

Versicherungsdeckung von Selbstständigerwerbenden

Unter besonderer Berücksichtigung der freiwilligen Sozialversicherung

PD Dr. iur. HARDY LANDOLT, LL.M., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Glarus

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage	44
A.	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	44
B.	Privatversicherungsrechtliche Ausgangslage	45
1.	Grundsatz der Vertragsfreiheit.....	45
i.	Allgemeines	45
ii.	Unzulässigkeit der Vertragsverweigerung?	46
a.	Keine diskriminierungsrechtliche Kontrahierungspflicht.....	46
b.	Persönlichkeitsrechtliche Kontrahierungspflicht.....	47
iii.	Vorbehaltsrecht	48
2.	Folgen einer Anzeigepflichtverletzung	51
i.	Allgemeines	51
ii.	Verschweigen von Gefahrstatsachen	51
iii.	Rechtsfolgen.....	55
a.	Rücktrittsrecht ex tunc.....	55
b.	Rücktrittserklärung	57
1)	Zeitliche Anforderungen.....	57
2)	Inhaltliche Anforderungen	58
II.	Berufliche Vorsorge von Selbstständigerwerbenden	58
A.	Allgemeines	58
B.	Versicherungsarten.....	59
1.	Allgemeines	59
2.	Freiwillige berufliche Vorsorge (Vorsorge 2)	60
i.	Freiwillige obligatorische Vorsorge (Vorsorge 2a)	60
ii.	Freiwillige weitergehende Vorsorge (Vorsorge 2b).....	60
3.	Freiwillige Selbstvorsorge (Vorsorge 3)	60
4.	Steuerliche Behandlung	61

C.	Rechtsnatur	61
1.	Allgemeines	61
2.	Geltung des VVG für die freiwillige berufliche Vorsorge	62
3.	Einschränkung des Vorbehaltsrechts	63
D.	Versicherungsgrundsätze	65
1.	Gleichstellung der freiwilligen beruflichen Vorsorgeformen	65
i.	In versicherungstechnischer Hinsicht	65
ii.	In erbrechtlicher Hinsicht	65
2.	Geltung der Barauszahlungsregeln	66
III.	Unfallversicherung von Selbstständigerwerbenden	67
A.	Allgemeines	67
B.	Versicherungsarten	67
1.	Unfallversicherung nach UVG	67
2.	Unfallversicherung nach VVG	68
C.	Rechtsnatur	69
D.	Versicherungsgrundsätze	70
1.	Gleichstellung der freiwilligen mit der obligatorischen Unfallversicherung	70
2.	Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über die Unfallver- hütung	70
3.	Massgeblichkeit des vereinbarten Verdienstes	71
IV.	Krankenversicherung von Selbstständigerwerbenden	73
A.	Zusatzversicherung	73
1.	Allgemeines	73
2.	Versicherungsarten	73
3.	Rechtsnatur	74
4.	Versicherungsgrundsätze	74
B.	Taggeldversicherung	75
1.	Versicherungsarten	75
2.	Rechtsnatur	76
3.	Versicherungsgrundsätze	77
i.	Allgemeines	77
ii.	Einschränkung des Vorbehaltsrechts	77
iii.	Übertrittsrecht	78
iv.	Prämienfestsetzung	80
v.	Keine Besitzstandsgarantie	80
4.	Anspruchsvoraussetzungen	81
i.	Versicherungsdeckung	81
ii.	Risikoeintritt	81
iii.	Arbeitsunfähigkeit	82

iv.	Erwerbsausfall.....	83
5.	Leistungsverweigerungsrecht.....	84
i.	Herbeiführung des Versicherungsfalles.....	84
ii.	Verletzung von Anzeige- und Meldepflichten.....	84
V.	Sozialversicherungsrechtliche Förderung der selbstständigerwerbenden Tätigkeit.....	85
A.	In der Invalidenversicherung.....	85
1.	Allgemeines.....	85
2.	Kapitalhilfe.....	86
i.	Allgemeines.....	86
ii.	Anspruchsvoraussetzungen.....	86
a.	Allgemeines.....	86
b.	Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des Berufswechsels bzw. der betrieblichen Umstellung.....	87
c.	Dauernde existenzsichernde Tätigkeit.....	88
iii.	Abgabeform.....	89
B.	In der beruflichen Vorsorge.....	90
C.	In der Arbeitslosenversicherung.....	92
1.	Taggeldanspruch während der Planungsphase.....	92
2.	Bürgschaft für Verlustrisiko.....	93
3.	Verlängerung der Rahmenfrist.....	96
VI.	Schadenminderungspflicht des Selbstständigerwerbenden.....	95
A.	Allgemeines.....	95
B.	Aufgabe einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit.....	96
C.	Unternehmensumdisponierung.....	98
D.	Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit.....	99

I. Ausgangslage

A. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die *Volksversicherungen* (AHV/IV) gelten sowohl für Erwerbs- als auch für Nichterwerbstätige, die in der Schweiz wohnhaft sind bzw. arbeiten¹. Die gesetzliche Versicherungsdeckung bzw. das Recht auf Aufnahme in die Volksversicherung kann nur beim Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs eingeschränkt werden. Ein solcher liegt vor, wenn die Teilhaber einer Kommanditgesellschaft die AHV als reines Finanzanlageobjekt missbrauchen².

Die übrigen Sozialversicherungen, namentlich die berufliche Vorsorge, die Unfallversicherung und die Erwerb ersatzordnung, erfassen nur *Erwerbstätige*. Die Bundesverfassung stipuliert für *unselbstständig Erwerbende* im Bereich der beruflichen Vorsorge und der Arbeitslosenversicherung, nicht aber für die Unfallversicherung ein *Versicherungspflichtigkeitsgesetz*³. Für *Selbstständig-erwerbende* sieht die Bundesverfassung die *Möglichkeit einer freiwilligen Versicherungsdeckung* in der beruflichen Vorsorge und der Arbeitslosenversicherung⁴ vor. Obwohl die Bundesverfassung die Möglichkeit einer freiwilligen Arbeitslosenversicherung für Selbstständigerwerbende vorsieht, gewährt das AVIG den Selbstständigerwerbenden keinen freiwilligen Versicherungsschutz. Selbstständigerwerbenden steht deshalb grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu. Anspruchsberechtigt sind sie nur dann, wenn innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist⁵ eine minimale Beitragszeit an die Arbeitslosenversicherung von mindestens 12 Monaten aus

¹ Vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. a BV. Die Beitragspflicht ist für die verschiedenen Kategorien (Unselbstständigerwerbende, Selbstständigerwerbende und Nichterwerbstätige) unterschiedlich geregelt. Die Erwerbstätigenbeiträge für Arbeitnehmer werden paritätisch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen (Art. 112 Abs. 3 lit. a BV), während Selbstständigerwerbende die jeweiligen Beiträge auf ihrem Gewinn entrichten (Art. 8 AHVG)

² Vgl. BGE 131 V 97 E. 4.3.

³ Vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. b und Art. 114 Abs. 2 lit. b BV.

⁴ Vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. d und Art. 114 Abs. 2 lit. c BV.

⁵ Vgl. Art. 9 AVIG.

unselbstständiger Erwerbstätigkeit vorliegt⁶. Nicht berücksichtigt werden zudem Nebenverdienste als Unselbstständigerwerbender ausserhalb des ordentlichen Rahmens einer selbstständigen Erwerbstätigkeit⁷. Als Zwischenverdienst angerechnet wird jedoch ein Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt⁸.

Die Bundesverfassung delegiert die Festlegung des persönlichen Geltungsbereiches der *Kranken- und Unfallversicherung* an den Bundesgesetzgeber⁹. Dieser kann die Kranken- und Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären¹⁰. Ein *bundesgesetzliches Versicherungsobligatorium* besteht in der Krankenversicherung für die Wohnbevölkerung¹¹ und in der Unfallversicherung für unselbstständig Erwerbende¹². Selbstständigerwerbenden eröffnet die Bundesverfassung in diesen beiden Bereichen keine freiwillige Versicherungsmöglichkeit.

B. Privatversicherungsrechtliche Ausgangslage

1. Grundsatz der Vertragsfreiheit

i. Allgemeines

Soweit weder die Bundesverfassung noch die einschlägigen Bundesgesetze eine freiwillige Sozialversicherung für Selbstständigerwerbende vorsehen¹³, steht diesen nur die Möglichkeit offen, sich gegen Personenschäden mit privaten vom VVG geregelten Versicherungsverträgen abzusichern. Auf-

⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 AVIG.

⁷ Vgl. Art. 23 Abs. 3 AVIG.

⁸ Vgl. Art. 24 Abs. 1 AVIG.

⁹ Vgl. Art. 117 BV.

¹⁰ Vgl. Art. 117 Abs. 2 BV.

¹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 KVG.

¹² Vgl. Art. 1a Abs. 1 UVG.

¹³ Dazu infra Ziff. III–VI.

grund des *Rückversicherungsverbots*¹⁴ können sich gesundheitlich angeschlagene Personen von vornherein nicht mehr versichern. Gesundheitlich angeschlagene Unselbstständigerwerbende demgegenüber sind obligatorisch für die vom UVG gedeckten Risiken versichert. Der Privatversicherer ist zudem frei, mit wem und zu welchen Bedingungen er einen Versicherungsvertrag abschliessen will¹⁵. Die *Vertragsfreiheit* erlaubt den Versicherern insbesondere, auch bei an sich gesunden Personen den Abschluss einer Versicherung zu verweigern, wenn die Gefahrsdeklaration des Antragstellers ein erhöhtes Risiko annehmen lässt oder dieser eine dem Versicherer nicht genehme Eigenschaft aufweist.

ii. Unzulässigkeit der Vertragsverweigerung?

a. Keine diskriminierungsrechtliche Kontrahierungspflicht

Das Bundesgericht hat es unlängst abgelehnt, aus dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot¹⁶ und dem *Behindertendiskriminierungsverbot*¹⁷ einen Kontrahierungszwang im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung bzw. Zusatzversicherung gemäss KVG abzuleiten¹⁸. Es anerkennt zwar, dass das Zusatzversicherungsgeschäft wirtschaftlich bedeutend sei, doch ändere dies nichts daran, dass es sich dabei nicht um die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe, sondern vielmehr um eine Privatversicherung handle¹⁹. Im Bereich der Privatversicherung, namentlich auch im Zusatzversicherungsbe-
reich, gilt deshalb die *indirekte Drittwirkung* der Grundrechte nicht²⁰. Der Behinderte, dem eine privatrechtliche Versicherung in diskriminierender

¹⁴ Vgl. Art. 9 VVG.

¹⁵ Statt vieler PÄRLI KURT, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, in: HAVE 2005, S. 109 ff., 112 ff.

¹⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁷ Vgl. Art. 6 und 8 Abs. 4 BehiG.

¹⁸ Vgl. Urteil BGer vom 01.06.2006 (5P.97/2006) E. 3.3 und 4.

¹⁹ Vgl. Art. 12 KVG.

²⁰ Vgl. Urteil BGer vom 01.06.2006 (5P.97/2006) E. 3.3.

Weise verweigert wird, kann nur eine Pönalentschädigung von maximal 5000 Franken beanspruchen²¹.

b. Persönlichkeitsrechtliche Kontrahierungspflicht

Ob allenfalls eine *Kontrahierungspflicht* im Privatversicherungsbereich *gestützt auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz* und das Verbot sittenwidrigen Verhaltens besteht, hat die Rechtsprechung bislang unbeantwortet gelassen²². Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten auf Grund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen²³.

Privatversicherungen, namentlich Krankenzusatz- und Lebensversicherungen²⁴, werden öffentlich beworben. Ein grosser, aber stetig abnehmender Teil der Bevölkerung verfügt über eine Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung²⁵ oder eine Lebensversicherung. Welche Versicherungen für einen Selbstständigerwerbenden zum "Normalbedarf" gehören bzw. für die Berufsausübung notwendig sind, hängt vom Einzelfall ab. Mitunter besteht eine gesetzliche Versicherungspflicht²⁶. Problematisch dürfte das Erfordernis der starken Marktstellung bzw. der unzumutbaren Aus-

²¹ Vgl. Art. 6 und 8 Abs. 4 BehiG.

²² Vgl. Urteil BGer vom 01.06.2006 (5P.97/2006) E. 2.

²³ Vgl. BGE 129 III 35 E. 6.3.

²⁴ Siehe dazu PÄRLI KURT, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, in: HAVE 2005, S. 109 ff., 119 f.

²⁵ Über 70 % der Bevölkerung z.B. verfügen über eine Spitalzusatzversicherung (vgl. Grafik G 9 Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, Bern 2005, S. 37).

²⁶ Vgl. z.B. Art. 12 lit. f. BGFA.

weichmöglichkeiten sein, da zahlreiche Anbieter vergleichbare Versicherungen anbieten. Studien belegen jedoch, dass sich die Anbieter vergleichbar ablehnend verhalten²⁷, weshalb faktisch oft keine Ausweichmöglichkeit besteht.

iii. Vorbehaltsrecht

Statt den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu verweigern, kann der Versicherer mit Bezug auf das zu versichernde Risiko, insbesondere Gesundheitsschäden²⁸, oder die zu versichernden Leistungen einen Vorbehalt anbringen. Das *Vorbehaltsrecht des Versicherers* gilt in eingeschränkter Form auch für die freiwillige Sozialversicherung²⁹. Der Versicherungsvorbehalt ist entweder mit einer *partiellen*³⁰, einer *aufgeschobenen*³¹ oder einer *befristeten*³² *Versicherungsdeckung* verbunden. Der Vorbehalt kann unbefristet erfolgen, muss in jeden Fall aber hinreichend klar formuliert sein³³. Ein ungenauer Vorbehalt kann durch die Verwaltung oder den Richter berichtigt werden, solange sich eine Vertragspartei nicht auf den Vertrauensschutz berufen

²⁷ Siehe PÄRLI KURT, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, in: HAVE 2005, S. 109 ff., 120.

²⁸ Vorbehaltsfähig sind alle Gesundheitsschäden, auch solche psychischer Natur (vgl. z.B. Urteil EVG vom 24.01.1997 = SVR 1997 KV Nr. 97 E. 4 betreffend Depressionen).

²⁹ Vgl. Art. 69 KVG, Art. 134 Abs. 3 UVV und Art. 45 Abs. 1 BVG.

³⁰ Der Vorbehalt in der Krankenversicherung schliesst den Versicherungsschutz zeitlich begrenzt lediglich für eine bestimmte, genau umschriebene Krankheit aus, während die Versicherungsdeckung für alle anderen Krankheiten, die im Verlaufe der Versicherungsdauer auftreten können, ungeschmälert besteht (vgl. BGE 127 III 235 E. 2c). Siehe ferner Urteil EVG vom 21.08.2001 (B 75/99) E. 2, wo die Wirkung eines Vorbehalts wie der Rücktritt infolge Anzeigepflichtverletzung ex tunc verstanden wird.

³¹ Wird der Versicherte infolge eines unter einen Vorbehalt fallenden Leidens arbeitsunfähig, beginnt die Bezugsdauer des versicherten Krankengeldanspruches erst nach Wegfall des Vorbehalts (BGE 115 V 388 ff.).

³² Vgl. z.B. Urteil EVG vom 24.11.2003 (B 110/01 und B 111/01) = plädoyer 2004/1, S. 74 E. 4.3.

³³ Vgl. Art. 69 Abs. 3 KVG und Urteil VersGer VD vom 08.12.1994 = SVR 1996 KV Nr. 70 (betreffend Herzversagen und Niereninsuffizienz).

kann³⁴. Eine Berichtigung kann jedenfalls dann erfolgen, wenn der Versicherungsvorbehalt zwar ungenau formuliert, unter den gegebenen Umständen aber nur in einem bestimmten, eindeutigen Sinn verstanden werden konnte³⁵.

Das Vorbehaltsrecht bezieht sich primär auf zukünftige, ungewisse Ereignisse mit erhöhter Eintrittswahrscheinlichkeit³⁶, weshalb der Versicherer die Leistungspflicht im Zeitpunkt des Versicherungsvertragsabschlusses einschränken möchte. Erhöht sich die Schadenswahrscheinlichkeit erst nachträglich oder liegt ein anderer Umstand, z.B. eine Anzeigepflichtverletzung, vor, die den Versicherer nach VVG zur Vertragsauflösung berechtigt³⁷, kann er auch einen *rückwirkenden Vorbehalt* anbringen³⁸. Das Recht, einen rückwirkenden Vorbehalt anzubringen, ist im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung eingeschränkt. Während bei der freiwilligen Taggeldversicherung gemäss Art. 69 KVG – in Anlehnung an das frühere Krankenversicherungsrecht³⁹ – eine solche Möglichkeit besteht⁴⁰, wird vom EVG ein *rückwirkendes*

³⁴ Vgl. RKUV 1986 Nr. K 670 S. 131 und RSKV 1973 Nr. 167 S. 63.

³⁵ Vgl. BGE 116 V 239 E. 4.

³⁶ Bereits eingetretene Risiken sind nicht versicherbar (Art. 9 VVG und LANDOLT HARDY, Die freiwillige Sozialversicherung im Spannungsfeld zwischen Vertragsfreiheit und Sozialversicherungszwang. Unter besonderer Berücksichtigung der Anzeigepflichtverletzung und des Rückwärtsversicherungsverbots, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2004, St. Gallen 2004, S. 63 ff.)

³⁷ Vgl. dazu Art. 6, 27 und 30 VVG.

³⁸ Vgl. dazu auch Art. 23 VVG.

³⁹ Gemäss Art. 5 Abs. 3 aKUVG durfte die Aufnahme in die Kasse nicht aus gesundheitlichen Gründen oder wegen Schwangerschaft abgelehnt werden. Die Kassen konnten jedoch Krankheiten, die bei der Aufnahme bestanden, durch einen Vorbehalt von der Versicherung ausschliessen; das gleiche galt für Krankheiten, die vorher bestanden, sofern sie erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können. Nach Art. 2 Abs. 2 Vo III zum KUVG durften bei Höherversicherung während der Dauer der Mitgliedschaft für die den bisherigen Leistungsumfang übersteigenden Leistungen Versicherungsvorbehalte angebracht werden, sofern sie gemäss Gesetz auch für die Aufnahme zulässig waren. Ein Versicherungsvorbehalt fiel spätestens nach fünf Jahren dahin.

⁴⁰ Hatte die Kasse bei der Aufnahme eines Mitgliedes keinen Versicherungsvorbehalt angebracht, so durfte sie nach der Rechtsprechung einen solchen später nicht mehr verfügen, es sei denn, der Gesuchsteller hatte in schuldhafter Weise eine bestehende oder eine vorher bestandene, zu Rückfällen neigende Krankheit nicht angezeigt. Unter diesen

Vorbehaltsrecht der Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 45 BVG/Art. 331c OR verneint⁴¹. Im Bereich der freiwilligen Unfallversicherung steht dem Versicherer nach dem Gesetzeswortlaut ebenfalls nur ein ursprüngliches Vorbehaltsrecht zu⁴².

Die in der freiwilligen Sozialversicherung geltenden Vorbehaltsverbote⁴³ wurden am 1. Januar 1985 (Art. 45 BVG), am 1. Januar 1995 (Art. 331c OR)⁴⁴ und am 1. Januar 1996 (Art. 69 KVG) in Kraft gesetzt. Bei Versicherungsverträgen, die früher abgeschlossen wurden, gelten die Vorbehaltsverbote erst für versicherte Ereignisse, die sich nach In-Kraft-Treten der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung ereignen. Der Versicherte kann sich in jedem Fall nicht auf die zeitliche Limitierung eines früher unbefristeten Vorbehalts berufen, wenn seit dem In-Kraft-Treten und dem Risikoeintritt die höchstzulässige Frist noch nicht verstrichen ist⁴⁵.

Voraussetzungen konnte sie innerhalb Jahresfrist, seitdem sie vom schuldhaften Verhalten des Gesuchstellers Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, spätestens aber nach fünf Jahren, einen rückwirkenden Versicherungsvorbehalt anbringen (vgl. BGE 110 V 308 E. 1 und 2). Mit dem Anbringen eines rückwirkenden Vorbehalts sollte im Falle einer nachträglich entdeckten Anzeigepflichtverletzung die gesetzliche Ordnung in der Weise wiederhergestellt werden, wie sie vom Versicherten hätte hingenommen werden müssen, wenn er bei der Aufnahme wahrheitsgemässe und vollständige Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht hätte (vgl. BGE 110 V 308 E. 1c und 102 V 193 E. 2).

⁴¹ Vgl. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 4.4.

⁴² Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV.

⁴³ Infra Ziff. III/C/3 und V/B/3/ii.

⁴⁴ Mit Anhang Ziff. 2 des am 01.01.1995 in Kraft getretenen Freizügigkeitsgesetzes (FZG) vom 17.12.1993 wurde das Obligationenrecht durch Art. 331c OR ergänzt.

⁴⁵ Vgl. Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00): Zwischen der Aufnahme in die Vorsorgeeinrichtung am 01.06.1994 und der Rückenoperation vom 14.11.1995 waren bloss rund 1 1/2 Jahre vergangen. Siehe ferner BGE 115 V 388 E. 4.

2. Folgen einer Anzeigepflichtverletzung

i. Allgemeines

Der Antragsteller hat dem Versicherer *alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen*, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen⁴⁶. Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers besteht auch dann, wenn ausnahmsweise der Versicherer als Antragsteller auftritt⁴⁷. Erfährt der Versicherungsnehmer erst nach der Antragserklärung, aber vor dem Zustandekommen des Versicherungsvertrages vom Vorliegen von Gefahrstatsachen, hat eine *Nachdeklaration* zu erfolgen⁴⁸.

Der Umfang der Anzeigepflicht im Bereich der freiwilligen Sozialversicherung richtet sich auf Grund eines gesetzlichen Verweises oder der praxisgemäss erfolgenden analogen Anwendung des VVG nach den *Grundsätzen des privaten Versicherungsrechts*⁴⁹. Für die Versicherungsbereiche, die keine explizite Verweisungsnorm kennen, wie das z.B. bei der freiwilligen und weitergehenden beruflichen Vorsorge der Fall ist, gilt prioritär aber eine allfällige reglementarische Regelung der Anzeigepflicht⁵⁰.

ii. Verschweigen von Gefahrstatsachen

Der Versicherungsnehmer verletzt die Anzeigepflicht, wenn er eine zulässige Frage des Versicherers entweder gar nicht⁵¹ oder dann unrichtig oder unvollständig beantwortet⁵². Nicht erforderlich ist, dass der Versicherungs-

⁴⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 1 VVG.

⁴⁷ BGE 126 III 82 = Pra 7/2000 Nr. 102 = HAVE 2002, S. 45 f. (Anmerkungen von Hansjörg Steiner).

⁴⁸ Art. 4 Abs. 1 VVG erweist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

⁴⁹ BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 4 und 5 sowie Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99 Vr) E. 2.

⁵⁰ Vgl. z.B. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 6.

⁵¹ Vgl. dazu BGE 125 V 292 E. 3c.

⁵² Dem Versicherer werden Falschdeklarationen seiner Vermittlungsagenten und von ihm beauftragter Ärzte angerechnet (BGE 108 II 550 E. 2c).

nehmer vorsätzlich gehandelt hat. Ob eine Anzeigepflichtverletzung vorliegt, beurteilt sich *verschuldensunabhängig sowohl nach subjektiven als auch nach objektiven Kriterien*⁵³. Nach dem Wortlaut von Art. 4 und 6 VVG hat der Antragsteller⁵⁴ dem Versicherer in Beantwortung entsprechender Fragen nicht nur die ihm tatsächlich bekannten (von seinem positiven Wissen erfassten) erheblichen Gefahrstatsachen mitzuteilen (tatsächliche Kenntnis), sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein müssen (zumutbare Kenntnis)⁵⁵.

Die zumutbare Kenntnis bestimmt sich nach Massgabe der Umstände des einzelnen Falles; zu berücksichtigen sind insbesondere die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Antragstellers (Intelligenz, Bildungsgrad, Erfahrung etc.)⁵⁶. Entscheidend ist, ob und inwieweit ein Antragsteller nach seiner Kenntnis der Verhältnisse und gegebenenfalls nach den ihm von fachkundiger Seite erteilten Aufschlüssen eine Frage des Versicherers in guten Treuen verneinen durfte⁵⁷. Er genügt seiner Anzeigepflicht nur, wenn er ausser den ihm ohne weiteres bekannten Tatsachen auch diejenigen angibt, deren Vorhandensein ihm nicht entgehen kann, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt⁵⁸.

Gegenstand der Anzeigepflicht bilden "erhebliche Gefahrstatsachen"⁵⁹. Unter einer Gefahrstatsache werden zunächst Tatsachen verstanden, welche das fragliche, zu versichernde Risiko hervorrufen können⁶⁰. Zu deklarieren sind

⁵³ Vgl. BGE 109 II 60 E. 3c.

⁵⁴ Falsche Angaben, die darauf zurückzuführen sind, dass der Vertreter des Versicherers wahrheitsgemässe Antworten unrichtig weitergegeben hat, stellen keine Anzeigepflichtverletzung dar (siehe dazu Urteil VerwGer GE vom 31.01.1995 = SVR 1996 KV Nr. 66).

⁵⁵ Siehe dazu z.B. den Anwendungsfall Urteil VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3 (zumutbare Kenntnis bei Epilepsie).

⁵⁶ Vgl. Urteil VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3.

⁵⁷ Vgl. BGE 116 V 218 E. 5b und Urteil VersGer TI vom 13.09.1993 = SVR 1994 KV Nr. 20 (Unzumutbarkeit für Eltern, einen tumorbedingten Hydrozephalus zu kennen).

⁵⁸ Vgl. BGE 96 II 209 E. 4 und 109 II 60 E. 3b.

⁵⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 VVG.

⁶⁰ Statt vieler NEF, BA-K, N 12 zu Art. 4 VVG.

alle für die *Beurteilung des Risikoeintritts erforderlichen ursachen- und folgenbezogenen Tatsachen*. Der Versicherer soll und muss feststellen, ob das zu versichernde Risiko bereits eingetreten ist oder allfällige Vorbehalte oder Mehrprämien zu erheben sind, wenn er überhaupt den Vertrag abschliessen will. Anzeigepflichtig sind u.a. aktuelle⁶¹ und frühere⁶² Gesundheitsschäden, insbesondere auch psychische Störungen⁶³, Arztbesuche⁶⁴, Spitalaufenthalte⁶⁵, Untersuchungs-, Behandlungs- und Therapiemassnahmen⁶⁶, Medikamenteneinnahme⁶⁷ und Arbeits- und Erwerbsunfähigkeiten⁶⁸.

Als Gefahrstatsachen kommen ferner auch sog. *indizierende Umstände* in Frage. Darunter werden Tatsachen verstanden, die nicht zu den begriffswesentlichen Voraussetzungen des fraglichen Risikos gehören, gleichwohl aber einen Rückschluss auf das Vorliegen einer erhöhten Risikoeintrittswahrscheinlichkeit gestatten⁶⁹. Im Bereich der Personenversicherung ist insbe-

⁶¹ Vgl. BGE 119 V 283 E. 3b (Depression und zahlreiche, z.T. kleinere psycho-somatische Beschwerden) sowie Urteile EVG vom 14.08.1998 i.S. A. = SZS 2000, S. 61 E. 4 (langjährige Schizophrenie), vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, S. 308 E. 3b (Bluthochdruck) und VerwGer FR vom 16.11.1995 = SVR 1996 BVG Nr. 63 E. 2 und 3. Nicht anzeigepflichtig sind blosse Schwächen und Veranlagungen (vgl. z.B. Urteil EVG vom 15.03.2000 [B 33/99] E. 3c [idiopathische Skoliose]).

⁶² Vgl. BGE 130 V 9, 10 (Morbus Crohn) sowie Urteile EVG vom 28.06.2002 (B 60/01) E. 3 (Halsbeschwerden bei nachträglichem Tod an einem Larynx-Karzinom), vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2 (Beschwerden des Bewegungsapparats), vom 20.09.2000 (B 51/99) E. 3 (Nierensteinertrümmerung und Dermatitis an Händen und Armen) und vom 14.05.1997 i.S. G. = SZS 1998, S. 372 = SVR 1997 BVG Nr. 81.

⁶³ Siehe z.B. Urteile EVG vom 14.03.2006 (B 48/04) und vom 01.06.2004 (B 83/03) E. 3.

⁶⁴ Vgl. Urteile EVG vom 28.06.2002 (B 60/01) E. 3, vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2 und vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, S. 308 E. 3b, sowie VersGer BL vom 31.03.1993 = SVR 1994 KV Nr. 7 E. 4 (dreimaliger Arztbesuch).

⁶⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (viertägiger Spitalaufenthalt).

⁶⁶ Vgl. Urteile BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (viermonatige Physiotherapie) und EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4 (gynäkologischer Eingriff und Rückenoperation).

⁶⁷ Vgl. Urteil EVG vom 06.10.1999 (B 62/98).

⁶⁸ Vgl. Urteile BGer vom 13.11.2003 (5C.113/2003) E. 4 (dreiwöchige Arbeitsunfähigkeit) und EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4 (Berentung).

⁶⁹ Statt vieler NEF, BA-K, N 12 zu Art. 4 VVG.

sondere ein *gesundheitsschädigendes Risiko*⁷⁰ bzw. *Konsumverhalten*⁷¹ anzeigepflichtig. Risikoeklärungen kommt aber nicht die Bedeutung einer Zusicherung zu, dass zukünftig auf bestimmte Verhaltensweisen verzichtet wird⁷². Ein eigentliches *Verhaltensverbot* muss vertraglich vereinbart werden⁷³.

Der Antragsteller hat alle Gefahrstatsachen bekanntzugeben, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, zu beeinflussen⁷⁴. Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden dabei als erheblich vermutet⁷⁵. Der Antragsteller ist infolgedessen bei einer schriftlichen Anfrage nicht verpflichtet, von sich aus über (zusätzlich) bestehende Gefahren Auskunft zu geben⁷⁶.

Die Tragweite der einzelnen Fragen bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip⁷⁷. Es ist mithin darauf abzustellen, was vernünftigerweise gemeint sein muss und der konkrete Antragsteller annehmen darf, wenn er über die Fragen der Versicherungsgesellschaft in der vom VVG verlangten Weise ernsthaft nachdenkt⁷⁸. Wie es damit steht, ist abzuklären anhand des Wortlauts der Fragen, des Zusammenhangs, in welchem sie stehen, und allfälliger weiterer Umstände⁷⁹. Eine Frage ist einschränkend auszulegen, wenn sie,

⁷⁰ Siehe dazu Art. 49 und 50 UVV.

⁷¹ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 04.12.2003 (5C.174/2003) (ekzessiver Alkohol- und Tabakkonsum).

⁷² Vgl. dazu BGE 122 III 458 E. 3b/bb.

⁷³ Siehe z.B. KUHN MORITZ W./MÜLLER-STUDER R. LUKA/ECKERT MARTIN K., *Privatversicherungsrecht*. Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 2. A., Zürich 2002, S. 226 und 235.

⁷⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 2 VVG.

⁷⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 3 VVG.

⁷⁶ Vgl. Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 3b. Siehe ferner BGE 125 V 292 ff. zu den Folgen der Nichtbeantwortung gestellter Fragen.

⁷⁷ Vgl. BGE 101 II 339 E. 2.

⁷⁸ Vgl. BGE 118 II 333 E. 2b, 116 II 338 E. 1b und 72 II 124 E. 3.

⁷⁹ Vgl. BGE 118 II 365 E. 1.

an sich oder auf Grund ihrer Beziehung zu den übrigen dem Antragsteller vorgelegten Fragen, Zweifel über den Umfang der Deklarationspflicht weckt⁸⁰. Bei sehr offen gehaltenen Fragen, wie z.B. derjenigen nach "Körperschäden"⁸¹, stellen unrichtige oder nicht umfassende Antworten keine Anzeigepflichtverletzung dar. Es ist Sache des Versicherers, durch klare und präzise Fragen auf genaue Antworten hinzuwirken. Der Versicherer hat deshalb nach bestimmten durchgemachten Krankheiten oder ärztlichen Behandlungen zu fragen⁸².

iii. Rechtsfolgen

a. Rücktrittsrecht *ex tunc*

Eine Verletzung der Anzeigepflicht berechtigt den Versicherer zum Vertragsrücktritt⁸³. Der Rücktritt vom Vertrag wirkt *ex tunc*⁸⁴. Wurde die Anzeigepflicht bei Kollektivverträgen nur bezüglich eines Teiles dieser Gegenstände oder Personen verletzt, bleibt die Versicherung für den übrigen Teil wirksam, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Versicherer diesen Teil allein zu den nämlichen Bedingungen versichert hätte⁸⁵. Der Versicherer kann bereits erbrachte Versicherungsleistungen zurückverlangen bzw. zukünftige Leistungen verweigern⁸⁶ und muss dem Versicherten die bezahlten Prämien zurückerstatten⁸⁷. Das Rückerstattungsrecht des Versicherers *für bereits eingetretene Schäden* besteht seit In-Kraft-Treten der VVG-Teilrevision am 1. Januar 2006 nur dann, wenn entweder Eintritt oder Umfang der Leis-

⁸⁰ Siehe z.B. Urteil BGer vom 04.11.1993 (5C.140/1993) E. 3.

⁸¹ Vgl. dazu Urteil EVG vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 3c.

⁸² Vgl. Urteile EVG vom 14.06.2002 (B 10/01) E. 2f, vom 18.09.2000 (B 38/99) E. 4b und vom 15.03.2000 (B 33/99) E. 4b.

⁸³ Vgl. Art. 6 VVG.

⁸⁴ Siehe z.B. Urteile EVG vom 17.12.2001 (B 69/00 und 70/00) E. 3c und vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 4.

⁸⁵ Vgl. Art. 7 VVG.

⁸⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 3 VVG.

⁸⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 VVG.

tungspflicht durch die Anzeigepflicht "beeinflusst" worden ist, mithin die verschwiegene Gefahrstatsache die Leistungspflicht ausgelöst hat⁸⁸.

Art. 8 VVG sieht eine Verwirkung des Rücktrittsrechts vor, wenn:

- die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Tatsache vor Eintritt des befürchteten Ereignisses weggefallen ist⁸⁹;
- der Versicherer die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat;
- der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss;
- der Versicherer die unrichtig angezeigte Tatsache richtig gekannt hat oder gekannt haben muss;
- der Versicherer auf das Kündigungsrecht verzichtet hat;
- der Anzeigepflichtige auf eine ihm vorgelegte Frage eine Antwort nicht erteilt und der Versicherer den Vertrag gleichwohl abgeschlossen hat⁹⁰.

Der Versicherer, der nach Kenntnisnahme des Sachverhalts, der eine Anzeigepflichtverletzung begründen würde, keinen Rücktritt vom Vorsorgevertrag erklärt, sondern sich, soweit gesetzlich bzw. reglementarisch zulässig, mit dem *Anbringen eines rückwirkenden Versicherungsvorbehalts* begnügt⁹¹, kann sich nicht auf die Anzeigepflichtverletzung berufen und für die vorbe-

⁸⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 3 VVG und Urteil EVG vom 06.06.2006 (B 3/06) E. 4.4.2.

⁸⁹ Siehe dazu Urteil EVG vom 05.09.1995 i.S. L. = SZS 1998, S. 308 E. 3a (i.c. Wegfall der Arbeitsunfähigkeit nach ausgeheiltem Distorsionstrauma des Kniegelenks).

⁹⁰ Diese Bestimmung findet gemäss Art. 8 Ziff. 6 VVG keine Anwendung, wenn die Frage, auf Grund der übrigen Mitteilungen des Anzeigepflichtigen, als in einem bestimmten Sinne beantwortet angesehen werden muss und diese Antwort sich als Verschweigen oder unrichtige Mitteilung einer erheblichen Gefahrstatsache darstellt, die der Anzeigepflichtige kannte oder kennen musste.

⁹¹ Der Versicherer ist berechtigt, bei einer Verletzung der Anzeigepflicht einen rückwirkenden Vorbehalt anzubringen (vgl. BGE 108 V 248 E. 2b und 106 V 174 sowie Urteil VersGer BL vom 31.03.1993 = SVR 1994 KV Nr. 7 E. 4).

haltene Gesundheitsschädigung einen Rücktritt vom Versicherungsvertrag erklären⁹².

b. Rücktrittserklärung

1) Zeitliche Anforderungen

Die Rücktrittserklärung⁹³ muss innerhalb von *vier Wochen*, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, dem Versicherungsnehmer zugestellt werden⁹⁴. Bei der Rücktrittsfrist handelt es sich um eine *Verwirkungsfrist*, deren Lauf weder gehemmt noch unterbrochen werden kann⁹⁵. Sie beginnt erst, wenn der Versicherer "zuverlässige Kunde" von den Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt. Blosser Vermutungen, die zu grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit drängen, dass die Anzeigepflicht verletzt ist, genügen nicht⁹⁶. Praxisgemäss beginnt die Frist mit der Zustellung der IV-Akten an den Vertrauensarzt des Versicherers⁹⁷ bzw. an diesen selbst⁹⁸ zu laufen; der Versicherer muss sich ferner das Wissen des Rückversicherers anrechnen lassen⁹⁹.

Anders als Art. 8 Ziff. 3 VVG wird bei Art. 6 VVG ausschliesslich an die *tatsächliche Kenntnis des Versicherers* um die Anzeigepflichtverletzung angeknüpft; die Rücktrittsfrist wird demnach nicht bereits ausgelöst, wenn der Versicherer bzw. dessen Vertreter oder Rückversicherer objektiv von einer

⁹² Vgl. Urteil EVG vom 18.06.2003 (B 66/02) E. 3.2.

⁹³ Ohne Nachweis einer Rücktrittserklärung stellt sich die Problematik einer allfälligen Anzeigepflichtverletzung von vornherein nicht (Urteil EVG vom 06.02.2006 [B 54/05] E. 2.3).

⁹⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 2 VVG.

⁹⁵ Vgl. statt vieler Urteil EVG vom 28.10.2003 (B 15/02 und B 16/02) E. 2.1

⁹⁶ Vgl. BGE 119 V 286 E. 4 und 5.

⁹⁷ Vgl. BGE 119 V 286 E. 5b und Urteil EVG vom 01.12.2003 (B 50/02) E. 3.2.

⁹⁸ Vgl. Urteil EVG vom 14.03.2005 (B 105/03) E. 4.

⁹⁹ Vgl. BGE 130 V 9 = SVR 2004 BVG Nr. 10 E. 6 und Urteil EVG vom 20.09.2000 (B 51/00) E. 3.

Anzeigepflichtverletzung Kenntnis haben muss¹⁰⁰. Die Rücktrittsfrist beginnt jedoch zu laufen, wenn der Versicherer oder sein Vertreter im Zusammenhang mit einem nicht den Versicherungsvertrag betreffenden Rechtsverhältnis Kenntnis von einer Anzeigepflichtverletzung erlangen¹⁰¹.

2) Inhaltliche Anforderungen

Der Rücktritt vom Vertrag muss klar, unmissverständlich und vorbehaltlos erfolgen. Die Verweigerung von Leistungen aus einem anderen Grund, z.B. dem Fehlen der Versicherteneigenschaft, kann nicht einem Rücktritt vom Vertrag gleichgesetzt werden¹⁰². Um gültig zu sein, muss eine Rücktrittserklärung zudem ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen und ferner die ungenau beantwortete Frage erwähnen¹⁰³.

II. Berufliche Vorsorge von Selbstständigerwerbenden

A. Allgemeines

Dem Versicherungsobligatorium unterstellt sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr überschritten haben und bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als 18 990 Franken beziehen¹⁰⁴. Selbstständigerwerbende unterstehen dem Versicherungsobligatorium nicht, da sie *per definitionem* keine Arbeitnehmer sind bzw. selbst als Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigen¹⁰⁵. Vom Versicherungsobligatorium ausgenommen sind auch Arbeitnehmer, die nebenberuflich tätig und bereits für eine

¹⁰⁰ Vgl. BGE 118 II 333 E. 3a.

¹⁰¹ Vgl. Urteil EVG vom 20.09.2000 (B 51/99) E. 3c.

¹⁰² Vgl. Urteil EVG vom 26.11.2001 (B 41/00) E. 5.

¹⁰³ Vgl. BGE 129 III 713 = HAVE 2004, S. 42 E. 2 (Anmerkungen von Stephan Fuhrer). Ferner Urteil BGer vom 09.11.2004 (5C.168/2004) E. 4.2.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BVG.

¹⁰⁵ Arbeitnehmer sind insbesondere angestellte Aktionäre.

hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben¹⁰⁶. Nicht obligatorisch versichert sind ferner bestimmte mitarbeitende Familienglieder des Betriebsleiters eines landwirtschaftlichen Betriebes, nämlich die Verwandten des Betriebsleiters in auf- und absteigender Linie und ihre Ehegatten sowie die Schwiegersöhne des Betriebsleiters, die voraussichtlich den Betrieb zur Selbstbewirtschaftung übernehmen werden¹⁰⁷.

B. Versicherungsarten

1. Allgemeines

Den Selbstständigerwerbenden stehen *verschiedene Versicherungsmöglichkeiten* offen¹⁰⁸. Berufsgruppen von Selbstständigerwerbenden können vom Bundesrat auf Antrag ihrer Berufsverbände der obligatorischen Versicherung allgemein oder für einzelne Risiken unterstellt werden¹⁰⁹. Voraussetzung ist, dass in den entsprechenden Berufen die Mehrheit der Selbstständigerwerbenden dem Verband angehören¹¹⁰. Neben dieser aus verbandsrechtlichen Gründen quasi-obligatorischen beruflichen Vorsorge gewährt Art. 4 BVG den Selbstständigerwerbenden mehrere Versicherungsoptionen.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 1j Abs. 1 lit. e BVV 2.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 3 f. und 44 ff. BVG sowie Art. 28 f. BVV 2.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 3 und 42 f. BVG. Eine derartige Unterstellung ist bislang noch nicht erfolgt (vgl. RIEMER HANS MICHAEL/RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. A., Bern 2006, § 5 N 1).

¹¹⁰ Vgl. Art. 3 BVG.

2. Freiwillige berufliche Vorsorge (Vorsorge 2)

i. Freiwillige obligatorische Vorsorge (Vorsorge 2a)

Der Selbstständigerwerbende kann sich der obligatorischen beruflichen Vorsorge seiner Arbeitnehmer anschliessen (freiwillige Vorsorge 2a)¹¹¹. Die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung, insbesondere die in Art. 8 BVG festgesetzten Einkommensgrenzen, gelten sinngemäss für die freiwillige Versicherung¹¹². Als Versicherungsträger funktioniert die Vorsorgeeinrichtung der Arbeitnehmer oder bei Nichtvorhandensein einer solchen die Vorsorgeeinrichtung des Berufsverbandes oder die Auffangeinrichtung¹¹³.

ii. Freiwillige weitergehende Vorsorge (Vorsorge 2b)

Nach der bis zum 1. Januar 2005 gültig gewesenen Rechtsprechung konnte sich der Selbstständigerwerbende nur überobligatorisch versichern, wenn er auch das obligatorische BVG-Minimum versichert hatte¹¹⁴. Nach Art. 4 Abs. 3 BVG können sich Selbstständigerwerbende nunmehr ausschliesslich bei einer Vorsorgeeinrichtung im Bereich der weitergehenden Vorsorge, insbesondere auch bei einer Vorsorgeeinrichtung, die nicht im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen ist, versichern.

3. Freiwillige Selbstvorsorge (Vorsorge 3)

Im Rahmen der *freiwilligen Selbstvorsorge* (Vorsorge 3) stehen Selbstständigerwerbenden – wie Unselbstständigerwerbenden – verschiedene Versicherungsmöglichkeiten offen. Zu unterscheiden sind die *steuerprivilegierte gebundene Selbstvorsorge* (Vorsorge 3a) und die anderen Selbstvorsorgeformen

¹¹¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 BVG.

¹¹² Vgl. Art. 4 Abs. 2 BVG.

¹¹³ Vgl. Art. 44 BVG.

¹¹⁴ Vgl. Urteil EVG vom 21.12.2001 (2P.127/2001) E. 4b.

(Vorsorge 3b). Erstere umfasst ausschliesslich und unwiderruflich der beruflichen Vorsorge dienende, anerkannte Vorsorgeformen¹¹⁵. Bestehen Unsicherheiten, ob das fragliche Vorsorgemodell BVG-konform und steuerprivilegiert ist oder nicht, kann dieses der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Prüfung eingereicht werden¹¹⁶.

4. Steuerliche Behandlung

Selbstständigerwerbende können bei den direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden ihre Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen in folgendem Umfang von ihrem Einkommen abziehen¹¹⁷:

- jährlich bis 8 % des oberen Grenzbetrages nach Art. 8 Abs. 1 BVG, d.h. 6 365 Franken, sofern der Versicherte einer registrierten oder nicht registrierten Vorsorgeeinrichtung i.S.v. Art. 80 BVG angehört;
- jährlich bis 20 % des Erwerbseinkommens, jedoch höchstens bis 40 % des oberen Grenzbetrages nach Art. 8 Abs. 1 BVG, d.h. 31 824 Franken (ab 01.01.2007)¹¹⁸, sofern der Versicherte keiner Vorsorgeeinrichtung i.S.v. Art. 80 BVG angehört.

Sind beide Ehegatten erwerbstätig und leisten sie Beiträge an eine anerkannte Vorsorgeform, so können beide diese Abzüge für sich beanspruchen¹¹⁹.

C. Rechtsnatur

1. Allgemeines

Im Bereich der freiwilligen beruflichen Vorsorge 2a und 2b wird das Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Vorsorgenehmer

¹¹⁵ Vgl. Art. 82 Abs. 1 BVG und Art. 1 BVV 3.

¹¹⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 4 BVV 3.

¹¹⁷ Siehe dazu HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, 8. A., Bern 2006, S. 334 ff.

¹¹⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 1 BVV 3.

¹¹⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 BVV 3.

durch einen *privatrechtlichen Vorsorgevertrag* begründet, der rechtsdogmatisch den *Innominatverträgen* zuzuordnen ist¹²⁰. Für die freiwillige berufliche Vorsorge 2a gelten die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung sinngemäss¹²¹. Der Vorsorgevertrag 2b ist funktional mit dem *Lebensversicherungsvertrag* im Sinne des VVG verwandt. So wie die Begünstigten ihren Anspruch gegenüber einer Lebensversicherungsgesellschaft aus eigenem Recht (*iure proprio*) und nicht aus Erbrecht (*iure hereditatis*) erwerben¹²², haben die Anspruchsberechtigten im Rahmen der Vorsorge 2b gestützt auf Art. 112 Abs. 2 OR einen eigenen Anspruch gegen die Vorsorgeeinrichtung; entsprechend fallen die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung nicht in die Erbmasse¹²³.

2. Geltung des VVG für die freiwillige berufliche Vorsorge

Die *analoge Anwendung des VVG*, insbesondere der Regeln für die Anzeigepflichtverletzung¹²⁴, hat das EVG sowohl für die freiwillige berufliche Vorsorge Selbstständigerwerbender¹²⁵ als auch für die überobligatorische berufliche Vorsorge von Unselbstständigerwerbenden¹²⁶ bejaht. Da der Vorsorgevertrag *keinen Versicherungsvertrag* darstellt¹²⁷ und Art. 100 Abs. 1 VVG selbst für Versicherungsverträge die *subsidiäre Geltung des OR* vorsieht¹²⁸, bestehen erhebliche methodologische Bedenken an der analogen Anwendung des

¹²⁰ Vgl. BGE 118 V 229 E. 4b, ferner BGE 122 V 142 E. 4b.

¹²¹ Vgl. Art. 4 Abs. 2 BVG.

¹²² Vgl. Art. 78 VVG und BGE 112 II 157 E. 1a.

¹²³ Vgl. BGE 112 II 38 E. 3 und 116 V 218 E. 2. Die Begünstigtenordnung richtet sich nicht nach Art. 18 ff. BVG, sondern nach dem Reglement der Vorsorgeeinrichtung und dem privatautonom ausgestalteten Vorsorgevertrag.

¹²⁴ Vgl. Art. 4 ff. VVG.

¹²⁵ Vgl. BGE 116 V 218 ff.

¹²⁶ Vgl. BGE 119 V 286 ff. und Urteil EVG vom 21.08.2001 (B 75/99) E. 1.

¹²⁷ Vgl. z.B. BGE 118 V 229 E. 4.

¹²⁸ Siehe dazu GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefährstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: HAVE 2003, S. 43 ff.

VVG für die freiwillige Sozialversicherung. Da eine Leistungsverweigerung im Bereich der obligatorischen Sozialversicherung grundsätzlich nur bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls möglich ist¹²⁹, sollte in den Bereichen der freiwilligen Sozialversicherung, in denen das VVG nicht zwingend gilt, ebenfalls nur eine vorsätzliche Leistungsherbeiführung berücksichtigt werden. In jedem Fall sollte das Rücktrittsrecht nur während laufenden Vorbehaltsfristen ausgeübt werden können.

3. Einschränkung des Vorbehaltsrechts

Das Vorbehaltsrecht des Versicherers schränkt das BVG im Bereich der Vorsorge 2a der Selbstständigerwerbenden ein. Für die Risiken Tod und Invalidität darf gemäss Art. 45 Abs. 1 BVG ein *Vorbehalt aus gesundheitlichen Gründen für höchstens drei Jahre* gemacht werden¹³⁰. Ein solcher Vorbehalt ist jedoch unzulässig, wenn der Selbstständigerwerbende mindestens sechs Monate obligatorisch versichert war und sich innert Jahresfrist freiwillig versichert¹³¹. Reglementarische Bestimmungen gehen der gesetzlichen Regelung vor, sofern sie für den Versicherten günstiger sind¹³².

Art. 45 Abs. 1 BVG ist auf nichtregistrierte Vorsorgeeinrichtungen und damit die weitergehende berufliche Vorsorge nicht anwendbar¹³³. Im Bereich der Vorsorge 2b sind Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen von Art. 49 Abs. 2 BVG und der verfassungsmässigen Schranken (wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeit) in der Vertragsgestaltung grundsätzlich frei und können deshalb auch Vorbehalte anbringen. Das Vorbehaltsrecht ist einzig in der *Vorsorge 2b von Arbeitnehmern* eingeschränkt. Zu Lasten

¹²⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 1–2 ATSG.

¹³⁰ Vgl. Art. 45 Abs. 1 BVG.

¹³¹ Vgl. Art. 45 Abs. 2 BVG.

¹³² Siehe z.B. den Anwendungsfall Urteil EVG vom 17.12.2001 (B 69/00).

¹³³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 BVG; siehe dazu Urteil EVG vom 14.05.1997 = SVR 1997 BVG Nr. 81 E. 3 und BGE 119 V 283 E. 2.

von Unselbstständigerwerbenden sind Gesundheitsvorbehalte höchstens für die Dauer von fünf Jahren zulässig¹³⁴.

Der Versicherungsschutz, der mit den *eingebrachten Austrittsleistungen aus der obligatorischen und der weitergehenden beruflichen Vorsorge*¹³⁵ erworben wird, darf bei einem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung nicht durch einen neuen gesundheitlichen Vorbehalt geschmälert werden. Der Versicherte hat *Anspruch auf die Aufnahme in die neue Vorsorgeeinrichtung*, wobei der bereits erworbene Versicherungsschutz nicht durch neue Vorbehalte geschmälert werden darf¹³⁶. Die Vorsorgeeinrichtung muss zudem den eintretenden Versicherten ermöglichen, ihren Vorsorgeschutz "weiter aufzubauen"¹³⁷, wobei insbesondere ein Recht zum Einkauf in die reglementarischen Leistungen besteht¹³⁸. Für die Versicherten günstigere Bedingungen der neuen Vorsorgeeinrichtung gehen vor¹³⁹.

¹³⁴ Vgl. Art. 331c OR sowie BGE 119 V 283 E. 2a und Urteil EVG vom 18.06.2003 (B 66/02) E. 2.1. Siehe ferner STAUFFER HANS-ULRICH, Sind Gesundheitsvorbehalte in der beruflichen Vorsorge zulässig?, in: Schaffhauser René/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), *Berufliche Vorsorge 2002. Probleme, Lösungen, Perspektiven. Referate der Tagung vom 22. Mai 2002 in Luzern, St. Gallen 2002*, S. 53 ff.

¹³⁵ Das FZG ist anwendbar auf alle Vorsorgeverhältnisse, in denen eine Vorsorgeeinrichtung des privaten oder des öffentlichen Rechts aufgrund ihrer Vorschriften (Reglement) bei Erreichen der Altersgrenze, bei Tod oder bei Invalidität (Vorsorgefall) einen Anspruch auf Leistungen gewährt (vgl. Art. 1 Abs. 2 FZG).

¹³⁶ Vgl. Art. 3 und 9 ff. sowie Art. 14 Abs. 1 FZG.

¹³⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 FZG.

¹³⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 FZG.

¹³⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 2 FZG.

D. Versicherungsgrundsätze

1. Gleichstellung der freiwilligen beruflichen Vorsorgeformen

i. In versicherungstechnischer Hinsicht

Die Vorsorge 2b untersteht im Unterschied zur Vorsorge 2a nicht bzw. nur punktuell¹⁴⁰ dem BVG, sondern den Regeln des OR¹⁴¹. Zwischen der Vorsorge 2a und 2b besteht darüber hinaus in *versicherungstechnischer Hinsicht* kein Unterschied. Beide Vorsorgeformen sind an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit sowie an das Willkürverbot gebunden¹⁴² und folgen den Prinzipien der Planmässigkeit und Angemessenheit sowie der Solidarität und Kollektivität¹⁴³. Die beiden letztgenannten Prinzipien bedeuten u.a., dass das *verbleibende Kapital der Vorsorgeeinrichtung verfällt* und für die Leistungserbringung an die übrigen Vorsorgenehmer verwendet wird, wenn der Vorsorgenehmer stirbt, ohne nach Reglement anspruchsberechtigte Personen zu hinterlassen. Bei der gebundenen Selbstvorsorge wird demgegenüber die Versicherungsleistung oder das angesparte Kapital in jedem Fall an jemanden ausbezahlt¹⁴⁴. Der Grundsatz der Kollektivität verlangt ferner den *Einbezug sämtlicher Arbeitnehmer eines Unternehmens* in die berufliche Vorsorge und verbietet Sondervereinbarungen einzelner Vorsorgenehmer mit der Vorsorgeeinrichtung im Sinne von "à-la-carte-Versicherungen"¹⁴⁵.

ii. In erbrechtlicher Hinsicht

Vorsorge 2a und 2b sind in *erbrechtlicher Hinsicht* grundsätzlich gleich zu behandeln. Die Vorsorgeguthaben 2b unterliegen nicht der erbrechtlichen

¹⁴⁰ Vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG.

¹⁴¹ Vgl. Art. 331 ff. OR und ferner Art. 89^{bis} ZGB.

¹⁴² Vgl. BGE 119 V 283 E. 2a und 115 V 103 E. 4b.

¹⁴³ Siehe Art. 1 ff. BVV 2 und BGE 120 Ib 199 E. 3c und d.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b BVV 3

¹⁴⁵ Vgl. Art. 1c BVV 2.

Herabsetzung¹⁴⁶. Ob dieser Ausschluss auch für individuell ausgestaltete oder wesentlich über die normale Vorsorge hinausgehende Vorsorgeverträge für höhere Kader bzw. Unternehmer gilt, hat die Rechtsprechung offengelassen¹⁴⁷.

2. Geltung der Barauszahlungsregeln

Die gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen über die Barauszahlung einer Freizügigkeitsleistung an einen Arbeitnehmer, der eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, sind nach einem Entscheid des EVG von 1991 grundsätzlich nicht anwendbar, wenn ein freiwillig versicherter Selbstständigerwerbender die Vorsorgeeinrichtung verlässt und die Barauszahlung dieser Leistung verlangt¹⁴⁸. Der am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Art. 4 Abs. 4 BVG sieht nunmehr aber vor, dass die von den Selbstständigerwerbenden geleisteten Beiträge und Einlagen in die Vorsorgeeinrichtung dauernd der beruflichen Vorsorge dienen müssen. Diese Vorschrift geht auf einen Vorschlag von Nationalrat Toni Bortoluzzi zurück. Dieser wollte Alibiaustritte aus Gründen der Steuereinsparungen verhindern, Wohneigentumseinlagen oder betriebsbezogene werterhaltende Investitionen aber weiterhin zulassen¹⁴⁹. Der vom Parlament verabschiedete Wortlaut von Art. 4 Abs. 4 BVG und der Umstand, dass Vorbezüge nur für Wohneigentum, nicht aber für Geschäftsräume möglich sind¹⁵⁰, schränken die *Eigenkapitalbeschaffung für Selbstständigerwerbende*, die sich im Rahmen von Art. 4 BVG freiwillig versichert haben, jedoch weitergehend ein¹⁵¹. Barauszahlungen an

¹⁴⁶ Vgl. BGE 129 III 305 E. 2.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 129 III 305 E. 2.7

¹⁴⁸ Vgl. BGE 117 V 160 E. 2b und c.

¹⁴⁹ Vgl. LANG PETER/MAUTE WOLFGANG, Steuerliche Aspekte der 1. BVG-Revision, in: StR 2004, S. 2 ff., 7 ff., und LANG PETER/MAUTE WOLFGANG, Änderung der BVV 2 - Umsetzung Steuerpaket 1. BVG-Revision, in: StR 2005, S. 642 ff., 648.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 30c BVG.

¹⁵¹ Vgl. LANG PETER/MAUTE WOLFGANG, Steuerliche Aspekte der 1. BVG-Revision, in: StR 2004, S. 2 ff., 7 ff., und LANG PETER/MAUTE WOLFGANG, Änderung der BVV 2 - Umsetzung Steuerpaket 1. BVG-Revision, in: StR 2005, S. 642 ff., 648.

freiwillig Versicherte sind deshalb inskünftig nur in den gesetzlichen Fällen möglich¹⁵².

III. Unfallversicherung von Selbstständigerwerbenden

A. Allgemeines

Nach Art. 4 Abs. 1 UVG können sich in der Schweiz wohnhafte Selbstständigerwerbende und ihre im Betrieb mitarbeitenden Familienangehörigen¹⁵³, die nicht obligatorisch versichert sind¹⁵⁴, freiwillig nach UVG versichern¹⁵⁵.

B. Versicherungsarten

1. Unfallversicherung nach UVG

Eine freiwillige Unfallversicherung nach UVG erfordert einen Hinweis auf die nach UVG versicherten Leistungen, insbesondere eine Deckungsklausel

¹⁵² Siehe infra Ziff. VII/A.

¹⁵³ Der Begriff "mitarbeitende Familienglieder", wie er u.a. in Art. 4 Abs. 1 UVG und Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV verwendet wird, umfasst nur die Mitglieder der Familie im familienrechtlichen Sinne des ZGB. Das Verlöbnis als quasifamiliäres Rechtsverhältnis oder das Konkubinat begründet keine Mitgliedschaft in der Familie (BGE 121 V 125 E. 2). Die künftige Schwiegertochter eines Betriebsinhabers gilt nicht als "mitarbeitendes Familienmitglied" im Sinne der Gesetzgebung über die Unfallversicherung (Urteil EVG vom 15.02.1995 i.S. S. c. C. = SG Nr. 999).

¹⁵⁴ Die im Konkubinat lebende Person, deren Tätigkeit in der Führung des gemeinsamen Haushaltes besteht und die dafür über Naturalleistungen (Kost und Logis) sowie ein allfälliges Taschengeld hinaus oder anstelle der Naturalleistungen im Rahmen eines Arbeitsvertrages einen Barlohn erhält, fällt nicht unter die gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g UVV vom UVG-Versicherungspflichtigen ausgenommenen Personen (Urteil EVG vom 19.08.2004 [U 307/03] = RKUV 2004, S. 583 E. 3). Wer im elterlichen Betrieb eine landwirtschaftliche Lehre absolviert, fällt nicht unter die Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 1 Bst. a UVV und ist daher der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt (Urteil EVG vom 25.10.2004 [U 99/04] = RKUV 2005, S. 59 E. 3.2). Siehe ferner Urteil EVG vom 09.01.2001 i.S. F. S. = RKUV 2001, S. 104.

¹⁵⁵ Siehe ferner Art. 134 ff. UVG.

für die Kosten einer Heilbehandlung¹⁵⁶. Eine Beschränkung der Taggelddeckung auf 730 Tage mit einer Wartefrist von mehr als drei Tagen ist nicht UVG-konform¹⁵⁷. Vom Vorliegen einer freiwilligen UVG-Versicherung ist ebenfalls auszugehen, wenn der Versicherer im Schreiben, mit dem er die Police zustellt, explizit auf das UVG hinweist¹⁵⁸.

2. Unfallversicherung nach VVG

Die freiwillige Unfallversicherung nach UVG ist von der freiwilligen Unfallversicherung nach VVG zu unterscheiden. Eine freiwillige Unfallversicherung nach VVG liegt vor, wenn sich in der Police bzw. in den zum Bestandteil der Police erklärten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) keine Hinweise auf die anwendbaren Normen des UVG finden bzw. der vereinbarte Deckungsumfang geringer ist als derjenige nach UVG. Dem VVG unterstehen insbesondere auch Zusatzversicherungen in Ergänzung zur freiwilligen Unfallversicherung gemäss UVG¹⁵⁹.

Die in Art. 72 ff. ATSG vorgesehenen Regressregeln gelten nur für die obligatorische und die freiwillige UVG-Versicherung, nicht aber für Unfallversicherungen nach VVG¹⁶⁰. Bei dieser gilt die Regressordnung von Art. 72/96 VVG. Bei den dem VVG unterstehenden Unfall- bzw. Zusatzversicherungen ist deshalb zu unterscheiden, ob sie als Schaden- oder als Summenversicherung ausgestaltet sind. Welche Art von Versicherung in einem konkreten Fall vorliegt, ist auf Grund der Parteiabrede (Police und einschlägige AVB) zu ermitteln. Eine *Schadenversicherung* liegt dann vor, wenn die Leistung nicht allein von der Gesundheitsbeeinträchtigung einer Person abhängt, sondern darüber hinaus voraussetzt, dass diese Beeinträchtigung einen Vermögensverlust zur Folge hat. Bei der *Summenversicherung* hängt die Leis-

¹⁵⁶ Siehe dazu Art. 93 UVV.

¹⁵⁷ Vgl. z.B. Urteil VerwGer LU vom 17.05.2001 (S 00 33) = LGVE 2001 II Nr. 38 E. 3a.

¹⁵⁸ Vgl. Urteil EVG vom 18.10.2000 (U 416/99) E. 4.

¹⁵⁹ Vgl. z.B. Urteil Appellationsgericht BS vom 03.11.2004 i.S. G. = SG Nr. 1574 E. 3.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 119 II 361 E. 4.

tungspflicht des Versicherers hingegen allein von der Gesundheitsbeeinträchtigung der Person ab¹⁶¹. Die Rechtsprechung qualifiziert die freiwillige Unfallversicherung nach VVG bald als Schaden-¹⁶², bald als Summenversicherung¹⁶³.

C. Rechtsnatur

In der freiwilligen Unfallversicherung nach UVG kommt das Versicherungsverhältnis mit einem privaten Unfallversicherer i.S.v. Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG – im Gegensatz zur Unfallversicherung nach VVG – durch einen *öffentlich-rechtlichen Versicherungsvertrag* zustande¹⁶⁴, der analog wie ein privatrechtlicher Vertrag innerhalb der Schranken des zwingenden Rechts nach dem wirklichen Willen der Parteien und nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist¹⁶⁵. Der Versicherer darf den Abschluss einer freiwilligen Unfallversicherung nur in *begründeten Fällen*, namentlich bei bestehenden erheblichen und dauernden Gesundheitsschädigungen sowie bei einer Nichteignung¹⁶⁶, ablehnen¹⁶⁷.

¹⁶¹ Vgl. z.B. BGE 119 II 361 E. 4 und 104 II 44 E. 4a.

¹⁶² Vgl. Urteil Appellationsgericht BS vom 03.11.2004 = BJM 2006, S. 107 = SG Nr. 1574.

¹⁶³ Vgl. BGE 119 II 361 E. 4.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 136 UVV.

¹⁶⁵ Vgl. BGE 122 V 146.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 78 Abs. 2 VUV.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 134 Abs. 3 UVV.

D. Versicherungsgrundsätze

1. Gleichstellung der freiwilligen mit der obligatorischen Unfallversicherung

Für die freiwillige Versicherung gelten nach Art. 5 Abs. 1 UVG sinngemäss die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung¹⁶⁸. Eine absolute Gleichstellung der freiwilligen mit der obligatorischen Unfallversicherung war jedoch nicht der Wille des Gesetzgebers. Vielmehr wurde vorgesehen, dass der Bundesrat, "soweit die freiwillige Versicherung besonderer Vorschriften bedarf", diese erlässt¹⁶⁹. Die Bestimmungen der obligatorischen Unfallversicherung sind deshalb für die freiwillige Unfallversicherung anzuwenden, sofern und soweit dies als sinnvoll erscheint. Abweichungen sind zulässig, sofern und soweit sie sich mit dem unterschiedlichen Charakter der beiden Zweige begründen lassen¹⁷⁰.

2. Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über die Unfallverhütung

Für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten dürfen in der freiwilligen Unfallversicherung keine Prämienzuschläge erhoben werden¹⁷¹. Entsprechend gelten die Bestimmungen über die Unfallverhütung für die freiwillige Unfallversicherung nicht¹⁷². Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass zwar ein gewisses öffentliches Interesse am Erlass einer Nichteignungsverfügung gegenüber freiwillig Versicherten¹⁷³ besteht. Doch genüge dieses Interesse nicht, die freiwillig Versicherten den Bestimmungen

¹⁶⁸ Abs. 2 von Art. 5 UVG ermächtigt den Bundesrat, ergänzende Bestimmungen über die freiwillige Versicherung zu erlassen. Er ordnet namentlich den Beitritt, Rücktritt und den Ausschluss sowie die Prämienberechnung.

¹⁶⁹ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18.08.1976 = BBl 1976 III 186.

¹⁷⁰ Vgl. Urteil EVG vom 09.12.1999 i.S. H. L. = RKUV 2000, S. 170 E. 4a.

¹⁷¹ Vgl. Art. 87 UVG und Art. 139 Abs. 2 UVV.

¹⁷² Vgl. Urteil BGer vom 13.06.2006 (U 41/05) E. 5.

¹⁷³ Dazu Art. 82 ff. VUV.

über die Unfallverhütung zu unterstellen, nicht zuletzt deshalb, weil auch Selbstständigerwerbende dazu verpflichtet sind, die ihnen zumutbaren Massnahmen zur Vermeidung bzw. Reduzierung des Schadens zu ergreifen, wie z.B. die Befolgung ärztlicher Anordnungen, berufliche Neuausrichtung usw.¹⁷⁴ Dürfen gegenüber freiwillig Versicherten keine Nichteignungsverfügungen ausgesprochen werden, stehen diesen auch keine Leistungen zu, die im Nachgang zu einer Nichteignungsverfügung gewährt werden. Die fraglichen Leistungen sind keine eigentliche Versicherungs-, sondern Entschädigungsleistungen im Rahmen der staatlichen Billigkeitshaftung für rechtmässige Schädigungen¹⁷⁵.

3. Massgeblichkeit des vereinbarten Verdienstes

Für die Festlegung von Taggeld- und Rentenleistungen wird in der freiwilligen Unfallversicherung – wie in der obligatorischen Unfallversicherung¹⁷⁶ – auf den versicherten Verdienst abgestellt¹⁷⁷. Gemäss Art. 138 UVV, der gesetzmässig ist¹⁷⁸, wird der in der freiwilligen Unfallversicherung nach UVG massgebliche versicherte Verdienst aber bei Vertragsschluss vereinbart. Der vereinbarte versicherte Verdienst darf höchstens dem Höchstbetrag gemäss Art. 22 Abs. 1 UVV, d.h. Fr. 106 800.–, entsprechen und muss bei Selbstständigerwerbenden mindestens die Hälfte dieses Höchstbetrages, d.h. Fr. 53 400.–, betragen. Für mitarbeitende Familienmitglieder, Gesellschafter, Aktionäre und Genossenschafter wird im Bereich der obligatorischen Un-

¹⁷⁴ Vgl. Urteil BGer vom 13.06.2006 (U 41/05) E. 5.1.4.

¹⁷⁵ Dazu BGE 126 V 204 E. 2c sowie Urteil EVG vom 03.03.2000 i.S. C. M. = RKUV 2000, S. 253 E. 3a.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 15 UVG und Art. 22 ff. UVV.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 138 UVV.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil EVG vom 18.04.2006 (U 105/04) E. 7.2, a.A. BARRAS RAPHAËL, La surindemisation dans l'assurance-accidents facultative, in: HAVE 2003, S. 220 ff.

fallversicherung demgegenüber *mindestens der berufs- und ortsübliche Lohn* berücksichtigt¹⁷⁹.

Der vereinbarte versicherte Verdienst ist grundsätzlich für die Leistungsbeurteilung massgeblich¹⁸⁰. Er wird bei Vertragsabschluss vereinbart und kann jeweils auf Beginn eines Kalenderjahres angepasst werden¹⁸¹. Gewinnungskosten sind bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes Selbstständigerwerbender ausser Acht zu lassen¹⁸². Der vereinbarte versicherte Verdienst gilt auf Grund der Vertragsfreiheit auch dann, wenn der tatsächliche Verdienst im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls tiefer ist, nicht zuletzt deshalb, weil Selbstständigerwerbende Einkommensschwankungen unterliegen¹⁸³. Bei einem *lang anhaltenden grossen Misserhältnis* zwischen dem versicherten und dem tatsächlichen Verdienst¹⁸⁴ kann in der freiwilligen Unfallversicherung eine *Kürzung der Versicherungsleistungen* erfolgen¹⁸⁵, jedoch nicht rückwirkend¹⁸⁶. Liegt das Einkommen des freiwillig Versicherten unterhalb der Hälfte des Höchstbetrages, ist eine Kürzung nur, aber immerhin, bis auf diese Höhe zulässig¹⁸⁷. Eine weitergehende Kürzung bzw.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV und Urteil EVG vom 09.01.2001 i.S. F. S. = RKUV 2001, S. 104.

¹⁸⁰ Vgl. Urteil EVG vom 18.05.2001 (U 107/99) = RKUV 2001, S. 326 E. 2c.

¹⁸¹ Vgl. Art. 138 UVV.

¹⁸² Siehe z.B. Urteile EVG vom 18.05.2001 (U 107/99) = RKUV 2001, S. 326 E. 2a, und vom 23.06.1998 i.S. W. S. = RKUV 1998, S. 575 E. 2c/aa.

¹⁸³ Statt vieler Urteil EVG vom 18.05.2001 (U 107/99) = RKUV 2001, S. 326 E. 2a.

¹⁸⁴ Langanhaltend ist eine Diskrepanz, wenn sie während zwei Jahren bestand (Urteil EVG vom 14.09.1993 i.S. V c. S = RKUV 1994, S. 52 = SG Nr. 896 E. 7). Nach der am 14.11.2006 revidierten UVG Ad-Hoc-Empfehlung 3/97 ist eine Kürzung erst dann zulässig, wenn das Missverhältnis zwischen den effektiven Einkommensverhältnissen und dem vereinbarten versicherten Verdienst bis zum Unfall mindestens 5 Jahre angedauert und durchschnittlich mindestens 30 % betragen hat (siehe <http://koordination.ch/fileadmin/files/ad-hoc/1997/03-97.pdf>; zuletzt besucht am 08.12.2006).

¹⁸⁵ Vgl. Urteile EVG vom 18.05.2001 (U 107/99) = RKUV 2001, S. 326 E. 2c, vom 11.05.2001 (U 232/99) E. 5 und vom 23.06.1998 i.S. W. S. = RKUV 1998, S. 575 E. 3.

¹⁸⁶ Vgl. Urteil EVG vom 18.04.2006 (U 105/04) E. 7.1.

¹⁸⁷ Vgl. Urteil EVG vom 18.04.2006 (U 105/04) E. 7.2.

Leistungsverweigerung ist nur bei einem eigentlichen Versicherungsbetrug zulässig¹⁸⁸.

Bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades kann für die Ermittlung des Valideneinkommens nicht auf den versicherten Verdienst abgestellt werden. Massgeblich ist das Einkommen, das der Versicherte aufgrund seiner beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände zu erwarten gehabt hätte¹⁸⁹. Bei Selbstständigerwerbenden ist dabei auf den während einer längeren Zeitspanne erzielten Durchschnittsverdienst und nicht auf das unmittelbar vor Eintritt der Invalidität erzielte Erwerbseinkommen abzustellen, wenn das Valideneinkommen starke und verhältnismässig kurzfristig in Erscheinung tretende Schwankungen aufweist¹⁹⁰.

IV. Krankenversicherung von Selbstständigerwerbenden

A. Zusatzversicherung

1. Allgemeines

Die Krankenkassen sind berechtigt, neben der obligatorischen Krankenversicherung *Zusatzversicherungen* anzubieten; ebenso können sie im Rahmen der vom Bundesrat festgesetzten Bedingungen und Höchstgrenzen weitere Versicherungsarten betreiben¹⁹¹.

2. Versicherungsarten

Die Zusatzversicherungen sind von Krankenkasse zu Krankenkasse verschieden, lassen sich aber in die zwei Typen der ambulanten Zusatzversicherung und der Spitalzusatzversicherung unterscheiden. Die *ambulante*

¹⁸⁸ So die am 14.11.2006 revidierte UVG Ad-Hoc-Empfehlung 3/97 (siehe <http://koordination.ch/fileadmin/files/ad-hoc/1997/03-97.pdf>; zuletzt besucht am 08.12.2006).

¹⁸⁹ Vgl. Urteil EVG vom 18.09.2002 (U 78/01) E. 3.3 und ZAK 1985, S. 635 E. 3a.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil EVG vom 18.09.2002 (U 78/01) E. 3.3 und ZAK 1985, S. 466 E. 2c.

¹⁹¹ Vgl. Art. 12 Abs. 2 KVG.

Zusatzversicherung erweitert den Deckungsumfang der obligatorischen Krankenversicherung im ambulanten Bereich; sie deckt beispielsweise Zusätze für Alternativmedizin, Nicht-Pflichtmedikamente und Psychotherapie durch Psychologen ohne ärztliche Ausbildung. Die *Spitalzusatzversicherung* erweitert den Deckungsumfang bei einer stationären Behandlung; üblich sind Spitalzusatzversicherungen für die allgemeine, halbprivate oder private Abteilung. Von den eigentlichen Zusatzversicherungen sind *Zusatzdeckungen für Krankheits- und Unfallrisiken* in Personenversicherungen, insbesondere in Lebensversicherungen, zu unterscheiden. Gegenstand von solchen mehrprämienpflichtigen Zusatzdeckungen können beispielsweise eine Doppelzahlung bei Unfalltod oder eine Prämienbefreiung im Falle von Erwerbsunfähigkeit sein.

3. Rechtsnatur

Die Zusatzversicherung unterliegt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung dem VVG, ist also eine gewöhnliche private Personenversicherung¹⁹². Streitigkeiten, welche Zusatzversicherungen zum Gegenstand haben, sind privatrechtlicher Natur¹⁹³. Art. 47 aVAG ist in dem am 01.01.2006 in Kraft getretenen VAG nicht mehr enthalten, weshalb für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Zusatzversicherungen die Zivilgerichte zuständig sind.

4. Versicherungsgrundsätze

Das 1996 in Kraft getretene KVG hat die *Zusatzversicherung* dem VVG unterstellt und eine Anpassung der bestehenden Versicherungsverträge innert Jahresfrist vorgesehen. Die Krankenkassen sind verpflichtet, ihren im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des KVG bereits freiwillig Versicherten Versicherungsverträge anzubieten, die mindestens den bisherigen Umfang des Ver-

¹⁹² Vgl. Art. 12 Abs. 3 KVG.

¹⁹³ Vgl. BGE 124 III 44 E. 2a und 229 E. 2b sowie 127 III 421 E. 2.

sicherungsschutzes gewähren¹⁹⁴, und müssen zudem die unter dem früheren Recht zurückgelegten Versicherungszeiten bei der Festsetzung der Prämien anrechnen¹⁹⁵. Den Versicherern steht es aber frei, den Prämientarif unter Berücksichtigung des Eintritts- oder des tatsächlichen Lebensalters auszugestalten¹⁹⁶.

B. Taggeldversicherung

1. Versicherungsarten

Die Taggeldversicherung kann freiwillig als Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung auf der Grundlage des KVG¹⁹⁷ oder des VVG¹⁹⁸ abgeschlossen werden¹⁹⁹. Eine *Taggeldversicherung nach VVG* liegt vor, wenn der Versicherungsvertrag nicht auf das KVG verweist bzw. die zwingenden Bestimmungen von Art. 69 ff. KVG nicht gelten. Seit In-Kraft-Treten des KVG hat die Taggeldversicherung nach VVG stetig an Bedeutung gewonnen²⁰⁰. Die *Taggeldversicherung nach KVG* ist zu einem "Auffangbecken schlechter Risiken" geworden. Bemühungen, die Taggeldversicherung nach KVG aufzuwerten, wurden bislang vom Parlament abgelehnt²⁰¹.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 126 III 345 E. 3 und 124 III 434 E. 3 sowie Urteile BGer vom 05.10.2001 (5C.161/2001) E. 3a und vom 09.01.2001 (5C.244/2000) E. 3a.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 102 Abs. 2 KVG.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 124 III 229 E. 3c/cc.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 67 ff. KVG und Art. 107 ff. KVV. Nach der Rechtsprechung stimmt die Regelung der Taggeldversicherung in den Art. 67 ff. KVG weitgehend mit dem alten Recht des KUVG überein (vgl. RKUV 1998, S. 430).

¹⁹⁸ Zur Taggeldversicherung nach VVG siehe BGE 128 V 176 ff. und 116 II 189 ff.

¹⁹⁹ Vgl. BGE 127 III 235 E. 2c.

²⁰⁰ Siehe dazu BAG, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2004, Bern 2006, Seiten 32 und 183, Tabelle T 9.17.

²⁰¹ Das Parlament hat die Standesinitiative des Kanton Jura "KVG. Lücken und Unstimmigkeiten bei den Taggeldern" vom 13.02.2003 (03.301) und das Postulat der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR "KVG. Lücken und Unstimmigkeiten bei Taggeldern" vom 16.01.2004 (04.3000) abgelehnt.

2. Rechtsnatur

Bei der freiwilligen Taggeldversicherung nach KVG²⁰² handelt es sich – im Gegensatz zur Zusatzversicherung und zur Taggeldversicherung nach VVG²⁰³ – um eine auf *öffentlichem Recht beruhende Versicherung*²⁰⁴. Die Taggeldversicherung kommt durch den Abschluss eines Versicherungsvertrages zustande. Dieser kann als Einzel- oder – zu Gunsten von Erwerbstätigen – als Kollektivversicherungsvertrag ausgestaltet sein²⁰⁵. Dem Arbeitgeber, der sich durch den Abschluss eines Kollektiv-Krankenversicherungsvertrages seiner Lohnfortzahlungspflicht entledigt, steht kein eigener Anspruch auf die Versicherungsleistungen zu²⁰⁶.

Soweit das KVG keine zwingenden Bestimmungen enthält, ist die inhaltliche Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses der Vertragsautonomie der Parteien überlassen²⁰⁷. Die Vertragsgestaltung muss sich an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen orientieren, wie sie sich aus dem Bundessozialversicherungsrecht und dem übrigen Verwaltungsrecht sowie der Bundesverfassung ergeben. Namentlich hat sie sich an die wesentlichen Prinzipien der sozialen Krankenversicherung zu halten, vorab an die Grundsätze der Gegenseitigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung²⁰⁸.

²⁰² Vgl. Art. 67 ff. KVG und Art. 107 ff. KVV. Nach der Rechtsprechung stimmt die Regelung der Taggeldversicherung in den Art. 67 ff. KVG weitgehend mit dem alten Recht des KUVG überein (vgl. RKUV 1998, S. 430).

²⁰³ Vgl. BGE 124 III 44 E. 1 und 124 III 229 E. 2b.

²⁰⁴ Siehe z.B. Urteil EVG vom 05.04.2004 (K 43/03) E. 3.

²⁰⁵ Vgl. Art. 67 Abs. 3 KVG. In der Kollektivversicherung bezogene Leistungen können auf die Leistungsdauer in der Einzelversicherung angerechnet werden (Urteil EVG vom 29.10.2002 [K 52/02] = RKUV 2003, S. 17 E. 3.4).

²⁰⁶ Vgl. BGE 120 V 38 E. 3.

²⁰⁷ BGE 124 V 203 E. 2a und 205 E. 3d.

²⁰⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG i.V.m. Art. 68 Abs. 3 KVG; ferner Urteile EVG vom 24.08.2006 (K 58/06) E. 1 und vom 01.04.2004 (K 96/02) E. 3.1 sowie BGE 113 V 215 E. 3b.

3. Versicherungsgrundsätze

i. Allgemeines

Für die freiwillige Taggeldversicherung nach KVG sind die für die obligatorische Krankenversicherung geltenden Regeln analog anwendbar, soweit Art. 67 ff. KVG keine abweichende Regelung vorsehen. Für die Taggeldversicherung nach KVG gilt insbesondere auch das betriebsrechtliche Privileg²⁰⁹.

ii. Einschränkung des Vorbehaltsrechts

Für die freiwillige Zusatzversicherung und die Taggeldversicherung nach VVG gilt das VVG²¹⁰, weshalb der Versicherer dasselbe Vorbehaltsrecht wie in der privaten Personenversicherung hat²¹¹. Eine modifizierte Regelung gilt für die Taggeldversicherung nach KVG. Die Versicherer können Krankheiten, die bei der Aufnahme in die freiwillige Taggeldversicherung bestehen, oder frühere Krankheiten, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können²¹², durch einen schriftlichen Vorbehalt ausschliessen²¹³. Der Versicherungsvorbehalt fällt in jedem Fall spätestens nach fünf Jahren dahin. Die Versicherten können zudem vor Ablauf dieser Frist den Nachweis erbringen, dass der Vorbehalt nicht mehr gerechtfertigt ist²¹⁴. Wenn die versicherte

²⁰⁹ Vgl. Urteil EVG vom 09.08.2005 (K 76/03) E. 5.

²¹⁰ Vgl. Art. 12 Abs. 3 KVG.

²¹¹ Unter dem Versicherungsvorbehalt versteht Art. 71 Abs. 1 KVG sowohl die individuelle, konkrete und zeitlich begrenzte Einschränkung des Versicherungsschutzes in Einzelfällen als auch den generellen, zeitlich unbefristeten Deckungsausschluss (BGE 127 III 235 E. 2).

²¹² Vgl. Art. 69 Abs. 1 und 3 KVG.

²¹³ Der Begriff der Anzeigepflichtverletzung behält gleich wie die unter der Herrschaft des alten Rechts zu Art. 5 Abs. 3 KUVG entwickelten juristischen Grundsätze im Wesentlichen seine Gültigkeit auch im Bereich des KVG, soweit es um die Möglichkeit der Anbringung von Vorbehalten in der freiwilligen Taggeldversicherung geht (vgl. BGE 125 V 292 E. 2 und 3).

²¹⁴ Vgl. Art. 69 Abs. 2 und Art. 70 Abs. 2 KVG.

Person den Versicherer wechselt, darf der neue Versicherer keine neuen Vorbehalte anbringen, wenn der Wechsel im Zusammenhang mit der Aufnahme oder der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich war, der Versicherte aus dem Tätigkeitsbereich des bisherigen Versicherers ausscheidet oder der bisherige Versicherer die soziale Krankenversicherung nicht mehr durchführt²¹⁵.

iii. Übertrittsrecht

Kündigt der Versicherte die Taggeldversicherung nach KVG, besteht – vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen im Versicherungsvertrag – von Gesetzes wegen keine nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses weiterbestehende Leistungspflicht des Versicherers für Versicherungsfälle, welche vor der Beendigung des Versicherungsverhältnisses eingetreten sind. Dies gilt auch dann, wenn die Taggelder wegen Überentschädigung gekürzt worden sind, obwohl dies grundsätzlich zu einer Verlängerung der Bezugsdauer²¹⁶ führen würde²¹⁷. Eine Leistungspflicht kann sich allenfalls daraus ergeben, dass der Versicherer vertrauensbegründende Zusicherungen gemacht oder Informationspflichten verletzt hat²¹⁸.

Wenn die Vertragsauflösung durch *Kündigung des Versicherers* herbeigeführt worden ist, erlischt, wenn die Taggelder wegen Überentschädigung gekürzt worden sind, der Taggeldanspruch nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses nicht, weil sich die Versicherung andernfalls unbilligerweise vorzeitig ihrer Verpflichtungen gegenüber dem Versicherten entledigen könnte²¹⁹. Bei einem *unfreiwilligen Wechsel des Taggeldversicherers*, weil die Aufnahme oder die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses dies verlangt, er aus dem Tätigkeitsbereich des bisherigen Versicherers ausscheidet oder der

²¹⁵ Vgl. Art. 70 Abs 1 KVG.

²¹⁶ Siehe Art. 72 Abs. 5 KVG.

²¹⁷ Vgl. BGE 125 V 117 E. 3c und SVR 2002 KV Nr. 2 S. 5.

²¹⁸ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 03.11.2004 (K 96/04) E. 4.

²¹⁹ Vgl. BGE 125 V 111 E. 4.

bisherige Versicherer die soziale Krankenversicherung nicht mehr durchführt, ist der Versicherte zum Wechsel des Versicherers berechtigt²²⁰. Der bisherige Versicherer sorgt dafür, dass die versicherte Person schriftlich über ihr *Recht auf Freizügigkeit* aufgeklärt wird. Unterlässt er dies, so bleibt der Versicherungsschutz bei ihm bestehen. Die versicherte Person hat ihr Recht auf Freizügigkeit innert drei Monaten nach Erhalt der Mitteilung geltend zu machen²²¹. Der neue Versicherer kann Vorbehalte des bisherigen Versicherers bis zum Ablauf der ursprünglichen Frist weiterführen und muss auf Verlangen der versicherten Person das Taggeld im bisherigen Umfang weiterversichern. Er kann dabei die beim bisherigen Versicherer bezogenen Taggelder auf die Dauer der Bezugsberechtigung anrechnen²²².

Scheidet eine Person aus einer *Kollektivversicherung* aus, besteht ein *Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung*²²³, über das sie der Versicherer schriftlich aufzuklären hat²²⁴. Unterlässt ein Versicherer seine in Art. 71 Abs. 2 Satz 1 KVG verankerte Aufklärungspflicht bezüglich des Rechts auf Übertritt in die Einzelversicherung, bleibt die versicherte Person nach ausdrücklicher Regelung in Art. 71 Abs. 2 Satz 2 KVG – auch wenn sie zufolge Auflösung des Kollektivversicherungsvertrages grundsätzlich aus diesem ausgeschieden ist – in der Kollektivversicherung; die Gründe, welche zum Ausscheiden der versicherten Person aus der Kollektivversicherung bzw. zur Unterlassung der Aufklärungspflicht durch den Versicherer geführt haben, sind

²²⁰ Vgl. Art. 70 KVG.

²²¹ Vgl. Art. 70 Abs. 3 KVG.

²²² Vgl. Art. 70 Abs. 2 und 4 KVG.

²²³ Vgl. Art. 71 KVG. Bei der Taggeldversicherung nach VVG besteht keine gesetzliche Pflicht des Versicherers, die versicherten Personen über ihr Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung zu informieren. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, in dieser Frage sozialversicherungsrechtliche Grundsätze auf die Privatversicherung zu übertragen; die Lösung des Problems muss dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben (Urteil BGer vom 03.07.2001 [5C.41/2001] E. 2). Denkbar sind lediglich – auch im Kollektivversicherungsgeschäft – vertragliche Aufklärungspflichten (Urteil BGer vom 04.02.20002 [5C.273/2001] E. 3c).

²²⁴ Siehe BGE 126 V 490 E. 1, 125 V 112 E. 3, 112 V 115 E. 2 und 3, 103 V 71 E. 4, 102 V 65 ff., 100 V 135 ff. und 100 V 129 E. 3 sowie Urteil EVG vom 29.08.2002 (K 142/01) = SVR 2003 KV Nr. 6.

irrelevant²²⁵. Soweit die versicherte Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichert, dürfen keine neuen Versicherungsvorbehalte angebracht werden; das im Kollektivvertrag massgebende Eintrittsalter ist zudem beizubehalten²²⁶. Beim Wechsel von der Kollektiv- zur Einzelversicherung sind der übertretenden Person sodann die gleichen Leistungen zu gewähren wie in der Kollektivversicherung²²⁷.

iv. Prämienfestsetzung

Der Versicherer erhebt für gleiche versicherte Leistungen die gleichen Prämien²²⁸. Gilt für die Entrichtung des Taggeldes eine Wartefrist, so hat der Versicherer die Prämien entsprechend zu reduzieren²²⁹. Der Versicherer kann die Prämien nach dem Eintrittsalter und nach Regionen abstufen²³⁰. Die Versicherer können in der Kollektivversicherung von der Einzelversicherung abweichende Prämien vorsehen; diese sind so festzusetzen, dass die Kollektivversicherung mindestens selbsttragend ist²³¹.

v. Keine Besitzstandsgarantie

Das KVG kennt für die freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG keine übergangsrechtliche Anpassungsvorschrift. Es besteht deshalb von Gesetzes wegen keine nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses weiterbestehende Leistungspflicht des Versicherers für Versicherungsfälle, welche vor der Beendigung des Versicherungsverhältnisses eingetreten

²²⁵ Urteil des EVG vom 29.08.2002 (K 142/01) = RKUV 2002, S. 458.

²²⁶ Vgl. BGE 126 V 490 E. 1a.

²²⁷ Vgl. BGE 127 III 235 E. 2c.

²²⁸ Vgl. Art. 76 Abs. 1 KVG.

²²⁹ Vgl. Art. 76 Abs. 2 KVG.

²³⁰ Vgl. Art. 76 Abs. 3 KVG.

²³¹ Vgl. Art. 77 KVG.

sind; vorbehalten bleiben anders lautende Vereinbarungen im massgeblichen Versicherungsvertrag²³².

4. Anspruchsvoraussetzungen

i. Versicherungsdeckung

Die Taggeldversicherung nach KVG steht nur Personen offen, die in der Schweiz Wohnsitz haben oder erwerbstätig sind und das 15., aber noch nicht das 65. Altersjahr zurückgelegt haben²³³. Taggeldversicherungen nach KVG fallen mit der Vollendung des 65. Altersjahres nicht von Gesetzes wegen dahin. Die Versicherer sind aber befugt, die Taggeldversicherung für Personen, die das 65. Altersjahr vollendet haben, statutarisch einzuschränken oder aufzuheben. Besondere Regeln sind hinsichtlich der Einstellung oder Reduktion laufender Versicherungsansprüche zu beachten²³⁴. Zudem kann sich eine Leistungspflicht gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, wenn die Krankenkasse Zusicherungen gemacht²³⁵ oder Informationspflichten verletzt hat²³⁶.

ii. Risikoeintritt

Versicherbar sind alle vom KVG erfassten Risiken; der Deckungsumfang kann jedoch nur auf Krankheit und Mutterschaft beschränkt werden²³⁷. Ist nichts anderes vereinbart, so entsteht der Anspruch am dritten Tag nach Risikoeintritt²³⁸. Das Taggeld ist für eine oder mehrere Erkrankungen wäh-

²³² Vgl. BGE 125 V 112 E. 3.

²³³ Vgl. Art. 67 Abs. 1 KVG.

²³⁴ Vgl. BGE 124 V 201 E. 3–5 und Urteil EVG vom 24.08.2006 (K 58/06) E. 2f.

²³⁵ Siehe z.B. Urteil EVG vom 24.08.2004 (K 57/04) E. 2.

²³⁶ Vgl. z.B. BGE 124 V 220 E. 2b/aa.

²³⁷ Vgl. Art. 72 Abs. 1 KVG.

²³⁸ Der Leistungsbeginn kann gegen eine entsprechende Herabsetzung der Prämie aufgeschoben werden. Wird für den Anspruch auf Taggeld eine Wartefrist vereinbart, während welcher der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, so kann die Min-

rend mindestens 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen zu leisten²³⁹. Die in Art. 74 Abs. 2 KVG vorgesehene Dauer von 16 Wochen für das Taggeld bei Mutterschaft ist zwingend; die vor der Niederkunft aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgerichteten Taggelder dürfen nicht an diese gesetzliche Dauer des Taggeldanspruchs bei Mutterschaft angerechnet werden²⁴⁰.

iii. Arbeitsunfähigkeit

Der Taggeldanspruch entsteht, wenn die versicherte Person als Folge des versicherten Ereignisses mindestens zur Hälfte arbeitsunfähig i.S.v. Art. 6 ATSG ist²⁴¹. Bei verspäteter Meldung einer Arbeitsunfähigkeit im Fall von Mutterschaft ist eine statutarische oder reglementarische Bestimmung, wonach die Versicherte jegliche Arbeitsunfähigkeit innerhalb einer bestimmten Frist zu melden und bei Verspätung mit einer Leistungskürzung zu rechnen hat, nicht anwendbar. Der Leistungsanspruch ist diesbezüglich nicht von einer Arbeitsunfähigkeit, sondern von der Niederkunft abhängig²⁴².

Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird ein entsprechend gekürztes Taggeld geleistet. Werden infolge teilweiser Arbeitsunfähigkeit partielle Taggelder ausgerichtet, erfolgt gemäss KVG – anders als nach KUVG – keine Erstreckung der Bezugsdauer (bis das Maximum von 720 vollen Taggeldern erreicht ist); stattdessen ist die restliche Arbeitsfähigkeit weiterversichert²⁴³. Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Gesundheitsbeeinträchtigung bedingte

destbezugsdauer des Taggeldes um diese Frist verkürzt werden (Art. 72 Abs. 2 KVG). Art. 72 Abs. 2 KVG unterscheidet zwischen der Entstehung des Anspruchs und dem Leistungsbeginn. Art. 110 KVV schiebt nicht die Entstehung des Taggeldanspruchs, die in Art. 72 Abs. 2 Satz 1 KVG geregelt ist, hinaus, sondern befreit die Krankenkasse von der an sich bestehenden Taggeldleistungspflicht (siehe BGE 124 V 368 E. 2).

²³⁹ Vgl. Art. 72 Abs. 3 KVG.

²⁴⁰ Vgl. BGE 124 V 291 ff.

²⁴¹ Vgl. Art. 72 Abs. 2 KVG.

²⁴² Vgl. Art. 74 KVG und Urteil EVG vom 03.04.2006 (K 181/04) = RKUV 2006, S. 226.

²⁴³ Vgl. Art. 72 Abs. 4 KVG, ferner BGE 127 V 88 ff. und Urteil EVG vom 29.10.2002 (K 52/02) = RKUV 2003, S. 17 E. 3.2.

volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten²⁴⁴. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt²⁴⁵.

iv. Erwerbsausfall

Voraussetzung des Taggeldanspruchs ist neben der Versicherungsdeckung und dem Risikoeintritt, dass die versicherte Person einen durch die Arbeitsunfähigkeit bedingten Erwerbsausfall erleidet, der die Auszahlung des vollen versicherten Betrages rechtfertigt²⁴⁶. Trifft dies nicht zu, sind die Leistungen zwecks *Vermeidung einer Überentschädigung* zu kürzen²⁴⁷. Wie im Unfallversicherungsbereich ist für die Bemessung der Überentschädigung auf die gesamte Abrechnungsperiode abzustellen und – wie schon unter dem KUVG – eine *Globalrechnung* vorzunehmen²⁴⁸.

Der Gesetzgeber hat zwar aus sozialen Erwägungen eine vollgültige Taggeldversicherung sozialversicherungsrechtlicher Natur und nicht nur eine Versicherung mit bloss symbolischen Taggeldern schaffen wollen, die Taggeldversicherung nach KVG stellt aber gleichwohl *keine umfassende Erwerbsausfallversicherung* in dem Sinne dar, dass der effektive Erwerbsausfall – allenfalls im Rahmen eines gesetzlichen Höchstbetrages, z.B. von 80 % des Erwerbsausfalls – gedeckt werden soll. Der Versicherer vereinbart mit dem Versicherungsnehmer das versicherte Taggeld²⁴⁹. Eine Mindesthöhe des zu versichernden Taggeldes sieht das Gesetz nicht vor²⁵⁰. Ein Versicherter kann

²⁴⁴ Die zum KUVG ergangene Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeit gilt auch nach Inkraft-Treten des ATSG unverändert (BGE 128 V 152 E. 2a).

²⁴⁵ Vgl. Art. 16 ATSG und ferner infra Ziff. VIII/B.

²⁴⁶ Vgl. SVR 2001 KV Nr. 28 S. 84 E. 3c. Die Parteien können weitere krankheitsbedingte Schadenspositionen als versicherte Risiken in den Versicherungsvertrag aufnehmen (BGE 128 V 149 E. 4a).

²⁴⁷ Vgl. Art. 78 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 122 KVV. Siehe z.B. Urteil EVG vom 20.08.2001 (K 83/00) E. 5.

²⁴⁸ Vgl. BGE 128 V 149 E. 4a.

²⁴⁹ Vgl. Art. 72 Abs. 1 KVG.

²⁵⁰ Vgl. BGE 126 V 490 E. 2a und b.

deshalb aus dem KVG *keinen Anspruch auf eine Erhöhung seines Versicherungsschutzes nach Massgabe seines mutmasslichen Erwerbsausfalls* ableiten²⁵¹. Auf Grund des Zügerrechts ist eine Krankenkasse jedoch verpflichtet, das Taggeld im bisherigen Umfang weiter zu versichern, auch wenn das von ihr reglementarisch angebotene Taggeld niedriger ist²⁵².

5. Leistungsverweigerungsrecht

i. Herbeiführung des Versicherungsfalles

Mangels besonderer Bestimmungen im KVG ist Art. 21 ATSG auch im Bereich der Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG anwendbar. Eine Kürzung des Taggeldes bei Grobfahrlässigkeit ist – im Gegensatz zur Unfallversicherung – nicht zulässig²⁵³.

ii. Verletzung von Anzeige- und Meldepflichten

Nach der zum KUVG ergangenen und auch unter der Herrschaft des KVG geltenden Rechtsprechung²⁵⁴ ist es bei fehlender gesetzlicher Bestimmung Sache der Krankenkassen, in ihren Statuten oder Reglementen zum Zwecke rechtzeitiger Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktionen Anzeige- und Meldepflichten vorzuschreiben und die Folgen von deren Verletzung festzulegen²⁵⁵. Erscheint eine Pflichtverletzung nach den Umständen als entschuldigbar, so darf damit in der Regel keine Sanktion verbunden werden; zudem darf die Sanktion nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen. Die Kassen dürfen deshalb in ihren Statuten und Reglementen die Leistungen der Taggelder bei verspäteter Meldung, die auf entschuld bare Gründe zurückzuführen ist, in der Weise beschränken, dass sie nur bis

²⁵¹ Vgl. BGE 126 V 499 ff.

²⁵² Vgl. BGE 126 V 490 E. 3.

²⁵³ Vgl. BGE 130 V 546 E. 3.

²⁵⁴ Vgl. BGE 129 V 53 E. 1.2 und Urteil EVG vom 01.04.2004 (K 96/02) E. 3.2.

²⁵⁵ Statt vieler Urteil EVG vom 03.06.2002 (K 19/01) E. 3a/bb.

höchstens ein halbes Jahr vor dem Meldetag ausgerichtet werden²⁵⁶. Wurde die versicherte Person anlässlich des Versicherungsabschlusses auf die vertraglichen Bestimmungen über die Meldepflicht und die Sanktion bei deren Verletzung aufmerksam gemacht und hat sie sich damit einverstanden erklärt, muss sie sich diese entgegenhalten lassen und kann nicht geltend machen, neue Allgemeine Vertragsbedingungen, welche nichts anderes enthalten, seien ihr nicht mitgeteilt worden²⁵⁷.

V. Sozialversicherungsrechtliche Förderung der selbstständigerwerbenden Tätigkeit

A. In der Invalidenversicherung

1. Allgemeines

Als obligatorisch Versicherte stehen auch den Selbstständigerwerbenden die Ansprüche des IVG zu. Ihnen stehen insbesondere auch *medizinische und berufliche Eingliederungsmassnahmen* zu²⁵⁸. Die *Invaliditätsbemessung* wird bei den Selbstständigerwerbenden nach der *Einkommensvergleich- oder der Betätigungsvergleichsmethode* vorgenommen. Die *Betätigungsvergleichsmethode* kommt zur Anwendung, wenn weder ein ziffernmässiger Vergleich noch ein Prozent- bzw. Schätzungsvergleich angestellt werden kann²⁵⁹. Spezifisch

²⁵⁶ Vgl. BGE 129 V 51 = RKUV 2002, S. 447 E. 3.3. Ferner BGE 127 V 154 ff.

²⁵⁷ Vgl. BGE 129 V 51 = RKUV 2002, S. 447 E. 2c.

²⁵⁸ Siehe z.B. Urteile EVG vom 24.07.2003 (I 29/02) und vom 19.02.2001 (I 108/00).

²⁵⁹ Siehe etwa Urteile EVG vom 06.09.2000 (I 195/00) (Betrieb für Massage, Fusspflege, Sauna und Solarium – Betätigungsvergleich), vom 18.01.2000 (I 5/99) (Betreiber eines Restaurants – Betätigungsvergleich), vom 02.03.2000 (I 100/99) (Landwirt – Betätigungsvergleich), vom 05.05.2000 (I 224/99) (jenischer Händler, Messer- und Scherenschleifer – Betätigungsvergleich), vom 14.07.2000 (I 55/00) (Velo-/Motorradmechaniker – Betätigungsvergleich), vom 30.05.2001 (I 35/01) (Selbstständigerwerbender im Bereiche von Zivilschutzventilationen – Prozentvergleich), vom 13.06.2001 (I 506/00) (selbstständiger Maurer und Gipser – Betätigungsvergleich), vom 21.06.2001 (I 29/01) (Landwirt – Betätigungsvergleich), vom 21.08.2001 (I 283/01) (Selbstständigerwerbender im Handel mit Pferdefleisch – Einkommensvergleich), vom 04.09.2001 (I 347/99) (Malermeister – Betätigungsvergleich), vom 25.09.2001 (I 656/00) (Inhaber Metzgerei-Betrieb – Betätigungsvergleich).

für Selbstständigerwerbende von Bedeutung ist der Anspruch auf Kapitalhilfe²⁶⁰.

2. Kapitalhilfe

i. Allgemeines

Eingliederungsfähigen invaliden Versicherten mit Wohnsitz in der Schweiz kann eine Kapitalhilfe zur *Aufnahme oder zum Ausbau einer Tätigkeit als Selbstständigerwerbender* sowie zur *Finanzierung von invaliditätsbedingten betrieblichen Umstellungen* gewährt werden²⁶¹. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn der Versicherte die AHV-rechtlichen Voraussetzungen zur Erfassung als Selbstständigerwerbender erfüllt. Bei vom Versicherten beherrschten Aktiengesellschaften wird das Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verneint und ein Durchgriff i.S. der wirtschaftlichen Betrachtungsweise abgelehnt²⁶².

ii. Anspruchsvoraussetzungen

a. Allgemeines

Die Kapitalhilfe setzt als berufliche Eingliederungsmassnahme voraus, dass der Versicherte als Folge des erlittenen Gesundheitsschadens nicht hinrei-

vergleich), vom 22.10.2001 (I 224/01) (Landwirt – Einkommensvergleich), vom 08.11.2001 (I 157/00) (selbstständigerwerbender Elektriker, inklusive Montage – Einkommensvergleich), vom 04.02.2002 (I 697/99) (Inhaber eines Coiffeurgeschäfts – Betätigungsvergleich), vom 11.03.2002 (I 493/01) (frei praktizierende Ärztin – Betätigungsvergleich), vom 04.04.2002 (I 696/01) (selbstständigerwerbender Garagist – Prozentvergleich), vom 14.06.2002 (I 586/01) (freischaffender Kunstmaler und Kursleiter – Betätigungsvergleich) und vom 22.08.2003 (I 316/02) (selbstständigerwerbender Landwirt – gemischte Methode).

²⁶⁰ Vgl. Art. 18 IVG und Art. 7 IVV.

²⁶¹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 IVG und Art. 7 Abs. 1 IVV.

²⁶² Vgl. ZAK 1974, S. 366, und 1984, S. 91.

chend beruflich eingegliedert ist²⁶³. Ein bestimmter Mindestinvaliditätsgrad wird jedoch nicht verlangt²⁶⁴. Die Kapitalhilfe zur Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit hängt zudem auch nicht davon ab, ob die Ausübung einer anderen Tätigkeit als Unselbstständigerwerbender möglich und zumutbar wäre. Anspruchsberechtigt sind auch Versicherte, die sich auf eigene Faust selbstständig machen²⁶⁵. Hat die IV bzw. letztinstanzlich das EVG bei der Invaliditätsbemessung erwogen, dass der Versicherte seine Resterwerbsfähigkeit in einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit besser verwerten könne, kann keine Kapitalhilfe gewährt werden, wenn der Versicherte weiterhin als Selbstständigerwerbender arbeitet²⁶⁶.

b. Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des Berufswechsels bzw. der betrieblichen Umstellung

Eine Kapitalhilfe für einen beabsichtigten Berufswechsel bzw. betriebliche Umstellungen setzt voraus, dass diese *invaliditätsbedingt erforderlich* sind²⁶⁷. Eine Kapitalhilfe kann z.B. für die Anschaffung landwirtschaftlicher Maschinen nicht gewährt werden, wenn derartige Geräte hauptsächlich der Betriebsrationalisierung bzw. der Erhaltung des Betriebes dienen. Besteht eine invaliditätsbedingte Notwendigkeit, ist unerheblich, ob die Anschaffung gleichzeitig auch betriebswirtschaftlich vorteilhaft oder erwünscht ist²⁶⁸. Die Anschaffung einer Milchabsauganlage durch einen rückengeschädigten Landwirt ist demgegenüber als Kapitalhilfe und nicht als Hilfsmittel nach Art. 21 IVG abzugeben²⁶⁹. Eine Kapitalhilfe kann ferner für den Erwerb

²⁶³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 IVG sowie EVGE 1961, S. 249, und ZAK 1969, S. 311.

²⁶⁴ Siehe dazu Urteil EVG vom 03.12.1973 (I 267/73).

²⁶⁵ Vgl. EVGE 1962, S. 59, und ZAK 1962, S. 135.

²⁶⁶ Vgl. Urteil EVG vom 24.07.2006 (I 179/06) E. 2.2.

²⁶⁷ Vgl. Urteil EVG vom 28.03.2001 (I 304/00) E. 3.

²⁶⁸ Vgl. ZAK 1971, S. 107.

²⁶⁹ Vgl. Urteil VerwGer SZ vom 19.02.1987 (VGE 92/85) = EGVSZ 1987, S. 50.

einer Werkstatt gewährt werden, wenn der Wechsel der Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig war²⁷⁰.

Erforderlich ist ferner die *Zweckmässigkeit des Berufswechsels bzw. der betrieblichen Umstellungen*. Diese ist anzunehmen, wenn der Versicherte für die gesamte noch zu erwartende Arbeitsdauer in fachlicher und charakterlicher Hinsicht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit geeignet, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine dauernde existenzsichernde Tätigkeit gegeben sind und für eine ausreichende Finanzierung Gewähr geboten ist²⁷¹. Der Gesundheitszustand des Versicherten ist für die Beurteilung der Eignung bzw. Dauerhaftigkeit des erstrebten Eingliederungserfolges massgebend²⁷². Nicht geeignet ist z.B. ein Reisephograph, der eine Erwerbstätigkeit nur sitzend ausüben kann und dessen Herzleiden sich sukzessive verschlimmern wird²⁷³. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssen schliesslich die Höhe der Kapitalhilfe und der voraussichtliche Nutzen bzw. Einkommen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen²⁷⁴.

c. Dauernde existenzsichernde Tätigkeit

Der angestrebte Nutzen der Kapitalhilfe besteht darin, dem Versicherten als Selbstständigerwerbender ein *dauerndes existenzsicherndes Einkommen* zu verschaffen²⁷⁵. Ein solches liegt vor, wenn der Versicherte während der ihm verbleibenden Aktivitätsdauer in der Lage ist, durch seine selbstständige Erwerbstätigkeit ein Einkommen in der Höhe des *Mittelbetrages zwischen*

²⁷⁰ Vgl. Urteil VerwGer LU vom 10.09.1974 = LGVE 1974 II Nr. 110 E. 2 (Kapitalhilfe von Fr. 40 000.– für Garagebetrieb).

²⁷¹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 IVG und Art. 7 Abs. 1 IVV.

²⁷² Vgl. BGE 97 V 162 E. 1.

²⁷³ Vgl. ZAK 1963, S. 173.

²⁷⁴ BGE 97 V 162 E. 2.

²⁷⁵ Ein dauerhaftes existenzsicherndes Einkommen ist ausgeschlossen, wenn der Versicherte seinem Sohn, der nach dessen Anlehre im Betrieb mitarbeiten muss, um diesen aufrechterhalten zu können, ein Gehalt bezahlen muss, das den sonst schon tiefen Jahresgewinn noch weiter senkt (Urteil EVG vom 24.07.2006 [I 179/06] E. 2.4).

*Minimum und Maximum der ordentlichen Altersrente eines Alleinstehenden zu erwirtschaften*²⁷⁶. Dem Ansprecher zustehende Taggelder oder Invalidenrenten dürfen bei der Prüfung des existenzsichernden Erwerbseinkommens nicht in Betracht gezogen werden²⁷⁷. Das Budget muss auf realistischen Annahmen beruhen; unrealistisch ist die Annahme einer Umsatzsteigerung von 100 % bzw. einer Ertragssteigerung von 300 % bei einem Serviceunternehmen innerhalb von vier Jahren²⁷⁸.

iii. Abgabeform

Die Kapitalhilfe kann ohne Rückzahlungspflicht oder als zinsloses oder verzinsliches Darlehen gewährt werden. Sie kann auch in Form von Betriebseinrichtungen oder Garantieleistungen erbracht werden²⁷⁹. Die Wahl der Abgabeform ist im Hinblick auf die betriebswirtschaftlichen und finanziellen Gegebenheiten des Einzelfalles vorzunehmen. Eine Kürzung der Kapitalhilfe aus Gründen des Konkurrenzschutzes ist nicht zulässig²⁸⁰. Gibt der Versicherte die selbstständige Erwerbstätigkeit vor Ablauf der Amortisationsdauer des zugesprochenen à-fonds-perdu-Beitrages auf, hat er die Kapitalhilfe als unrechtmässig bezogene Leistung zurückzuerstatten, ungeachtet des Umstandes, dass die Leistung "ohne Rückzahlungspflicht" verfügt wurde²⁸¹.

Bei der Wahl der Abgabeform ist eine prognostische Einkommensentwicklung nach Geschäftseröffnung oder behinderungsbedingter Betriebsumstellung vorzunehmen. Wie bei der Frage nach dem Vorliegen einer existenzsichernden Tätigkeit ist auch bei der Wahl der Abgabeform eine *mittelfristige*

²⁷⁶ Vgl. BGE 97 V 162 sowie ferner Urteile EVG vom 31.01.2001 (I 349/00) E. 1 f., vom 29.01.1992 (I 390/90) und VerwGer VS vom 25.02.1966 i.S. L. P. = RVJ 1967, S. 78 E. 2.

²⁷⁷ Vgl. Urteil EVG vom 24.07.2006 (I 179/06) E. 2.1 und ZAK 1969, S. 527.

²⁷⁸ Siehe Urteil EVG vom 18.12.2001 (I 154/00) E. 2.

²⁷⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 IVV.

²⁸⁰ Vgl. Urteil EVG vom 05.10.1994 (I 354/93).

²⁸¹ Vgl. EVGE 1969, S. 152.

Prognose vorzunehmen²⁸². Der Verwaltung steht aber in Bezug auf Höhe und Form der Kapitalhilfe ein *Ermessensspielraum* zu. Den betriebswirtschaftlichen und finanziellen Gegebenheiten des Einzelfalles ist bei der Wahl der Form der Kapitalhilfe Rechnung zu tragen.

Geldleistungen ohne Rückzahlungspflicht können zugesprochen werden, wenn die finanziellen Verhältnisse dies als angezeigt erscheinen lassen. A-fonds-perdu-Beiträge sind im Allgemeinen nur bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 15 000.– auszurichten. Wenn stichhaltige Gründe vorliegen, kann dieser Betrag ausnahmsweise überschritten werden. Darlehen sind in der Regel zu verzinsen; nur in Fällen, in denen zwar die Rückzahlung, nicht aber noch eine zusätzliche finanzielle Belastung der versicherten Person zumutbar ist, ist von der Verzinsung abzusehen²⁸³.

B. In der beruflichen Vorsorge

Tritt ein Versicherter aus einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge aus, ohne dass sich ein Versicherungsfall ereignet hat, steht ihm eine Freizügigkeitsleistung zu²⁸⁴. Diese Austrittsleistung wird in der Regel auf eine neue Vorsorgeeinrichtung übertragen²⁸⁵ oder auf ein Freizügigkeitskonto bzw. eine Freizügigkeitspolice einbezahlt²⁸⁶. Eine Auszahlung in bar ist nur in den von Art. 5 FZG vorgesehenen Ausnahmefällen vorgesehen. Eine Barauszahlung ist zulässig, wenn der Versicherte die Schweiz endgültig verlässt²⁸⁷,

²⁸² Vgl. Urteile EVG vom 18.12.2001 (I 154/00) E. 2.2 und vom 14.03.1997 (I 140/96).

²⁸³ Siehe Urteil EVG vom 13.03.2003 (I 123/02) E. 2.2 f.

²⁸⁴ Vgl. Art. 2 FZG.

²⁸⁵ Vgl. Art. 3 FZG.

²⁸⁶ Vgl. Art. 4 FZG i.V.m. Art. 10 ff. FZV.

²⁸⁷ Die Auswanderungsabsicht kann mittels Urkunden bekräftigt werden, wobei es der Vorsorgeeinrichtung obliegt, vom Versicherten die geeigneten Belege zu verlangen. Eine Abmeldebestätigung der letzten schweizerischen Wohnsitzgemeinde ist ein solches Beweismittel. Daneben kommen etwa ein Arbeitsvertrag, den der Versicherte mit einem (neuen) ausländischen Arbeitgeber geschlossen hat, der Miet- bzw. Kaufvertrag für eine Wohnung oder ein Haus im Ausland, die Bestätigung der Anmeldung der zuständigen ausländischen Behörde sowie – bei einem Ausländer – eine Bescheinigung der Frem-

eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr untersteht oder die Austrittsleistung weniger als ihr Jahresbeitrag beträgt²⁸⁸. An verheiratete Anspruchsberechtigte ist die Barauszahlung nur zulässig, wenn der Ehegatte schriftlich zustimmt²⁸⁹. Kann die Zustimmung nicht eingeholt werden oder wird sie ohne triftigen Grund verweigert, so kann das Gericht angerufen werden²⁹⁰.

Der Nachweis für die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit wird in der Regel mit einer *Anmeldung bei der Ausgleichskasse als Selbstständigerwerbender* erbracht²⁹¹. Einem Anspruchsberechtigten, welcher die Barauszahlung einer Freizügigkeitsleistung verlangt, steht es aber frei, auch auf andere Weise die behauptete Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachzuweisen. Zu diesem Zwecke kann er zusätzliche Nachweise beibringen, welche die Glaubhaftigkeit seiner Angaben belegen (Bescheinigung von Amtsstellen, Verträge usw.). Liegt keine Bescheinigung einer Ausgleichskasse vor, wonach der Versicherte zukünftig als Selbstständigerwerbender der AHV unterstellt sei, kann die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nur bei triftigen Gründen angenommen werden²⁹².

denpolizei über den Verzicht auf Niederlassung bzw. Aufenthalt in der Schweiz in Frage (BGE 127 I 97 E. 2 und 119 III 18 E. 3b/bb sowie Urteil EVG vom 09.12.1996 = SZS 1998, S. 120 f.). Siehe ferner BGE 112 Ib 1 ff., wo die Vorsorgeeinrichtung eine konsularische Bestätigung anerkannte und keine fremdenpolizeiliche Abmeldung verlangte.

²⁸⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a–c FZG.

²⁸⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 FZG. Nach BGE 130 V 103 ff. kann eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge trotz unzulässiger Barauszahlung mit befreiender Wirkung an den ausgetretenen Versicherten leisten, wenn sie dabei mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist. Insoweit ergibt sich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 FZG eine andere Rechtsfolge als bei den verwandten Bestimmungen im Bürgschaftsrecht (Art. 494 Abs. 1 und 3 OR; BGE 106 II 161), Abzahlungsvertrag (Art. 226b Abs. 1 und 3 OR), Mietrecht (Art. 266m i.V.m. Art. 266o OR) und Eherecht (Art. 169 ZGB; BGE 118 II 490 E. 2), wo die fehlende oder formungültige Zustimmung des Ehegatten zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, ohne dass sich der Vertragspartner des andern Ehegatten auf seinen guten Glauben berufen kann (BGE 118 II 490 f. E. 2 und 115 II 361). Ferner Urteil EVG vom 20.03.2006 (B 126/04) E. 2.1.

²⁹⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 3 FZG.

²⁹¹ A.A. Urteil VersGer TG vom 24.02.1993 (V 13) = RBOG 1993 Nr. 37 E. 2b/bb.

²⁹² Vgl. Urteil VerwGer BE vom 10.04.1991 (BV 31993) = BVR 1991, S. 373 E. 8.

Das Gesuch um Barauszahlung einer (Teil-) Freizügigkeitsleistung darf aber nicht allein mit der Begründung abgewiesen werden, dass der Anspruchsberechtigte trotz der teilweisen Aufnahme selbstständigen Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer weiterhin der obligatorischen Versicherung nach BVG untersteht²⁹³. Erfolgt jedoch die Kündigung des Arbeitsvertrages in einem Alter, in dem bereits ein reglementarischer Anspruch auf Altersleistungen im Sinne einer vorzeitigen Pensionierung entsteht, besteht kein Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung mehr. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt, in welchem die reglementarischen Voraussetzungen für eine vorzeitige Pensionierung erfüllt sind, führt zur Entstehung des Anspruchs auf die im Reglement vorgesehenen Altersleistungen, ungeachtet der Absicht des Versicherten, anderweitig bzw. selbstständig erwerbstätig zu sein²⁹⁴.

Die Barauszahlung an einen Arbeitnehmer, der eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, ist weder unpfändbar noch nur beschränkt pfändbar²⁹⁵. Wechselt ein Schuldner nach Konkureröffnung von einer unselbstständigen zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und verlangt die Barauszahlung seines Pensionskassenguthabens, so fällt dieses in die Konkursmasse²⁹⁶.

C. In der Arbeitslosenversicherung

1. Taggeldanspruch während der Planungsphase

Die Arbeitslosenversicherung fördert im Rahmen der Arbeitsmarktmassnahmen²⁹⁷ die Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit²⁹⁸. Versicherte erhalten während längstens 90 Tagen, während denen sie sich der

²⁹³ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 10.04.1991 (BV 31993) = BVR 1991, S. 373 E. 5–7.

²⁹⁴ Vgl. BGE 120 V 306 E. 4a–c. A.A. Urteil VersGer ZH vom 16.12.1992 = SZS 1996, S. 251.

²⁹⁵ Vgl. BGE 118 III 18 E. 3 und 117 II 20 E. 4.

²⁹⁶ Vgl. BGE 118 III 43 E. 2.

²⁹⁷ Vgl. Art. 59 ff. AVIG.

²⁹⁸ Vgl. Art. 59b und 71a ff. AVIG.

Planung einer dauernden selbstständigen Erwerbstätigkeit²⁹⁹ widmen, Tag-gelder³⁰⁰. Der *Taggeldanspruch während der Planungsphase* setzt voraus, dass der Versicherte ohne eigenes Verschulden arbeitslos und mindestens 20 Jahre alt ist sowie ein Grobprojekt zur Aufnahme einer wirtschaftlich tragfähigen und dauerhaften selbstständigen Erwerbstätigkeit vorweist³⁰¹. Unerheblich ist, ob der Versicherte während der Projektphase vermittlungsfähig ist; er ist zudem von der Einhaltung der Schadenminderungspflicht befreit³⁰².

2. Bürgschaft für Verlustrisiko

Die Arbeitslosenversicherung kann nach Massgabe des Bundesbeschlusses vom 22. Juni 1949 über die Förderung der gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften ferner eine *Bürgschaft für maximal 20 % des Verlustrisikos* übernehmen³⁰³. Der Versicherte, der während der Planungsphase taggeldberechtigt ist, hat der Bürgschaftsgenossenschaft innert neun Monaten kontrollierter Arbeitslosigkeit ein ausgearbeitetes Projekt zur Aufnahme einer wirtschaftlich tragfähigen und dauerhaften selbstständigen Erwerbstätigkeit vorzulegen, wenn er die Staatsbürgschaft beanspruchen will³⁰⁴.

Der Versicherte muss der zuständigen Amtsstelle nach Abschluss der Planungsphase, spätestens aber mit dem Bezug des letzten Taggeldes mitteilen,

²⁹⁹ Für die Beurteilung der Frage, ob eine versicherte Person eine dauernde selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 71a Abs. 1 AVIG aufnehmen will, kann nicht das AHV-beitragsrechtliche Statut allein massgebend sein. Als unterstützungswürdig im Sinne der Art. 71a ff. AVIG sind auch Bestrebungen einer versicherten Person zu betrachten, die ihr in einer von ihr mitzugründenden Firma, an der sie wesentlich mitbeteiligt ist, die Stellung einer arbeitgeberähnlichen Person verschaffen (BGE 126 V 212 ff.).

³⁰⁰ Vgl. Art. 59b Abs. 1 und Art. 71a Abs. 1 AVIG.

³⁰¹ Vgl. Art. 71b Abs. 1 AVIG.

³⁰² Vgl. Art. 71b Abs. 3 AVIG.

³⁰³ Vgl. Art. 71a Abs. 2 AVIG.

³⁰⁴ Vgl. Art. 71b Abs. 2 AVIG.

ob er eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt³⁰⁵. Die Mitteilungspflicht obliegt der Bürgschaftsgenossenschaft, wenn der Versicherte ihr ein Projekt zur Beurteilung vorgelegt hat³⁰⁶. Nimmt der Versicherte eine selbstständige Erwerbstätigkeit auf, so gilt für den allfälligen Bezug weiterer Taggelder eine Rahmenfrist von vier Jahren. Die Taggelder dürfen insgesamt die Höchstzahl der versicherten Taggelder nicht übersteigen³⁰⁷. Tritt der Verlustfall ein, wird der Taggeldanspruch des Versicherten um den vom Ausgleichsfonds bezahlten Betrag herabgesetzt³⁰⁸.

3. Verlängerung der Rahmenfrist

Bei Versicherten, die eine selbstständigerwerbende Erwerbstätigkeit ohne Förderung durch die Arbeitslosenversicherung³⁰⁹ aufgenommen haben, wird die Rahmenfrist für den Leistungsbezug um die Dauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch um zwei Jahre verlängert, wenn im Zeitpunkt der Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug läuft und der Versicherte im Zeitpunkt der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit die Anspruchsvoraussetzung der genügenden Beitragszeit wegen Ausübung der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt³¹⁰.

³⁰⁵ Nimmt der Versicherte aus eigenem Verschulden keine selbstständige Erwerbstätigkeit auf, erfolgt eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. g AVIG).

³⁰⁶ Vgl. Art. 71d Abs. 1 AVIG.

³⁰⁷ Vgl. Art. 71d Abs. 2 AVIG.

³⁰⁸ Vgl. Art. 71a Abs. 2 AVIG.

³⁰⁹ Dazu infra Ziff. V/C/1.

³¹⁰ Vgl. Art. 9a Abs. 1 und 2 AVIG.

VI. Schadenminderungspflicht des Selbstständigerwerbenden

A. Allgemeines

Die "Schadenminderungspflicht" ist ein *allgemeiner Rechtsgrundsatz* und gilt insbesondere auch im Sozial-³¹¹ und Privatversicherungsrecht³¹². Die Schadenminderungspflicht bezweckt eine *Vermeidung unnötiger Kosten*. Ihr kommt je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zu³¹³. Die Schadenminderungspflicht ist zudem keine Rechtspflicht, die von den Behörden zwangsweise durchgesetzt werden kann, sondern vielmehr eine *Obliegenheit*, deren Verletzung zu einer *Leistungsverweigerung* führt bzw. den Sozialversicherer berechtigt, einen *Aktenentscheid* zu fällen³¹⁴.

Selbstständigerwerbende sind wie Unselbstständigerwerbende und Nichterwerbstätige zur Schadenminderung verpflichtet. Nach Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung hat der Versicherte einerseits an zumutbaren Massnahmen, die der Versicherungsträger anordnet, mitzuwirken (*Mitwirkungspflicht*) und andererseits von sich aus zumutbare Massnahmen zu ergreifen (*Selbsteingliederungspflicht*). Die *Mitwirkungspflicht* umfasst die aktive Hilfe bei der Abklärung der Anspruchsvoraussetzungen, z.B. durch Auskunfterteilung³¹⁵ oder Dulden von ärztlichen oder anderen Untersuchungen³¹⁶, sowie die Teilnahme an Schadenminderungsmassnahmen, die vom Versicherer angeordnet werden³¹⁷. Der Geschädigte ist darüber hinaus aber generell gehalten, von sich aus das ihm Zumutbare vorzukehren, damit die Folgen der Verletzung gemildert werden können³¹⁸.

³¹¹ Vgl. z.B. Art. 21 ATSG und BGE 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b.

³¹² Vgl. z.B. Art. 61 VVG.

³¹³ Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

³¹⁴ Vgl. Art. 73 IVV.

³¹⁵ Vgl. Art. 28 ATSG und Art. 55 Abs. 1 UVV.

³¹⁶ Vgl. Art. 43 Abs. 2 ATSG.

³¹⁷ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 61 Abs. 1 VVG. Siehe ferner Art. 67 VVG und z.B. Urteil EVG vom 22.12.2004 (I 136/04) E. 3.1.

³¹⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

Was zumutbar ist, beurteilt sich nach den gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalls (unter anderem Alter, Ausbildung und berufliche Karriere, Aussichten im konkreten Beruf, ferner Art und Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung sowie die noch zu erwartende Arbeitsdauer, familiäre Situation)³¹⁹. Die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht sind dort strenger, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Sozialversicherung in Frage steht. Dies trifft insbesondere zu, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehren Rentenleistungen auslösen würde³²⁰.

B. Aufgabe einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit

Bei Selbstständigerwerbenden ist bei der Beurteilung der Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit zu prüfen, ob die Aufnahme einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit möglich und zumutbar ist³²¹. Die Rechtsprechung geht bei der Arbeitsunfähigkeit zunächst davon aus, dass ein Berufswechsel erst nach *vorgängiger Aufforderung durch den Taggeldversicherer* und Verstreichen einer *Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten* zumutbar ist³²². Diese Voraussetzungen gelten nicht nur für das Unfall-, sondern auch für das Krankentaggeld³²³.

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels sind insbesondere das Alter des Versicherten, die Art und Dauer seiner bisherigen Berufstätigkeit, deren selbstständige oder unselbstständige Ausübung, die mit einer beruflichen Neueingliederung verbundene Veränderung der sozialen

³¹⁹ Statt vieler BGE 130 V 99 E. 3.2, 129 V 460 E. 4, 127 V 297 E. 4b/cc, 123 V 233 E. 3c und 113 V 28 E. 4a sowie Urteile EVG vom 10.11.2005 [I 271/05] E. 2.1, vom 15.07.2002 [I 55/02] E. 1b und vom 22.01.1999 [I 291/98] E. 1b.

³²⁰ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 03.01.2005 (I 708/03) E. 4.3.1.

³²¹ Vgl. Urteil BGer vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, S. 494 (Bemerkungen von Lukas Wyss) = HAVE 2004, S. 306 (Bemerkungen von Stephan Weber) E. 1.3.

³²² Statt vieler BGE 129 V 460 E. 4.2, 114 V 281 E. 1d und 111 V 235 E. 2a sowie Urteile EVG vom 18.05.2006 (I 640/05) E. 3, vom 11.07.2005 (K 42/05) E. 1.1 und vom 10.08.2004 (K 121/03) E. 4.2.1.

³²³ Vgl. Urteil EVG vom 11.07.2005 (K 42/05) E. 1.3.

Stellung des Versicherten, seine persönlichen und familiären Verhältnisse sowie seine entsprechend grössere oder geringere Flexibilität hinsichtlich seines Wohn- und Arbeitsortes massgebend. Ins Gewicht fällt auch die Art und Dauer der beanspruchten Versicherungsleistungen sowie deren Kosten³²⁴. Personen, die ehemals in gehobener Stellung tätig waren, ist eine Beschäftigung in einer gegenüber früher offensichtlich untergeordneten Stellung unzumutbar³²⁵.

Die Aufnahme einer unselbstständigen (Haupt-)Erwerbstätigkeit ist nur dann zumutbar, wenn hievon eine *bessere erwerbliche Verwertung der Arbeitsfähigkeit* erwartet werden kann und der berufliche Wechsel unter Berücksichtigung der gesamten Umstände (Alter, Aktivitätsdauer, Ausbildung, Art der bisherigen Tätigkeit, persönliche Lebensumstände) als zumutbar erscheint³²⁶. Für die *Beurteilung der Zumutbarkeit eines Status- oder Berufswechsels* ist eine *objektive Betrachtungsweise* massgebend. Eine bloss subjektiv ablehnende Bewertung der in Frage stehenden Erwerbstätigkeit durch die versicherte Person ist unerheblich³²⁷. Unmassgeblich ist insbesondere, ob sich der Versicherte mit dem Betrieb verbunden fühlt und welche Auswirkungen die Betriebsaufgabe für Dritte hat³²⁸.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels, auch von der selbstständigen in eine unselbstständige Tätigkeit, ist die Gerichtspraxis sehr streng³²⁹. Ein *fortgeschrittenes Alter* spricht nicht a priori gegen einen Berufswechsel des Versicherten. Ein junges Alter des Versicherten bzw. die zu erwartende lange Aktivitätsdauer sowie die Umstände, dass der Versicherte in einer angepassten unselbstständigen Erwerbstätigkeit zu 100 %

³²⁴ Statt vieler Urteile EVG vom 05.12.2005 (I 241/05) E. 2, vom 01.10.2003 (U 301/02) E. 1.4 und vom 22.10.2001 (I 224/01) E. 3b/bb.

³²⁵ Vgl. Urteil EVG vom 10.03.2003 (K 85/02) E. 4.2 und ZAK 1976, S. 279 E. 3b.

³²⁶ Vgl. ZAK 1983, S. 256, sowie Urteile EVG vom 05.12.2005 (I 241/05) E. 1, vom 18.07.2005 (I 15/05) E. 6.1.2, vom 23.12.2004 (I 316/04) E. 2.2 und vom 12.09.2001 (I 145/01) E. 2b.

³²⁷ Vgl. BGE 109 V 25 E. 3c und Urteil EVG vom 05.12.2005 (I 241/05) E. 2.3.

³²⁸ Vgl. Urteil EVG vom 17.08.2004 (I 643/03) E. 3.3.2.

³²⁹ Vgl. Urteile EVG vom 18.05.2006 (I 640/05) E. 3.1 und vom 14.06.2005 (I 761/04) E. 2.3.

arbeitsfähig ist und das Unternehmen kein existenzsicherndes Einkommen bietet, sprechen für die Zumutbarkeit eines Berufswechsels³³⁰. Bei Landwirtschaftsbetrieben ist ferner der Umstand zu berücksichtigen, ob das Land gepachtet ist³³¹ bzw. ob es verpachtet werden kann³³². Die Gefahr einer psychischen Erkrankung oder auch die konkrete Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Leistungsbereitschaft und damit der -fähigkeit sind Faktoren, welche bei der Frage der Zumutbarkeit eines beruflichen Wechsels unter dem Aspekt der persönlichen Lebensumstände zu berücksichtigen sind³³³.

Die Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels bedeutet nicht, dass der Versicherte verpflichtet wird, den Betrieb aufzugeben. Die Schadenminderungspflicht ist – wie bereits erwähnt – lediglich eine blosser Obliegenheit, weshalb der Versicherungsträger vom Versicherten nicht die Erfüllung der fraglichen Pflicht verlangen kann. Er ist nur, aber immerhin berechtigt, dem Versicherten ein Einkommen anzurechnen, das er verdienen könnte, wenn er seine selbstständigerwerbende Tätigkeit zumutbarerweise aufgegeben hätte. Hat der Versicherte den Betrieb invaliditätsbedingt aufgegeben, ist auf die hypothetische selbstständige Erwerbstätigkeit nur dann abzustellen, sofern für die Aufgabe der unternehmerischen Tätigkeit schützenswerte Gründe gegeben sind³³⁴.

C. Unternehmensumdisponierung

Der Selbstständigerwerbende, dem ein Berufswechsel nicht zumutbar ist, hat *Arbeitsorganisation und -aufteilung* so umzudisponieren, dass die nachteiligen Auswirkungen des Gesundheitsschadens beseitigt oder auf ein Mindestmass herabgesetzt werden³³⁵. Vom Betriebsinhaber kann verlangt wer-

³³⁰ Vgl. Urteil EVG vom 14.03.2005 (I 477/04) E. 3.2 und vom 10.11.2003 (I 116/03) E. 4.

³³¹ Vgl. Urteil EVG vom 18.02.2002 (I 287/00) E. 3a.

³³² Vgl. Urteil EVG vom 17.08.2004 (I 643/03) E. 3.3.2.

³³³ Vgl. Urteil EVG vom 18.05.2006 (I 640/05) E. 3.2 und vom 10.11.2003 (I 116/03) E. 3.3.

³³⁴ Vgl. Urteil EVG vom 01.06.2006 (I 842/05) E. 5.3.3.

³³⁵ Vgl. BGE 98 II 34 E. 3.

den, dass er Geschäftsführung, Administration und Personalführung vollständig übernimmt³³⁶. Zumutbar sind *Kompensationsmassnahmen*, insbesondere die *Anstellung von neuen Arbeitskräften*, welche die weggefallene Arbeitskraft des Geschädigten kompensieren³³⁷, und andere Massnahmen wie z.B. Ruhe- und Liegepausen oder kalte Duschen etc.³³⁸.

Der Geschädigte ist aber nicht verpflichtet, bereits "vom Krankenlager aus" Massnahmen anzuordnen³³⁹. Von einem "Freierwerbenden" kann auch nicht verlangt werden, "Rückstände durch vermehrten Einsatz, insbesondere durch Überstunden" aufzuholen³⁴⁰. Kommt der Versicherte der *Pflicht zur zumutbaren Unternehmensumdisponierung* nach, kann von ihm die Aufnahme einer zusätzlichen Teilzeiterwerbstätigkeit nicht verlangt werden, auch wenn er seine Arbeitsfähigkeit nicht voll ausschöpft³⁴¹. Im Gegensatz zu Unselbstständigerwerbenden geht die neuere haftpflichtrechtliche Rechtsprechung bei Selbstständigerwerbenden aber von der Verwertbarkeit einer Resterwerbsfähigkeit von 20 % und weniger im Betrieb aus³⁴².

D. Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit

Die Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit vor Eintritt des ordentlichen Pensionsalters verletzt die Schadenminderungspflicht nicht,

³³⁶ Vgl. Urteile EVG vom 30.12.2002 (I 116/02) E. 3.2 und AmtsGer LU vom 27.12.1996 i.S. B. SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b (Erledigung von Büroarbeiten, Einweisung, Beaufsichtigung und Betreuung des Personals als zumutbare Arbeiten).

³³⁷ Vgl. ZAK 1971, S. 340 E. 2, und Urteile EVG vom 30.05.1989 i.S. H. (Bäcker/Konditor, der sein Geschäft zusammen mit der Ehefrau und einem Sohn betreibt), vom 28.04.1988 i.S. Sch. (Damenschneiderin, die einen Hundesalon betreibt), vom 18.02.1988 i.S. P und vom 25.06.1985 i.S. H.

³³⁸ Vgl. Urteil BGer vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, S. 494 (Bemerkungen von Lukas Wyss) = HAVE 2004, S. 306 (Bemerkungen von Stephan Weber) E. 1.3.

³³⁹ Vgl. BGE 97 II 216 E. 2.

³⁴⁰ Vgl. BGE 97 II 216 E. 2.

³⁴¹ Vgl. Urteil EVG vom 30.05.1989 i.S. N.

³⁴² Vgl. Urteil AmtsGer LU vom 27.12.1996 i.S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b.

wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Arbeitsplatz gefährdet und eine Arbeitslosigkeit überwiegend wahrscheinlich war³⁴³. Die Frühpensionierung bei einer bloss 35 %igen Arbeitsunfähigkeit stellt bei einem über 60-jährigen Geschädigten eine ungenügende Verwertung der Resterwerbsfähigkeit dar³⁴⁴.

³⁴³ Vgl Urteile BGer vom 24.01.2001 (4C.237/2000) E. 1b und vom 22.05.1991 (4C.318/1990) = JdT 1992 I, S. 748 = SJ 1992, S. 4 E. 2c.

³⁴⁴ Vgl. Urteil BGer vom 24.01.2001 (4C.237/2000) E. 1b.