

Gedanken zum haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommen

Erfolgt nach (keiner) Eingliederung vor (keiner) Rente keine Entschädigung?

Rainer Deecke/¹Ulrich Kurmann²

In der vorliegenden Abhandlung werden die Unterschiede zwischen dem sozialversicherungsrechtlichen und dem haftpflichtrechtlich relevanten tatsächlichen Arbeitsmarkt anhand der aktuellen Rechtsprechung und neuester Studien aufgezeigt. Der haftpflichtrechtlich relevante Erwerbsunfähigkeitsgrad unterscheidet sich erheblich vom sozialversicherungsrechtlichen Invaliditätsgrad. Die Leistungsfestsetzung im Sozialversicherungsrecht erfolgt auf der Basis einer «idealisierten Welt» und nicht auf den für das Haftpflichtrecht relevanten tatsächlichen Gegebenheiten. In einem Exkurs folgen Anmerkungen zur Frage, inwieweit ein sozialversicherungsrechtliches Gutachten im Haftpflichtrecht verwertbar ist. Sodann werden die wichtigsten Schadenminderungs- und beruflichen Massnahmen aufgezeigt und kritisch beleuchtet. Schliesslich erfolgen Thesen, unter welchen Voraussetzungen die Anrechnung eines (haftpflichtrechtlichen) hypothetischen Einkommens nicht mehr zulässig erscheint und von der Vermutung der wirtschaftlichen Nichtverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ausgegangen werden sollte.

La présente contribution expose les différences qui existent entre la notion du marché effectif du travail en droit des assurances sociales et en responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence et des récentes études en la matière. Le degré d'incapacité de gain déterminant en responsabilité civile se distingue considérablement du taux d'invalidité en assurance sociale. En assurance sociale, on procède à la détermination de la prestation réalisable sur la base d'une appréciation idéalisée et non sur la base de données concrètes comme en responsabilité civile. Suivent des réflexions sur l'impact, en responsabilité civile, d'une expertise effectuée en assurance sociale. La contribution présente ensuite de manière critique les importantes mesures destinées à réduire le dommage et les mesures professionnelles. Sont traitées enfin les thèses sur les conditions auxquelles il n'est plus acceptable d'opposer en responsabilité civile la réalisation d'un revenu hypothétique et sur la nécessité de retenir la présomption qu'il est économiquement impossible de concrétiser la capacité résiduelle de gain.

I. Einleitung

In der aussergerichtlichen Schadenregulierung stellen Haftpflichtversicherer oft auf das vom Sozialversicherer errechnete hypothetische Einkommen ab. Allerdings wird in der Rechtsprechung und Lehre seit langer Zeit die Meinung vertreten, dass sich das haftpflichtrechtliche Invalideneinkommen vom sozialversicherungsrechtlichen stark unterscheidet.¹

Im Sozialversicherungsrecht werden die Vergleichseinkommen stets unter Berücksichtigung der Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes errechnet, welcher mit der tatsächlichen Arbeitsmarktlage nur wenig gemein hat.² In den letzten 10 bis 15 Jahren ist dieser reale Arbeitsmarkt für bestimmte Personengruppen immer härter geworden, währenddem man auf der anderen Seite beim Studium von aktuelleren Bundesgerichtsurteilen aus Luzern den Eindruck gewinnt, der im Sozialversicherungsrecht zum Tragen kommende ausgeglichene Arbeitsmarkt entferne sich immer weiter von der Realität. Eine strenge Praxis im Sozialversicherungsrecht und eine restriktive Versicherungsmedizin führen schliesslich dazu, dass heute immer mehr Personen keine oder nur geringe Sozialversicherungsleistungen erhalten. Sie gelten als «zu gesund» für die IV, aber «zu krank», um auf dem tatsächlichen Arbeitsmarkt Fuss zu fassen. Erschwerend kommt hinzu, dass viele Geschädigte bei der IV kaum oder gar nicht beruflich

¹ Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, schadenanwaelte AG, Zug.

² Rechtsanwalt, schadenanwaelte AG, Zug. Die Autoren vertreten ausschliesslich Geschädigte.
Wir danken RA Patrick Wagner und RA Silvio Riesen für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ WALTER FELLMANN/ANOREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaltungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, Rz. 1640 mit Hinweisen; HARDY LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich/Basel/Genève 2007, 243 ff.; STEPHAN WEBER, Beeinflusst die IV-Revision die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht? HAVE 2006, 265.

² BGE 127 V 298 E. 4c.

unterstützt werden und ohne Eingliederung sowie ohne Rente immer häufiger bei der Fürsorge landen.³ Aus haftpflichtrechtlicher Optik stellt sich die Frage, wer für den durch Langzeitarbeitslosigkeit oder Aussteuerung verursachten Lohnausfall aufzukommen hat.

II. Das sozialversicherungsrechtliche Invalideneinkommen

A. Allgemeines

Gemäss Art. 16 ATSG wird das Invalideneinkommen nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen unter Berücksichtigung der ausgeglichenen Arbeitsmarktlage bemessen, wobei auf eine zumutbare Tätigkeit abgestellt wird. Auf das tatsächlich erzielte Einkommen wird nur dann abgestellt, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen gegeben sind:⁴

- Besonders stabile Arbeitsverhältnisse;
- Die verbleibende Restarbeitsfähigkeit wird voll ausgeschöpft⁵;
- Die Entlohnung erscheint in Bezug auf die Arbeitsleistung angemessen und stellt keinen Soziallohn dar.

Erzielt die versicherte Person kein tatsächliches Invalideneinkommen oder sind die obigen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird praxisgemäss auf einen Tabellenlohn abgestellt, wobei die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) herangezogen wird.⁶

B. Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes

1. Definition

Die Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes beschreibt ein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage an Arbeitskräften. Es wird angenommen, es stünden unterschiedlichste Stellen für Personen jeglicher beruflicher und intellektueller Herkunft sowie für sämtliche körperlichen Voraussetzungen zur Verfügung.⁷ Laut Bundesgericht handelt es sich beim ausgeglichenen Arbeitsmarkt um eine «theoretische Grösse» und es könne daher nicht leichtthin angenommen werden, die Restarbeitsfähigkeit sei nicht verwertbar.⁸ Der ausgeglichene Arbeitsmarkt beinhaltet

zudem diverse Nischenarbeitsplätze, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen des Arbeitgebers rechnen können.⁹ Auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt wird selbst dann abgestellt, wenn es für die versicherte Person im Einzelfall «sehr schwierig oder gar unmöglich ist», im realen Arbeitsmarkt eine entsprechende Stelle zu finden.¹⁰ Der Sozialversicherungsträger hat dabei zumutbare Arbeitsgelegenheiten und Verdienstaussichten rechtsprechungsgemäss nicht im Detail darzulegen und zu beschreiben.¹¹ Dies zeigt sich in der Praxis oft in der Standardformulierung, eine «leichte, wechselbelastende Tätigkeit» sei zumutbar.

Nur wenn das Finden einer Stelle auch auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt «ausgeschlossen» ist, wird von der Nichtverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ausgegangen. Dies wurde vom Bundesgericht beispielsweise im Falle eines unter einer schweren Lungenerkrankung leidenden Versicherten angenommen. Aufgrund der Progredienz des Leidens sei mit vermehrten gesundheitlichen Absenzen zu rechnen, was die Taggeldversicherung eines kleineren Unternehmens übermässig belasten könne. Zudem wäre ein zusätzliches Entgegenkommen des Arbeitgebers und der Mitarbeiter notwendig gewesen, weil der Versicherte ständig auf ein unhandliches Sauerstoffgerät angewiesen war.¹²

Ausgeschlossen ist das Finden einer Stelle auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt etwa dann nicht, wenn eine versicherte Person nur noch sehr leichte bis leichte Arbeiten in rückenschulgerechter Haltung und ohne Zeitdruck, im Wechsel zwischen Gehen, Stehen und mit Dominanz im Sitzen ausführen kann und kleine Erholungspausen für Gymnastik und Entspannung benötigt.¹³ Eine Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ist auch bei einer Versicherten gegeben, die aufgrund einer Agoraphobie (Platzangst) mit Panikstörung nur noch in einem grossen Raum mit direktem Zugang ins Freie arbeiten kann.¹⁴ Der ausgeglichene Arbeitsmarkt hält zudem auch genügend Stellen für ältere Arbeitnehmer zur Verfügung, sodass ein Berufswechsel auch einem 62-jährigen Barpianisten zumutbar ist.¹⁵ Immerhin soll die versicherte Person nicht auf aussterbende Berufe

³ Kostenentwicklung in der Sozialhilfe, Kommentar zum Bericht des Bundesrates «Kostenentwicklung in der Sozialhilfe», 2017, SKOS, 5.

⁴ BGE 135 V 297 E. 5.2.

⁵ Wird die verbleibende Arbeitsfähigkeit pensenmässig nicht ausgeschöpft, wird der tatsächliche Verdienst auf eine Vollzeitätigkeit hochgerechnet. Es wird m.a.W. kein Tabellenlohn herangezogen (vgl. Urteil des BGER 9C_720/2012 vom 11. Februar 2013 E. 2.3.2).

⁶ BGE 129 V 472 E. 4.2.1.

⁷ BGE 127 V 298 E. 4c.

⁸ Urteil des BGER 8C_724/2012 vom 8. Januar 2013 E. 4.3.

⁹ Urteil des BGER 9C_485/2014 vom 28. November 2014 E. 2.2; 8C_514/2013 vom 29. August 2013 E. 4.2; 8C_94/2018 vom 2. August 2018 E. 6.2.

¹⁰ Urteil des BGER 8C_237/2011 vom 19. August 2011 E. 2.3.

¹¹ Urteil des BGER 8C_94/2018 vom 2. August 2018 E. 6.2.

¹² Urteil des BGER 9C_485/2014 vom 28. November 2014 E. 3.3.3, 11.

¹³ Urteil des BGER 8C_94/2018 vom 2. August 2018 E. 6.3.

¹⁴ Urteil des BGER 9C_191/2015 vom 1. Juni 2015 E. 3.2.

¹⁵ Urteil des BGER 8C_982/2017 vom 23. August 2018.

verwiesen werden oder auf Tätigkeiten, welche auf dem Stellenmarkt nicht mehr nachgefragt werden.¹⁶ Die praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung ist allerdings gering.

2. Tabellenlöhne

a. Lohnstrukturerhebung (LSE)

Spiegelbild des ausgeglichenen Arbeitsmarktes im Sozialversicherungsrecht ist die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (nachfolgend: LSE), welche alle zwei Jahre im Oktober aktualisiert wird. Die Lohndaten werden von über 35 000 Arbeitgebern erhoben und umfassen rund 1,7 Millionen Arbeitnehmende (Situation für 2012).¹⁷ Die Lohnstrukturerhebung unterscheidet nicht zwischen gesunden und kranken Arbeitnehmern. Es handelt sich nicht um eine Statistik, welche eine Aussage zulassen würde, wie viel Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen tatsächlich verdienen können. Bei der Ermittlung des hypothetischen Invalideneinkommens wird bei Personen, welche nach Eintritt der Invalidität keine Stelle mehr finden, praxismässig auf die gesamtschweizerische LSE-Tabelle TA1 und den darin enthaltenen Totalwert abgestellt.¹⁸

b. «Serienbruch» mit der LSE 2012

Mit der LSE 2012 wurde die Erhebungsmethode an statistische Reglemente der Europäischen Union angepasst. Die früher nach Anforderungsniveau 1–4 aufgeteilten Tabellen wurden durch anders zusammengestellte Kompetenzniveaus ersetzt. Dies führte zu einem «Serienbruch». Männer im Anforderungsniveau 4 der LSE 2010 wiesen einen monatlichen Durchschnittslohn von CHF 4901 auf, währenddem dieser sich bei der LSE 2012 im vergleichbaren Kompetenzniveau 1 auf CHF 5210 beläuft. Es ist somit ein Plus von 6,3% eingetreten, welches nicht einzig mit der Nominallohnentwicklung, sondern vor allem mit der geänderten statistischen Auswertung erklärt werden kann. Bei Frauen im vergleichbaren Bereich ist hingegen ein Minus von 2,7% eingetreten.¹⁹ Das Bundesgericht geht trotz der veränderten Methode gleichwohl von der Anwendbarkeit der LSE 2012 und deren Nachfolgern aus.²⁰

c. Leidensbedingte Abzüge

Tabellenlöhne können nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Ermessen des Rechtsanwenders reduziert werden, wenn anzunehmen ist, dass eine versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens ihre Restarbeitsfähigkeit nur noch mit unterdurchschnittlichem Erfolg verwerten kann. Ursprünglich handelte es sich dabei um einen sog. «Schwerstarbeiterabzug», welcher sich nach und nach zu einem allgemeinen behinderungsbedingten Abzug entwickelte. Dabei sind sämtliche Umstände anhand des konkreten Einzelfalls in Erwägung zu ziehen und der Abzug schliesslich gesamthaft zu schätzen. Der maximale Abzug vom Tabellenlohn wurde vom Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2000 auf 25% festgelegt.²¹ An diesem Maximalabzug hält das Bundesgericht trotz der nachfolgend aufzuzeigenden Divergenzen zum tatsächlichen Arbeitsmarkt sowie trotz des «Serienbruchs» durch die LSE 2012 fest.²² In der Praxis zeigt sich, dass früher wesentlich höhere leidensbedingte Abzüge von den Behörden und Gerichten gewährt wurden, als dies heute der Fall ist.²³

Hält der ausgeglichene Arbeitsmarkt genügend Stellen zur Verfügung, können nur solche Umstände zu einem Abzug vom Tabellenlohn führen, die auch auf diesem Arbeitsmarkt als «ausserordentlich» zu bezeichnen sind.²⁴ Allein die Tatsache, dass jemand auf einen Nischenarbeitsplatz angewiesen ist, während langer Zeit arbeitslos war oder eines sozialen Entgegenkommens des Arbeitgebers bedarf, rechtfertigt grundsätzlich keinen Anspruch auf einen leidensbedingten Abzug vom Tabellenlohn. Weiter gibt es in der Regel keine Abzüge für das Risiko von vermehrten gesundheitlichen Absenzen,²⁵ für grösseren Betreuungsaufwand und verstärkte Rücksichtnahme von Vorgesetzten und Arbeitskollegen²⁶ oder bei weniger Flexibilität, was das Leisten von Überstunden etwa bei Verhinderung eines Mitarbeiters anbelangt.²⁷

Weiter geht das Bundesgericht davon aus, dass sich das Alter nicht zwingend lohnsenkend, sondern unter Umständen bei Stellen ohne Kaderfunktion gar lohner-

¹⁶ Urteil des EVG 1 85/03 vom 23. Oktober 2003 E. 4.2 mit Hinweisen.

¹⁷ Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE 2012). Codebook, des Bundesamts für Statistik (BFS).

¹⁸ Urteil des BGer 8C_457/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 6.2; 8C_307/2017 vom 26. September 2017 E. 5.2; TA1-Tabelle, abrufbar unter <www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/327886/master>, besucht am 30.9.2018.

¹⁹ BGE 142 V 178 E. 253 I.

²⁰ BGE 142 V 178 E. 258 I.

²¹ BGE 126 V 75 E. 5; 134 V 322 E. 6.2.

²² Urteil des BGer 8C_133/2018 vom 26. Juni 2018 E. 5.

²³ Plakatativ wird dies, wenn es um Rentenrevisionen geht und die Behörde den früher anerkannten leidensbedingten Abzug im Revisionsverfahren nicht mehr gewährt. Bei einer Rentenrevision ist die Behörde nicht an die Invaliditätsbemessung von damals gebunden (vgl. Urteil des BGer 9C_756/2017 vom 27. Juni 2018 E. 3.3).

²⁴ Urteil des BGer 9C_366/2015 vom 22. September 2015 E. 4.3.1 mit Hinweis; vgl. auch Urteil des BGer 8C_693/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.2.1 mit Hinweis.

²⁵ Urteil des BGer 9C_584/2015 vom 15. April 2016 E. 6.2.

²⁶ Urteil des BGer 9C_191/2015 vom 1. Juni 2015 E. 3.2.

²⁷ Urteil des BGer 9C_898/2015 vom 7. April 2016 E. 3.2.

höhend auswirken kann.²⁸ So werden Hilfsarbeiten bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage altersunabhängig nachgefragt.²⁹ Dass die Stellensuche altersbedingt erschwert ist, erachtet das Bundesgericht für nicht relevant. Es qualifiziert diesen Umstand als invaliditätsfremd.³⁰ Das Bundesgericht geht weiter davon aus, dass ein sog. «Teilzeitabzug» bei Versicherten mit voller Arbeitsfähigkeit, aber reduzierter Leistungsfähigkeit nicht gerechtfertigt sei.³¹ Auf der anderen Seite rechtfertigt auch eine teilzeitbedingte Lohndifferenz von 5,85% keinen zusätzlichen leidensbedingten Abzug, da es sich laut Bundesgericht nicht um eine «überproportionale Lohneinbusse» handelt.³² Ein Ausländer mit Niederlassungsbewilligung C, der eine statistische Lohndifferenz von 3% hinnehmen muss, hat ebenfalls nicht zwingend einen Anspruch auf einen Abzug.³³ Schliesslich können nur Umstände berücksichtigt werden, die nicht bereits in die medizinische Einschätzung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit eingeflossen sind.³⁴

3. Exkurs: Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) der Suva

Eine besondere Form der Festsetzung des Invalideneinkommens ist die sogenannte Dokumentation von Arbeitsplätzen (nachfolgend: DAP) der Suva.³⁵ Die Suva hat die Invaliditätsbemessung stets aufgrund der DAP zu eruieren, sofern dies möglich ist.³⁶ Es handelt sich bei der DAP um eine interne Datenbank von tatsächlich existierenden Arbeitsplätzen. Die Datenbank umfasst über 6000 Arbeitsplätze.³⁷ Die Dokumentation beinhaltet neben allgemeinen Angaben und den Verdienstmöglichkeiten auch die körperlichen Anforderungen, welche der einzelne Arbeitsplatz an den Arbeitnehmer stellt.

Die Datenbank ermöglicht es der Suva, gestützt auf das zumutbare Tätigkeitsprofil aus fünf DAP-Profilen den Durchschnittslohn und damit ein Invalideneinkommen abweichend vom Lohn basierend auf der LSE zu errechnen. Zusätzlich zu den fünf DAP-Profilen sind die Gesamtzahl der zumutbaren Arbeitsplätze, der jeweilige Höchst- und Tiefstlohn des einzelnen Arbeitsplatzes sowie der Durchschnittslohn der Gesamttreffer offenzulegen.³⁸ Abzüge im DAP-System sind laut Bundes-

gericht nicht zulässig, da den konkreten Umständen des Einzelfalls mittels individueller Auswahl der fünf DAP-Stellen sowie bei der Festlegung des einzelnen Lohnes innerhalb des Höchst- und Tiefstlohnes im DAP-Blatt Rechnung getragen werden kann.³⁹

Das Bundesgericht hält trotz der Kritik, dass die Datenbank nicht frei zugänglich ist, an der DAP fest.⁴⁰ Bedeutsam ist zudem, dass die Mehrheit der dokumentierten Arbeitsplätze aus dem Industriesektor stammt. Oftmals umfasst denn auch die von der Suva getroffene Auswahl mindestens vier von fünf DAP-Arbeitsplätzen aus dem Industriesektor. Das Bundesgericht erachtet dies jedoch für nicht relevant, weil auch das Valideneinkommen von Suva-Versicherten mehrheitlich aus dem Produktions- und Dienstleistungsbereich errechnet werde (Art. 66 UVG).⁴¹ Damit wird u.E. übersehen, dass in den westlichen Industrienationen seit längerem ein weitreichender Strukturwandel stattfindet, welcher sich dadurch kennzeichnet, dass in der Industrie immer mehr Stellen mit niedrigem Anforderungsniveau verschwinden. Die Mehrheit der niedrigqualifizierten, vom Stellenabbau betroffenen Industriearbeiter wird langfristig nur im einfachen Dienstleistungssektor Arbeit finden. Solche Stellen sind jedoch aus Gründen der Produktivität wesentlich schlechter entlohnt als vergleichbare Arbeitsplätze im Industriebereich.⁴² Es ist daher denkbar, dass durch eine solche Auswahl ein zu hohes Invalideneinkommen errechnet wird. Wenn zudem eine Anstellung im Industriesektor für von Arbeitslosigkeit betroffene Versicherte aufgrund des Strukturwandels eher unwahrscheinlich erscheint, ist auch die als Vorteil bezeichnete «bessere Anschaulichkeit für die Aufzeigung zumutbarer Stellen»⁴³ infrage gestellt. Korrekterweise müsste die Zusammensetzung der fünf Arbeitsplätze bei niedrigqualifizierten Versicherten (mehrheitlich) auch Stellen aus dem einfachen Dienstleistungssektor umfassen und so die tatsächliche Struktur des Arbeitsmarktes abbilden.⁴⁴

²⁸ Urteil des BGE 8C_805/2016 vom 22. März 2017 E. 3.4.2; 8C_552/2017 vom 18. Januar 2018 E. 5.4.1.

²⁹ Urteil des BGE 8C_403/2017 vom 25. August 2017 E. 4.4.1.

³⁰ Urteil des BGE 8C_552/2017 vom 18. Januar 2018 E. 5.4.1.

³¹ Urteil des BGE 9C_762/2016 vom 13. Februar 2017 E. 5.

³² Urteil des BGE 8C_699/2017 vom 26. April 2018 E. 3.1.

³³ Urteil des BGE 8C_736/2017 vom 20. August 2018 E. 4.3.

³⁴ Urteil des BGE 8C_97/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2.

³⁵ STEFAN A. DETTWILER, Suva «DAP» nicht im Dunkeln – Invalidenlohn-bemessung anhand konkreter Arbeitsplätze [DAP], SZS 2006, 6 ff.

³⁶ Urteil des BGE 8C_443/2016 vom 11. August 2016 E. 5.3.

³⁷ BGE 129 V 472 E. 4.2.1.

³⁸ BGE 129 V 472 E. 4.2.1.

³⁹ BGE 129 V 472 E. 4.2.3.

⁴⁰ BGE 139 V 592; zur Kritik: ALEXANDRA RUMD-JUNGO/ANDRÉ PIERRE HOIZER, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 136 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR *Yvon gegen Frankreich* vom 24. April 2003, Urteil Nr. 44962/09, betreffend den einer Verfahrnspartei vorbehaltenen Zugriff auf das Grundbuch; RAINER DEECKE/HOLGER HÜGEL, Bei der Suva «DAP»en Sie in die Falle!, HAVE 2012, 24 ff.

⁴¹ BGE 139 V 592 E. 7.2.

⁴² DOMINIQUE CUENY/GEORGE SHELDON, Arbeitsmarktintegration von EU/EFTA-Bürgerinnen und Bürgern in der Schweiz, Schlussbericht zu einer Studie im Auftrag des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 21. Januar 2011 der Forschungsstelle für Arbeitsmarkt- und Industriebönomik der Universität Basel, 3 ff., abrufbar unter <<https://edoc.unibas.ch/23594/>>, besucht am 30.9.2018.

⁴³ ULRICH MEYER/MARCO REICHMUTH, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 28a IVG N 86.

⁴⁴ DEECKE/HÜGEL (Fn. 40), 24 ff.

III. Das zumutbare Invalideneinkommen im Haftpflichtrecht

A. Einführung

Im Haftpflichtrecht wird der Erwerbsschaden konkret errechnet. Dabei wird bezüglich dem nach Eintritt des Gesundheitsschadens noch zumutbaren Einkommen nicht wie im Sozialversicherungsrecht auf die Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes, sondern auf die «konkret vorliegende und absehbare Arbeitsmarktlage» abgestellt.⁴⁵ Es gibt also keine Nischenarbeitsplätze wie «Sand am Meer» und auch soziale Arbeitgeber sind nicht «an jeder Ecke» zu finden. Vielmehr tritt der Geschädigte in den Wettbewerb mit allen anderen Stellenbewerbern, wovon die Mehrzahl keine arbeitsrelevanten gesundheitlichen Probleme aufweist.

Weiter sind im Haftpflichtrecht im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht auch invaliditätsfremde Faktoren beachtlich. Im Sozialversicherungsrecht sind gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG «ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen». Im Haftpflichtrecht müssen hingegen alle Gegebenheiten des Einzelfalls in die Zumutbarkeitsbeurteilung einfließen. Der Haftpflichtige kann sich den Geschädigten nicht aussuchen.⁴⁶ Die haftpflichtige Partei hat entsprechend auch für invaliditätsfremde Umstände einzustehen, falls diese den Schaden mitverursachen, begünstigen oder aufrechterhalten. Es gilt entsprechend der Grundsatz, dass das Setzen einer Teilersache die Haftung für den Schaden begründet.⁴⁷ Der daraus abgeleitete haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeitsgrad unterscheidet sich somit meist erheblich vom sozialversicherungsrechtlichen Invaliditätsgrad.⁴⁸ Der Zivilrichter ist denn auch richtigerweise nicht an die Invaliditätsbemessung des Sozialversicherungsrichters gebunden.⁴⁹

B. Schadenminderungspflicht

1. Inhalt der Schadenminderungspflicht

Die Frage, ob und allenfalls in welcher Höhe dem Geschädigten ein hypothetisches Invalideneinkommen angerechnet werden darf, hängt davon ab, ob ihm eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden kann. Der entstandene Schaden ist vom Ersatzpflichtigen nur in dem Umfang zu ersetzen, wie er

entstanden wäre, wenn der Geschädigte der Schadenminderungspflicht nachgekommen wäre. Dem Geschädigten obliegt es, zur Minderung des Schadens alles zu tun, was ihm persönlich zugemutet werden kann. Als Massstab für diese Einzelfallbeurteilung wird das Verhalten eines vernünftigen Menschen in derselben Lage, der keinen Ersatz des Schadens zu erwarten hat, herangezogen.⁵⁰ Die Anforderungen an den Geschädigten dürfen jedoch nicht überspannt werden. WEBER verweist dabei analog auf die Rettungspflicht nach Art. 61 VVG, die den Anspruchsberechtigten nur, aber immerhin verpflichtet, «tunlichst» für die Minderung des Schadens zu sorgen.⁵¹ Was vom Geschädigten erwartet werden kann, ist mit anderen Worten in Anbetracht der gesamten individuellen und äusseren Umstände zu beurteilen. Ein Geschädigter, der seiner Erwerbstätigkeit verletzungsbedingt nur noch eingeschränkt nachgehen kann, hat seine verbleibende Arbeitskraft so gut wie möglich auf dem «realen» Arbeitsmarkt zu verwerten.

2. Beweislast und Folgen der Schadenminderungspflichtverletzung

Der Geschädigte hat grundsätzlich seinen Schaden zu beweisen. Eine allfällige Verletzung der Schadenminderungspflicht ist jedoch vom Ersatzpflichtigen beweiskräftig darzulegen. Gelingt es dem Ersatzpflichtigen, das Gericht davon zu überzeugen, dass Schadenminderungsmassnahmen nicht oder nicht genügend getroffen worden sind, obliegt es dem Geschädigten, im Rahmen des Gegenbeweises zumindest Zweifel an der Sachdarstellung des Ersatzpflichtigen zu wecken.⁵² Das Bundesgericht begründet dies damit, dass nur der Geschädigte darlegen könne, weshalb er nicht gehalten sein sollte, die vom Ersatzpflichtigen behaupteten und zur Überzeugung des Gerichts dargelegten Vorkehrungen zur Schadenminderungspflicht zu treffen.⁵³ Das Bundesgericht bezeichnet die Wahrnehmung der Schadenminderungspflicht als eine Obliegenheit, deren Verletzung bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen ist.⁵⁴ Mit anderen Worten kann dem Geschädigten bei einer festgestellten Verletzung der Schadenminderungspflicht ein entsprechendes hypothetisches Einkommen angerechnet werden.⁵⁵ Auf der anderen Seite muss sich zum Beispiel eine Zahnarztwitwe, die trotz

⁴⁵ Urteil des BGER 4C 263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 117 II 609 E. 9.

⁴⁶ BGE 113 II 86 E. 3b.

⁴⁷ WEBER (Fn. 1), 265.

⁴⁸ HARDY LANDOLT, Zürcher Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 45-49 OR, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 46 OR N 497 ff.

⁴⁹ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 1), Rz. 1640 mit Hinweisen.

⁵⁰ BGE 130 III 182 E. 5.5.1 mit Hinweisen; Urteil des BGER 4C 177/2006 vom 22. September 2006 E. 2.2.1; 5A_45/2009 vom 29. Juni 2009 E. 3.2.2.

⁵¹ STEPHAN WEBER, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, 140.

⁵² Urteil des BGER 4A_127/2011 vom 12. Juni 2011 E. 8.2.

⁵³ Urteil des BGER 4A_127/2011 vom 12. Juni 2011 E. 8.2.

⁵⁴ Urteil des BGER 4A_127/2011 vom 12. Juni 2011 E. 8.2. A.M. WEBER (Fn. 1), 265.

⁵⁵ Urteil des BGER 4C 83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4; 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 8.2.

Kleinkindern eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, den damit erzielten Erwerb nicht auf ihre Versorger-schadenersatzansprüche anrechnen lassen, weil sie damit mehr als das ihr Zumutbare macht.⁵⁶

C. Individuelle Voraussetzungen

Bei der Beurteilung der Schadenminderungspflicht und allenfalls der Bemessung des hypothetischen Invalideneinkommens sollen neben dem realen Arbeitsmarkt auch sämtliche individuellen Gegebenheiten der geschädigten Person berücksichtigt werden. Es sind dies etwa:⁵⁷

- Persönlichkeit des Geschädigten;
- Berufliche Fähigkeiten und Handfertigkeiten;
- Anpassungsfähigkeit und Intelligenz;
- Alter und Bildungsgrad.

Den dargelegten Punkten entsprechend müssen auch die Sprachkenntnisse, die Herkunft, das soziale und familiäre Umfeld, soziokulturelle Umstände, psychosoziale Faktoren, allenfalls bestehende Suchterkrankungen sowie die bisherige berufliche Laufbahn des Geschädigten berücksichtigt werden.

D. Der «reale» Arbeitsmarkt für gesundheitlich beeinträchtigte Stellensuchende in der Schweiz

Auf dem heutigen Arbeitsmarkt ist die erfolgreiche Wiedereingliederung für gewisse Personengruppen bedeutend schwieriger als für den Durchschnitt. Vor allem für geringqualifizierte Personen, die einfache, repetitive Tätigkeiten ausführen, ist die Arbeitsmarktlage kritisch. Dies aufgrund der Verlagerung von einer gewerblichen und industriellen zu einer dienstleistungs- und wissensorientierten Gesellschaft, aber auch bedingt durch die zunehmende Internationalisierung und die dadurch geschaffene Auslagerung von einfachen Tätigkeiten ins Ausland. Es scheint, als würde sich dieser Trend in den nächsten Jahren weiter akzentuieren.⁵⁸

Umfassende Studien zum Thema Wiedereingliederung und zu den Löhnen von Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen gibt es in der Schweiz keine. Dementsprechend orientieren sich die Autoren an Statistiken, die nur über einzelne oder alle Personengruppen erstellt wurden. Die nachfolgenden Faktoren wirken sich auf dem realen Arbeitsmarkt negativ aus:

1. Alter

Obwohl die Schweiz in der OECD eine der höchsten Erwerbstätigenquoten bei über 55-Jährigen hat, ist es für diese Personengruppe immer schwieriger, nach einer einmal eingetretenen Arbeitslosigkeit wieder eine Stelle zu finden. Im Vergleich zum gesamtschweizerischen Durchschnitt dauert es entsprechend ca. 1,5-mal so lange, bis sie wieder eine Stelle finden.⁵⁹

Der Anteil der über 50-jährigen Arbeitslosen ist von 18% im Jahre 2003 auf heute über 26% gestiegen.⁶⁰ Von den Stellensuchenden über 50 sind heute 27,2% langzeitarbeitslos. Bei den jüngeren, 25- bis 49-Jährigen sind es hingegen nur 14,2%. Bis zum Alter von 54 Jahren beträgt die durchschnittliche Taggeldbezugsdauer 6,5 Monate. Ab 55 Jahren steigt sie auf 8,1 Monate und für 63- bis 64-Jährige auf 12 Monate an.⁶¹ Arbeitgeber bevorzugen vielfach jüngere und billigere Arbeitskräfte, was den Zugang zum Arbeitsmarkt für ältere Personen deutlich erschwert.⁶² Benachteiligt sind ältere Arbeitssuchende schliesslich auch deswegen, weil sie höhere Lohnnebenkosten verursachen. Bei einem 55-Jährigen hat der Arbeitgeber 9% des um den Koordinationabzug verminderten Bruttoeinkommens als Prämie an die berufliche Vorsorge zu bezahlen. Bei einem 25-Jährigen sind es bloss 3,5% (Art. 16 BVG). Über 55-Jährige werden schliesslich von der Arbeitslosenversicherung überdurchschnittlich häufig ausgesteuert.⁶³ Viele der ausgesteuerten Personen in diesem Alter melden sich nicht bei der Sozialhilfe an.⁶⁴ Trotzdem steigen die Zahl der unterstützten Personen sowie die Quote der Bezüger an sich an. Zwischen 2010 und 2016 ist die Zahl der älteren Sozialhilfebezüger um 50,5% gestiegen, währenddem gleichzeitig der IV-Rentenbestand trotz Bevölkerungswachstum zunahm.⁶⁵

⁵⁶ BGE 119 II 361.

⁵⁷ Urteil des BGer 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 8 2; 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4.

⁵⁸ Megatrends und Zukunftsbilder, Studie im Auftrag des Schweizerischen Arbeitgeberverbands (SAV), Olten, 7.5.2018, 5, 8; GEORGE SHELLOON, Der berufsstrukturelle Wandel der Beschäftigten in der Schweiz 1970-2000, Neuchâtel 2005, 20, 57; CUENI/SHELLOON (Fn. 42), 3 ff.

⁵⁹ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Bericht «Ältere Arbeitslose (50+)», Bern 2017; ECOPLAN, Auswirkungen der Arbeitslosigkeit auf Einkommen und Erwerbsbiografien, Eine quantitative Analyse für die Schweiz im Zeitraum 1992 bis 2010, Schlussbericht vom 20. Juni 2013 zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 20. Juni 2013, 21.

⁶⁰ SECO (Fn. 59), 12.

⁶¹ SECO (Fn. 59), 3; STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Indikatoren zur Situation älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Grundlagen für die nationale Konferenz vom 26. April 2018, 4, 20; ECOPLAN (Fn. 59), 116.

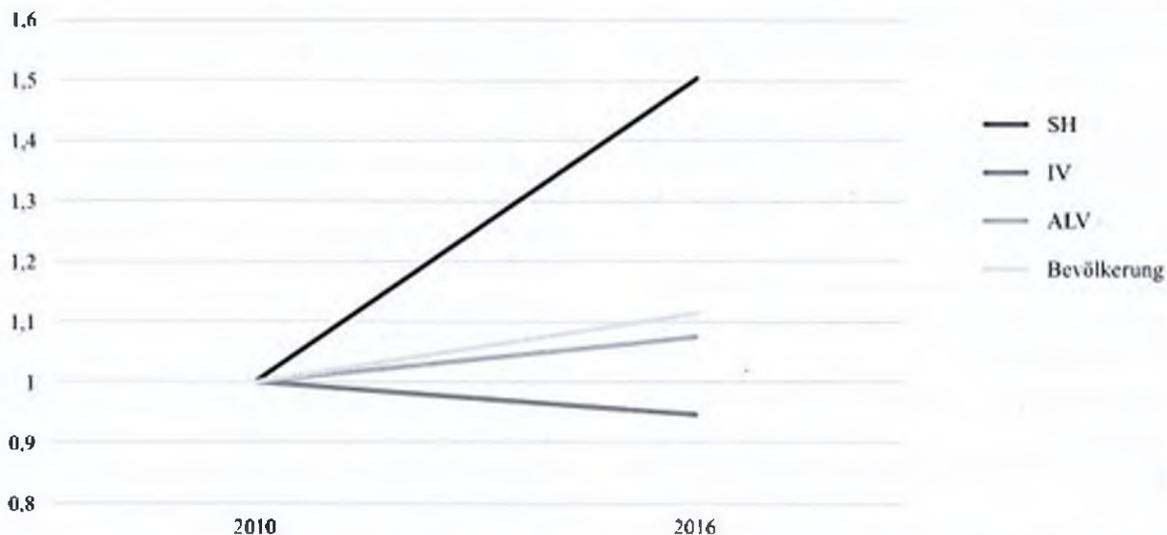
⁶² SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE SKOS, Alternativen zur Sozialhilfe für über 55-Jährige, Vorschläge der SKOS für eine nachhaltige Verbesserung der Lebenslagen von Erwerbslosen und Sozialhilfebeziehenden über 55, Positionspapier der SKOS, Bern 22. Februar 2018, 2.

⁶³ SECO (Fn. 59), 3.

⁶⁴ SECO (Fn. 61), 4.

⁶⁵ SKOS (Fn. 62), 2, 4; SECO (Fn. 61), 4, 10.

Vergleich der Entwicklung der Anteile 55+ der Bevölkerung der ALV, der IV und der SH (indexiert)



Quellen: BEVNAT, ESPOP, STATPOP, BFS – Statistisches Lexikon der Schweiz, IV-Statistik, ALV-Statistik, eigene Darstellung

Anzahl Personen ab 55 jeweils in	2010	2016
Sozialhilfe*	20011	30110
Invalidenversicherung**	99518	94278
Arbeitslosenversicherung***	20271	21820
Bevölkerung****	946647	1056520

* gemäss BFS-Statistik, STATPOP

** gemäss IV-Statistik, T6.6.1

*** Durchschnitt registrierte Arbeitslose¹⁷ gem. SECO (2010, 2016)

**** BFS, STAT-TAB 2010 und 2016

2. Migrationshintergrund

Die Arbeitslosenquote von ausländischen Arbeitskräften liegt um mehr als das Zweifache über derjenigen ihrer Schweizer Kollegen.⁶⁵ Einmal arbeitslos haben es Personen ausländischer Herkunft im Vergleich zu Schweizern zudem schwerer, wieder eine Stelle zu finden.⁶⁷ Die besten Chancen auf eine nachhaltige Wiedereingliederung haben Schweizer, gefolgt von EU/EFTA-Bürgern. EU-Osteuropäer weisen im Vergleich zu den restlichen EU-Bürgern eine deutlich geringere Wahrscheinlichkeit auf, sich nachhaltig zu integrieren.⁶⁸ Rund die Hälfte der Arbeitslosen mit ausländischer Herkunft ist von mehrfacher Arbeitslosigkeit

betroffen.⁶⁹ Mehrfacharbeitslose Personen haben unabhängig von der Nationalität im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern das tiefste Lohnwachstum in den drei der Arbeitslosigkeit folgenden Jahren.⁷⁰

3. Berufsgruppe

Der Erfolg einer Wiedereingliederung hängt zu einem grossen Teil von der Berufsgruppe ab, in der man Arbeit sucht. Dementsprechend fällt es Personen, welche in der grafischen Industrie, in den meisten der verarbeitenden sowie in künstlerischen Berufen, in Berufen der Geistes- und Naturwissenschaften, in Berufen im Sektor Post- und Fernmeldewesen sowie in Berufen im Medienbereich Arbeit suchen, besonders schwer, wieder eine Stelle zu finden.⁷¹ Weiter gibt es Berufe, die zusätzlich ein erhöhtes Risiko bergen, nur eine vorübergehende und keine nachhaltige Eingliederung

der beobachteten Zeit von 30 Monaten erwerbstätig waren und ein monatliches Einkommen von über CHF 2500 erzielten.

⁶⁵ ECOPLAN (Fn. 59), 20, 115.

⁶⁶ ECOPLAN (Fn. 59), 28.

⁶⁷ AMOSA (Fn. 67), 22; SECO (Fn. 67), 5.

⁶⁴ CUENI/SHELDON (Fn. 42), 92 f.

⁶⁸ ROBERT FLUNDER et al., Berufliche Integration von arbeitslosen Personen, Schlussbericht zuhanden des SECO, Bern, Februar 2017, 107, 116; ECOPLAN (Fn. 59), 21, 116; ARBEITSMARKTBEOBACHTUNG OSTSCHWEIZ, AARGAU, ZUG UND ZÜRICH (AMOSA), Brennpunkt Arbeitslosigkeit – Ergebnisse, Trends und Perspektiven, Zürich 2013, 22; STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Bericht Langzeitarbeitslosigkeit, Bern 2013, 6.

⁶⁹ FLUNDER et al. (Fn. 67), 66; gemäss Schlussbericht, IV, gelten Personen dann als nachhaltig in den Arbeitsmarkt integriert, wenn sie in 80%

zu gewähren. Dies ist zum Beispiel im Gastgewerbe sowie bei persönlichen Dienstleistungen (Kindererziehung, Raumpflege, Gebäudereinigung, Haushaltshilfe, Textilreinigung etc.) der Fall. In beiden letztgenannten Sektoren erfolgen 41% der Wiedereingliederungen nicht nachhaltig.⁷²

Risikoberufe, welche die Chance auf eine nachhaltige Erwerbsintegration schmälern, wurden anhand von verschiedenen empirischen Studien identifiziert. Folgende gehören dazu:⁷³

- Berufe der Land-, Forstwirtschaft und Tierzucht;
- Berufe der Lebens- und Genussmittelherstellung und -verarbeitung;
- Berufe der Textil- und Lederherstellung sowie -verarbeitung;
- Berufe der Metallverarbeitung und des Maschinenbaus;
- Berufe des Handels und des Verkaufs;
- Transport- und Verkehrsberufe;
- Berufe des Gastgewerbes und Hauswirtschaftsberufe;
- Berufe der Reinigung;
- Hygiene und Körperpflege.

Generell kann gesagt werden, dass die dargelegten Berufe entweder anteilmässig durch den strukturellen Wandel bedingt an Bedeutung verlieren oder im Tieflohnbereich des Dienstleistungssektors, vordergründig für geringqualifizierte Arbeitskräfte, angesiedelt sind. Sämtliche Risikoberufe bergen besonders hohe soziale Risiken (z.B. Working-Poor-Problematik).⁷⁴

4. Arbeitslosigkeit

Grundsätzlich prägen längere und wiederholte Arbeitslosigkeiten sowohl den Wiedereinstieg wie auch das Einkommen negativ.⁷⁵ Mit der Dauer der Arbeitslosigkeit steigt die negative Auswirkung auf das Einkommen.⁷⁶ Vor allem ältere Arbeitnehmer erleiden während der Arbeitslosigkeit – im Vergleich zu jüngeren Personen – signifikant höhere Lohneinbussen.⁷⁷ Dasselbe gilt für Langzeitarbeitslose, die bedeutend weniger verdienen als Arbeitnehmer ohne Arbeitslosigkeit. Eine Arbeitslosigkeit von 2 bis 5 Jahren führt zu einem kumulierten Einkommensverlust von 30%.⁷⁸

Weiter spielt auch die Berufssparte eine Rolle. Im Vergleich zu produzierenden Berufsfeldern haben Personen, die in der Informatik (nur Männer) oder im

Management sowie in der Administration oder im Bankwesen (Männer und Frauen) tätig sind, während der Arbeitslosigkeit eine geringere Lohneinbusse zu verkraften. Grössere Lohneinbussen zeigen sich im Gastgewerbe und in den persönlichen Dienstleistungen (nur Männer).⁷⁹

Eine neuere Studie setzte sich unter anderem mit der Frage auseinander, wie nachhaltig Personen vom 31. bis 60. Monat nach erfolgtem ALE-Erstbezug in den Arbeitsmarkt integriert sind. Nur ca. 50% der Personen sind zweieinhalb Jahre nach dem ersten ALE-Bezug nachhaltig in den Arbeitsmarkt integriert. 11,3% der ALE-beziehenden Personen zogen sich während der für die Studie relevanten Beobachtungszeit zwischen den Jahren 2005 und 2013 vom Arbeitsmarkt zurück. Ob die Personen aus gesundheitlichen oder anderen Gründen nicht mehr arbeitsfähig wurden, liess sich anhand der gewonnenen Daten nicht erkennen.⁸⁰

Dazu kommt, dass mehrere oder einzelne längere Arbeitslosigkeiten zu einer subjektiven und objektiven Stigmatisierung führen können.⁸¹ Verantwortlich dafür sind vordergründig persönlichkeitsorientierte Faktoren, welche empirisch nur schwer fassbar sind. Zu diesen sogenannten «weichen» Faktoren gehören die Motivation, die Sozialkompetenz, der Durchhaltewille, die Mobilitätsbereitschaft sowie unter anderem die Art und Weise der Selbstreflexion und -einschätzung (z.B. Sprachkenntnisse, Lohnvorstellungen etc.).⁸² Die mit einer Arbeitslosigkeit möglicherweise einhergehende geringere Lebensqualität bringt bei beruflichen Massnahmen der IV eine um 60% reduzierte Chance auf berufliche Wiedereingliederung mit sich.⁸³

5. Berufliche Qualifikation und Sprachkenntnisse

Aufgrund der strukturellen Veränderung hin zu einer Dienstleistungs- und wissensorientierten Berufsgesellschaft spielt die Ausbildung eine immer zentralere Rolle. Auf der einen Seite steigt das Verlangen nach beruflicher Bildung- und Weiterbildung und auf der anderen Seite nimmt der Anteil an einfachen Arbeitstätigkeiten ab.⁸⁴ Beides zusammen führt zu einer starken Verschlechterung der Arbeitsmarktchancen für Ungelernte und andere Geringqualifizierte.⁸⁵ Mit anderen Worten kann gesagt werden, dass die Chancen auf dem

⁷² FLUNGER et al. (Fn. 67), 68, 146.

⁷³ FLUNGER et al. (Fn. 67), 68 f., 146 mit Verweis auf verschiedene empirische Studien.

⁷⁴ FLUNGER et al. (Fn. 67), 146.

⁷⁵ ECOPLAN (Fn. 59), 115 f.

⁷⁶ ECOPLAN (Fn. 59), 101 f., 118.

⁷⁷ ECOPLAN (Fn. 59), 101, 107.

⁷⁸ ECOPLAN (Fn. 59), 98.

⁷⁹ ECOPLAN (Fn. 59), 107 f.

⁸⁰ FLUNGER et al. (Fn. 67), 49, vgl. Fn. 68.

⁸¹ ECOPLAN (Fn. 59), 34.

⁸² SECO (Fn. 67), 6.

⁸³ NIKLAS BAER et al., Beruflich-soziale Eingliederung aus Perspektive von IV-Versicherten, in: BSV (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 8/18, XVII; als Eingliederungserfolg bezeichnet der Forschungsbericht auf Seite 108 ein Erwerbseinkommen von monatlich mindestens CHF 1000 (ohne gleichzeitigen Bezug von IV-Rente sowie ALE-Gelder).

⁸⁴ CUENI/SHELDON (Fn. 42), 3.

⁸⁵ SECO (Fn. 67), 17.

Arbeitsmarkt mit steigender Bildung besser werden.⁸⁶ Dasselbe gilt betreffend Kenntnis der Landessprache des jeweiligen Arbeitsmarktes.⁸⁷

Eine höhere Ausbildung wirkt sich zudem positiv auf das Lohnwachstum nach einer Arbeitslosigkeit aus. Positive Effekte haben auch individuelle Kurse sowie Einarbeitungszuschüsse, welche im Rahmen der arbeitsmarktlichen Massnahmen von den arbeitslosen Personen in Anspruch genommen werden. Die restlichen Massnahmen zeigen bezüglich Lohnwachstum nach der Arbeitslosigkeit keinen ausgewiesenen Effekt.⁸⁸

6. Invalidität (v.a. psychische Erkrankungen)

Nach neusten Erkenntnissen liegt der Erfolg von IV-begleiteten Wiedereingliederungen von psychisch kranken Menschen bei bloss 25%. Rein körperlich beeinträchtigte Menschen haben hingegen eine Erfolgsquote von 45%.⁸⁹ Die höchste Wiedereingliederungschance haben Personen mit erst spät aufgetretenen, rein somatischen Erkrankungen, die im Alltag nur gering eingeschränkt sind und oft über einen Sekundarschulabschluss verfügen (61%).⁹⁰ Personen ohne Anspruch auf IV-begleitete Wiedereingliederungsmassnahmen wurden nicht erfasst.⁹¹

Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen stellen für potenzielle Arbeitgeber ein zusätzliches Risiko dar, indem eine erhöhte Inanspruchnahme der Krankentaggeldversicherung zu einer Prämienmehrbelastung führen kann.⁹²

Auch birgt das Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG ein potenzielles Risiko für den Arbeitgeber. Flackern nicht adäquate, jedoch natürlich kausale Unfallfolgen wieder auf, so kann die Krankentaggeldversicherung des neuen Arbeitgebers die Leistungen allenfalls unter Hinweis auf das Rückwärtsversicherungsverbot verweigern.⁹³ Der Arbeitgeber hätte in so einer Konstellation die Lohnfortzahlung zu erbringen.

IV. Exkurs – Ist das IV-Gutachten für das Haftpflichtrecht verwertbar?

A. Allgemeines

Grundsätzlich geht das Bundesgericht davon aus, dass Gutachten, welche von anderen Behörden eingeholt worden sind, im Haftpflichtprozess als gerichtliche

Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO berücksichtigt werden können.⁹⁴ Allerdings ist in einem solchen Fall sehr genau zu prüfen, inwiefern der medizinische Gutachter sich an der spezifischen Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht orientiert hat. Gutachten, welche von der IV oder einer anderen Sozialversicherung eingeholt werden, richten sich nach einer besonderen versicherungsmedizinischen Rechtsprechung, welche in der Vergangenheit zudem diversen Änderungen unterworfen war. Mit BGE 141 V 281 wurde etwa die Überwindbarkeitsvermutung bei somatoformen Schmerzstörungen, welche mit BGE 130 V 352 begründet wurde, aufgegeben und durch ein «ergebnisoffenes» indikatorentorientiertes Beweisverfahren ersetzt. Mit BGE 143 V 418 wurde diese Rechtsprechung auf sämtliche psychischen Beschwerden ausgedehnt. Ob das Beweisverfahren tatsächlich ergebnisoffen ist, darf aufgrund der gemachten Erfahrungen in den letzten Jahren angezweifelt werden. Gemäss einer Auswertung von MEIER, welcher 280 einschlägige Bundesgerichts-urteile in einem Zeitraum von zweieinhalb Jahren analysiert hat, kam es bloss in einem einzigen Verfahren zu einer direkten Rentenzusprache. Dem gegenüber stehen ca. 250 Abweisungen. Der Rest teilt sich auf in Rückweisungen (ca. 16) und Bestätigungen der vorinstanzlichen Rentenzusprache (9).⁹⁵ Zwar spricht das Bundesgericht seit BGE 141 V 281 nicht mehr von der «Überwindbarkeitsvermutung», allerdings scheint es diese nun durch eine «Gesundheitsvermutung» ersetzt zu haben, wenn es ausführt, dass die versicherte Person als «grundsätzlich gesund anzusehen ist und sie ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen kann».⁹⁶

Für haftpflichtrechtliche Belange sind sozialversicherungsrechtliche Gutachten somit oft nur eingeschränkt verwertbar. Es ist umstritten, inwiefern die stark von den beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts geprägte Versicherungsmedizin überhaupt im Haftpflichtrecht gelten soll.⁹⁷ Sicher dürfte sein, dass der Zivilrichter nicht an die im Invalidenversicherungsrecht abweichende rechtliche Würdigung der Arbeitsfähigkeit gebunden ist, welche von den Rechtsanwendern im Sinne von Art. 6 ATSG vorgenommen wird. Der Begriff der Arbeitsfähigkeit ist laut Bundesgericht ein unbestimmter Rechtsbegriff. Der Rechtsanwender darf von einer gutachterlich festgestellten Arbeitsfähigkeit rechtlich abweichen, ohne dass das Gutachten dadurch seinen Beweiswert verliert.⁹⁸

⁸⁶ ECOPLAN (Fn. 59), 86.

⁸⁷ AMOSA (Fn. 67), 22.

⁸⁸ ECOPLAN (Fn. 59), 107 f.

⁸⁹ Vgl. Fn. 83.

⁹⁰ BAER et al. (Fn. 83), BSV, XI.

⁹¹ BAER et al. (Fn. 83), BSV, IX.

⁹² Urteil des BGER 9C_485/2014 vom 28. November 2014 E. 333.1. und E. 333.2.

⁹³ Zum Rückwärtsversicherungsverbot vgl. BGE 127 III 21 E. 2b/aa.

⁹⁴ BGE 140 III 24 E. 33.1.3.

⁹⁵ MICHAEL E. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 64.

⁹⁶ BGE 144 V 50 E. 4.3.

⁹⁷ Zum Ganzen RAINER DEECKE, Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht?, HAVE 2012, 393 ff.

⁹⁸ BGE 140 V 193 E. 3.1 sowie Urteil des BGER 9C_781/2016 vom 7. Februar 2017 E. 2.4.

Gemäss einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30.11.2017 sei es im Haftpflichtrecht irrelevant, ob nach einem Unfall aufgetretene Beschwerden im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung invalidisierend sind oder nicht. Ebenfalls sei haftpflichtrechtlich nicht entscheidend, ob den Beschwerden in der Fachmedizin ein anerkannter Krankheitswert zugemessen werden kann oder nicht. Das Obergericht stellte folglich nicht auf das im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren eingeholte (beweiskräftige) Gerichtsgutachten ab, sondern ordnete ein eigenes gerichtliches Obergutachten an.⁹⁹

B. Psychosoziale Faktoren werden ausgeblendet

Eine Besonderheit im Sozialversicherungsrecht ist der Umstand, dass psychosoziale Faktoren bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit unbeachtlich sein sollen (Art. 7 Abs. 2 ATSG). Oft werden solche Faktoren direkt vom medizinischen Gutachter bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit oder der Kausalität herausgeschält. Zu invalidenversicherungsrechtlich nicht relevanten Faktoren zählen beispielsweise Probleme finanzieller Natur, lange Arbeitslosigkeit, Migrationshintergrund oder familiäre Belastungen.¹⁰⁰ Wird der Gesundheitsschaden aufgrund solcher psychosozialer Faktoren wesentlich aufrechterhalten, soll dies vom invalidenversicherungsrechtlichen Standpunkt aus unbeachtet bleiben.¹⁰¹ Allerdings sind haftpflichtrechtlich auch mittelbare Unfallfolgen relevant.

Es gibt eine Vielzahl von Studien, welche sich mit dem Zusammenhang von Arbeitslosigkeit und Krankheit beschäftigen. Die Mehrzahl der Studien kommt zum Schluss, dass es einen Zusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und gesundheitlichen Problemen gibt. Auswertungen von Krankenkassendaten aus Deutschland zeigen, dass arbeitslose Männer doppelt so viele Tage im Krankenhaus verbringen wie berufstätige. Bei arbeitslosen Frauen sind es immerhin noch 1,7-mal so viele Tage. Die Sterblichkeit steigt zudem im Verhältnis zur Arbeitslosigkeitsdauer kontinuierlich an.¹⁰²

Ein nach einem schädigenden Ereignis eingetretener Stellenverlust oder anschliessend aufgetretene psychosoziale Probleme, welche beispielsweise die Schmerz Wahrnehmung negativ beeinflussen, dürfen medizinisch nicht einfach ausgeblendet werden. Haftpflichtrechtlich ist nicht zu begründen, weshalb solche Faktoren einfach ignoriert werden sollten. Im Haftpflichtrecht gilt entsprechend der altbekannte Grund-

satz, dass sich der Ersatzpflichtige den Geschädigten nicht aussuchen kann und dieser mit all seinen Vorzügen und psychosozialen Belastungsfaktoren hinzunehmen ist.¹⁰³ Dies muss umso mehr gelten, wenn der Ersatzpflichtige für das Entstehen der psychosozialen Faktoren (Arbeitslosigkeit) mitverantwortlich war.

C. Der «eingeschränkte» Arbeitsplatz aus Sicht des IV-Gutachters

Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass IV-Gutachter bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit grundsätzlich ebenfalls vom virtuellen ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausgehen.¹⁰⁴ Oftmals sind Gutachter angehalten, sich bei Verweistätigkeiten auf Büroarbeiten zu beziehen, auch bei Versicherten, die nie zuvor in einem Büro gearbeitet haben.

In der Realität sind zudem viele Tätigkeiten ausserhalb des Büros jedenfalls nicht nur leicht, sondern beinhalten oftmals monotone Abläufe, erfordern gelegentlich das Tragen von schwereren Gegenständen oder aber häufiges Stehen. Darauf weist das Bundesgericht in dem bereits zitierten Urteil des Lungenerkrankten hin. So würden Montage-, Verpackungs- und Kontrollarbeiten regelmässig grössere körperliche Anstrengungen erfordern als Schreibtischtätigkeiten. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn das Eingreifen des Kontrolleurs erforderlich ist. Solche Arbeiten würden zudem häufig in Hallen oder Aussenräumen unter schwierigen klimatischen Bedingungen ausgeführt, die für eine lungenkranke Person ungeeignet seien.¹⁰⁵

Es gibt somit eine Tendenz, dass Gutachter im Sozialversicherungsbereich weniger die tatsächlichen Einschränkungen des Exploranden qualifizieren, sondern stattdessen das zumutbare Arbeitsplatzprofil so weit anpassen, bis dieses nicht mehr einer realistischen Einsatzmöglichkeit entspricht. Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht¹⁰⁶ ist im Haftpflichtrecht zu fordern, dass der Gutachter realistische Verweistätigkeiten heranzieht, damit sichergestellt werden kann, dass seine medizinisch-theoretische Einschätzung nicht auf der Basis von realitätsfernen Arbeitsplätzen festgelegt wird. Der Geschädigtenvertreter ist gut beraten, wenn er beispielsweise den Gutachter anhand der vom Geschädigten konkret vorgenommenen Bewerbungsbemühungen fragt, wie hoch die Arbeitsfähig-

⁹⁹ Urteil des Obergerichts Zürich LB170028-O/U vom 30. November 2017 E. 92 und E. 10.

¹⁰⁰ Urteil des BGer 9C_990/2012 vom 10. Juni 2013 E. 5 2 3.

¹⁰¹ BGE 127 V 294 E. 4.

¹⁰² www.bpb.de/politik/innenpolitik/arbeitsmarktpolitik/54992/folgender-arbeitslosigkeit?p=all, besucht am 30.9.2018.

¹⁰³ Volker Priehow, Schadenausgleich nach Schleudertrauma, HAVE 2011, 70.

¹⁰⁴ Die Autoren haben es in der Praxis gleich mehrfach erlebt, dass Gutachter nach entsprechenden Rückfragen des RAD ihre Arbeitsfähigkeitseinschätzung revidiert haben, mit dem Argument, dass zwar eine «Bürotätigkeit» bei dem Versicherten unrealistisch, jedoch medizinisch-theoretisch zumutbar sei. In der Praxis wird oftmals von einem «eingeschränkten» Arbeitsplatz anstatt von einem eingeschränkten Versicherten ausgegangen.

¹⁰⁵ Urteil des BGer 9C_485/2014 vom 28. November 2014 E. 3 3 3.1. 1.

¹⁰⁶ Urteil des BGer 8C_94/2018 vom 2. August 2018 E. 6 2.

keit in solchen Tätigkeiten wäre. Nur so kann allenfalls verhindert werden, dass der Gutachter von «Schein-arbeitsplätzen» ausgeht, welche haftpflichtrechtlich als Referenzarbeitsplätze untauglich sind.

V. Welche beruflichen Massnahmen der IV stehen für den Geschädigten (nicht) zur Verfügung?

A. Einleitung

Die IV ist für die beruflich-soziale Integration von Menschen mit Einschränkungen zuständig. Am 1. Januar 2008 sind die Änderungen des IVG in Kraft getreten (5. IV-Revision). Der Gesetzgeber hat dabei gezielt Massnahmen zur schnelleren und besseren beruflichen Wiedereingliederung in den Leistungskatalog der IV aufgenommen (Art. 14a, Art. 18, Art. 18a–d IVG). Der Revision an sich lag jedoch keine neue Wertvorstellung, sondern in erster Linie die Sanierung der angeschlagenen IV zugrunde. Leider zeigt sich in der Praxis, dass die Maxime der 5. IVG Revision, «Eingliederung vor Rente», bis heute nicht befriedigend umgesetzt wird.¹⁰⁷ Einerseits verlaufen die Wiedereingliederung und der damit verbundene Prozess zu wenig koordiniert, da sich die mitbeteiligten Akteure zu wenig austauschen (Ärzte, IV-Stelle, Arbeitgeber, Familie). Auf der anderen Seite werden IV-Anmeldungen bis heute meist zu spät gemacht, dies vor allem auch aufgrund der Tatsache, dass die IV immer noch nicht als «Integrationsversicherung», sondern, als «Versicherung für Gescheiterte» wahrgenommen wird.¹⁰⁸ Schliesslich ist die IV allgemein und im Speziellen bei psychisch kranken Personen nicht wirklich erfolgreich bei der Wiedereingliederung.¹⁰⁹

Bevor auf einige berufliche Massnahmen näher eingegangen wird, bleibt noch darauf hinzuweisen, dass sich durch die verschärfte bundesgerichtliche Praxis nicht nur die Renten-, sondern entgegen der ursprünglichen Idee der 5. IV-Revision, auch die Hürde für berufliche Massnahmen verschärft hat.

Nachfolgend wird auf die Arbeitsvermittlung, die Umschulung sowie die den beruflichen Massnahmen vorgelagerte Möglichkeit zur sozialberuflichen Rehabilitation näher eingegangen.

B. Arbeitsvermittlung Art. 18 IVG

Naheliegender ist, dass eine verunfallte Person, welche für eine leidensangepasste Stelle arbeitsfähig ist. Unterstützung bei der Stellensuche erhalten sollte. Gemäss

Art. 18 IVG haben eingliederungsfähige Versicherte Anspruch auf aktive Unterstützung bei der Suche nach einem geeigneten Arbeitsplatz (Art. 18 Person 1 IVG). Diese Massnahmen sind unverzüglich zu sprechen, sobald eine summarische Prüfung ergibt, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Art. 18 Person 2 IVG).

Das Bundesgericht hat nun allerdings den Zugang zur Arbeitsvermittlung stark beschränkt. Es geht u.E. contra legem davon aus, dass ein Anspruch auf Arbeitsvermittlung bei Personen, welche in der angestammten Arbeit arbeitsunfähig sind, jedoch eine Verweistätigkeit uneingeschränkt ausüben können, nur besteht, wenn zusätzlich spezifische gesundheitliche Probleme vorliegen, welche die Stellensuche beeinträchtigen. Dies könne beispielsweise bei Stummheit, mangelnder Mobilität oder bei einer Sehbehinderung der Fall sein.¹¹⁰ Das Bundesgericht verweist zudem bei der Anspruchsprüfung für Arbeitsvermittlung ebenfalls auf die Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes. Es sei für eine in einer Verweistätigkeit voll arbeitsfähige versicherte Person «auf dem massgebenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt» auch ohne Arbeitsvermittlung möglich, eine neue Stelle zu finden. Zu denken sei an einfache Überwachungs-, Prüf- und Kontrollarbeiten, die Bedienung und Überwachung von (halb-)automatischen Maschinen oder Produktionseinheiten sowie Sortierarbeiten.¹¹¹ Es ist nicht nachvollziehbar, dass das Bundesgericht den Anspruch auf Arbeitsvermittlung bei Versicherten dieser Personengruppe einschränkt und auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt verweist. Es erscheint, als würde das Bundesgericht die Augen vor der arbeitsmarktlichen Realität verschliessen, denn faktisch ist genau jene Versichertengruppe äusserst schwer integrierbar und besonders unterstützungsbedürftig. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat diese bundesgerichtliche Rechtsprechung überzeugend kritisiert.¹¹²

C. Umschulung Art. 17 IVG

Gemäss Art. 17 IVG haben Versicherte Anspruch auf eine Umschulung in eine neue Erwerbstätigkeit, wenn diese infolge Invalidität notwendig ist und dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Gemäss einer Publikation des Bundesamtes für Sozialversicherungen waren 70% der umgeschulten Versicherten ein Jahr nach Abschluss der Umschulung wieder eingegliedert. Weitere 10% erhielten eine Rente, womit einzig 20% der umgeschulten Versicherten nicht wiedereingegliedert werden

¹⁰⁷ Botschaft über die 5. IV-Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 22. Juni 2005, BBl 2005 4460, 4522; BAER et al. (Fn. 83), BSV, XVIII.

¹⁰⁸ BAER et al. (Fn. 83), BSV, XIX.

¹⁰⁹ BAER et al. (Fn. 83), BSV, X.

¹¹⁰ Urteil des BGer 8C_641/2015 vom 12. Januar 2016 E. 2.

¹¹¹ Urteil des BGer 8C_641/2015 vom 12. Januar 2016 E. 3.3.

¹¹² Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen IV 2017/262 und 2017/331 vom 15. März 2018.

konnten.¹¹³ Es kann mit Fug und Recht gesagt werden, dass die Umschulung die wertvollste Massnahme der IV überhaupt ist.

Das Bundesgericht geht allerdings davon aus, dass für den Anspruch auf eine Umschulung grundsätzlich ein IV-Grad von 20% notwendig ist.¹¹⁴ Wie aufgezeigt, haben es unterdurchschnittlich verdienende Versicherte aufgrund der strengen Voraussetzungen und den immer seltener gewährten leidensbedingten Abzügen heutzutage schwer, diesen leistungsspezifischen IV-Grad zu erreichen. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht die Anspruchsvoraussetzungen lockert, wie es dies bereits vereinzelt getan hat.¹¹⁵

D. Integrationsmassnahmen zur «sozialberuflichen Rehabilitation»

Ziel der Integrationsmassnahmen zur «sozialberuflichen Rehabilitation» muss stets die berufliche Eingliederung sein (vgl. 14a Abs. 2 IVG). Anspruch auf Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation (Art. 14a IVG) haben Versicherte, die bezüglich beruflicher Massnahmen noch nicht eingliederungsfähig sind (vgl. Art. 4^{quater} Abs. 2 IVV). Solche Massnahmen umfassen vor allem Arbeits- und Aufbautrainings. Vor allem psychisch kranke Menschen mit Eingliederungspotenzial sollten dadurch vermehrt eingegliedert werden.¹¹⁶

In der Tat können solche Massnahmen auch bei Versicherten angeordnet werden, die aufgrund langer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt Motivationschwierigkeiten haben oder mangelndes Selbstvertrauen aufweisen. Art. 4^{quater} Abs. 1 IVV sieht vor, dass diese Instrumente für die Förderung der Arbeitsmotivation, Stabilisierung der Persönlichkeit und Gewöhnung an den Arbeitsprozess vorgesehen sind. Dieser Verordnungsbestimmung wird in der Praxis oftmals zu wenig Beachtung geschenkt und der versicherten Person vorgehalten, sie sei nicht motiviert, eine Arbeit oder ein Arbeitstraining aufzunehmen. Motivationsprobleme

und fehlendes Selbstvertrauen hängen jedoch oft mit langer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt und den Perspektiven zusammen.¹¹⁷

VI. Alternativen zur IV?

A. Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung

Viele Geschädigte werden früher oder später bei im laufenden IV-Verfahren Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen. Dies ergibt sich aus der Vorleistungspflicht gemäss Art. 15 AVIG und Art. 3 Abs. 3 AVIV sowie Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSC. Insbesondere gesundheitlich Beeinträchtigte, die unter Annahme ausgeglichener Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig sind und zudem bei einer anderen Sozialversicherung nach Art. 15 Abs. 2 AVIG gemeldet sind, gelten bis zum Leistungsentscheidungszeitpunkt als vermittlungsfähig (vgl. Art. 15 Abs. 3 AVIV). Die Vermittlungsfähigkeit ist mit anderen Umständen zu vermuten.

Viele verunfallte Versicherte, die zuvor Taggelder Unfall- oder Krankentaggeldversicherung bezogen, dürften allerdings aufgrund der Rahmenfrist Anspruch auf 90 Taggelder haben (vgl. Art. 27 Abs. 1 AVIG). Versicherte Personen haben sich auch während ihrer Abwesenheit um zumutbare Arbeitsstellen bemühen (Art. 17 Abs. 1 AVIG). Sie müssen an arbeitsmarktlichen Massnahmen, Beratungs- und Informationsveranstaltungen teilnehmen (vgl. Art. 3 Abs. 3 AVIG). Die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) unterstützen versicherte Personen bei der Stellensuche. In der Regel haben Versicherte bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat nachzusuchen.¹¹⁸

B. Umschulung oder anderweitige Schadenminderungsmassnahmen unter Mithilfe der Haftpflichtversicherung?

Erhält die versicherte Person aufgrund eines zu geringen IV-Grades oder aus anderen Gründen keine Umschulung von der IV, so kann eine solche unter Mithilfe der Haftpflichtversicherung unter Umständen geltend gemacht und wohl angegangen werden. Denn solche Umschulungsmassnahmen stellen Schadenminderungsmassnahmen dar, deren Kosten zum haftpflichtrechtlich relevanten Schaden gehören. Solche Kosten sind selbst dann von den Haftpflichtigen zu übernehmen, wenn sie fehlgeschlagen oder unbeabsichtigt zu einer Vergrösserung des Schadens führen. Vorausgesetzt ist einzig, dass

¹¹³ Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Berufliche Eingliederung: Entwicklung und Nachhaltigkeit, Invalidenversicherung: Zahlen und Fakten 2015, 4, abrufbar unter <www.news.admin.ch/news/message/attachments/44178.pdf>, besucht am 6.10.2018.

¹¹⁴ BGE 130 V 488 E. 4.2; Urteil des BGE 8C_641/2015 vom 12. Januar 2016 E. 3.3.

¹¹⁵ BGE 124 V 108 E. 3, wo das Bundesgericht die bisher relativ strikte Anspruchsgrenze von 20% für Umschulungen relativiert und unter anderem auf die schwierige Arbeitsmarktlage hinweist; Urteil des BGE 8C_689/2015 vom 15. Januar 2016, worin das Bundesgericht den Anspruch auf eine Umschulung bei einem IV-Grad von 10% klar verneint; Urteil des BGE 9C_262/2016 vom 30. August 2016 E. 5.2; BC_808/2017 vom 11. Januar 2018 E. 3; bei jungen Versicherten, die in einer angepassten Tätigkeit nur noch unqualifizierte Hilfsarbeiten verrichten können, rechtfertigt sich je nachdem eine Abweichung von der 20%-Grenze. Dies dann, wenn längerfristig ohne Ausbildung keine finanzielle Gleichwertigkeit im Vergleich zur angestammten Tätigkeit erreicht werden kann.

¹¹⁶ Botschaft über die 5. IV-Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 22. Juni 2005, BBl 2005 4521.

¹¹⁷ Jürg Guggisberg/Theres Egger, Evaluation der Arbeitsvermittlung der Invalidenversicherung, Bericht im Rahmen des mehrjährigen Forschungsprogramms zu Invalidität und Behinderung, in: BSV (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 2/08, S. 50.

¹¹⁸ BGE 141 V 365 E. 4.1.

der Geschädigte nach Treu und Glauben veranlasst sah, solche Massnahmen zu ergreifen.¹¹⁹ Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass das Recht auf Ersatz solcher Kosten weiter geht als die Pflicht, solche Massnahmen zu ergreifen.¹²⁰ Mit anderen Worten resultiert keine Verletzung der Schadenminderungspflicht, wenn der Geschädigte von sich aus solche Massnahmen nicht ergreift.

Der Haftpflichtige tut gut daran, solche Massnahmen zu bevorschussen, andernfalls er später Gefahr läuft, mit seinem Schadenminderungseinwand nicht durchzudringen.¹²¹

C. Case-Management auf Kosten der Krankentaggeldversicherung?

Krankentaggeldversicherungen springen aufgrund der restriktiven Adäquanzrechtsprechung des Bundesgerichts im Unfallversicherungsrecht, welche mit BGE 134 V 109 eingeleitet wurde, immer häufiger bei natürlich aber nicht adäquat kausalen Unfallfolgen ein.¹²² Sofern der Krankentaggeldversicherer der Auffassung ist, dass eine versicherte Person eine leidensangepasste Stelle aufnehmen muss, so hat er diese zur Schadenminderung aufzufordern und eine Übergangsfrist anzusetzen. Im KVG-Bereich wurde diese Frist auf drei bis fünf Monate angesetzt.¹²³ Im Bereich VVG wurden von kantonalen Gerichten auch schon längere Fristen angesetzt.¹²⁴ Angesichts der harten Arbeitsmarktlage erscheint die Zeitspanne oftmals zu kurz. Zu bedenken ist diesbezüglich, dass die IV in solchen Konstellationen häufig die Eingliederung noch gar nicht aufgenommen hat. Es ist nun wie bei der Haftpflichtversicherung denkbar, dass die versicherte Person während der Übergangsfrist ein Case-Management auf Kosten der Krankentaggeldversicherung verlangt. Dies ergibt sich aus der Rettungspflicht nach Art. 61 Abs. 1 VVG und Art. 70 VVG. Demnach hat der Anspruchsberechtigte tunlichst für die Minderung des Schadens zu sorgen und über die zu ergreifenden Massregeln die Weisungen des Versicherers einzuholen und diese zu befolgen. Schadenminderungskosten sind gemäss Art. 70 Abs. 1 VVG auch dann zu übernehmen, wenn sie nicht offensichtlich unzumutbar waren oder erfolglos bleiben. Lehnt der Versicherer ein solches Case-Management grundlos ab und misslingt die Wiedereingliederung

trotz Einhaltung sämtlicher Massnahmen, lebt die Leistungspflicht u.E. wieder auf. Denn die Schadenminderungspflicht orientiert sich nicht nach dem ausgeglichenen, sondern an dem realen, tatsächlichen Arbeitsmarkt.¹²⁵

D. Anmeldung bei privaten Arbeitsvermittlern

Eine weitere Möglichkeit für den schwer vermittelbaren Geschädigten besteht in der Anmeldung bei privaten Stellenvermittlern. Der Vorteil für den schwer vermittelbaren Geschädigten liegt auf der Hand: Er erhält je nachdem konkrete Stellenangebote. Zudem kann der Stellenvermittler den für den Geschädigten tatsächlich offenstehenden Arbeitsmarkt abschätzen. Kann der Geschädigte mit einer Bestätigung des Stellenvermittlers nachweisen, dass keine Stellen für ihn offenstehen oder die Konkurrenz schlichtweg zu gross ist, liegt ein gutes Beweismittel vor, welches für die Nichtverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit spricht.

VII. Fazit

A. Thesen

1. Keine Verletzung der Schadenminderungspflicht

Wie aufgezeigt, erhalten viele Personen, die als schwer integrierbar gelten, bei der Wiedereingliederung kaum Unterstützung. Die Wiedereingliederung solcher Personen ist denn auch eine grosse gesellschaftspolitische Herausforderung. Haftpflichtrechtlich ist im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht immer von der konkreten Schadenberechnung und den konkreten Gegebenheiten auszugehen. Der Richter hat bei der Bemessung eines hypothetischen Einkommens auch das Ergebnis der Wiedereingliederungsmassnahmen der IV zu berücksichtigen.¹²⁶

Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht und die Anrechnung eines hypothetischen Invalideneinkommens ist u.E. in folgenden Konstellationen nicht anzunehmen:

2. Heilungsphase und Taggeldbezug

Während der Heilbehandlung liegt noch kein stabiler Gesundheitszustand vor, die versicherte Person macht Therapien, muss sich unter Umständen medizinischen Eingriffen unterziehen oder einen stationären Aufenthalt absolvieren. In dieser Periode können grundsätzlich keine Arbeitsbemühungen und auch kein Berufswechsel verlangt werden.¹²⁷ Die geschädigte Person ist in der Rekonvaleszenz auch keinem neuen Arbeitgeber

¹¹⁹ WEBER (Fn. 51), 152.

¹²⁰ KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, 387 f.; WEBER (Fn. 51), 152 mit Hinweis auf BGE 60 II 230; FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 1), Rz. 2537.

¹²¹ WEBER (Fn. 51), 152.

¹²² Urteil des BGE 9C_537/2007 vom 29. August 2008 E. 3.3; Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich KK2010.00021 vom 19. Oktober 2012.

¹²³ BGE 133 III 527.

¹²⁴ Urteil des Versicherungsgerichts Schwyz I 2013 95 vom 9. Juni 2014 (6 Monate).

¹²⁵ CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, *Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte*, Bern 2015, Rz. 533.

¹²⁶ ANDREA KOTTMANN, *Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung, Notwendigkeit der Bildung von Regein*, Diss. Luzern, Bern 2012, Rz. 248 mit Hinweisen.

¹²⁷ HÄBERLI/HUSMANN (Fn. 125), Rz. 525 mit Hinweisen.

zumutbar. Zudem werden in dieser Phase keine beruflichen Massnahmen – abgesehen von der Frühintervention – eingeleitet. Die geschädigte Person erhält in dieser Zeit Taggelder der Unfallversicherung. Diese werden so lange ausgerichtet, wie von der Fortsetzung der Heilbehandlung eine namhafte Besserung des Gesundheitszustands erwartet werden kann (vgl. Art. 19 Abs. 1 UVG). Solange eine geschädigte Person Taggelder der Unfallversicherung bezieht und sich in der Heilungsphase befindet, ist somit eine Verletzung der Schadenminderungspflicht in der Regel nicht gegeben.

3. *Laufendes IV-Verfahren und berufliche Massnahmen*

Enden die beruflichen Massnahmen erfolglos, so ist dies ein starkes starkes Indiz dafür, dass der Stellenmarkt keine Verweistätigkeiten offen hält für die versicherte Person. Werden Eingliederungsmassnahmen aufgrund der restriktiven Voraussetzungen abgelehnt, ist eine Verletzung der Schadenminderungspflicht nicht anzunehmen. Wie aufgezeigt, haben bestimmte Versicherte keinen Anspruch auf Arbeitsvermittlung oder Umschulung. Daraus kann allerdings keineswegs abgeleitet werden, für die betroffene Person sei es einfach, eine angepasste Arbeit zu finden, denn das Bundesgericht referenziert auch bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen auf Umschulung und Arbeitsvermittlung auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Auch wenn ein IV-Verfahren ohne solche beruflichen Massnahmen endet und beispielsweise bloss ein Arbeitstraining umfasste, kann daraus nichts zugunsten des Ersatzpflichtigen abgeleitet werden. Im Gegenteil muss im Sinne des Geschädigten berücksichtigt werden, dass er keine Unterstützung der IV erhalten hat.

4. *Laufender Taggeldbezug der Arbeitslosenversicherung*

Taggelder erhält nur, wer seine Mitwirkungspflichten erfüllt, worunter die Suche nach zumutbarer Arbeit und auch die Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen fällt (vgl. Art. 17 AVIG). In der Regel haben Versicherte zehn bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat nachzuweisen.¹²⁸ Solange der Versicherte seiner Mitwirkungspflicht nachkommt und keine Einstelltage verfügt werden, etwa aufgrund regelmässig ungenügender quantitativer oder qualitativer Arbeitsbemühungen, entfällt eine Verletzung der Schadenminderungspflicht auch gegenüber dem Haftpflichtigen.

Könnte die versicherte Person trotz Unterstützung des RAV keine Arbeit finden, ist ein weiteres Indiz gegeben, welches für die Nichtverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem realen Arbeitsmarkt spricht. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die ob-

jektivierte Schadenminderungspflicht der versicherten Person in der Arbeitslosenversicherung weiter geht als die vergleichbare Obliegenheit des Geschädigten gegenüber dem Ersatzpflichtigen. Eine Verletzung der Mitwirkungs- bzw. Schadenminderungspflicht in der Arbeitslosenversicherung muss im Gegensatz zum Haftpflichtrecht nicht kausal sein für die Verlängerung der Arbeitslosigkeit.¹²⁹

5. *Solange die Restarbeitsfähigkeit nicht definitiv feststeht*

Solange die versicherte Person nicht weiss, wie ihr Gesundheitsschaden eingeschätzt wird und welche Leistungen sie von den Sozialversicherungen erwarten kann, ist eine Eingliederung in das Erwerbsleben stark erschwert.¹³⁰ Dieser Schwebezustand kann Jahre dauern. Das Bundesgericht geht davon aus, dass es auf die konkreten Umstände ankommt, ob ein Geschädigter sich in guten Treuen auf die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit verlassen darf und ob ihm eine erst später festgestellte Restarbeitsfähigkeit vorgehalten werden kann.¹³¹

Nicht selten variieren die Arbeitsfähigkeitseinschätzungen der behandelnden Ärzte von den verwaltungs-externen Gutachten. Oft wird eine rückwirkende Einschätzung abgegeben. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit schwierig und häufig mit Unsicherheiten verbunden ist. Insbesondere bei psychischen Beschwerden ist dies heikel und über einen länger zurückliegenden Zeitraum kaum zuverlässig zu beurteilen.¹³² Echtzeitliche fachärztliche Berichte stellen dagegen häufig die geeignetere Grundlage dar als eine deutlich nach dem massgeblichen Zeitraum erstellte Expertise.¹³³

Kommt hinzu, dass etwa Unfallversicherungen die vom Bundesgericht eigentlich verlangte polydisziplinäre Begutachtung meistens nicht nach sechs Monaten durchführen, sondern die Adäquanzprüfung vorschieben, was vom Bundesgericht geschützt wird.¹³⁴ Diese fällt bei nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden so gut wie immer negativ aus.¹³⁵ Es kann aber nicht der versicherten Person angelastet werden, wenn ihr Gesundheitszustand erst Jahre später oder gar nie von den Sozialversicherern abgeklärt wird. Dies ergibt sich auch aus dem Prinzip der Subrogation. Die versicherte

¹²⁸ BGE 141 V 365 E. 4.1.

¹²⁹ Urteil des BGE 8C_863/2014 vom 16. März 2015 E. 2.1.

¹³⁰ GUGGISBERG/EGGER (Fn. 117), Forschungsbericht Nr. 2/08, 34.

¹³¹ Urteil des BGE 4A_204/2017 vom 29. August 2017 E. 8.2.3.

¹³² Urteil des BGE 8C_808/2007 vom 16. Mai 2008 E. 5.4.1.

¹³³ Urteil des BGE 8C_848/2013 vom 4. Juni 2014 E. 4.

¹³⁴ BGE 134 V 109 E. 9.4. Eine Adäquanzprüfung nach sechs Monaten ohne Gutachten erfolgte bspw. im Urteil des BGE 8C_306/2016 vom 22. September 2016.

¹³⁵ CHRISTIAN HAAS, Rechtsprechung lässt Geschädigte im Regen stehen, Jusletter vom 20. August 2018, Rz. 33 ff. mit weiteren Hinweisen.

Person hat sich bis zum Abschluss der Sozialversicherungsverfahren primär an die Sozialversicherungen zu wenden, welche den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären haben (Art. 43 ATSG und Art. 72 ATSG).

Wurde die Arbeitsfähigkeit vom behandelnden Facharzt medizinisch begründet, basiert sie nicht einzig auf den subjektiven Angaben des geschädigten Patienten oder gar auf Aggravation, so darf dieser auf die Einschätzung der Restarbeitsfähigkeit vertrauen. Die versicherte Person muss sich also nach der hier vertretenen Auffassung nicht um Stellen bemühen, welche nach Einschätzung des behandelnden Facharztes ungeeignet sind.

6. *Arbeitstätigkeit im geschützten Rahmen oder bei nicht vollständiger Ausschöpfung der Restarbeitsfähigkeit*

Findet die geschädigte Person nur noch eine Stelle im zweiten Arbeitsmarkt oder schlägt sie sich mit einfachen Hilfsarbeiten oder Arbeiten auf Abruf durch, so ist in der Regel auf das tatsächlich erzielte Einkommen abzustellen. Zudem gilt, je näher ein tatsächlich erzieltetes Einkommen am relevanten statistischen Durchschnittslohn liegt, umso weniger kann eine Verletzung der Schadenminderungspflicht angenommen werden. Insbesondere aufgrund der aufgezeigten Realitäten am Arbeitsmarkt sollte hier ein grosszügiger Massstab angesetzt werden. Der Haftpflichtige hat in einer solchen Konstellation anhand konkreter, tatsächlich offener Stellen darzulegen, dass der Geschädigte mehr verdienen könnte, mit anderen Worten auch eine reelle Chance hätte, eine solche Stelle anzutreten.

7. *Bei Aussteuerung*

Ist der Taggeldanspruch bei der Arbeitslosenkasse erschöpft und werden regelmässige Akontozahlungen von der Haftpflichtversicherung verweigert, so erfolgt nach einem zwangsläufigen Abbau des vorhandenen Vermögens nicht selten der Gang zum Sozialamt. Dieser Prozess der beruflichen Desintegration dauert meist mehrere Jahre. Vor allem schlecht ausgebildete, ältere Personen mit gesundheitlichen Problemen sind oft jahrelang auf Sozialhilfe angewiesen. Mit der Verweildauer in der Sozialhilfe sinken die Chancen auf Wiedereingliederung stetig. Mutmasslich sind strukturelle Risiken, die von keiner Sozialversicherung abgedeckt werden, verantwortlich für die teilweise langen Bezugsdauern von Sozialhilfe. Drei von zehn laufenden Fällen im Kanton Zürich haben eine Bezugsdauer von mehr als vier Jahren.¹³⁶ Diese sogenannten Lang-

zeitfälle haben in den letzten 10 Jahren von 17,7% auf 29,4% zugenommen.¹³⁷

Spätestens mit der Aussteuerung muss nach der hier vertretenen Auffassung die Vermutung greifen, dass die verbleibende Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich nicht mehr verwertbar ist. Ausgesteuerte haben in der Regel ein jahrelanges Sozialversicherungsverfahren durchlaufen und konnten auch mithilfe der Invaliden- und Arbeitslosenversicherung nicht beruflich integriert werden. Hier kann nur noch verlangt werden, dass die geschädigte Person ihrer Mitwirkungspflicht gegenüber der Sozialhilfebehörde nachkommt.¹³⁸ Es kann vom Geschädigten jedenfalls nicht verlangt werden, dass er auch weiterhin Bewerbungsbemühungen in gleicher Intensität fortführt wie zuvor bei der Arbeitslosenversicherung.

B. *Vorschlag: Anpassung der Vermutungsregeln des Bundesgerichts*

Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Restarbeitsfähigkeit nicht verwertbar ist, wenn keine Aussichten mehr bestehen, dass der Geschädigte «relativ sicher ein nicht unbedeutendes Einkommen» generieren kann.¹³⁹ Ein wenig konkreter wird das Bundesgericht, indem es erwähnt, dass bei einer Restarbeitsfähigkeit von 50% die Vermutung gelte, sie sei wirtschaftlich verwertbar.¹⁴⁰ Hingegen sei eine Restarbeitsfähigkeit von bloss 20% «bei nicht sehr spezialisierten Arbeitnehmern» in der Regel wirtschaftlich nicht mehr verwertbar.¹⁴¹

Diese Vermutungsregeln sind nach der hier vertretenen Auffassung zu starr einzig auf den medizinischen Faktor Arbeitsfähigkeit fokussiert, ohne dass die weiteren individuellen Faktoren zum realen Arbeitsmarkt in Bezug gesetzt werden. Wie aufgezeigt, hängen die Chancen der Wiedereingliederung nur zu einem geringen Teil von der Arbeitsfähigkeit ab, sondern vielmehr von der Art des Gesundheitsschadens und vielen weiteren Faktoren (Alter, Ausbildung, Herkunft usw.). Hat eine versicherte Person die beruflichen Massnahmen der IV und/oder der Arbeitslosenversicherung erfolglos

¹³⁷ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE SKOS, Kostenentwicklung in der Sozialhilfe, Kommentar zum Bericht des Bundesrates «Kostenentwicklung in der Sozialhilfe», Bern, September 2017, 4.

¹³⁸ SKOS-Richtlinien, A.5.2 Pflichten, <<https://richtlinien.skos.ch/a-vor-aussetzungen-und-grundsatz/a5-rechte-und-pflichten-unterstuetzt-personen/a52-pflichten/>>, besucht am 30.9.2018. So darf die Sozialhilfebehörde im Kanton Zug etwa Auflagen und Weisungen erteilen, die darauf abzielen, die Lage der Hilfesuchenden und ihrer Angehörigen zu verbessern (§ 21³⁴ des Gesetzes über die Sozialhilfe im Kanton Zug).

¹³⁹ Urteil des BGE 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1. mit Verweis auf BGE 117 II 609 E. 9.

¹⁴⁰ Urteil des BGE 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1.

¹⁴¹ Urteil des BGE 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1. mit Verweis auf BGE 117 II 609 E. 9.

¹³⁶ STATISTISCHES AMT DES KANTONS ZÜRICH/KANTONALES SOZIALAMT ZÜRICH/BUNDESAMT FÜR STATISTIK (Hrsg.), Sozialbericht des Kantons Zürich 2016, Neuchâtel 2017, 43.

ourneuren und ist sie dabei ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen, greift nach der hier vertretenen Auffassung die Vermutung, dass die Restarbeitsfähigkeit auf dem realen Arbeitsmarkt nicht mehr verwertbar ist. Dies rechtfertigt sich vor allem deswegen, weil die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht wesentlich weiter geht als die haftpflichtrechtliche.¹⁴² Es ist in einer solchen Konstellation am Schädiger, anhand konkreter, infrage kommender Stellen substantiiert aufzuzeigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein bestimmtes Einkommen erzielt werden könnte, mit anderen Worten der Geschädigte die infrage kommende Stelle auch tatsächlich erhalten hätte.

VIII. Schlusswort: Keine idealisierte Welt im Haftpflichtrecht

Es zeigt sich, dass der im Sozialversicherungsrecht zur Anwendung kommende ausgeglichene Arbeitsmarkt nichts mit den tatsächlichen Gegebenheiten zu tun hat, sondern die Leistungsfestsetzung auf der Basis einer «idealisierten Welt» vorgenommen wird, wie es das Obergericht Thurgau in einem lesenswerten Urteil formuliert hat.¹⁴³

Im Sozialversicherungsrecht ist die Wahrscheinlichkeit einer Anstellung auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt annähernd 100%, währenddem sie auf dem realen Arbeitsmarkt für viele Betroffene stark reduziert, unrealistisch oder gar unmöglich ist. Im Sozialversicherungsrecht wird die geringe Wahrscheinlichkeit einer Anstellung im realen Arbeitsmarkt bei der Festsetzung des Invalideneinkommens völlig ausser Acht gelassen. Es erfolgen – wenn überhaupt – nur dann Abzüge vom statistischen Lohn aufgrund der konkreten Umstände, wenn eine Lohneinbusse auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt wahrscheinlich ist. Dies ist aufgrund der restriktiven Rechtsprechung heutzutage immer seltener der Fall.

Im Haftpflichtrecht hat der Richter hingegen das hypothetische Invalideneinkommen stets unter Berücksichtigung der realen Arbeitsmarktlage, der konkreten subjektiven und objektiven Umstände des Einzelfalles und in Anbetracht der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu ermitteln (Art. 46 Abs. 1 OR). Die gesundheitlich angeschlagene Person tritt mit all ihren psychosozialen Belastungen in den Konkurrenzkampf um eine Arbeitsstelle. In diesem Konkurrenzkampf ist sie zweifellos benachteiligt, nicht nur aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkung, sondern

oft auch aufgrund weiterer Umstände, ihrem Alter einem niedrigen Bildungsstand oder ihrer Herkunft. Die Berücksichtigung dieser Benachteiligung am Arbeitsmarkt stellt den wichtigsten Anwendungsfall der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens dar.¹⁴⁴ Zu beachten ist insbesondere, dass Erfahrung, Qualifikation und Ausbildung umso weniger eine Rolle spielen, je tiefer das Anforderungsniveau am Arbeitsplatz ist. Umso wichtiger sind die Kriterien wie Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft. Gerade für einfache Tätigkeiten dürfte die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit für potenzielle Arbeitgeber eines der wichtigsten Auswahlkriterien sein.

Hat der Geschädigte die Sozialversicherungsverfahren bei der IV und der Arbeitslosenversicherung durchlaufen und gelang es trotz Anstrengungen nicht, eine angepasste Arbeit aufzunehmen, kann eine Verletzung der Schadenminderungspflicht kaum mehr in Betracht fallen. Es muss in so einem Fall die Vermutung greifen, dass die Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich nicht verwertbar ist.

Geht der Richter von einer (teilweisen) Verletzung der Schadenminderungspflicht aus, indem er beispielsweise die Bewerbungsbemühungen für unzureichend erachtet, hat er bei der Bemessung des hypothetischen Invalideneinkommens stets auch die hypothetisch mitunter erheblich reduzierte Wahrscheinlichkeit einer Anstellung zu beachten. Dies ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens und gilt insbesondere bei Vorliegen integrationserschwerender Faktoren. Dabei sollte den allenfalls stark eingeschränkten beruflichen Möglichkeiten auch bei der Wahl der statistischen Grundlage Rechnung getragen werden. Zudem sollten auch die Wohn- bzw. Arbeitsregion sowie individuelle Faktoren berücksichtigt werden und in keinem Fall einfach pauschal auf die TA 1-Tabelle der I.S.E. abgestellt werden.

Solange im Sozialversicherungsrecht am Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes festgehalten wird und sich die Situation am tatsächlichen Arbeitsmarkt für Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen nicht fundamental ändert, solange bestimmte Gruppen von Versicherten bei der Invalidenversicherung von wichtigen beruflichen Massnahmen wie Arbeitsvermittlung oder Umschulung ausgeschlossen sind, werden viele Geschädigte früher oder später fürsorgeabhängig. Es ist rechtspolitisch nicht zu begründen, weshalb in Haftpflichtkonstellationen letztendlich der Steuerzahler für diesen Schaden aufkommen sollte.

¹⁴² LANCOLT (Fn. 1), 242 ff.; vgl. diesbezüglich die Art. 7 bis Art. 7b IVG.

¹⁴³ Urteil des Obergerichts Thurgau ZBR2010.84 vom 31. März 2011, 18, teilw. publ. in HAVE 2011, 250 ff. mit Anmerkungen von MARKUS SCHMID.

¹⁴⁴ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 1), Rz. 1866.