschadens ist insbesondere beim faktischen Selbstständigerwerbenden eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten.

Beim faktisch selbstständigen Anteilseigner und der Gesellschaft handelt es sich formal juristisch um zwei verschiedene Rechtssubjekte. In wirtschaftlicher Hinsicht bilden sie jedoch eine Einheit:

„Auch wenn in der Person des Alleinaktionärs und der Aktiengesellschaft formell zwei verschiedene Rechtssubjekte bestehen, so ist ebenso klar, dass eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** zum Ergebnis führen muss, dass es sich materiell bloss um ein Vermögen, nämlich um jenes des Alleinaktionärs handeln kann. Nur sein Vermögen ist letztendlich vom schädigenden Ereignis tangiert, da das Vermögen der Aktiengesellschaft sich faktisch als solches des Alleinaktionärs präsentiert. Dem geschädigten Alleinaktionär ist daher nicht nur sein Lohnausfall, sondern auch der Gewinn, den er in Dividendenform aus der Gesellschaft ziehen könnte, sowie alle weiteren Erträge (alle aus der Gesellschaft fließenden Einkünfte), die er wegen des Unfalles nicht mehr realisieren kann, als Schaden zu ersetzen.“¹¹⁸

¹¹⁸ Schmid 2004, S. 17.

Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

- Beim faktischen Selbstständigerwerbenden ist der Geschäftserfolg des Unternehmens entscheidend von der Person des Anteilseigners, seiner Schaffenskraft und seiner Kundenbeziehungen abhängig.
- Allein der Geschäftserfolg bestimmt das laufende Einkommen des faktisch selbstständigen Anteilseigners aus dem Geschäft (Lohneinkommen und Gewinnanteil). Er trägt damit die Chancen und Risiken des Geschäfts weit über seine gesellschaftsrechtliche Haftung für die Geschäftsschulden hinaus:
 - Setzt sich das arbeitsrechtliche Lohneinkommen aus einer fixen und einer ergebnisabhängigen, variablen Vergütung zusammen, schlagen sich unfallbedingte Mindererträge und Mehraufwendungen der Gesellschaft direkt im Lohneinkommen des Geschädigten nieder.
 - Als Anteilseigner ist der Geschädigte am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Unfallbedingte Mindererträge und Mehraufwendungen bzw. die damit verbundenen Mindergewinne schlagen sich deshalb direkt im potenziellen Dividendeneinkommen des Geschädigten nieder.
- Unfallbedingte Mindergewinne bewirken eine Minderung des Ertragswertes des Unternehmens, was zu einer unfallbedingten Vermögenseinbusse des Allein- oder Mitinhabers führt, welche sich spätestens beim Verkauf des Unternehmens realisiert.

Bei Allein- bzw. Mitinhabern muss daher nicht zwischen dem direkten Personenschaden des Verletzten und dem indirekten Vermögensschaden des Unternehmens unterschieden werden. Der Geschädigte kann Ersatz für den Einkommensausfallschaden und die Wertminderung des Unternehmens verlangen¹¹⁹.

¹¹⁹ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 664.

Daraus ergibt sich, dass in Verhältnissen, in denen ein Geschädigter Inhaber und gleichzeitig Lohnbezüger einer Gesellschaft ist, nebst einem **Lohnausfallschaden** ein **Gewinnausfallschaden**¹²⁰ und ein **Vermögensschaden** aufgrund der Verringerung des Unternehmenswertes entstehen kann.

Die Gesellschaft und der Geschädigte als Inhaber bilden eine wirtschaftliche Einheit. Angesichts der wirtschaftlichen Identität des Inhabers und des Arbeitnehmers ist bei faktisch Selbstständigerwerbenden eine wirtschaftliche Gesamtbeurteilung vorzunehmen.

Die Rechtsprechung in der Schweiz anerkennt, dass der Alleingesellschafter einer Aktiengesellschaft den Schaden geltend machen kann, der infolge der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit des Gesellschafters formal der Aktiengesellschaft entstanden ist. Selbst wenn der Geschädigte im Zeitpunkt des Unfalls nicht Alleinaktionär war, sondern nur eine Beteiligung von 99,15 % an der Aktiengesellschaft innehatte, kann der Geschädigte hinsichtlich des hohen Ausmasses den der Aktiengesellschaft entgangene Gewinn wie ein Alleinaktionär geltend machen¹²¹.

Der potenzielle Unternehmerschaden setzt sich grundsätzlich aus folgenden Komponenten zusammen¹²²:

- Einkommensausfallschaden (= Verdienstausschlag = *lucrum cessans*)
 - Lohnausfallschaden
 - Gewinnausfallschaden
- Vermögensschaden infolge Wertminderung des Unternehmens
- Rentenausfallschaden
- Erschwerungsschaden (Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens).

¹²⁰ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 700.

¹²¹ Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 8.2.1977 zu BGB § 249; BGB § 843.

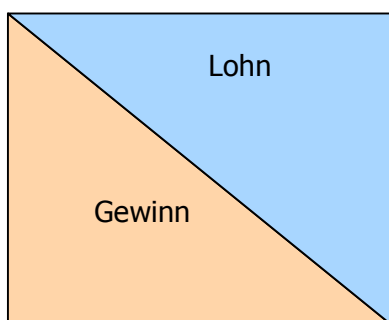
¹²² Der Rentenausfallschaden und der Erschwerungsschaden sind nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

4.2 Der Einkommensausfallschaden des Selbstständigerwerbenden

Die Differenz zwischen den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären, ergibt den Einkommensausfallschaden¹²³.

Bei tatsächlichen und faktischen Selbstständigerwerbenden fallen Geschäfts- und Privatvermögen aufgrund der wirtschaftlichen Identität zusammen. Was dem Geschäft dient, dient dem Eigentümer und umgekehrt. Geschäftliche und private Entscheidungen werden ökonomisch gesprochen durch die gleiche Nutzenfunktion bestimmt.

Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit umfasst einerseits das Entgelt aus der Berufstätigkeit und andererseits den Geschäftsgewinn¹²⁴. Durch die enge Verflechtung hat der (faktisch) Selbstständigerwerbende seine Einkommensdisposition selber in der Hand. In welcher Form dieses Einkommen erzielt wird, ob als Lohn oder Gewinnanteil, liegt im Ermessen des Inhabers und ist ihm weitgehend freigestellt.



Einzige Einschränkung stellt dabei die Erhaltung der Unternehmenssubstanz dar, welche die Grundlage bildet, um die notwendige Leistungskapazität und damit

¹²³ BGE 127 III 403 E. 4a S. 404.

¹²⁴ Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 13.1.2009 (5D.167/2008 E 3.2).

die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens langfristig zu sichern. Wird dem Unternehmen mehr Substanz entzogen als ihm in Form von Gewinn zufließt, ist auf die Dauer die Existenz gefährdet. Bei Vornahme einer wirtschaftlichen Gesamtbeurteilung entspricht das nachhaltig erzielbare Einkommen maximal jenem Betrag, der dem Geschäft ohne Substanzverlust fortwährend entzogen werden kann¹²⁵. Dies unabhängig davon, ob sich der Geschäftsinhaber den Gewinn tatsächlich ausbezahlt oder im Unternehmen belässt bzw. ob der Geschäftsinhaber den erlittenen Verlust mit neuem Kapital ausgleicht.

Nach der Differenztheorie ist einer geschädigten Person nur der entfallene Nettoverdienst zu ersetzen, da die Sozialversicherungsbeiträge nicht der geschädigten Person ausbezahlt, sondern den Sozialversicherern abzuliefern sind¹²⁶. Das betriebswirtschaftlich bereinigte Einkommen eines (faktisch) Selbstständigerwerbenden aus dem Geschäft setzt sich somit grundsätzlich wie folgt zusammen:

Betriebswirtschaftliches Jahresergebnis aus dem Geschäft (= Bruttoeinkommen)

./. kalkulatorische Sozialversicherungsbeiträge¹²⁷

betriebswirtschaftlich bereinigtes Ergebnis (= Nettoeinkommen)

Bei einem allfälligen Lohnbezug durch den Inhaber ist dieser zum betriebswirtschaftlichen Jahresergebnis aufzurechnen.

Für Selbstständigerwerbende liegt das Einkommen erfahrungsgemäss höher als für Angestellte in der gleichen Funktion, da einerseits das unternehmerische Risiko über das Einkommen abgegolten wird, andererseits die Arbeitszeit von Selbstständigerwerbenden in der Regel deutlich höher liegt als im Angestelltenverhältnis.

¹²⁵ Schellenberg/Ruf 2007, S. 133.

¹²⁶ Dorn et al. 2007, S. 11 Rz 18.

¹²⁷ In Form eines pauschalen Prozentsatzes von rund 15% für AHV, ALV, IV, EO und Pensionskassenbeiträge.

nis. Die erhöhte Einsatzbereitschaft Selbstständigerwerbender bietet Aussicht auf ein Mehreinkommen.

Wie eine Untersuchung des Bundesamtes für Statistik zur selbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz zeigt, beträgt die wöchentliche Arbeitszeit eines Vollzeit-Selbstständigerwerbenden im Durchschnitt 51,7 Stunden pro Woche. Dies bedeutet ein um 10 Stunden höheres Arbeitspensum als Personen im Angestelltenverhältnis durchschnittlich verzeichnen (2005 durchschnittlich 41,7 Stunden)¹²⁸. Entsprechend kann der Einkommensausfallschaden in der Regel nicht ohne Weiteres durch einen Vergleich mit angestellten Berufsleuten der gleichen Branche ermittelt werden, weil diese kürzere Arbeitspensum haben und kein unternehmerisches Risiko tragen.

4.2.1 Der Lohnausfallschaden

Lohn ist das Entgelt für Arbeitsleistungen Dritter. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt „als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird“¹²⁹.

Das Einkommen des Einzelunternehmers aus selbstständiger Erwerbstätigkeit entspricht deshalb dem Unternehmensgewinn (= Reingewinn vor Steuern), wie er nach den kaufmännischen Grundsätzen ermittelt wird, ohne Verbuchung eines Eigenlohnes. Der Einkommensschaden des Einzelunternehmers manifestiert sich daher nicht im klassischen Lohnausfallschaden, sondern im Gewinnausfallschaden (siehe dazu 4.2.2).

Anders sieht dies beim faktisch Selbstständigerwerbenden aus. Sein Einkommen aus dem Geschäft ist häufig aufgeteilt in eine Lohn- und eine Gewinnkomponen-

¹²⁸ BFS 2006, S. 11.

te, weshalb beim faktisch Selbstständigerwerbenden der gemäss Lohnausweisen oder Buchhaltungsunterlagen ausbezahlte Lohn bei der Berechnung des Erwerbsausfallschadens ebenfalls zu berücksichtigen ist.

4.2.2 Der Gewinnausfallschaden

Indem der geschäftsführende (faktisch) Selbstständigerwerbende Dispositionen für das Gesellschaftsvermögen trifft, entscheidet er auch in Bezug auf sein (Gesellschafter-)Vermögen. Das ist eine Folge der engen Verflechtung beider Interessensbereiche durch die eine Person des geschäftsführenden Alleingesellschafters ungeachtet ihrer rechtlichen Aufspaltung in voneinander unterschiedliche Vermögens- und Haftungsbereiche. Diese Verknüpfung der Interessen kann bei der Bemessung des Schadens des Alleingesellschafters nicht unberücksichtigt bleiben¹³⁰.

„Hätte der Schädiger für Geschäftsverluste eines Einzelkaufmanns oder des Mitinhabers einer Personengesellschaft einzustehen, könnte er die Entschliessungen, die jener über die (spätere) Verwendung des Gewinns getroffen haben würde, ebenso wenig zu seinen Gunsten für die Schadenbeurteilung heranziehen; insoweit hat der Schädiger mit dem **Gewinnausfall sozusagen auch einen Verlust an Dispositionsfreiheit auszugleichen.**“¹³¹

Nun trifft zwar der Geschäftsinhaber die Entscheidung, ob und inwieweit er den Geschäftsgewinn seiner Gesellschaft belassen oder an sich ausschütten will, zunächst als Geschäftsführer der Gesellschaft für diese; dies jedoch auch in Betracht seines „eigenen“ Vermögens, als dessen Träger er im Ergebnis der Gesellschaft den Gewinn belässt. Insoweit erscheint die Gesellschaft in schadenrechtli-

¹²⁹ Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 13.1.2009 (5D.167/2008 E 2).

¹³⁰ Versicherungsrecht 1977, S. 374 ff.

¹³¹ Versicherungsrecht 1977, S. 374 ff.

cher Betrachtung praktisch in der Tat als ein **„in besonderer Form verwalteter Teil seines Vermögens“**¹³².

Das Gesellschaftereinkommen, welches die Abgeltung von Vermögensrechten darstellt, besteht im Wesentlichen aus Dividenden und anderen offen oder verdeckt ausgeschütteten Gewinnen aus Beteiligungen (darunter fallen auch Gratisaktien oder Gratisnennwerterhöhungen) sowie Liquidationsüberschüsse, sofern diese nicht eine Rückzahlung des einbezahlten Grundkapitals der Kapitalgesellschaft darstellen (Art. 20 DBG).

Wird ein Selbstständigerwerbender erwerbsunfähig, so ist der eintretende Gewinnausfall zu entschädigen. Mehraufwendungen (z.B. durch die Anstellung von Hilfspersonal) bzw. Mindererträge (z.B. wegen unfallbedingten Umsatzeinbrüchen), welche auf den Unfall zurückzuführen sind, wirken sich schmälernd auf den Reingewinn und damit auf das Einkommen des Selbstständigerwerbenden aus. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist deshalb bei Selbstständigerwerbenden der entgangene Gewinn zu entschädigen¹³³. Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts ist dann Ersatz für entgangenen Gewinn geschuldet, soweit es sich um „einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt“¹³⁴.

Beim Gewinnausfall geht es nicht um die tatsächlich stattgefundenen Gewinnausschüttungen (Dividenden), sondern um die bloße Möglichkeit, aus dem erwirtschafteten Gewinn Ausschüttungen vornehmen zu können. Gerade in kleineren Verhältnissen wird der Gewinn aus steuerlichen Überlegungen oftmals im Unternehmen einbehalten und reinvestiert. Damit erhöht das Unternehmen seine Selbstfinanzierung. Aus wirtschaftlicher Sicht des Investors entspricht dies dem Vorgang, wie wenn der Gewinnanteil an den Gesellschafter ausgeschüttet und gleichzeitig von diesem wieder als Eigenkapital eingelegt worden wäre. Ob tat-

¹³² Versicherungsrecht 1977, S. 374 ff., Hervorhebung durch den Verfasser.

¹³³ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.6.2004 (4C.3/2004 E. 1.2.2).

sächlich eine Gewinnausschüttung stattgefunden hat oder nicht, ist daher für die Bestimmung des Unternehmerschadens nicht massgebend.

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob der unfallbedingte Gewinnausfall auf der Ertrag- oder Aufwandseite entstanden ist. Es geht um die Feststellung, ob aufgrund des Unfalls ein Umsatzrückgang zu verzeichnen ist und/oder ausserordentliche Aufwendungen entstanden sind¹³⁵. Der Rückgang der Geschäftseinnahmen oder die Zunahme der Betriebsaufwendungen der Gesellschaft führen zu einer mittelbaren Schmälerung des Einkommens (= Reingewinn vor Steuern) des selbstständigen Geschädigten¹³⁶.

Der Grundsatz der konkreten wirtschaftlichen Schadensberechnung hat zur Folge, dass der Ersatzpflichtige den tatsächlichen Gewinnausfall entsprechend den konkreten Verhältnissen zu entschädigen hat¹³⁷.

Der infolge Erwerbsunfähigkeit eintretende Gewinnausfall entspricht der Differenz zwischen dem mutmasslich (ohne Eintritt der Verletzung) erzielbaren Unternehmensgewinn (Validengewinn) und dem tatsächlich erzielten Unternehmensgewinn (Invalidengewinn)¹³⁸.

Der Validengewinn ist basierend auf Erfahrungswerten, z.B. aufgrund der durchschnittlichen Unternehmensgewinne einer repräsentativen Vergleichsperiode, festzulegen. Um konjunkturelle Schwankungen nach unten wie auch nach oben zu glätten, ist es ratsam, von Durchschnittswerten während einer angemessenen Zeitspanne auszugehen. In der Praxis sollten für eine fundierte Analyse der bisherigen Ertragskraft mindestens fünf historische Jahresabschlüsse vorliegen¹³⁹.

¹³⁴ Unveröffentlichter Entscheid vom 19.12.2005 (4C.337/2005 E. 3.3.3).

¹³⁵ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 660.

¹³⁶ BGE 98 II 34 E. 3 S. 37.

¹³⁷ BGE 111 II 295 E. 2b S. 299; unveröffentlichter Entscheid vom 22.6.2004 (4C.3/2004).

¹³⁸ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 697.

¹³⁹ Peemöller 2001, S. 222; Schellenberg/Ruf 2007, S. 139.

Für die Herleitung des Validengewinns können auch Durchschnittsumsätze von Vergleichsunternehmen herangezogen werden, z.B. die Durchschnittsumsätze der in der Region ansässigen Gemeinschaftspraxen von Allgemeinmedizinern. Sofern die Anzahl der Vergleichsunternehmen keine repräsentative Stichprobengrösse darstellt, besteht allerdings die Gefahr von Zufallsresultaten¹⁴⁰.

Hängt der Umsatz wesentlich von der handwerklichen und künstlerischen Gestaltungskraft des Geschädigten ab, wie das beispielsweise bei Floristen der Fall ist, kann für die Bestimmung des Validengewinns nicht mit branchenüblichen Durchschnittswerten gerechnet werden¹⁴¹.

Stellt der Geschädigte zur Kompensation seiner teilweisen Arbeitsunfähigkeit zusätzliches Personal ein, fallen unfallbedingt höhere Betriebsaufwendungen an. Diese Aufwendungen sind zu entschädigen. Verzichtet der Geschädigte auf die Anstellung von entlohntem Personal und verpflichtet stattdessen Familienangehörige, sind marktübliche Lohnkosten einer Ersatzkraft in Abzug zu bringen¹⁴².

War der Unternehmensgewinn vor und nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses unverändert, tritt ein Gewinnausfall nur dann ein, wenn der zukünftige hypothetische Validengewinn höher als der bisherige Gewinn gewesen wäre¹⁴³. Es obliegt dem Geschädigten, den hypothetischen Gewinnanstieg glaubhaft zu machen. Nur die zum Gutachtenszeitpunkt objektiv erkennbaren Entwicklungen sind für die Schadensberechnung massgebend¹⁴⁴. Gleich verhält es sich, wenn sich die selbstständige Tätigkeit vor dem Schadensfall noch in der Aufbauphase befand und daher vor dem Eintritt der Invalidität nur Verluste ausgewiesen worden sind.

Zuverlässige Schlüsse auf die invaliditätsbedingte Erwerbseinbusse sind nur dort zulässig, wo mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann,

¹⁴⁰ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 20.2.2006 (4P.302/2005 E. 2.1).

¹⁴¹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 19.9.2006 (1A.112/2006 E. 2.4.3).

¹⁴² Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 31.8.2000 (4P.65/2000 E. 3b).

¹⁴³ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 711.

dass die Betriebsergebnisse durch invaliditätsfremde Faktoren beeinflusst worden sind. Für die jeweiligen Geschäftsergebnisse eines Betriebes sind häufig schwer überblickbare Komponenten wie etwa die Konjunkturlage, die Konkurrenzsituation, der kompensatorische Einsatz von Familienmitgliedern oder Mitarbeitern von massgeblicher Bedeutung¹⁴⁵.

Kann nach dem Schadensereignis sogar eine Gewinnsteigerung verzeichnet werden, so ist der Geschädigte dafür beweispflichtig, dass die Gewinnsteigerung nicht durch die Anstellung von zusätzlichem Personal und die dadurch ermöglichte Mengenausweitung, sondern frei von unfallfremden Einflüssen entstanden ist (d.h. auf äussere Faktoren zurückzuführen ist). Zeigt sich, dass die Gewinnsteigerung als Folge der Anstellung von Personal eingetreten ist, ist diese als Vorteil in Abzug zu bringen¹⁴⁶.

Weil bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmen gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen¹⁴⁷. Erfahrungsgemäss finanzieren Einzelunternehmer ihren Lebensunterhalt auch durch Privatbezüge aus dem Geschäft, welche sie – ordnungswidrig – direkt dem Geschäftsaufwand belasten und so (aus steuerlichen Überlegungen) den erzielten Unternehmenserfolg negativ beeinflussen. Für die Schadensberechnung sind die als Privatbezüge verbuchten Aufwendungen (inkl. Naturalbezüge, welche als Einkommensbestandteile gelten) dem betriebswirtschaftlichen Jahresergebnis aus dem Geschäft (= Bruttoeinkommen) zuzurechnen¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Schellenberg/Ruf 2007, S. 147.

¹⁴⁵ Urteil vom Eidgenössischen Versicherungsgericht vom 14.6.2002 (I 586/01 E. 3c).

¹⁴⁶ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 31.8.2000 (4P.65/2000 E. 2d/dd) und vom 20.2.2006 (4P.302/2005).

¹⁴⁷ Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 13.1.2009 (5D.167/2008 E 2).

¹⁴⁸ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 24.7.2000 (4P.85/2000).

Der bis zum Urteilstag aufgelaufene Gewinnausfall ist im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse des Geschädigten bzw. seines Unternehmens zu berechnen¹⁴⁹. Ausgangslage der Schätzung des zukünftigen Gewinnausfalls bildet der Gewinnausfall zum Beurteilungszeitpunkt. Darauf basierend ist die zukünftige Entwicklung von Validen- und Invalidengewinn zu prognostizieren und der zukünftige Gewinnausfall zu berechnen¹⁵⁰. Die zukünftige Gewinnentwicklung hängt sowohl von den konkreten Verhältnissen (Betriebskonzept, Unternehmensstrategie, Unternehmensgrösse, Anzahl Mitarbeiter etc.), als auch von den Entwicklungsmöglichkeiten des Unternehmens in Zukunft ab. Das Unternehmen und sein wirtschaftliches Umfeld (Branche, Markt, Konkurrenzsituation, gesetzliche Rahmenbedingungen etc.) sind sorgfältig zu analysieren, um gestützt darauf plausible Prognosen für die Zukunft vorzunehmen. Generelle Trends wie Branchen-, Markt- und Kostenentwicklung sind in die Überlegungen miteinzubeziehen. Negative Faktoren wie eine Rezession sind bei der Schätzung des künftigen Validen- und Invalidengewinnes zu berücksichtigen¹⁵¹. Um ein „zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnung von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen“¹⁵².

Gibt der Geschädigte verletzungsbedingt seine selbstständige Tätigkeit auf oder wird er sie in Zukunft aufgeben müssen, ist als Invalideneinkommen das zumut-

¹⁴⁹ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 28.9.2000 (4C.167/2000 E. 4b/aa) und vom 24.7.2000 (4P.85/2000 E. 1a); BGE 111 II 295.

¹⁵⁰ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 733.

¹⁵¹ BGE 102 II 33 E. 2c S. 40.

¹⁵² Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 13.1.2009 (5D_167/2008 E. 2).

barerweise erzielbare Erwerbseinkommen als Unselbstständigerwerbender heranzuziehen und dem Validengewinn gegenüberzustellen¹⁵³.

Der Geschädigte hat, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, den tatsächlichen Umsatzrückgang bzw. die tatsächlichen Mehrausgaben sowie deren Ursachen hinreichend klar darzulegen¹⁵⁴. Der Geschädigte ist jedoch nicht verpflichtet, „seine Angestellten vom Krankenlager aus zur Beweissicherung zu verhalten“¹⁵⁵. Bei fehlenden Buchhaltungsunterlagen darf auf den versteuerten Unternehmensgewinn¹⁵⁶ oder statistische Erfahrungswerte¹⁵⁷ abgestellt werden. Vorsicht ist jedoch geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der versteuerte Unternehmensgewinn nicht dem tatsächlichen Erwerbseinkommen entspricht¹⁵⁸. Zu denken ist etwa an Erwerbseinkommen, das am Fiskus vorbei erwirtschaftet wurde. Massgebend ist grundsätzlich das tatsächliche Einkommen und nicht das versteuerte.

In rechtsgeschäftlichen Beziehungen stehen die Gesellschafter zur Gesellschaft grundsätzlich im gleichen Verhältnis wie Dritte¹⁵⁹. Daher müssen die Rechtsgeschäfte dem sog. Drittvergleich Stand halten („at arms length“). Dabei werden die bezogenen geldwerten Leistungen in einem Marktvergleich beurteilt. Nicht marktkonforme (zu hohe) Löhne oder Darlehenszinsen etc. stellen aus steuerlicher Sicht verdeckte Gewinnausschüttungen dar und sind deshalb bei der Berechnung des Einkommenschadens (Lohnausfall- und Gewinnausfall) zu berücksichtigen.

¹⁵³ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 739.

¹⁵⁴ BGE 98 II 34 E. 4 S. 39.

¹⁵⁵ BGE 97 II 216 E. 2 S. 219.

¹⁵⁶ BGE 111 II 295 E. 4b.

¹⁵⁷ BGE 97 II 216 E. 2 S. 220.

¹⁵⁸ Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – H. Landolt, Art. 46 OR Rz 747.

¹⁵⁹ Forstmoser et al. 1996, § 40 N 325.

4.3 Vermögensschaden infolge Wertminderung des Unternehmens

Der Einkommensschaden stellt für den Selbstständigerwerbenden nur einen Teil der wirtschaftlichen Folgen seiner eingeschränkten Erwerbsfähigkeit dar.

Der unfallbedingte Gewinnausfall verringert nicht nur das laufende Einkommen des Selbstständigerwerbenden und die damit verbundene Möglichkeit der Selbstfinanzierung durch Gewinnthesaurierung, sondern reduziert auch den inneren Wert¹⁶⁰ des im Unternehmen investierten Eigenkapitals. Dadurch entsteht dem Geschädigten ein Vermögensschaden, der sich spätestens beim Verkauf des Unternehmens realisiert.

Muss der Betrieb unfallbedingt veräussert werden, so ist ein allfälliger Mindererlös ebenfalls als Schaden zu ersetzen. Ein Mindererlös entsteht auch dann, wenn der Betrieb nicht vorzeitig veräussert werden muss, der Betriebsinhaber bis zur Aufgabe der mutmasslichen Erwerbstätigkeit jedoch nur noch beschränkt arbeitsfähig ist und dadurch der Wert des Betriebes am Ende der Erwerbsperiode herabgesetzt ist¹⁶¹.

Gerade in kleineren Unternehmen tritt häufig eine Verringerung des Unternehmenswertes ein, wenn der Inhaber verletzungsbedingt ausfällt. Durch den unfallbedingt tieferen Unternehmensgewinn verringert sich der Vermögenszuwachs im Unternehmen, d.h., durch die tieferen Unternehmensgewinne in invalidem Zustand entsteht im Vergleich zum validen Zustand eine geringere Gewinnthesaurierung im Unternehmen.

Die Bemessung des Gewinnausfallschadens (Abschnitt 4.2.2) trägt dem laufenden unfallbedingten Einkommensausfallschaden Rechnung, nicht jedoch der Vermögenseinbusse aufgrund der Wertminderung des Unternehmens.

¹⁶⁰ In Fällen, in denen eine Bewertung von aussen (über den Markt) nicht möglich ist, ist der Wert einer Beteiligung an einem Unternehmen aufgrund der in einem Anteil enthaltenen Elemente, die den Wert des Unternehmens ausmachen, zu bemessen (BGE 106 IA 342 E. 4b S. 346).

¹⁶¹ Schmid 2004, S. 13.

Der Unternehmenswert zeigt diejenige Summe, welche eine ökonomisch rational handelnde und kaufwillige Fachperson maximal zu investieren bereit ist, um aus den resultierenden Gewinnen langfristig die geforderte Minimalrendite zu erzielen. Der Unternehmenswert bemisst sich am wirklichen Wert eines Unternehmens, unter Einbezug von Substanz- und Ertragswert¹⁶².

Der Substanzwert entspricht dem zu betriebswirtschaftlichen Ansätzen bemessenen Bilanzwert des im Unternehmen investierten Eigenkapitals (Vermögen abzüglich Verbindlichkeiten). Das Eigenkapital wird – abgesehen von formellen Kapitalerhöhungen – aus thesaurierten Gewinnen geäufnet (Selbstfinanzierung). Durch die Abgeltung des Gewinnausfalls wird deshalb auch der Substanzwertverlust ausgeglichen, weshalb diesbezüglich kein zusätzlicher Schaden entsteht.

De lege artis ergibt sich der Unternehmenswert nicht primär aus der Differenz zwischen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten (Substanzwert), sondern vor allem aufgrund der zukünftig erwarteten finanziellen Überschüsse, unter der Prämisse der Fortführung des Unternehmens im bisherigen Rahmen.

Damit steht der sog. Ertragswert im Vordergrund. Der Ertragswert ist der Gegenwartswert (Barwert) der zukünftig erwarteten finanziellen Überschüsse (Gewinne oder Cashflows) des Unternehmens unter Berücksichtigung einer risikogerechten Verzinsung des investierten Kapitals.

Im Rahmen der klassischen Ertragswertberechnung werden die zukünftig nachhaltig erzielbaren Betriebsergebnisse mit einem risikogerechten Kapitalisierungszinssatz, welcher die von einem Investor geforderte Minimalrendite darstellt, kapitalisiert. Unterschiedliche Gewinnaussichten führen damit zu unterschiedlichen Ertragswerten.

¹⁶² BGE 120 II 259 E. 2.

4.3.1 Unternehmenswert bei Invalidität

Das zukünftig in invalidem Zustand nachhaltig erzielbare Betriebsergebnis kapitalisiert mit einem risikogerechten Kapitalisierungszinssatz ergibt den invaliden Unternehmenswert.

Basis des nachhaltig erzielbaren Betriebsergebnisses bildet der Unternehmenserfolg zum Gutachtenszeitpunkt. Bei der Prognose über die künftige Entwicklung ist der Gutachter gezwungen, aus Erkenntnissen über die Vergangenheit Schlüsse für die Zukunft zu ziehen und dies in Annahmen auszudrücken. Da grundsätzlich von der Prämisse der Unternehmensfortführung ausgegangen wird, lässt sich das künftige Betriebsergebnis oftmals aus dem Durchschnittsunternehmensergebnis der letzten drei bis fünf Jahre ableiten. Dennoch dürfen die Vergangenheitswerte nicht unbesehen fortgeschrieben werden. Zur Schätzung des künftigen Betriebsergebnisses sind deshalb auf der Basis der betriebswirtschaftlich bereinigten Vergangenheitsergebnisse und deren Würdigung Überlegungen zur zukünftigen Entwicklung anzustellen¹⁶³. Die künftige Entwicklung ist aufgrund der vorgenommenen Analyse des Markt- und Unternehmensumfeldes zu prognostizieren.

Bei der Schätzung der künftigen Entwicklung ist grundsätzlich von der Weiterführung des Geschäfts im bisherigen Rahmen auszugehen. Das heisst, es ist auf den vorhandenen Unternehmensumfang und das, was daraus erwachsen kann, abzustützen. Künftige Entwicklungen, welche nicht im bisherigen Betriebsergebnis reflektiert waren, sind nur dann zu berücksichtigen, wenn die geplanten Veränderungen zum Unfallzeitpunkt hinreichend in die Wege geleitet sind. Der Einbezug künftiger Massnahmen und Entwicklungen findet bei objektiver Betrachtung dort seine Grenzen, wo Planungen oder Annahmen aus dem Rahmen des Vorhandenen heraustreten. Nur die zum Gutachtenszeitpunkt objektiv erkennbaren Entwicklungen sind für das Gutachten massgebend. Massnahmen, die zum Gutachtenszeitpunkt bereits eingeleitet sind (z.B. Erweiterungsinvestitionen, Ausbildung,

¹⁶³ Schellenberg/Ruf 2007, S. 144.

Strategieänderungen etc.) sind in der Planung der zukünftigen Entwicklung angemessen zu berücksichtigen¹⁶⁴.

In Fällen, in denen ein Unternehmen unrentabel ist, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit betriebswirtschaftlicher Usanz auf den Liquidationswert abzustellen¹⁶⁵. Der Liquidationswert entspricht dem Vermögen abzüglich Verbindlichkeiten, bewertet zu Nettoveräusserungswerten. Ein potentieller Käufer, welcher ökonomisch rational handelt, würde für ein überschuldetes Unternehmen sowohl aufgrund von Rentabilitätsüberlegungen als auch aufgrund der im Unternehmen fehlenden Substanz nichts für das Unternehmen zahlen. In solchen Fällen wäre daher der invalide Unternehmenswert mit null anzusetzen.

4.3.2 Unternehmenswert unter der hypothetischen Annahme einer vollen Erwerbsfähigkeit

Als Basis für die Herleitung des mutmasslich erzielbaren Validengewinns dient die betriebswirtschaftlich bereinigte Erfolgsrechnung, welche um die unfallbedingten Faktoren angepasst wird. Als unfallbedingte Faktoren gelten die bei der Herleitung des Gewinnausfallschadens ermittelten unfallbedingten Mindererträge und Mehraufwendungen.

Das künftig hypothetisch erzielbare valide Betriebsergebnis kapitalisiert mit dem risikogerechten Kapitalisierungszinssatz ergibt den validen Unternehmenswert.

4.3.3 Unfallbedingte Minderung des Unternehmenswertes

Die Wertminderung des Unternehmens kommt erst im Zeitpunkt der Realisation zum tragen, was spätestens bei der Nachfolgeregelung im Pensionsalter des Geschädigten (durch Liquidation oder Verkauf des Unternehmens) der Fall sein wird.

¹⁶⁴ Schellenberg/Ruf 2007, S. 147.

¹⁶⁵ BGE 120 II 259 E. 2b und 2c.

Der Unternehmerschaden

Zur Bestimmung der unfallbedingten Wertminderung wird der Unternehmenswert, wie er sich in invalidem Zustand ergibt, dem hypothetischen validen Unternehmenswert gegenübergestellt. Die Wertdifferenz (= Vermögensschaden infolge Wertminderung des Unternehmens) ist auf den Gutachtenszeitpunkt abzuführen.

5 Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Publikationen werden, wo nicht anders vermerkt, mit dem Nachnamen des Verfassers sowie mit dem Erscheinungsjahr zitiert.

BFS 2006

Bundesamt für Statistik BFS: Selbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Eine Untersuchung zu den Ergebnissen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuchâtel 2006.

BSK OR I - [Bearbeiter]

Honsell, Heinrich et. al. (Hrsg.): Basler Kommentar. Obligationenrecht I, Art. 1 - 529, 4. Aufl., Basel/Bern/Zürich 2007.

Dorn et al. 2007

Dorn, David et al.: Die Berechnung des Erwerbsschadens, Bern 2007.

Dorn et al. 2005

Dorn, David et. al.: Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Form 2005, Zürich 2005, S. 39 ff.

Forstmoser et al. 1996

Forstmoser, Peter et. al.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Forstmoser/Meier-Hayoz 2007

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.

Fuisting 1902

Fuisting, Bernhard: Die Grundzüge der Steuerlehre, Berlin, 1902.

Handkommentar Schweizer Privatrecht - [Bearbeiter]

Amstutz, Marc et. al. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

Hunziker-Blum 2002

Hunziker-Blum, Felix: Die gutachterliche Ermittlung des Erwerbsschadens bei Selbständigerwerbenden, in: Der Schweizer Treuhänder, 4/2002, S. 343 ff.

Mäusli-Allenspach/Oertli 2006

Mäusli-Allenspach, Peter/Oertli, Mathias: Das schweizerische Steuerrecht. Ein Grundriss mit Beispielen, 4. Aufl., Muri/Bern 2006.

Oftinger/Stark 1995

Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.

Peemöller 2001

Peemöller, Volker H. (Hrsg.): Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, Berlin 2001.

Pergolis/Dürr Brunner 2005

Pergolis, Massimo/Dürr Brunner, Cornelia: Ungereimtheiten beim Haushaltschaden, in: HAVE, 3/2005, S. 202 ff.

Riemer-Kafka 2007

Riemer-Kafka, Gabriela et. al. (Hrsg.): Versicherungsmedizinische Gutachten. Ein interdisziplinärer juristisch-medizinischer Leitfaden, Basel 2007.

Rouvinez Mauron 2006

Rouvinez Maron, Antoinette: Fringe Benefits in der Schweiz 2004, in: Die Volkswirtschaft, 9/2006, S. 51 ff.

Schaetzle 2006

Schaetzle, Marc: Wie künftige Lohn- und Kostenentwicklungen sowie Pensionskassenleistungen zu berücksichtigen sind, in: HAVE, 2/2006, S. 136 ff.

Schaetzle/Weber 2001

Schaetzle, Marc/Weber, Stephan: Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001.

Schellenberg/Ruf 2007

Schellenberg, Aldo C. /Ruf, Rahel: Unfallbedingter Erwerbsschaden Selbständig-erwerbender. Betriebswirtschaftliche Gutachten, in: Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Band 45, St. Gallen 2007, S. 117 - 157.

Schmid 2004

Schmid, Markus: Der Erwerbsschaden des Selbständigerwerbenden, Referat anlässlich des Intensivseminars „Die verunfallte selbständig erwerbstätige Person“, durchgeführt vom IRP der Universität St. Gallen am 16./17. Juni 2004 (Tagungsunterlagen).

Süsskind 2004

Süsskind, Marcel: Nachweis des Personenschadens, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich 2004, S. 111 f.

Swiss Insurance Medicine 2009

Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz (Hrsg.): Arbeitsunfähigkeit. Leitlinien zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach Unfällen und bei Krankheit, 2. Aufl., Winterthur 2009.

Versicherungsrecht

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH (Hrsg.): Haftungsrecht, in: Versicherungsrecht 20. April 1977, 28. Jahrgang, Heft 16, Karlsruhe 1977, S. 374 ff.

Von Schanz 1896

Von Schanz, Georg: Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, Finanzarchiv Deutschland, 1896, S. 1-87.

Wyss 1998

Wyss, Lukas: Neue Tendenzen in der Berechnung von Invaliditäts- und Versorgungsschäden, in: Tercier (Hrsg.), Kapitalisierung – Neue Wege, Freiburg 1998, S. 191ff.

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht - [Bearbeiter]

Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band V/1c. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 45-49 OR, 3. Aufl., Zürich 2007.