

Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht

Hardy Landolt*

I. Einleitung	144
II. Phänomenologie des Zumutbarkeitsgrundsatzes	145
A. Funktion	145
B. Adressat	146
C. Rechtsnatur	146
D. Auslegung	148
III. Geltungsbereich des Zumutbarkeitsgrundsatzes im Haftungsrecht ..	150
A. Haftungsrelevantes Verhalten	150
1. Grundsatz	150
2. Verschuldens- und Kausalhaftung	150
a. Widerrechtlichkeit	150
aa. Allgemeines	150
bb. Unsorgfalt – Widerrechtlichkeit	151
cc. Sorgfaltsmassstab	152
Schaden	155
Verschulden	156
3. Gefährdungshaftung	157
4. Staatshaftung	158
5. Verjährung	159
B. Schadenrelevantes Verhalten	160
1. Allgemeines	160
2. Vermeidung unnötiger Kosten	161
3. Verwertung des verletzungsbedingt noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögens	161
a. Erwerbliches Leistungsvermögen	161
aa. Sozialversicherungs- und die haftungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit	161

* PD Dr. iur., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich.

bb.	Zumutbare Verwertung einer Resterwerbsfähigkeit.....	163
	Nicht verwertbare Resterwerbsfähigkeit.....	163
	Zumutbares Invalideneinkommen.....	164
b.	Hauswirtschaftliches Leistungsvermögen.....	165
aa.	Sozialversicherungs- und haftungsrechtliche Hausarbeitsunfähigkeit.....	165
bb.	Zumutbare Verwertung einer Resthausarbeitsfähigkeit	167
4.	Überdurchschnittliche Anstrengungen.....	167
C.	Bemessungsrelevantes Verhalten.....	167
D.	Prozessuales Verhalten	168
1.	Schützenswertes Restitutionsinteresse	168
2.	Substantiierungs- und Beweisobliegenheiten.....	169
IV.	<i>Haftungsrechtliche Schadenminderungspflicht.....</i>	<i>171</i>
A.	Rechtsnatur der Schadenminderungspflicht.....	171
1.	Schadenminderung als Obliegenheit.....	171
2.	Ersatzpflicht für Schadenminderungskosten.....	172
3.	Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht	172
B.	Schadenminderungspflichtige Personen.....	174
1.	Geschädigter	174
2.	Dritte.....	174
3.	Angehörige	175
a.	Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht?.....	175
b.	Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht	177
C.	Schadenminderungsmassnahmen.....	180
1.	Möglichkeit der Schadenminderungsmassnahme	180
2.	Wirksamkeit und Notwendigkeit der Schadenminderungsmassnahme	180
3.	Zumutbarkeit der Schadenminderungsmassnahme	181
a.	Allgemeines.....	181
b.	Unterscheidung zwischen der haftungs- und der sozialversicherungsrechtlichen Zumutbarkeit.....	181
c.	Verbot von persönlichkeitsverletzenden Schadenminderungsmassnahmen	182
d.	Breiter Ermessensspielraum	183
V.	<i>Rechtsprechungsübersicht zu einzelnen Schadenminderungsmassnahmen.....</i>	<i>184</i>
A.	Anpassung und Angewöhnung.....	184
B.	Organisatorische Massnahmen.....	184
C.	Medizinische Massnahmen	185
D.	Wohnsitzwechsel	187

E.	Berufswechsel	187
1.	Allgemeines	187
2.	Berufliche Eingliederung	188
3.	Aufgabe einer unselbständigerwerbenden Tätigkeit	188
4.	Aufgabe einer selbständigerwerbenden Tätigkeit	189
5.	Aufgabe der Hausarbeitstätigkeit	190
F.	Unternehmensumdisponierung	191
	<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>193</i>

I. Einleitung

Im Sozialversicherungsrecht verweist der Gesetzgeber mehrfach *expressis verbis* auf die «Zumutbarkeit»¹. Entsprechend häufig hat sich die Lehre mit diesem sozialversicherungsrechtlichen Phänomen befasst². Die «Zumutbarkeit» wird dabei durchwegs als Verfassungs- bzw. *Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts*³ schlechthin und nicht nur des Sozialversicherungsrechts verstanden und gegenüber dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz abgegrenzt⁴.

Im Haftungs- und Privatversicherungsrecht demgegenüber sind die gesetzgeberischen Hinweise rar⁵. Die Rechtsprechung verweist aber auch in diesen beiden Rechtsgebieten häufig auf die «Zumutbarkeit». Dieser Grundsatz gilt praxismässig sowohl für den Haftpflichtigen/Versicherer⁶ als auch den Geschädigten/Versicherten⁷. Zudem verweisen auch OR und ZGB sowie die dazu gehörigen Nebenerlasse explizit auf die «Zumutbar-

¹ Statt vieler Art. 6, Art. 7 Abs. 1, Art. 16, Art. 21 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 2 ATSG sowie Art. 7 ff., Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 28 Abs. 1 lit. a und Art. 59 Abs. 2^{bis} IVG.

² Vgl. z. B. LANDOLT HARDY, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich 1995, DERSELBE, Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 141 ff., und MAURER ALFRED, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel. Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 221 ff.

³ Siehe z. B. LÜCKE JÖRG, Die (un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers, Diss. Göttingen 1973.

⁴ Siehe z. B. ALBRECHT RÜDIGER KONRADIN, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Diss. Tübingen 1995.

⁵ Vgl. z. B. Art. 59a Abs. 2 und Art. 452 Abs. 2 OR.

⁶ Siehe z. B. Urteil BGer vom 04.05.2006 (5C.296/2005) E. 2.2.2.

⁷ Siehe für das Privatversicherungsrecht z. B. BGE 128 III 34 E. 5c (Zumutbarkeit eines kurzen Spitalaufenthalts).

keit»⁸. Der *Zumutbarkeitsgrundsatz* ist demzufolge eine *Doppelnorm*, die auch und besonders im privatrechtlichen Schadenausgleichsrecht gilt.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem *haftungsrechtlichen Zumutbarkeitsgrundsatz*. Nach einigen wenigen Hinweisen auf die Phänomenologie des Zumutbarkeitsgrundsatzes soll dessen Geltungsbereich im Haftungsrecht dargestellt und schliesslich der Frage nachgegangen werden, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der haftungs- und sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht bestehen. Am Schluss folgt eine Rechtsprechungsübersicht zu einzelnen Schadenminderungsmassnahmen.

II. Phänomenologie des Zumutbarkeitsgrundsatzes

A. Funktion

Die genuine Funktion des Zumutbarkeitsgrundsatzes besteht darin, ein *menschliches Verhalten* in einer *bestimmten rechtlich relevanten Situation* auf ein *erträgliches Mass* zu beschränken:

Unter dem «Begriff der Zumutbarkeit [ist] zu verstehen, dass von einer Person ein bestimmtes Verhalten erwartet oder verlangt werden darf, obwohl dieses Verhalten allenfalls mit Unannehmlichkeiten oder sogar mit einem Opfer verbunden sein kann, wobei unter Berücksichtigung der konkreten Situation, d. h. aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist, welche Anstrengungen von ihr erwartet werden dürfen (Urteil B 115/2004 vom 19. April 2005 E. 7.1/2)»⁹.

Andere Rechtsbegriffe verfolgen eine ähnliche Funktion und sind mit der Zumutbarkeit *substituierbar*. So erfüllt z. B. die Erlassvoraussetzung der «grossen Härte» dieselbe Funktion; sie reduziert die Rückerstattungspflicht auf ein finanziell erträgliches Mass¹⁰.

⁸ Vgl. z. B. Art. 257f Abs. 3, Art. 260 Abs. 1, Art. 264 Abs. 1, Art. 272 Abs. 3, Art. 285 Abs. 1, Art. 289 Abs. 1, Art. 293 Abs. 1, Art. 503 Abs. 2, Art. 736 Ziff. 4, Art. 821 Abs. 3 OR sowie Art. 41 Abs. 1, Art. 98 Abs. 2, Art. 101 Abs. 3, Art. 116, Art. 125 Abs. 1, Art. 647d Abs. 3 ZGB.

⁹ Urteil BGer vom 17.01.2008 (4C.137/2006) E. 3.4.

¹⁰ Vgl. Art. 25 Abs. 1 ATSG und Art. 5 ATSV.

B. Adressat

Der Zumutbarkeitsgrundsatz wirkt stets in einem *Zweiparteienverhältnis*. In der Regel ist es der Staat, der vom Bürger ein bestimmtes Verhalten verlangt. Die Zumutbarkeit schützt in diesem Fall den Rechtsunterworfenen vor zu weit gehenden Verhaltenspflichten bzw. -obliegenheiten¹¹. Eine Missachtung von unzumutbaren Verhaltensanweisungen zieht denn auch keine Rechtsnachteile, z. B. den Verlust von Versicherungsleistungen, nach sich¹².

Dasselbe gilt für privatrechtliche Rechtsverhältnisse nur mit dem Unterschied, dass einer Privatperson statt dem Staat untersagt wird, von einem anderen Privatrechtssubjekt zu verlangen, einen unzumutbaren Zustand, z. B. das Aufrechterhalten eines Dauerschuldverhältnisses, dulden zu müssen. Ob dabei das Kündigungsrecht vom Vorliegen «wichtiger Gründe»¹³ oder einer Unzumutbarkeit¹⁴ abhängig gemacht wird, ist kein qualitativer Unterschied. Unzumutbarkeit ist ein wichtiger Grund!¹⁵

C. Rechtsnatur

Wie einleitend bereits erwähnt ist der Zumutbarkeitsgrundsatz eine *Doppelnorm* bzw. sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlicher Natur. Dies bedeutet, dass der Zumutbarkeitsgrundsatz sowohl von Privatrechtssubjekten, namentlich Vertragsparteien, angerufen als auch von den Behörden von Amtes wegen angewendet werden kann. Privatrechtliche Vereinbarungen über das Vorliegen eines (un)zumutbaren Zustandes sind zulässig, soweit sie dem öffentlich-rechtlichen Zumutbarkeitsgrundsatz nicht widersprechen. Der Zumutbarkeitsgrundsatz ist schliesslich im Privatrecht, insbesondere im Vertragsrecht, auch dann zu berücksichtigen, wenn das

¹¹ Obliegenheiten sind im Gegensatz zu Rechtspflichten nicht erzwingbar.

¹² Vgl. z. B. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

¹³ Siehe z. B. Art. 337 Abs. 1 OR.

¹⁴ Siehe z. B. Art. 285 Abs. 1 OR.

¹⁵ Vgl. BGE 116 II 145 = Pra 1990 Nr. 172 E. 6a und 108 II 301 = Pra 1983 Nr. 8 E. 3b sowie Urteile BGer vom 04.03.2002 (4C.400/2001) = Pra 2002 Nr. 110 E. 3a und vom 09.08.1999 (4C.103/1999) = Pra 2000 Nr. 11 E. 3b. A. A. neuerdings BGE 132 III 109 E. 5.

konkrete Rechtsverhältnis bzw. der konkrete Vertrag keine entsprechende Vereinbarung oder Bezugnahme enthält¹⁶.

Privat- und öffentlich-rechtlicher Zumutbarkeitsgrundsatz können, müssen aber nicht zwingend bei einem bestimmten Rechtsproblem anwendbar sein. Eine parallele Anwendbarkeit besteht etwa beim Immissionsschutz, der ganz generell vor unzumutbaren Immissionen schützt¹⁷. Im Schadensausgleichsrecht ist der Zumutbarkeitsgrundsatz ebenfalls für ähnliche Rechtsprobleme anwendbar. Exemplarisches Beispiel ist die Schadenminderungspflicht, die sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich gilt, in beiden Fällen aber durch die Zumutbarkeit beschränkt wird¹⁸. Die gleichzeitige Anwendbarkeit bedeutet jedoch nicht auch, dass das Schutzniveau im Privatrecht und im öffentlichen Recht identisch ist.

Der Entscheid, ob eine Verhaltenspflicht bzw. -obliegenheit (un)zumutbar ist, ist sowohl *tatsächlicher als auch rechtlicher Natur*. Zu beweisen sind die tatsächlichen Umstände, aus denen entsprechende rechtliche Schlüsse gezogen werden können, ob ein bestimmtes Verhalten zumutbar ist oder nicht¹⁹. Das Bundesgericht ist an die tatsächlichen Umstände gebunden, kann aber die Auslegung des Zumutbarkeitsbegriffs überprüfen, weil dieser ein Rechtsbegriff ist²⁰. Bei der Überprüfung der *rechtlichen Zumutbarkeit* ist zu beachten, dass der Zumutbarkeits- ein *Ermessensbegriff* ist²¹, der nicht ein einziges richtiges, sondern mehrere Auslegungsergebnisse zulässt.

Die *zumutbare Arbeitsfähigkeit* ist insoweit tatsächlicher Natur, als zu beurteilen ist, ob und inwieweit der Geschädigte (noch) über ein funktionelles Leistungsvermögen bzw. psychische Ressourcen verfügt²². Soweit hingegen die Beurteilung der Zumutbarkeit von Arbeitsleistungen auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützt wird, geht es um eine Rechtsfrage; dazu gehören auch Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie

¹⁶ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2.

¹⁷ Vgl. z. B. BGE 106 Ib 231 ff.

¹⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 7 ff. IVG und Art. 43 IVG.

¹⁹ Vgl. Urteil BGer vom 17.01.2008 (4C.137/2006) E. 3.4.

²⁰ Vgl. Urteil BGer vom 17.01.2008 (4C.137/2006) E. 3.4.

²¹ Vgl. Urteil BGer vom 04.06.1998 (4C.79/1998) = Pra 1998 Nr. 153 E. 2b.

²² Vgl. Urteil BGer vom 17.01.2007 (4C.263/2006) E. 4.4.

stützen, z. B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch (ätiologisch) unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist²³.

D. Auslegung

Der Gesetzgeber äussert sich in der Regel nicht dazu, wie der Zumutbarkeitsgrundsatz auszulegen ist. Ausnahmsweise konkretisiert die fragliche Verweisungsnorm den Zumutbarkeitsbegriff, indem sie ihn in einen Gesamtkontext stellt²⁴ oder anhand einer Nennung von Kriterien klar gemacht wird, wie sie interpretiert werden muss²⁵. Die fraglichen Kriterien beruhen dabei meistens auf objektiv messbaren oder zumindest objektivierbaren Umständen.

Der Zumutbarkeitsgrundsatz ist grundsätzlich *objektiviert auszulegen*²⁶. Seine Funktion besteht im Schadenausgleichsrecht nämlich darin, das *Interesse des Ersatzpflichtigen an einer betragsmässig möglichst geringen Ersatzleistung* und das *Restitutionsinteresse des Geschädigten* in Einklang zu bringen, mithin eine *allgemein anwendbare Pflichtengrenze* festzulegen. Es kann deshalb nicht einseitig auf ein Interesse abgestellt werden. Die (fehlende) subjektive Leistungsbereitschaft des Versicherten ist genauso irrelevant wie eine einseitige Betonung einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis²⁷.

²³ Statt vieler BGE 132 V 393 E. 3.2.

²⁴ Vgl. z. B. Art. 7 ATSG (ausgeglichene Arbeitsmarktlage). Dazu RÜEDI RUDOLF, Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in: Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung St. Gallen 1999, S. 29 ff.

²⁵ Siehe z. B. Art. 24 Abs. 4 ATSG und Art. 31 Abs. 2 IVG (Gefahr für Leib und Leben) und Art. 18 Abs. 2 MVG (diagnostischer Zwecke oder hohe Wahrscheinlichkeit, eine erhebliche Besserung zu bewirken).

²⁶ Die Rechtsprechung legt den Zumutbarkeitsbegriff in der Regel objektiv aus, wenn der Gesetzgeber keine Auslegungshilfe gibt (vgl. z. B. BGE 128 III 1 E. 3a/cc, 121 V 240 E. 3c/bb [objektiv zumutbare Schadenskenntnis der Ausgleichskasse] und 115 Ib 28 E. 2).

²⁷ BGE 113 V 22 E. 4d.

Der objektivierte Zumutbarkeitsbegriff stösst dann an Grenzen, wenn eine *Einzelfallbeurteilung* erforderlich ist²⁸, kraft einer gesetzlichen Verweisung auf die beim Geschädigten vorliegenden *persönlichen Verhältnisse* abgestellt werden muss²⁹ oder *Ausnahmefälle*³⁰ vorliegen. In solchen Fällen ist die Zumutbarkeit subjektiviert zu verstehen. Eine *subjektivierte Auslegung* ist insbesondere dann vorzunehmen, wenn das vom Gesetzgeber verlangte Verhalten *grund- bzw. persönlichkeitsrechtlich geschützte Lebensbereiche* betrifft³¹. Schadenmindernde Massnahmen tangieren regelmässig die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit³² und der Achtung des Privat- und Familienlebens³³, die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit³⁴ und, soweit Behinderte und Betagte betroffen sind, neuerdings auch das Diskriminierungsverbot³⁵. Sind diese oder andere Grundrechte betroffen, muss der Rechtsanwender eine den *Verhältnissen des Einzelfalls gerecht werdende Verhältnismässigkeitsprüfung* durchführen³⁶.

²⁸ Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (vgl. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Zu letzterem Erfordernis siehe z. B. BGE 122 V 221 E. 5 und 126 V 48 (betreffend AIV).

²⁹ Siehe z. B. Art. 24 Abs. 4 ATSG («...das ihm Zumutbare...»).

³⁰ Allfällige aussergewöhnliche Anstrengungen über die Schadenminderungspflicht hinaus, die zu einer Schadenverringerung geführt haben oder führen werden, sind vor dem Hintergrund des objektiven Charakters der Zumutbarkeit zu Gunsten des Versicherten zu berücksichtigen (siehe *infra* Ziffer III/B/4).

³¹ Vgl. Art. 7 ff. BV und Art. 28 ZGB.

³² Siehe Art. 10 Abs. 2 und 3 BV und Art. 3 EMRK.

³³ Siehe Art. 13 und 14 BV und Art. 8 EMRK.

³⁴ Siehe Art. 10 Abs. 2 und 24 BV und Art. 5 EMRK.

³⁵ Siehe Art. 8 Abs. 2 BV.

³⁶ Vgl. Art. 36 BV.

III. Geltungsbereich des Zumutbarkeitsgrundsatzes im Haftungsrecht

A. Haftungsrelevantes Verhalten

1. Grundsatz

Nach dem Grundsatz «casum sentit dominus» trägt der Geschädigte einen Schaden. Eine Ersatzpflicht ist einem Dritten zumutbar, wenn er den Schaden in vorwerfbarer Weise verursacht hat, sei es, weil er sich *rechts- oder vertragswidrig* verhalten hat³⁷. Ein Geschädigter darf deshalb nicht darauf vertrauen, dass ein Dritter seinen Schaden trägt. Es ist ihm in aller Regel zumutbar, sich durch einen Versicherungsvertrag vor Schaden abzusichern³⁸.

2. Verschuldens- und Kausalhaftung

a. Widerrechtlichkeit

aa. Allgemeines

Die «Haftung» besteht in der Regel in einer *Ersatzpflicht für einen Drittschaden (Dritthaftung)*, kann aber auch in der *Selbsttragung eines Schadens* liegen, wenn der Geschädigte eine Schadenursache gesetzt hat, mit-hin ein *Selbstverschulden* zu vertreten hat (*Selbthaftung*)³⁹. Nicht jedes Schaden stiftende, sondern nur ein *widerrechtliches Verhalten* führt zu einer Haftung für Drittschäden⁴⁰. Für die Selbsthaftung demgegenüber ist es unerheblich, ob das selbstschädigende Verhalten rechtswidrig war oder

³⁷ Vgl. Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR.

³⁸ Vgl. BGE 133 III 449 E. 4.1.

³⁹ «Ein Selbstverschulden im Sinne des Zivilrechts liegt vor, wenn es der Geschädigte unterlässt, zumutbare Massnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, der Entstehung oder Verschlimmerung eines Schadens entgegenzuwirken. Der Geschädigte hat mit anderen Worten diejenigen Massnahmen zu treffen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte» (Urteil BGE vom 17.03.2000 [2A.268/1999] E. 2b; ferner BGE 107 Ib 155 E. 2b). Das Selbstverschulden schliesst entweder eine Dritthaftung aus oder berechtigt zur Schadenersatzreduktion (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR).

⁴⁰ Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR.

nicht⁴¹. Entscheidend ist, ob der Geschädigte durch ihm zurechenbare Ursachen den Schaden mitverursacht hat⁴².

bb. Unsorgfalt – Widerrechtlichkeit

Soweit die *Verhaltenshaftung* greift oder ein Selbstverschulden zu beurteilen ist, impliziert ein *unsorgfältiges Verhalten* nach der *objektiven Widerrechtlichkeitstheorie*⁴³ eine Dritt- bzw. Selbsthaftung für *Personen- und Sachschäden*⁴⁴. Im Unterschied zur *Kausalhaftung*⁴⁵ muss der Geschädigte bei der Verschuldenshaftung zur vollständigen Haftungs begründung noch ein Verschulden des Schadenverursachers nachweisen⁴⁶. Der präsumptiv Haftende kann umgekehrt bei der Kausalhaftung den *Entlastungsbeweis* führen und die Haftungsvermutung, die er durch sein sorgfaltswidriges Verhalten begründet hat, widerlegen.

Bei blossen *Vermögensschäden* genügt eine blossе Unsorgfalt im Anwendungsbereich des *ausservertraglichen Haftungsrechts* nicht. Ein unsorgfältiges Verhalten ist zwar vertragswidrig, aber erst dann widerrechtlich, wenn eine sog. *Schutznorm* sorgfältiges Verhalten in Bezug auf den Geschädigten verlangt⁴⁷. Solche Schutznormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus Privat-, Ver-

⁴¹ Siehe z. B. Urteil OGer TG vom 06.05.1997 (SB 97 11) = RBOG 1997 Nr. 6 E. 2b/c (Drogenkonsum).

⁴² Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR.

⁴³ Siehe BGE 129 IV 322 E. 2.2.2, 126 Ib 367 E. 4b, 123 II 577 E. 4c, 123 III 306 E. 4a, 122 III 176 E. 7b, 118 Ib 473 E. 2b, 115 II 15 E. 3a, 113 Ib 420 E. 2 und 108 II 305 E. 2b.

⁴⁴ Siehe z. B. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 110 II 456 = Pra 1985 Nr. 101 E. 3 sowie Urteil Bundesgericht vom 13.06.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 1b.

⁴⁵ Mit der neueren Lehre (ROBERTO VITO, Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, in: AJP 2005, S. 1323 ff.) wird die milde Kausalhaftung als Anwendungsfall der Verschuldenshaftung (mit vermutetem Verschulden) verstanden. Der Werkeigentümer z. B. haftet nach Art. 58 OR für den sorgfaltspflichtwidrigen Unterhalt, so etwa für den unterlassenen Winterdienst (BGE 129 III 65 = Pra 2003 Nr. 121 E. 2 und 5).

⁴⁶ Bei der Vertragshaftung wird das Verschulden vermutet (vgl. Art. 97 OR).

⁴⁷ Siehe z. B. BGE 118 Ib 163 E. 2, 116 Ib 193 E. 2a, 115 II 18 E. 3a und 107 Ib 164 und 103 Ib 68.

waltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt⁴⁸. Der sog. *Gefahrensatz* stellt nach der Meinung des Bundesgerichts keine Schutznorm dar⁴⁹.

Für die Haftung von Vermögensschäden sollte ebenfalls nicht entscheidend sein, ob dem Schadenverursacher ein Normverstoss vorgeworfen werden kann, sondern ob ihm unter den obwaltenden Umständen zumutbar gewesen wäre, sich nicht Schaden verursachend zu verhalten. Haftungsauslösendes Ereignis ist unter diesem Aspekt die *Verletzung von Verkehrssicherungspflichten*. Das Bundesgericht betont denn auch in neueren Urteilen – jedoch nur im Kontext mit der Vertragshaftung⁵⁰ –, dass die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten eine Haftung begründet⁵¹.

cc. *Sorgfaltsmassstab*

Eine haftungsindizierende Unsorgfalt liegt vor, wenn die *nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Massnahmen nicht ergriffen wurden*

⁴⁸ Vgl. BGE 126 II 63 E. 3a (Tierseuchengesetzgebung), 119 Ia 332 E. 1b, 118 Ia 14 E. 2b (Immissionsschutzbestimmungen), 116 Ia 162 E. 2c-e, 115 II 15 E. 4a (vormundschaftliche Massnahmen), 107 Ib 160 E. 3a und 5 E. 2a, 103 Ib 65 E. 3, 95 II 481 E. 6 und 93 E. I/2 (Gefahrensatz), 95 III 83 E. 6c, 94 I 628 E. 4a und 5 (Vertrag mit Starkstrominspektorat) 93 E. 4b, 90 II 274 E. 4, 88 II 276 E. 4a, 82 II 25 E. 1, 80 II 327 E. 3a, 75 II 204 E. 3, 56 II 371 E. 2 (kantonales Polizeigesetz) und 55 II 331 E. 2 (kantonales Recht).

⁴⁹ Vgl. BGE 119 II 127 = Pra 1994 Nr. 59 E. 3 und ferner Urteile BGer vom 31.03.2008 (4A_520/2007) E. 2.1 f., vom 02.10.2000 (4C.119/2000) = Pra 2001 Nr. 46 E. 2b und vom 28.01.2000 (4C.296/1999 und 4C.280/1999) E. 2b.

⁵⁰ Siehe aber Urteile BGer vom 28.01.2000 (4C.280/1999 und 4C.296/1999) E. 2b (Verkehrssicherungspflicht gegenüber Nachbargrundstück).

⁵¹ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.2 und Urteil BGer vom 01.06.2004 (4C.54/2004) E. 2. Inhalt solcher Verkehrssicherungspflichten bilden etwa das Entfernen von Skiliftmasten oder Bäumen aus dem Pistenbereich, deren Sicherung mittels geeigneter Vorkehrungen (BGE 121 III 358 E. 4a), die Signalisation atypischer Gefahren auf Pisten oder unmittelbar anschliessenden Nebenflächen (BGE 110 II 505 E. 3) oder das Aufstellen eines ausreichenden Sicherheitsdispositives zwecks zeitgerechter Ergreifung der zur Gefahrenabwehr notwendigen Massnahmen (BGE 125 IV 9 E. 2a). Der Betreiber eines nahe des Seeufers gelegenen Sprungturmes ist verpflichtet, die zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um dessen gefahrlose Benutzung sicherzustellen (BGE 123 III 306E. 4).

bzw. unterlassen worden sind, um den Schaden zu verhindern⁵². Die Rechtsprechung hat für die Vertrags- und Deliktshaftung je nach Fallkonstellation unterschiedliche Umschreibungen entwickelt:

- Der *Arbeitgeber* verletzt seine *Fürsorgepflicht*, wenn er das zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers Notwendige nicht vorkehrt, obwohl dies nach dem Stand der Technik möglich und dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise zumutbar wäre⁵³.
- Die *Verkehrssicherungspflicht* von *Bergbahn- und Skiliftbetreibern* verlangt zum einen, dass Pistenbenützer vor nicht ohne weiteres erkennbaren, sich als eigentliche Fallen erweisenden Gefahren geschützt werden⁵⁴. Zum anderen haben Bergbahnunternehmen, soweit es für sie zumutbar ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahren des Skifahrens, welche auch bei vorsichtigem Fahrverhalten nicht vermieden werden können, nicht zu einer Schädigung der Pistenbenützer führen. Dies ergibt sich daraus, dass den Skifahrern und Snowboardern bei der bestimmungsgemässen Benützung der Piste kein Schaden erwachsen soll⁵⁵.
- Die Grenze der Verkehrssicherungspflicht bildet die *Zumutbarkeit*. Schutzmassnahmen können nur im Rahmen des nach der Verkehrsübung Erforderlichen und Möglichen verlangt werden, wenn auch ein *Mindestmass an Schutz* immer gewährleistet sein muss⁵⁶. Eine weitere Schranke der Verkehrssicherungspflicht liegt in der *Selbstverantwortung* des einzelnen Pistenbenützers. Das Fehlverhalten eines Pistenbenützers, der in Verkennung seines Könnens und der vorgegebenen Gelände- oder Wetterverhältnisse oder in Missachtung von

⁵² Siehe z. B. BGE 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a, 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 110 II 456 = Pra 1985 Nr. 101 E. 3 sowie Urteil Bundesgericht vom 13.06.2000 (4C.53/2000) = Pra 2000 Nr. 155 E. 1b.

⁵³ Vgl. BGE 132 III 257 E. 6.

⁵⁴ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.2 f., 121 III 358 E. 4a, 115 IV 189 E. 3c und Urteil BGER vom 01.06.2004 (4C.54/2004) E. 2.3.

⁵⁵ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.2 f., 121 III 358 E. 4a und 111 IV 15 E. 2

⁵⁶ Vgl. BGE 130 III 193 E. 2.2 f., 121 III 258 E. 4a und 115 IV 189 E. 3c.

Signalisationen fährt, stürzt und dabei verunfallt, ist der Selbstverantwortung zuzurechnen⁵⁷.

- Der *Werkigentümer* haftet für die Sicherheit beim bestimmungsgemässen Gebrauch⁵⁸ des Werks und zudem nur soweit, als der *Werkbenutzer* die ihm zumutbaren *Vorsichtsmassnahmen* ergriffen hat⁵⁹. Die Werkigentümerhaftung gilt nicht absolut. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und finanziell zumutbar sind⁶⁰. Dem Werkigentümer sind Aufwendungen nicht zuzumuten, die in keinem Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen⁶¹. Die Zumutbarkeit von Sicherheitsvorkehrungen an Strassen wird zudem unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob es sich um eine Autobahn, eine verkehrsreiche Hauptstrasse oder einen Feldweg handelt⁶².

Grundsätzlich gilt ein *objektiver Sorgfaltsmassstab*. Die Sorgfaltspflicht beurteilt sich im Hinblick auf das *Verhalten eines vernünftig Denkenden in vergleichbarer Situation*⁶³. So ist etwa davon auszugehen, dass ein vernünftig Denkender ein Pferd am Zügel führt⁶⁴. Ausnahmsweise gelten ein *subjektiver Sorgfaltsmassstab* oder ein *strenger Sorgfaltsmassstab*. Ein subjektiver Sorgfaltsmassstab ist z. B. bei der Arbeitnehmerhaftung an-

⁵⁷ Vgl. BGE 117 IV 415 E. 5a.

⁵⁸ Ausnahmsweise haftet der Werkigentümer auch für Schäden, die Rahmen einer zweckwidrigen Benützung eingetreten sind. Für eine derartige Haftbarkeit des Werkigentümers ist aber in jedem Fall erforderlich, dass das zweckwidrige Verhalten voraussehbar ist und zumutbare Massnahmen getroffen werden können, damit eine zweckwidrige Verwendung nicht erfolgt (BGE 130 III 736 E. 1.6).

⁵⁹ Vgl. Urteil BGer vom 15.09.2005 (4C.191/2005) E. 2.3.

⁶⁰ Eine Schutzgalerie zum Zweck der Verhinderung von Lawinen ist finanziell unzumutbar, wenn kein erhöhtes Lawinenrisiko an der fraglichen Stelle, wo die Lawine nieder ging, bestand (Urteil BGer vom 18.05.2005 [4C.45/2005] E. 3.2).

⁶¹ Statt vieler BGE 130 III 736 E. 1.3 und Urteile BGer vom 15.09.2005 (4C.191/2005) E. 2.1 und vom 02.03.2005 (4C.386/2004) E. 2.1 und 2.4 (finanzielle Zumutbarkeit eines Überfahrerschutzes bei einem Lift).

⁶² Vgl. z. B. BGE 129 III 65 E. 1.1, 108 II 184 E. 1b und 102 II 343 E. 1c.

⁶³ Statt vieler z. B. Urteile BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.2 und vom 17.03.2000 (2A.268/1999) E. 2b.

⁶⁴ Vgl. Urteil BGer vom 08.10.2001 (4C.237/2001) E. 3b.

wendbar⁶⁵. Ist eine Haftungsbefreiung nur beim Nachweis, «alles Zumutbare» vorgekehrt zu haben, vorgesehen⁶⁶, genügt es nicht, die nach den Umständen gebotene Sorgfalt erfüllt zu haben⁶⁷.

Die Haftung der Liquidatoren für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen⁶⁸ z. B. stellt gegenüber der einfachen Kausalhaftung bzw. der Geschäftsherrenhaftung⁶⁹ strengere Anforderungen an den Entlastungsbeweis. Um sich von der Liquidatorenhaftung zu befreien, muss der Liquidator seine Aufgabe nach bestem Wissen und Gewissen erfüllt und für die Sicherstellung und Bezahlung der Steuerforderung alles getan haben, was vernünftigerweise verlangt werden kann. An den Entlastungsbeweis sind (noch) höhere Anforderungen zu stellen, wenn der Liquidator besondere berufliche Qualifikationen besitzt (Rechtsanwalt, Notar, Ökonom, Bücherexperte usw.) und das Geschäftsleben kennt⁷⁰.

Schaden

Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der *unfreiwilligen Differenz* zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte⁷¹. Tritt tatsächlich keine Vermögensdifferenz ein, besteht kein Schaden.

Das Bundesgericht geht von der *Ersatzfähigkeit des normativen Personenschadens* aus⁷². Dieser umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis bzw. die dadurch verursachte Körper- oder Persönlichkeitsverletzung beim Verletzten oder Dritten einen Mehr-

⁶⁵ Vgl. Art. 321e OR.

⁶⁶ Vgl. z. B. Art. 15 Abs. 2 VStG. Siehe ferner BGE 122 IV 303 = Pra 1997 Nr. 57 E. 3a (Bergtouren).

⁶⁷ Vgl. BGE 115 Ib 274 = Pra 1990 Nr. 220 E. 14d.

⁶⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 2 VStG.

⁶⁹ Vgl. Art. 55 OR.

⁷⁰ Vgl. BGE 115 Ib 274 = Pra 1990 Nr. 220 E. 14d.

⁷¹ Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

⁷² Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass bestehe, die Ersatzpflicht für den normativen Personenschaden auf den Sach- bzw. Vermögensschaden zu übertragen (vgl. Urteil BGer vom 19.12.2005 [4C.337/2005] E. 3.3.2).

aufwand verursacht, der ausnahmsweise nicht mit finanziellen Nachteilen verbunden ist, weil der Verletzte oder der Dritte den Mehraufwand unentgeltlich tragen. Die *ingesparten Lohnkosten einer Ersatzkraft* können z. B. bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)⁷³ oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)⁷⁴ beansprucht werden.

Die Ersatzpflicht des normativen Personenschadens beurteilt sich insbesondere danach, ob der *Beizug einer entgeltlich tätigen Hilfskraft zumutbar* ist. Der Beizug einer aussenstehenden Drittperson für *gewerbliche Tätigkeiten* ist nach der Meinung des Bundesgerichts stets zumutbar. Der Schaden, der durch die *Beeinträchtigung der Mitarbeit im Gewerbe des Ehegatten* verursacht wird, ist daher nur im Umfang der nachgewiesenen tatsächlichen Lohnkosten bzw. des nachgewiesenen tatsächlichen Gewinnausfalls zu entschädigen⁷⁵.

Verschulden

Bei der Verschuldenshaftung ist das Vorliegen eines Verschuldens beim Schadenverursacher eine weitere Haftungsvoraussetzung. Ein solches liegt vor, wenn der Schadenverursacher urteilsfähig war und ihm die Sorgfaltpflichtverletzung vorgeworfen werden kann, sei es, weil er vorsätzlich oder fahrlässig⁷⁶ gehandelt hat. Fahrlässig handelt insbesondere derjenige, der den sog. *Gefahrensatz* verletzt, d. h. einen gefährlichen Zustand schafft oder duldet, ohne geeignete und zumutbare Sicherheitsvorkehrungen zu ergreifen⁷⁷.

⁷³ Vgl. z. B. BGE 127 III 403 E. 4.

⁷⁴ Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

⁷⁵ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4c/aa.

⁷⁶ Grobfahrlässig handelt, wer elementare Vorsichtsgebote verletzt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde (vgl. BGE 111 Ib 192 E. 3 und 108 II 424 E. 2). Leichte Fahrlässigkeit liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor (statt vieler Urteile BGer vom 05.07.2001 [5C.93/2001] E. 3a). Was als (leichte oder grobe) Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 103 Ia 501 E. 7).

⁷⁷ Vgl. BGE 128 IV 59 = Pra 2002 Nr. 59 E. 2b und Urteile Bundesgericht vom 18.02.2002 (6S. 686/2001) = Pra 2002 Nr. 115 E. 2a, vom 02.08.2000 (6S.638/1999) = Pra 2000 Nr. 188 E. 2a und vom 23.09.1998 (6S.321/1998) = Pra 1999 Nr. 25 E. 2.

Grobfahrlässig handelt, wer *elementare Vorsichtsgebote* verletzt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde⁷⁸. Eine leichte Fahrlässigkeit liegt bei einer *geringfügigen Verletzung der erforderlichen Sorgfalt* vor⁷⁹. Was als leichte oder grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach *richterlichem Ermessen* verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil⁸⁰.

Bei Alkoholmissbrauch z. B. ist grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, wenn der Betroffene bei der ihm angesichts seines Bildungsgrades zumutbaren pflichtgemässen Sorgfalt rechtzeitig hätte erkennen können, dass jahrelanger Missbrauch alkoholischer Getränke die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung in sich birgt, und wenn er imstande gewesen wäre, entsprechend dieser Einsicht sich des übermässigen Alkoholkonsums zu enthalten⁸¹.

3. *Gefährdungshaftung*

Bei der Gefährdungshaftung wird für eine *gefährliche, aber erlaubte Tätigkeit*, namentlich für den Betrieb eines Motorfahrzeugs bzw. die verwirklichte Betriebsgefahr, gehaftet⁸². Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Frage, ob im Bereich der *Gefährdungshaftung* Widerrechtlichkeit bzw. eine Unsorgfalt vorausgesetzt wird, offen gelassen⁸³. Mit einem Teil der Lehre⁸⁴ ist daran zu erinnern, dass bei der Gefährdungshaftung verhaltens- und verschuldensunabhängig gehaftet wird, weshalb weder Widerrechtlichkeit noch Verschulden Haftungsvoraussetzungen sind. Ob dem Haftpflichtigen die Vermeidung des Schadens zumutbar gewesen ist, spielt keine Rolle. Liegt eine Unsorgfalt bzw. ein widerrechtliches Verhalten vor, besteht Anspruchskonkurrenz zwischen der Verschuldens- und der Gefährdungshaftung.

⁷⁸ Vgl. BGE 111 Ib 192 E. 3 und 108 II 424 E. 2.

⁷⁹ Vgl. Urteil BGer vom 05.07.2001 (5C.93/2001) E. 3a.

⁸⁰ Vgl. BGE 103 Ia 501 E. 7.

⁸¹ Vgl. BGE 119 V 171 = Pra 1995 Nr. 91 E. 2b.

⁸² Vgl. Art. 58 Abs. 1 SVG.

⁸³ BGE 116 II 480 E. 5.

⁸⁴ Vgl. z. B. DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, *La responsabilité civile*. 2. A., Bern 1982, N 24 zu § 2.

Eine Gefährdungshaftung besteht einzig dann nicht, wenn die Verwirklichung der Schädigungsgefahr als Schadenursache durch andere Schadenursachen derart in den Hintergrund gedrängt wird, dass sie unbedeutend wird, mithin der rechtserhebliche Kausalzusammenhang nicht (mehr) gegeben ist. Dies ist der Fall bei höherer Gefahr⁸⁵, grobem Selbst- oder einem schweren Drittverschulden⁸⁶.

4. Staatshaftung

Der Bund und die meisten Kantone kennen eine *Kausalhaftung für Schaden stiftende amtliche Tätigkeiten*, sofern diese widerrechtlich sind⁸⁷. Ausnahmsweise besteht eine *Billigkeitshaftung* für eine *rechtmässige staatliche Schadenverursachung*⁸⁸. Die kantonalen Staatshaftungsgesetze stipulieren eine Ersatzpflicht für eine rechtmässige Schädigung aus Gründen der Billigkeit⁸⁹ bzw. im Zusammenhang mit polizeilichen Massnahmen⁹⁰.

⁸⁵ Vgl. z. B. Art. 1 EHG, Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

⁸⁶ Vgl. z. B. Art. 1 EHG, Art. 27 Abs. 1 EleG, Art. 5 Abs. 1 KHG, Art. 33 Abs. 2 RLG und Art. 59 Abs. 1 SVG.

⁸⁷ Vgl. Art. 146 BV und Art. 3 Abs. 1 VG.

⁸⁸ Vgl. z. B. Art. 26 Abs. 2 BV. Eine Ersatzpflicht für rechtmässiges Handeln wird, soweit keine gesetzliche Sondernorm für eine solche Haftung besteht, vom Bundesgericht nicht anerkannt. Sie käme, wenn überhaupt, höchstens in Frage bei behördlichen Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter der Privaten (vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6b).

⁸⁹ Vgl. z. B. § 4 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BL), Art. 4 Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24.02.1989 (GE) und Art. 4 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25.04.1971 (NW).

⁹⁰ Vgl. z. B. Art. 9 VVE sowie Art. 8 Abs. 1 Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 16.09.1986 (FR), § 5 Haftungsgesetz vom 13.09.1988 (LU), Art. 8 Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité) (LResp) du 26.06.1989 (NE), Art. 26 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 07.12.1959 (SG), Art. 6 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23.09.1985 (SH), § 10 Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die

Haftungsvoraussetzung für die Billigkeitshaftung ist, dass der Geschädigte vom staatlichen Handeln schwer betroffen, mithin ein *Sonderopfer* ist und ihm die *Tragung des Schadens nicht zumutbar* ist⁹¹. Anwendungsfälle der Billigkeitshaftung sind z. B. die *Enteignungsentschädigung*⁹² und die *Ausfallhaftung für Impfschäden*⁹³. Die staatliche Billigkeitshaftung setzt in jedem Fall eine *staatliche Schadenursache* voraus; durch Naturereignisse verursachte Schäden, z. B. Umsatzeinbussen oder Ertragsausfälle, können deshalb nicht durch Mittel der öffentlichen Hand ausgeglichen werden, auch wenn der Geschädigte besonders schwer betroffen ist und ihm die Schadenstragung an sich nicht zumutbar ist⁹⁴.

5. Verjährung

Haftungsansprüche verjähren bzw. verirken innert einer bestimmten absoluten Frist seit Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses. Die *absolute Verjährungsfrist* beträgt – bei Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung – zehn Jahre⁹⁵. Der Haftungsanspruch verjährt ferner innert einer bestimmten relativen Frist. Die *relative Verjährungsfrist* beträgt – bei Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung – ein Jahr⁹⁶.

Die relative Verjährungsfrist beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Geschädigte von der Existenz, der Beschaffenheit und den wesentlichen Merkmalen des Schadens sowie bis zu einem gewissen Grad von dessen Umfang Kenntnis erlangt hat, also dann, wenn er alle tatsäch-

Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 26.06.1966 (SO) und § 13 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14.09.1969 (ZH).

⁹¹ Vgl. z. B. Urteil BGer vom 16.12.1997 i. S. BM, EM, JM, SM und JM c. Kanton Aargau E. 4c sowie ferner § 4 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BL), Art. 4 Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24.02.1989 (GE) und Art. 4 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25.4.1971 (NW).

⁹² Vgl. Art. 16 ff. EntG.

⁹³ Vgl. BGE 129 II 353 ff.

⁹⁴ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 23.05.2000 (VGE 20882) = BVR 2000, S. 537 E. 6.

⁹⁵ Vgl. Art. 60 Abs. 1 und Art. 127 OR.

⁹⁶ Vgl. Art. 60 Abs. 1 OR.

lichen Umstände kennt, die geeignet und erforderlich sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen⁹⁷.

Massgebend ist dabei im Haftungsrecht – anders bei den sozialversicherungsrechtlichen Haftungs- und Rückforderungstatbeständen⁹⁸ – *die tatsächliche und nicht die zumutbare Kenntnis*. Der Geschädigte ist aber, sobald er um die wesentlichen Elemente des Schadens weiss, gehalten, von sich aus die weiteren Informationen zu beschaffen, welche für die Einreichung einer Klage notwendig sind. In Anbetracht der Kürze der einjährigen Verjährungsfrist dürfen jedoch hinsichtlich der Möglichkeit, den Schadensumfang abzuschätzen, keine strengen Anforderungen gestellt werden. Dem Geschädigten ist eine den konkreten Umständen angemessene Zeitspanne zuzugestehen, in der er – selber oder durch einen Fachmann – das Ausmass des Schadens abklären kann⁹⁹.

Dem Geschädigten ist es schliesslich zumutbar, innert der relativen Verjährungsfrist Klage zu erheben oder zumindest *verjährungsunterbrechende Handlungen* zu ergreifen¹⁰⁰. Die Unterbrechung der Verjährungsfrist ist insbesondere auch während des Prozesses zumutbar¹⁰¹.

B. Schadenrelevantes Verhalten

1. Allgemeines

Eine (anteilmässige) Schadenselbsttragungspflicht des Geschädigten besteht nicht nur dann, wenn er sich selbst geschädigt hat, sondern auch dann, wenn er den von einem Dritten verursachten Personen-, Sach- oder Vermögensschaden nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses in unnötiger Weise vergrössert. Verletzt er die Schadenminderungspflicht, kann die Ersatzpflicht des Haftenden wie bei einer Verletzung der Schadenverhütungspflicht herabgesetzt werden¹⁰².

⁹⁷ Vgl. BGE 131 III 61 E. 3.1.1, 112 II 118 E. 4 und 111 II 55 E. 3a

⁹⁸ Vgl. Urteil EVG vom 30.05.2001 (I 678/00) = Pra 2002 Nr. 31 E. 3b.

⁹⁹ Vgl. BGE 131 III 61 E. 3.1.1 und 96 II 39 E. 2a.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil BGer vom 13.05.2008 (4A_499/2007) E. 4.3.2; BGE 101 II 266 E. 4c.

¹⁰¹ Vgl. Urteil BGer vom 17.03.2000 (2A.268/1999) E. 2b.

¹⁰² Vgl. Art. 44 OR sowie infra Ziffer IV/A/3.

Der Geschädigte ist insbesondere auch *nach Erhalt des Schadenersatzes* verpflichtet, sich in zumutbarer Weise zu verhalten. So ist er namentlich gehalten, das Kapital anzulegen¹⁰³. Das Bundesgericht geht zwar von der *Unzumutbarkeit besonders risikoreicher Anlagen* aus¹⁰⁴, erachtet aber ein «vernünftig gemischtes, auf eine vorsichtige Anlagestrategie» ausgerichtetes Portefeuille, das sich nicht nur aus Bundesanleihen zusammensetzt, als zumutbar¹⁰⁵.

2. *Vermeidung unnötiger Kosten*

Der Geschädigte hat insbesondere *unnötige Kosten* zu vermeiden. Solche fallen an, wenn Massnahmen ergriffen werden, die ungeeignet, nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind. Der Geschädigte ist insbesondere nicht berechtigt, sich nach Belieben zu hospitalisieren¹⁰⁶, aber nicht verpflichtet, einen Wohnsitzwechsel in ein kostengünstigeres Land¹⁰⁷ bzw. in einen kostengünstigeren Kanton¹⁰⁸ vorzunehmen oder die billigste Pflegeform zu wählen¹⁰⁹.

3. *Verwertung des verletzungsbedingt noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögens*

a. *Erwerbliches Leistungsvermögen*

aa. *Sozialversicherungs- und die haftungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit*

Der Geschädigte ist ferner verpflichtet, sein verletzungsbedingt noch vorhandenes funktionelles Leistungsvermögen in zumutbarer Weise zu verwerten. Die *sozialversicherungsrechtlichen Zumutbarkeitsregeln* können

¹⁰³ Vgl. BGE 125 III 312 E. 6.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 125 III 312 E. 6a.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 125 III 312 E. 6b.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil BGer vom 10.06.1982 i. S. Anna C. c. Clinique X S. A. = CaseTex Nr. 858 = SG Nr. 219 E. 2.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489 E. 2c.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d.

¹⁰⁹ Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 (Bemerkungen von HARDY LANDOLT) E. 6b/cc.

jedoch im Haftungsrecht nicht angewendet werden, da die sozialversicherungs- und die haftungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit *nicht identisch* sind¹¹⁰:

- Der im Anwendungsbereich von Art. 46 OR massgebliche Arbeitsmarkt entspricht nicht dem *ausgeglichenen Arbeitsmarkt*¹¹¹, sondern dem dem Geschädigten *konkret offen stehenden Arbeitsmarkt*¹¹².
- Im Gegensatz zum Sozialversicherer hat der Haftpflichtige für *sämtliche wirtschaftlichen Folgen* der rechtserheblich verursachten Erwerbsunfähigkeit einzustehen. Die invaliditätsfremden Gesichtspunkte sind im Personenschadenersatzrecht bei der Schätzung des erzielbaren Valideneinkommens – insbesondere auch bei der Überversicherungsberechnung im Bereich der beruflichen Vorsorge – ebenfalls zu beachten¹¹³.
- Während im Sozialversicherungsrecht neben dem Einkommens- auch der *Prozentvergleich* zulässig ist¹¹⁴, ist der Lohnausfallschaden konkret mittels eines Lohnvergleichs zu bestimmen. Nur bei Kindern und Jugendlichen kann ausnahmsweise auf die medizinisch-theoretische Erwerbsunfähigkeit abgestellt werden¹¹⁵.
- Die sozialversicherungsrechtliche Einschätzung der Erwerbsunfähigkeit ist *jederzeit revidierbar*¹¹⁶. Im Personenschadenersatzrecht demgegenüber besteht im Rahmen des *Nachklagerechts* nur eine sehr eingeschränkte Abänderbarkeit¹¹⁷.
- Im Haftungsrecht kann zudem einer allfälligen *Teilkausalität* besser Rechnung getragen werden als im Sozialversicherungsrecht, wo ent-

¹¹⁰ Statt vieler BGE 113 II 345 E. 1a und Urteil BGer vom 19.12.1995 (4C.407/1994) = SG 1995 Nr. 83 E. 2c.

¹¹¹ Vgl. Art. 7 ATSG.

¹¹² Vgl. Urteil BGer vom 05.05.1997 (4C.261/1996) = SG 1997 Nr. 41 E. 2c.

¹¹³ Vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, N 12 zu Art. 69 ATSG und Urteil EVG vom 02.09.2004 (B 17/03) E. 4.4.

¹¹⁴ Vgl. BGE 131 V 51 E. 5.1.2, 128 V 29 E. 1, 114 V 310 E. 3a, 107 V 17 E. 2d und 104 V 135 E. 2b.

¹¹⁵ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 585 zu Art. 46 OR.

¹¹⁶ Vgl. Art. 17 ATSG.

¹¹⁷ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 331 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR

weder eine vollumfängliche oder dann keine Leistungspflicht besteht¹¹⁸.

bb. *Zumutbare Verwertung einer Resterwerbsfähigkeit*

Nicht verwertbare Resterwerbsfähigkeit

Der Geschädigte muss sich das ihm trotz verletzungsbedingt eingeschränkter Erwerbsfähigkeit noch *zumutbare Erwerbseinkommen* anrechnen lassen. Er kann jedoch einwenden, dass eine Verwertung der Resterwerbsfähigkeit weder aus wirtschaftlichen noch aus persönlichen Gründen möglich oder zumutbar sei¹¹⁹. Von der Nichtverwertbarkeit ist auszugehen, wenn keine *Aussichten auf eine relativ sichere Erzielung eines nicht unbedeutenden Erwerbs* besteht¹²⁰ oder die Erwerbstätigkeit nur noch in *geschütztem Rahmen* ausgeübt werden kann¹²¹. Das *fortgeschrittene Alter* kann ebenfalls die Nichtverwertbarkeit zur Folge haben¹²².

Die neuere Rechtsprechung geht bei *Unselbstständigerwerbenden* von der generellen *Nichtverwertbarkeit von Resterwerbsfähigkeiten von 20% und weniger* aus, sofern es sich dabei nicht um hochspezialisierte Berufe handelt¹²³. Bei *Selbstständigerwerbenden* wird demgegenüber von der Ver-

¹¹⁸ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 93 f. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR.

¹¹⁹ Vgl. BGE 117 II 609 = Pra 1993 Nr. 83 E. 9 und 113 II 345 E. 1a; ferner Urteile EVG vom 16.12.2003 (I 537/03) E. 3.2.2, vom 07.11.2003 (I 246 und 247/02) E. 6, vom 10.03.2003 (I 617/02) E. 3.2.3 und vom 04.04.2002 (I 401/01) E. 4b sowie BGE 107 V 17 E. 2c.

¹²⁰ Vgl. BGE 117 II 609 = Pra 1993 Nr. 83 E. 9 und Urteil BGer vom 21.08.1995 (4C.379/1994) = SG 1995 Nr. 48 E. 9a.

¹²¹ Vgl. Urteil BGer vom 21.08.1995 (4C.379/1994) = SG 1995 Nr. 48 E. 9c.

¹²² Vgl. Urteil BGer vom 12.02.2002 (4C.197/2001) = Pra 2002 Nr. 152 = AJP 2002, S. 841 (Bemerkungen von SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER) = HAVE 2002, S. 205 (Bemerkungen von MARC SCHAETZLE) E. 2.3 (56-jähriger Mann mit einer Resterwerbsfähigkeit von 20%, keine berufliche Ausbildung; ausschliesslich manuell erwerbstätig gewesen).

¹²³ Vgl. BGE 117 II 609 = Pra 1993 Nr. 83 E. 9 (Nichtverwertbarkeit einer 20%-igen Resterwerbsfähigkeit) und 113 II 345 E. 1a (Nichtverwertbarkeit einer 15%-igen Resterwerbsfähigkeit) sowie Urteile BGer vom 03.08.2004 (6P.58/2003, 6S.159/2003 und 6S.160/2003) = Pra 2005 Nr. 29 E. 11.1, vom 23.12.2003 (4C.252/2003) = HAVE 2004, S. 112 (Bemerkungen von MARC SCHAETZLE) E. 2.1 und vom 21.08.1995 (4C.379/1994) = SG 1995 Nr. 48 E. 9c (Resterwerbsfähigkeit von 12%) sowie HGer ZH vom 11.11.2002 = ZR 2003 Nr. 36 = HAVE

wertbarkeit einer Resterwerbsfähigkeit von 20% und weniger ausgegangen¹²⁴. Die *Früh pensionierung* bei einer bloss 35%-igen Arbeitsunfähigkeit stellt bei einem über 60-jährigen Geschädigten eine ungenügende Verwertung der Resterwerbsfähigkeit dar¹²⁵.

Zumutbares Invalideneinkommen

Ist von der Verwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit auszugehen, hat sich der Geschädigte das *tatsächlich erzielte Invalideneinkommen*¹²⁶ bzw. das *zumutbare Invalideneinkommen* anrechnen zu lassen¹²⁷. Für die Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens massgebend ist die erwerbliche Arbeitsunfähigkeit auf dem konkreten dem Geschädigten offen stehenden Arbeitsmarkt, mithin der *haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeitsgrad*¹²⁸.

Auf das sozialversicherungsrechtlich relevante Invalideneinkommen kann nur hilfsweise abgestellt werden, da dieses bezogen auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt und zudem unter Ausserachtlassen invaliditätsfremder Gründe festgesetzt wird. Auf das sozialversicherungsrechtlich massgebliche Invalideneinkommen kann nur abgestellt werden, wenn der Geschädigte von der Invalidenversicherung auf eine neue erwerbliche Tätigkeit umgeschult wurde und das tatsächliche Invalideneinkommen bekannt ist¹²⁹.

2003, S. 317 (Bemerkungen von VOLKER PRIBNOW) E. VII.E.2.2 (Resterwerbsfähigkeit von 40%).

¹²⁴ Vgl. Urteile KGer BL vom 08.06.2004 i. S. B. c. Allianz = SG 2004 Nr. 7 E. 6c (Anwältin) und AmtsGer LU vom 27.12.1996 i. S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b.

¹²⁵ Vgl. Urteil BGer vom 24.01.2001 (4C.237/2000) E. 1b.

¹²⁶ Vgl. Urteil BGer vom 21.08.1995 (4C.379/1994) = SG 1995 Nr. 48 E. 9b.

¹²⁷ Vgl. Urteile BGer vom 09.11.2005 (4C.170/2005) E. 2.2, 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. 1.2.2 und 1.4 sowie vom 23.12.2003 (4C.252/2003) = HAVE 2004, S. 112 (Bemerkungen von MARC SCHAETZLE) E. 2.2.

¹²⁸ 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. 1.2.2; ferner Urteil BGer vom 15.12.1993 i. S. La Secura c. C. = JdT 1994 I, S. 719 = SJ 1994, S. 275 E. 4d/aa.

¹²⁹ Vgl. BGE 99 II 214 E. 3d.

Da der Haftpflichtige – im Gegensatz zu den Sozialversicherern – für sämtliche wirtschaftlichen Auswirkungen der erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigung verantwortlich ist, ist die *Anrechnung eines im Vergleich zum sozialversicherungsrechtlichen Invalideneinkommen höheren haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommens* abzulehnen¹³⁰. Eine Erhöhung des sozialversicherungsrechtlichen Invalideneinkommens ist namentlich dann fraglich, wenn der Geschädigte vor dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses bereits seit Jahren nicht mehr erwerbstätig bzw. arbeitslos war¹³¹.

Weicht das Zivilgericht von den der Berentung durch die Invaliden- bzw. Unfallversicherung zu Grunde gelegten Annahmen ab, ist die Abweichung sachlich zu begründen, vor allem dann, wenn ein höheres als das sozialversicherungsrechtlich relevante Invalideneinkommen herangezogen wird¹³².

b. Hauswirtschaftliches Leistungsvermögen

aa. *Sozialversicherungs- und haftungsrechtliche Hausarbeitsunfähigkeit*

Der Geschädigte ist ferner verpflichtet, sein verletzungsbedingt noch vorhandenes funktionelles bzw. hauswirtschaftliches Leistungsvermögen in zumutbarer Weise zu verwerten¹³³. Die *sozialversicherungsrechtlichen Zumutbarkeitsregeln* können jedoch im Haftungsrecht nicht angewendet werden, da die *invalidenversicherungs- und die haftpflichtrechtlich relevante Hausarbeitsunfähigkeit* nicht identisch sind:

¹³⁰ Weiterführend LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, S. 217 ff., 243 f.

¹³¹ Gl. M. SCHAETZLE MARC in: HAVE 2004, S. 113.

¹³² Vgl. so z. B. Urteil BGer vom 23.12.2003 [4C.252/2003] = HAVE 2004, S. 112 (Bemerkungen von MARC SCHAETZLE) E. 2.2, wo ein um 8% höheres Invalideneinkommen angenommen wurde.

¹³³ Siehe z. B. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, S. 215 E. 2.3.3 zur hauswirtschaftlichen Hilfsmittelversorgung.

- In der Invalidenversicherung kommt ausnahmslos die *konkrete Methode* zur Anwendung, beim Haushaltschaden ist demgegenüber auch die *statistische Methode* zulässig¹³⁴.
- Die IV holt in der Regel nur einen Abklärungsbericht, aber kein ärztliches Gutachten ein¹³⁵, während die Rechtsprechung beim Haushaltschaden primär auf eine ärztliche Schätzung der Hausarbeitsunfähigkeit abstellt¹³⁶.
- Liegt der Hausarbeitsunfähigkeitsgrad unter 40%, besteht in invalidenversicherungsrechtlicher Hinsicht keine Ersatzpflicht¹³⁷. Nach Art. 46 OR ist eine Ersatzpflicht für den Haushaltschaden auch bei einem Hausarbeitsunfähigkeitsgrad unter 40% anzunehmen. Eine Ersatzpflicht darf nur bei einer minimalen Hausarbeitsunfähigkeit verneint werden, die im Rahmen der Schadenminderung kompensiert werden kann¹³⁸.
- In der Invalidenversicherung wird die Beeinträchtigung der Leistungseinschränkung in Bezug auf den *Invalidenhaushalt* festgestellt und zudem von einem fixen Arbeitspensum pro Tag ausgegangen, was zur Folge hat, dass sich Haus- und Erwerbsarbeit gegenseitig kompensieren¹³⁹. Im Haftpflichtrecht ist die *Validenhausarbeitsunfähigkeit* massgeblich; Erwerbsausfall- und Haushaltschaden können zudem kumuliert werden¹⁴⁰.

¹³⁴ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 1018 ff. zu Art. 46 OR. Der Grund für die unabhängig von den konkreten Mehrkosten vorzunehmende abstrakte Schadensermittlung liegt darin, dass der Beizug einer aussenstehenden Person für Arbeiten im privaten Rahmen eines Haushalts nicht durchwegs als zumutbar erscheint und die Beeinträchtigung üblicherweise durch unentgeltlichen Mehraufwand, sei es durch die geschädigte Person selbst oder andere Mitglieder der Familie bzw. des Haushalts, ausgeglichen wird (siehe BGE 127 III 403 E. 4b).

¹³⁵ Vgl. Ziff. 3093 ff. KSIH.

¹³⁶ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 951 zu Art. 46 OR.

¹³⁷ Vgl. Urteil OGer ZH vom 06.04.1998 (U/O/LB 960061) = SG 1998 Nr. 32 = ZR 1999 Nr. 4 E. II/4.2.1/b.

¹³⁸ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 1181 f. zu Art. 46 OR.

¹³⁹ Vgl. BGE 130 V 97 E. 3.4 und 125 V 146 E. 4 = AJP 2000, S. 213 (Bemerkungen von HANS-JAKOB MOSIMANN) sowie Urteile EVG vom 22.02.2001 (I 511/00) E. 3d und vom 04.07.2000 (I 294/999 E. 2b).

¹⁴⁰ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 1271 ff.

Im Gegensatz zur Resterwerbs- ist eine *Resthausarbeitsfähigkeit* von 20% und weniger verwertbar¹⁴¹. Bei einem Hausarbeitsunfähigkeitsgrad über 80% kann deshalb nicht ein 100%-iger Haushaltschaden zugesprochen werden¹⁴².

4. *Überdurchschnittliche Anstrengungen*

Verhindert der Geschädigte einen Schaden durch *überdurchschnittliche Anstrengungen*, stellt sich die Frage, ob die über die objektive Zumutbarkeitsgrenze hinaus erbrachte Leistung bzw. *Schadeneinsparung* leistungserhöhend anzurechnen ist. Lehre und Rechtsprechung bejahen die *Ersatzfähigkeit des eingesparten bzw. normativen Personenschadens*¹⁴³. Die sozialversicherungsrechtliche Praxis ist demgegenüber strenger¹⁴⁴. Keine aussergewöhnliche Anstrengung liegt vor, wenn der Geschädigte – mit Akontozahlungen des Haftpflichtversicherers – ein Unternehmen aufgebaut hat, dessen Gewinn höher ist als das erzielbare Valideneinkommen¹⁴⁵.

C. *Bemessungsrelevantes Verhalten*

Von der *Schadenberechnung*¹⁴⁶ ist die *Schadenersatzbemessung*¹⁴⁷ zu unterscheiden. Steht die Höhe des aufgelaufenen bzw. zukünftigen Schadens fest, hat der Richter nach Massgabe von Art. 43 und 44 OR zu ent-

¹⁴¹ Vgl. Urteil KGer VS vom 14.10.1992 i. S. M. c. X = ZWR 1992, S. 370 E. 6c.

¹⁴² Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, S. 50 (Bemerkungen von VOLKER PRIBNOW) E. 4.2.2.2 (88%-ige Hausarbeitsunfähigkeit bei Schädel-Hirn-Trauma und bleibender Funktionseinbusse).

¹⁴³ Statt vieler BREHM, BE-K, N 39 und 74 zu Art. 46 OR und Urteil BGer vom 13.07.2000 (4C.278/1999) E. 3c, wo der Geschädigte als «Lutteur» bezeichnet und trotz 100%-iger Erwerbstätigkeit ein Lohnausfall *ex aequo et bono* in Höhe von 30% anerkannt wurde.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 117 V 8 E. 2c/aa und Urteil EVG vom 19.08.2004 (U 339/03) E. 3.3.

¹⁴⁵ Vgl. BREHM, BE-K, N 77 zu Art. 46 OR.

¹⁴⁶ Siehe Art. 42 OR.

¹⁴⁷ Siehe Art. 43 f. OR.

scheiden, ob der Ersatzpflichtige den gesamten Schaden zu ersetzen hat. Beim Bemessungsvorgang sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen¹⁴⁸.

Der Ersatzpflichtige muss den gesamten Schaden dann nicht ersetzen, wenn Umstände, die der Geschädigte zu vertreten hat, wie z. B. eine Einwilligung in eine rechtswidrige Schädigung durch Dritte¹⁴⁹, eine konstitutionelle Prädisposition¹⁵⁰ oder eine Gefälligkeitshandlung des Haftpflichtigen für den Geschädigten¹⁵¹, den Schaden mitverursacht haben, oder beim Haftpflichtigen, der leichtfahrlässig gehandelt hat, eine Notlage vorliegt¹⁵².

Besteht beim Geschädigten eine Armut ist dem Haftpflichtigen, unabhängig davon ob er Versicherungsschutz genießt, der Ersatz des gesamten Schadens, für den er verantwortlich ist, zumutbar¹⁵³.

D. Prozessuales Verhalten

1. Schützenswertes Restitutionsinteresse

Dem Geschädigten stehen zur Geltendmachung seines materiellen Schadenersatzanspruchs entweder die *Feststellungs-* oder die *Leistungsklage* zur Verfügung, wobei er auch eine *Teilleistungsklage* erheben und nur einen Teil des Gesamtschadens oder eines bestimmten Schadenspostens vor Gericht fordern kann¹⁵⁴.

Das *Restitutionsinteresse des Geschädigten* wird allerdings praxismässig eingeschränkt. Die *positive Feststellungsklage* ist subsidiär zur Leistungs-

¹⁴⁸ Vgl. Art. 43 Abs. 1 OR.

¹⁴⁹ Z. B. im Zusammenhang mit dem «Tolerieren» unzüchtiger Handlungen (Urteil BGer vom 26.04.2005 [5C.61/2004] E. 6.1).

¹⁵⁰ Statt vieler BGE 113 II 86 E. 3.

¹⁵¹ Vgl. BGE 127 III 446 E. 4b, 116 II 695 E. 4 und 101 II 133 = Pra 1975 Nr. 98 E. und 7.

¹⁵² Statt vieler BGE 129 III 181 E. 4.3, 113 II 323 E. 1c, 111 Ib 192 E. 5b und 104 II 184 E. 3a sowie Urteil BGer vom 01.11.2005 (4C.62/2005) = Pra 2006 Nr. 93 E. 4.

¹⁵³ Vgl. Urteil BGer vom 01.11.2005 (4C.62/2005) E. 4.3.

¹⁵⁴ Siehe ferner Art. 46 Abs. 2 OR zur Nachklagemöglichkeit.

klage und u. a. nur dann zulässig, wenn die *Ungewissheit der Rechtsbeziehungen* zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und die Fortdauer der Ungewissheit für den Kläger *unzumutbar* ist, weil für längere Zeit nicht auf Leistung oder jedenfalls nicht auf vollen Schaden klagen kann¹⁵⁵. In der Regel ist dem Geschädigten zumutbar, sowohl den *bereits eingetretenen Schaden* als auch den *zukünftigen Schaden* mit einer Leistungsklage geltend zu machen¹⁵⁶.

Das *Abwehrinteresse des Haftpflichtigen* wird ebenfalls nicht umfassend geschützt. Der Haftpflichtige bzw. dessen Haftpflichtversicherer kann eine *negative Feststellungs(wider)klage* erheben, um sich gegen behauptete Haftungsansprüche zu wehren. Bei der Beurteilung, ob ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungswiderklage besteht, sind das Interesse des Geschädigten, nicht den gesamten Schaden einklagen zu müssen, und das Interesse des präsumptiv Haftpflichtigen, nicht mehreren Prozessen ausgesetzt zu sein, gegeneinander abzuwägen. Dabei sind die wirtschaftliche Stärke der Partei und die Besonderheiten des Personenschadenersatzprozesses zu berücksichtigen¹⁵⁷.

2. Substantiierungs- und Beweisobliegenheiten

Der Geschädigte hat den von ihm geltend gemachten Schaden in tatsächlicher Hinsicht substantiiert zu behaupten und zu beweisen¹⁵⁸. Die *Substantiierungs- und Beweisobliegenheit*¹⁵⁹ betrifft einerseits den *Eintritt eines Schadens* und andererseits die *Schadenshöhe*. Scheitert der erste Teilbeweis, erhält der Geschädigte überhaupt keinen Schadenersatz zugesprochen, misslingt der zweite Teilbeweis mit Bezug auf einzelne Schadensposten, heisst das Gericht die Schadenersatzklage im Umfang des nachgewiesenen Schadens gut.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 123 III 49 E. 1a und 120 II 20 E. 3a sowie ferner Urteil BGer vom 03.07.2003 (2C.1/2001) E. 4.3.

¹⁵⁶ Vgl. Urteil BGer vom 03.07.2003 (2C.1/2001) E. 4.3.

¹⁵⁷ Vgl. Urteile BGer vom 01.03.1999 = HAVE 2002, S. 132 (Bemerkungen von MARKUS SCHMID) und OGer BL vom 13.10.1998 = HAVE 2002, S. 132/133 (Bemerkungen von MARKUS SCHMID).

¹⁵⁸ Vgl. Art. 42 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 8 ZGB.

¹⁵⁹ Zur Begründungsobliegenheit von Rechtsmitteln siehe z. B. Urteil BGer vom 04.12.2003 (4C.385/2002) E. 2.3.

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR kann das Gericht bei einer *Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe*¹⁶⁰ auf eine Schadensschätzung abstellen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden in der behaupteten Grössenordnung eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Der Eintritt des Schadens im behaupteten Umfang darf nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern muss als annähernd sicher erscheinen¹⁶¹. Da der Schaden konkret zu bemessen ist, bedarf es auch für die Schätzung konkreter und bewiesener tatsächlicher Grundlagen, die nur insoweit durch Annahmen aufgrund allgemeiner Erfahrungswerte ersetzt werden können, als konkrete Feststellungen unmöglich oder unzumutbar sind¹⁶².

Der Geschädigte ist deshalb auch bei Art. 42 Abs. 2 OR nicht gänzlich von seiner Substantiierungs- und Beweisobligenheit entbunden. Er hat alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, *soweit möglich und zumutbar* zu behaupten und zu beweisen¹⁶³. Der Nachweis von Selbstbehalten und Franchisen ist z. B. immer möglich und zumutbar¹⁶⁴. Dasselbe trifft für den Wertverlust und die Automietkosten in Zusammenhang mit einem Autoschaden zu¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Art. 42 Abs. 2 OR ist auch anwendbar, wenn der Vollbeweis der Existenz eines Schadens nicht möglich ist (vgl. Urteil BGer 31.01.2000 [4C.340/1999] E. 4a).

¹⁶¹ Vgl. BGE 122 III 219 E. 3a.

¹⁶² Vgl. Urteil BGer vom 15.01.2002 (4C.215/2001) E. 4a.

¹⁶³ Statt vieler BGE 122 III 219 E. 3a sowie ferner Urteile BGer vom 31.10.2007 (4A_273/2007) E. 3 und vom 18.03.2004 (4C.317/2003) E. 3.1.

¹⁶⁴ Vgl. Urteil BGer vom 02.06.2004 (1P.57/2004) E. 6.

¹⁶⁵ Vgl. Urteil BGer vom 09.01.2007 (4C.350/2006) E. 2.3.2.

IV. Haftungsrechtliche Schadenminderungspflicht

A. Rechtsnatur der Schadenminderungspflicht

1. Schadenminderung als Obliegenheit

Der Grundsatz der Schadenminderung stellt einen *allgemein anwendbaren Grundsatz des Schadensausgleichsrechts* dar¹⁶⁶. Er gilt nicht nur im Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht¹⁶⁷, sondern auch und vor allem im Haftungs-¹⁶⁸ bzw. Personenschadenersatzrecht¹⁶⁹. Er ist einerseits Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben¹⁷⁰, gilt andererseits kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift¹⁷¹.

Die «Schadenminderungspflicht» ist *keine Rechtspflicht*, sondern eine *Obliegenheit*¹⁷². Obliegenheiten sind im Gegensatz zu Rechtspflichten nicht erzwingbar, sondern führen zu Rechtsnachteilen bei demjenigen, der die Obliegenheit nicht erfüllt. Zudem entsteht als Folge der Nichtbeachtung einer Obliegenheit bei Mitbetroffenen kein subjektives Recht. Die Verletzung von eigentlichen Rechtspflichten begründet demgegenüber eine Haftung für den Schaden Mitbetroffener¹⁷³.

¹⁶⁶ Statt vieler BGE 117 V 394 E. 4b und 114 V 56 E. 3d.

¹⁶⁷ Vgl. BGE 128 III 34 E. 3b.

¹⁶⁸ Weiterführend z. B. GEHRER LEO R., Von der Schadenminderungspflicht, *Collezione Assista*, Genf 1998, S. 156 ff., PICHONNAZ PASCAL, *Le devoir du lésé de diminuer son dommage, Fixation de l'indemnité*, Bern 2004, S. 109 ff., und WEBER STEPHAN, *Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur*, in: *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999*, St. Gallen 1999, S. 133 ff.

¹⁶⁹ Vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5 und Urteil BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.1.

¹⁷⁰ Vgl. BGE 115 II 451 E. 3 und 32 II 264 E. 5.

¹⁷¹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 61 VVG sowie Art. 44 Abs. 1 OR.

¹⁷² Statt vieler BGE 127 III 357 E. 4 und Urteil BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.2.

¹⁷³ Siehe z. B. BGE 121 V 28 E. 2.

2. Ersatzpflicht für Schadenminderungskosten

Ergreift der Geschädigte nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses die ihm obliegenden Schadenminderungsmassnahmen, sind ihm die dadurch entstehenden Kosten vom Haftpflichtigen¹⁷⁴ zu ersetzen. Darunter fallen z. B. *Hilfsmittelkosten*, die in Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit anfallen, und *Kosten einer notwendigen Umschulung* bzw. eines verletzungsbedingten Berufswechsels¹⁷⁵.

Nicht ersatzfähig sind die sog. *Vorsorgekosten*. Darunter werden die Kosten verstanden, die anfallen, weil der Geschädigte zwecks Vermeidung von zukünftigen möglichen Schäden Überwachungs- bzw. Sicherungsmassnahmen ergriffen hat. Solche Kosten sind nicht ersatzfähig, weil sie einerseits freiwillig vor Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses getätigt wurden und andererseits nicht spezifisch der Verhinderung des jeweiligen Schadenfalls dienen¹⁷⁶.

3. Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht

Wird die Schadenminderungspflicht verletzt, steht dem Ersatzpflichtigen ein *Schadenersatzverweigerungsrecht* zu, sofern und soweit die Selbstschädigung bzw. die unterlassene Schadenminderung zu einer Vergrösserung des Schadens beigetragen hat¹⁷⁷. Zu ersetzen ist der Schaden, der sowieso bzw. auch bei Erfüllung der Obliegenheit zur Schadensminderung eingetreten wäre¹⁷⁸.

Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass der durch die Missachtung der Schadenminderungsobliegenheit verursachte *Mehrschaden* dem haf-

¹⁷⁴ Der Sozialversicherer ist für Schadenminderungskosten nicht ersatzpflichtig (siehe aber Art. 45 Abs. 1 ATSG und ZAK 1965, S. 507); der Privatversicherer hat die sog. Rettungskosten zu tragen (vgl. Art. 70 VVG).

¹⁷⁵ Vgl. BGE 66 II 226/230; ferner Urteil VerwGer LU vom 26.11.2001 (A 01 202) = LGVE 2001 II Nr. 23 E. 4.

¹⁷⁶ Vgl. Urteil KGer VS vom 10.02.2004 i. S. X c. Y = RVJ 2004, S. 156 E. 7.

¹⁷⁷ Siehe Art. 44 Abs. 1 OR sowie ferner Urteile BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2 f. und 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. 1.4.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil BGer vom 17.01.2007 (4C.263/2006) E. 3.2.

tungsbegründenden Ereignis nicht zurechenbar ist. Strenggenommen besteht deshalb keine Schadenersatzverweigerungseinrede – eine solche würde eine Haftung voraussetzen –, sondern eine Schadenersatzverweigerungseinwendung des Geschädigten. Besteht *a priori* keine Haftung für den Mehrschaden, steht dem Geschädigten auch *kein Quotenvorrecht* zu¹⁷⁹. Entsprechend hat der Geschädigte zu beweisen, dass er seinen Schadenminderungsobliegenheiten nachgekommen ist.

Art. 44 Abs. 1 OR sieht eine *fakultative Schadenersatzreduktion bzw. -verweigerung* vor, wenn der Geschädigte bei der Entstehung oder der Vergrößerung des Schadens mitgewirkt hat. Der Haftpflichtige hat zudem für *konkurrierende Schadenmitursachen* einzustehen. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs erfolgt nur dann, wenn ein grobes Selbst- oder Drittverschulden vorliegt¹⁸⁰. Vor diesem Hintergrund und der sozialversicherungsrechtlichen Regelung¹⁸¹ ist es nicht nachvollziehbar, warum die freiwillige Selbstschädigung und die unterlassene Schadenminderung nicht unter Art. 44 OR subsumiert werden sollen¹⁸².

Das Bundesgericht ist denn auch in seiner älteren bzw. vier Monate früher (noch) ergangenen Rechtsprechung von der Anwendbarkeit von Art. 44 Abs. 1 OR ausgegangen und hat zudem erwogen, dass «es sich bei der Verletzung der Schadenminderungspflicht um eine den Schaden oder die

¹⁷⁹ Vgl. Urteil BGer vom 17.01.2007 (4C.263/2006) E. 3.2.

¹⁸⁰ Eine vom Geschädigten bzw. von einem von ihm zu verantwortenden Dritten gesetzte Ursache unterbricht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der vom Schädiger gesetzten Ursache und dem Schaden nur, wenn sie einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint. Dies ist der Fall, wenn die vom Geschädigten zu vertretenden Schadenursachen derart intensiv sind, dass sie die vom Haftpflichtigen zu vertretenden Schadenursachen gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt (vgl. BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 = SG 1997 Nr. 42 = RDAF 1998 I 678 [Bemerkungen von CATHERINE BENANI et. al.] = BR 1998, 45 [Bemerkungen von CHRISTINE CHAPPUIS-WENGER] E. 5, 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 4b und 116 II 422 = Pra 1991 Nr. 15 E. 3.

¹⁸¹ Vgl. Art. 21 ATSG.

¹⁸² Weiterführend WEBER, STEPHAN, Reduktion von Schadenersatzleistungen, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich, S. 111 ff.

Ersatzbemessung reduzierende Einrede handelt» und «die entsprechenden Tatsachen vom Ersatzpflichtigen in den Prozess einzubringen» sind¹⁸³.

B. Schadenminderungspflichtige Personen

1. Geschädigter

Adressat der Schadenminderungsobliegenheit ist der *Geschädigte* bzw. der *Versicherte*.

2. Dritte

Dritte sind mitwirkungs-, nicht aber schadenminderungspflichtig. Mitwirkungspflichten bestehen etwa für anerkannte *Leistungserbringer*¹⁸⁴ und *Arbeitgeber*¹⁸⁵ des Verletzten. Die beteiligten *Behörden* sind im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit ebenfalls auskunftspflichtig¹⁸⁶.

Von der Mitwirkungspflicht zu unterscheiden ist die Schadenminderungspflicht. *Arbeitgeber* und *Arbeitskollegen* des Versicherten ist die *Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen* – über die gesetzliche bzw. vertragliche Lohnfortzahlungspflicht hinaus – nicht zumutbar, sofern deren Beizug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat¹⁸⁷.

¹⁸³ Vgl. Urteil BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.3.

¹⁸⁴ Der behandelnde Arzt ist zur Unfallmeldung verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und hat in geeigneter Form abzurechnen (Art. 59 KVV und Art. 69a UVV).

¹⁸⁵ Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision soll die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt werden. Nach Art. 7c IVG-Entwurf soll der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeiten und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirken.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 32 ATSG und Art. 54 UVV.

¹⁸⁷ Vgl. Urteil EVG vom 27.08.2004 (I 3/04) = SVR 2006 IV Nr. 25 E. 3.1 f. (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber Urteil EVG vom 06.01.2004 (U 107/03) E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

3. Angehörige

a. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht?

Angehörige von getöteten und schwer verletzten Personen sind *schadenersatz- und genugtuungsberechtigt*¹⁸⁸. Die Rechtsprechung anerkennt zudem die Ersatzfähigkeit des normativen Angehörigenschadens. Die *eingesparten Lohnkosten einer Ersatzkraft* können z. B. bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltschaden)¹⁸⁹ oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)¹⁹⁰ beansprucht werden, wenn Angehörige an Stelle bezahlter Hilfspersonen unentgeltlich die erforderlichen Dienstleistungen erbringen.

Die *Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens* impliziert an sich die Verneinung einer Schadenminderungspflicht von Angehörigen. Ein Teil der haftpflichtrechtlichen Lehre bejaht – nicht zuletzt unter Hinweis auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung¹⁹¹ – gleichwohl eine Schadenminderungspflicht der Angehörigen¹⁹². Eine über die Ohnehinleistungen¹⁹³ hinaus gehende Mehrleistungs- bzw. Schadenausgleichspflicht würde jedoch darauf hinauslaufen, dass der Geschädigte einen Teil des Schadens selbst tragen müsste¹⁹⁴, wenn er Angehörige hat, ohne dass diese haftpflichtig sind.

Da Angehörige aus verschiedenen Gründen wegfallen können und nicht jeder Geschädigte Angehörige hat, diskriminiert die vorerwähnte Lehrmeinung den Geschädigten und privilegiert den Haftpflichtigen ungerechtfertigt. Dass Angehörige im Zusammenhang mit der verletzungsbedingt mitunter erforderlichen Umorganisation des Haushalts gewisse

¹⁸⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR.

¹⁸⁹ Vgl. z. B. BGE 127 III 403 E. 4.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

¹⁹¹ Dazu sogleich nachfolgend.

¹⁹² So z. B. HERZOG-ZWITTER IRIS, Haushaltschaden, normativer Schadenbegriff und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadenminderung im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2005, S. 275 ff., und PERGOLIS MASSIMO/BRUNNER CORNELIA DÜRR, Ungereimtheiten beim Haushaltschaden, in: HAVE 2005, S. 202 ff., 210.

¹⁹³ Siehe dazu LANDOLT, ZH-K, N 313 ff. und 1187 ff. zu Art. 46 OR.

¹⁹⁴ Siehe HUBER JEAN BAPTISTE, Schadenminderungspflicht und Haushaltschaden, in: HAVE 2005, S. 375 ff.

Nachteile zu tragen haben¹⁹⁵, bedeutet nicht, dass sie verpflichtet sind, den Schaden ihres Familienmitglieds zu tragen und vermehrt im Haushalt mitzuarbeiten. Aus der Beistandspflicht kann deshalb *keine Schadenminderungs- bzw. Schadenselbsttragungspflicht der Angehörigen des Verletzten* abgeleitet werden. Angehörige können nur auf dem Regressweg belangt werden, wenn sie mithafteten.

Diese Schlussfolgerung gilt auch und vor allem für *Ehegatten und Eltern*. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht bei einer unentgeltlich ihren Ehemann pflegenden Ehefrau festgestellt, dass der Haftpflichtige die familiäre Beistandspflicht nicht als Schadenreduktionsgrund ins Feld führen könne¹⁹⁶. Die seitherige Rechtsprechung hat an der uneingeschränkten *Ersatzfähigkeit von Betreuungs- und Pflegeleistungen im innerehelichen Verhältnis* festgehalten¹⁹⁷. Eine ebenfalls uneingeschränkte Ersatzpflicht für den Angehörigenpflegeschieden gilt auch im *Verhältnis zwischen Eltern und (erwachsenen) Kindern*¹⁹⁸.

Der Berner Appellationshof entlastet demgegenüber den Haftpflichtigen zu Lasten der beistandsverpflichteten Eltern unter Hinweis auf Art. 276 ZGB und geht von der grundsätzlichen Nichtersatzfähigkeit des unfallbedingten Betreuungs- und Haushaltsmehraufwands aus, soweit dieser nicht unbedingt notwendig bzw. nicht übermässig ist¹⁹⁹. Dieser Auffassung

¹⁹⁵ Vgl. BGE 131 II 656 E. 8.2.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

¹⁹⁷ Vgl. z. B. Urteile BezGer Affoltern vom 23.11.1994 i. S. Altstadt Versicherungen E. 7.1 und ferner OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) E. 8 (Konkubinatspartner, der seine 50%-Teilzeitstelle aufgeben hat, um den Geschädigten zu betreuen, und diesen hernach heiratet).

¹⁹⁸ Vgl. BGE 108 II 422 = Pra 1983 Nr. 30, 97 II 259 E. 3 und 33 II 594 E. 4 sowie Urteile BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 2002/5, S. 57 = HAVE 2002, S. 276 = ZBJV 2003, S. 394 (Bemerkungen von HARDY LANDOLT) und vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489.

¹⁹⁹ Vgl. Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002, S. 831 E. 6 und 9. «Von den Eltern (darf) für eine gewisse Zeit sogar ein ganz erheblicher zusätzlicher Betreuungsaufwand verlangt werden»; entsprechend sind Umdispositionen als Folge eines früheren Aufstehens des Kindes, der erhöhte Zeitaufwand wegen vermehrter Aufmerksamkeit sowie der Mehraufwand für Toilette und Anziehen nicht ersatzpflichtig» (Urteil Appellationshof BE vom 13.02.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002, S. 831 und 2003, S. 394 E. 9).

kann nur insoweit zugestimmt werden, als *ohnehin* erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen der Eltern nicht ersatzfähig sind.

b. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht

Die *Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens* ist keine Eigenheit des Haftpflichtrechts, sondern ein «Institut» des Schadenausgleichsrechts. Das *Sozialversicherungsrecht* anerkennt die Ersatzwürdigkeit des Angehörigenschadens ebenfalls in vielfältiger Weise. Der Versicherte erhält einerseits Versicherungsleistungen, obwohl Angehörige die fragliche Dienstleistung erbringen²⁰⁰; so ist z. B. die von der Schwester geleistete Dritthilfe bei der Hilflosenentschädigung zu berücksichtigen²⁰¹.

Andererseits werden Versicherungsleistungen gewährt, deren Zweck darin besteht, finanzielle Nachteile der Angehörigen zu kompensieren. Zu diesen letzteren «*Angehörigenversicherungsleistungen*» zählen z. B. Zusatzrenten für den Ehegatten und Kinder²⁰² oder Entschädigungen für Hauspflegeleistungen, die Angehörige erbringen²⁰³. Ausnahmsweise sind die Angehörigen selbst anspruchsberechtigt. So werden ihnen Betreuungs- und Erziehungsgutschriften²⁰⁴ angerechnet oder Hinterlassenenrenten²⁰⁵ ausgerichtet.

Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht indiziert die Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens im sozialversicherungsrechtlichen Kontext aber nicht zwingend die Verneinung einer Schadenminderungspflicht von Angehörigen. Die *Schadenausgleichsleistungen der Angehörigen* sind nämlich *neutrale Ersatzleistungen*, weil Angehörige nicht haft-, sondern im Rahmen der Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht von Gesetzes wegen leistungspflichtig sind. Angehörige entsprechen insoweit Arbeitge-

²⁰⁰ Vgl. z. B. Art. 18 Abs. 2 UVV. In der Krankversicherung besteht für Angehörigendienstleistungen gestützt auf die Austauschbefugnis keine Leistungspflicht, wenn der Angehörige nicht zugelassener Leistungserbringer ist (BGE 126 V 330 ff.).

²⁰¹ Vgl. z. B. Urteil BGer vom 10.09.2007 (I 473/06) E. 8.2.

²⁰² Vgl. z. B. Art. 22^{bis} f. AHVG.

²⁰³ Vgl. z. B. Art. 18 UVV und Art. 13b ELKV.

²⁰⁴ Siehe Art. 29^{sexies} f. AHVG.

²⁰⁵ Vgl. z. B. Art. 23 ff. AHVG und Art. 28 ff. UVG.

bern und Sozialversicherern, die ebenfalls nicht haftpflichtig, wohl aber aus Vertrag oder Gesetz schadensausgleichspflichtig sind. Entsprechend können Arbeitgeber²⁰⁶ und Sozialversicherer²⁰⁷ auf den Haftpflichtigen regressieren, was im Ergebnis auch für Angehörige zutrifft, die aber nicht regress-, sondern wie erwähnt Schadenersatz- bzw. genugtuungsberechtigt sind.

Im Verhältnis zu den Sozialversicherern befinden sich die Angehörigen – wie die Arbeitgeber – auf derselben Stufe und fragt es sich, welcher der neutralen Ersatzpflichtigen im internen Verhältnis den Schaden zu tragen hat. Für *neutrale Ersatzpflichtige* fehlt eine gesetzliche Regelung in Bezug auf den *internen Regress*²⁰⁸. Ob und inwieweit *Haftpflichtige* untereinander Rückgriff nehmen können, wenn einer vom Geschädigten in Anspruch genommen wird, beurteilt sich nach *richterlichem Ermessen*²⁰⁹. In analoger Anwendung wäre auch für neutrale Ersatzpflichtige ein Regressrecht nach richterlichem Ermessen angezeigt.

Das Sozialversicherungsrecht privilegiert die Angehörigen jedoch nicht nur bei der Leistungsordnung, indem es für den Angehörigenschaden Versicherungsleistungen vorsieht, sondern auch im Zusammenhang mit einer Leistungskürzung²¹⁰. Mitunter ordnet der Gesetzgeber die *Nichtanrechenbarkeit der Verwandtenunterstützung* bzw. die prioritäre Leistungspflicht des Sozialversicherers explizit an²¹¹. *Soziallöhne*²¹², die von Angehörigen bezahlt werden, werden ebenfalls nicht leistungsmindernd angerechnet²¹³.

²⁰⁶ Vgl. BGE 126 III 521 E. 2a und b.

²⁰⁷ Vgl. Art. 72 ff. ATSG.

²⁰⁸ Art. 72 ff. ATSG regeln nur den Regress gegenüber Haftpflichtigen, nicht aber die Verteilung des Schadens im Verhältnis zu anderen neutralen Ersatzpflichtigen.

²⁰⁹ Vgl. Art. 50 Abs. 2 OR.

²¹⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 2 und 5 ATSG.

²¹¹ Vgl. Art. 3c Abs. 2 lit. a ELG.

²¹² Zum Begriff des Soziallohns siehe z. B. BGE 117 V 8 E. 2c/aa.

²¹³ Vgl. Art. 15 Abs. 2 ELV. Als Indiz für eine freiwillige Sozialleistung fallen insbesondere verwandtschaftliche Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherten oder eine lange Dauer des Arbeitsverhältnisses in Betracht (SUVA-Jahresbericht 1986, S. 9).

Familienrechtliche Unterhaltsbeiträge sind aber – zumindest bei den Ergänzungsleistungen – als Einkommen anrechenbar²¹⁴.

In Anbetracht dieser Wertungswidersprüche bzw. *widersprüchlichen intersystemischen Koordinationsnormen* ist deshalb nicht klar, ob und inwieweit Angehörige in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht schadenminderungspflichtig sind. Die *mehrheitliche Privilegierung der Angehörigen* des Versicherten legt es nahe, von der *prioritären Leistungspflicht des Sozialversicherers* auszugehen und einen internen Regress bzw. eine Schadenminderungspflicht zu verneinen.

Im Rahmen der Einkommensvergleichsmethode wird bei Unselbstständigerwerbenden dem Versicherten denn auch kein zusätzliches «Angehörigeneinkommen» angerechnet, wenn der Geschädigte den Haushalt besorgt und dadurch Angehörige ermöglicht, einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können. Auch im Haftungsrecht erfolgt keine Vorteilsanrechnung, wenn der nicht mehr erwerbsfähige Geschädigte, der an Stelle einer Erwerbsarbeit den Haushalt teilweise führt, seiner Ehefrau die Möglichkeit eines Nebenerwerbseinkommens verschafft²¹⁵. Bei Selbstständigerwerbenden wird im Zusammenhang mit der ausserordentlichen Betätigungsvergleichsmethode ebenfalls das hypothetische Entgelt für im Betrieb mitarbeitende Angehörige invaliditätserhöhend berücksichtigt²¹⁶.

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betont demgegenüber bei der *Invaliditätsbemessung von im Haushalt tätig gewesenen Versicherten* und bei der *hauswirtschaftlichen Hilfsmittelversorgung*²¹⁷ die Irrelevanz des Umstands, dass der Versicherte die Hausarbeiten nur mühsam und mit höherem Zeitaufwand bewältigen kann. Das Bundesgericht fordert zudem eine *hauswirtschaftliche Unterstützung durch Familienangehörige*, welche weiter geht als im Gesundheitsfall, und kürzt die Versi-

²¹⁴ Vgl. Art. 3c Abs. 1 lit. h ELG.

²¹⁵ Vgl. BGE 110 II 455 = Pra 1985 Nr. 100 E. 3.

²¹⁶ Vgl. z. B. Urteile EVG vom 22.08.2003 (I 316/02) E. 1, vom 29.01.2003 (I 185/02) E. 3.3 und vom 28.02.2001 (I 71/99) E. 2c.

²¹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI 2003, S. 215 E. 2.3.3.

cherungsleistungen im Umfang der unterbliebenen bzw. zumutbaren Angehörigenmithilfe²¹⁸.

C. Schadenminderungsmassnahmen

1. Möglichkeit der Schadenminderungsmassnahme

Die Schadenminderungspflicht gilt nicht uneingeschränkt. Der Geschädigte muss zunächst die *Möglichkeit* besitzen, die fragliche Massnahme auszuüben. Dies ist u. a. nicht der Fall, wenn der Verletzte urteilsunfähig ist²¹⁹ und gegebenenfalls vom Haftpflichtigen Akontoleistungen in der Höhe der mutmasslichen Schadenminderungskosten erhalten hat.

2. Wirksamkeit und Notwendigkeit der Schadenminderungsmassnahme

Ist die Ausübung der fraglichen Schadenminderungsmassnahme möglich, sind nur wirksame, notwendige und zumutbare Massnahmen zulässig²²⁰. *Wirksamkeit* und *Notwendigkeit* einer Schadenminderungsmassnahme beurteilen sich einzelfallweise²²¹. Der Gesetzgeber verlangt mitunter eine qualifizierte Wirksamkeit. Eine Schadenminderungsmassnahme ist insbesondere im Sozialversicherungsrecht nur vorzunehmen, wenn sie eine «wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht»²²². Im haftungsrechtlichen Kontext sind u. u. auch geringfügigere Massnahmen zu ergreifen²²³.

²¹⁸ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie Urteile EVG vom 12.05.2005 (I 13/05) E. 2.5, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 18.05.2004 (I 457/02) E. 8 und vom 28.02.2003 (I 685/02) E. 3.2.

²¹⁹ Siehe z. B. BGE 129 V 95 ff. und ferner 120 V 352 sowie Urteile EVG vom 15.06.2005 (K 175/04) E. 1.4, vom 06.05.2002 (U 395/01) E. 1, vom 22.03.2002 (U 369/00) E. 1b und vom 14.02.2002 (U 276/01) E. 1b.

²²⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV.

²²¹ Siehe z. B. Urteil EVG vom 10.04.2006 (I 563/05) E. 3.

²²² Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

²²³ Dazu supra Ziffer III/B/3 und 4 zur Verwertung der Resterwerbs- und Resthausarbeitsfähigkeit.

3. Zumutbarkeit der Schadenminderungsmaßnahme

a. Allgemeines

Um den Schaden im Interesse des Haftpflichtigen zu mindern, muss der Geschädigte nur jene Massnahmen ergreifen, die ihm billigerweise zugemutet werden dürfen²²⁴. Als Massstab gilt das *Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage, der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte*²²⁵. Welche Anstrengungen vom Geschädigten verlangt werden können, ist in Würdigung sämtlicher Umstände zu beurteilen²²⁶, d. h. im Blick auf die Persönlichkeit des Verletzten, dessen berufliche Fähigkeiten und Handfertigkeiten, Anpassungsfähigkeit und Intelligenz sowie Alter und Bildungsgrad²²⁷.

b. Unterscheidung zwischen der haftungs- und der sozialversicherungsrechtlichen Zumutbarkeit

Die haftungsrechtliche Schadenminderungspflicht dient dem Interesse des Haftpflichtigen, nicht in unnötiger Weise zur Verantwortung gezogen zu werden. Dasselbe Interesse besteht zwar auch beim Sozial- bzw. Privatversicherer, trotzdem unterscheidet sich das *schützenswerte Interesse des Sozialversicherers und des Haftpflichtigen*.

Die *sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht* aktualisiert sich nur in Lebensbereichen, die Anspruchsvoraussetzungen von Pflichtleistungen betreffen. Der obligatorisch Versicherte soll gegen *wesentliche Lebensrisiken* abgesichert werden. Der Versicherte finanziert die Versicherungsleistungen mit Prämien bzw. Lohnbeiträgen mit. Der Zweck der sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht besteht so letztlich darin, eine *Überbeanspruchung des Prämienkollektivs* zu verhindern²²⁸.

²²⁴ Vgl. Urteil BGER vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4.

²²⁵ Vgl. Urteil BGER vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.2.

²²⁶ Vgl. Urteil BGER vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.2 und BGE 110 II 423 E. 2c/bb (n. p.)

²²⁷ Vgl. Urteil BGER vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4.

²²⁸ Vgl. BGE 113 V 22 E. 4d («öffentliches Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis»).

Der Haftpflichtige soll – im Gegensatz zu neutralen Ersatzpflichtigen – den *gesamten Schaden* tragen, den er verursacht hat. Eine volle Schadentragung ist vor allem dann geboten, wenn der Haftpflichtige aus Verschulden haftet, d. h. in vorwerfbarer Weise Schaden verursacht hat. Im *Anwendungsbereich der Verschuldens- und Kausalhaftung* ist die Schadenminderungsobliegenheit deshalb mit Zurückhaltung anzuwenden²²⁹. Bei der *Gefährdungshaftung* wird für ein zwar zulässiges, aber erhöhtes Schädigungsrisiko gehaftet; der Haftpflichtige soll insoweit für den Schaden ersatzpflichtig sein, der dem Schädigungsrisiko entspricht. Die Schadenminderungsobliegenheit ist deshalb risikobezogen zu konkretisieren.

In beiden Fällen kann nicht analog auf die weiter gehende bzw. *strengere sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht* abgestellt werden, da der Sozialversicherer von Gesetzes wegen ersatzpflichtig ist und zudem keine Schadenursache gesetzt hat. Mitunter verweist das Bundesgericht explizit auf die zur sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht ergangene Rechtsprechung²³⁰. Ein Verweis auf die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspraxis macht insoweit Sinn, als die haftungsrechtliche Zumutbarkeit in jedem Fall nicht weiter gehen darf als die sozialversicherungsrechtliche Zumutbarkeit.

c. Verbot von persönlichkeitsverletzenden Schadenminderungsmassnahmen

Unzumutbar sind grundrechtswidrige²³¹ bzw. *persönlichkeitsverletzende Schadenminderungsmassnahmen*. Persönlichkeitsrechte des Geschädigten

²²⁹ Nach BGE 60 II 226 bestimmt sich die Schadenminderungspflicht u. a. nach dem Verschuldensgrad des Haftpflichtigen. Zustimmend SCHMID MARKUS, Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht. Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, S. 13 ff.

²³⁰ Vgl. z. B. Urteil BGer vom 22.09.2006 (4C.177/2006) E. 2.2.3.

²³¹ Weiterführend MURER ERWIN, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: SZS 1995, S. 184 ff., DERSELBE, Die verfassungskonforme Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen und das «Giesskannenprinzip»: ein ungelöster Konflikt, in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, Basel 2000, S. 321 ff., und ferner SCHÜRER CHRISTIAN, Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: AJP 1997, S. 3 ff.

beeinträchtigungsfähige Massnahmen sind nur zulässig, wenn sie dessen Handlungsfähigkeit nicht unverhältnismässig einschränken²³² und zudem ein *überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Haftpflichtigen* besteht²³³. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind weder die *Abtreibung des ungeborenen Kindes* noch dessen *Freigabe zur Adoption* zumutbare Schadenminderungsmassnahmen²³⁴.

Das EVG hat im sozialversicherungsrechtlichen Kontext entschieden, dass die *Verweigerung von Umbaukosten des elterlichen Autos* für das versicherte Kind eine Altersdiskriminierung i. S. v. Art. 8 Abs. 2 BV darstellt²³⁵. Verfassungswidrig ist ferner die *Verweigerung von Reisekosten* für die stillende Mutter, wenn sie das versicherte Kind im Spital betreuen muss²³⁶ oder der faktische Zwang einer Wohnsitzverlegung²³⁷. Diese zu den Grundrechten ergangene Praxis ist im *Staatshaftungsrecht* unmittelbar anwendbar. Im *privatrechtlichen Haftungsrechtsrecht* demgegenüber gilt die Grundrechtsordnung nur indirekt²³⁸.

d. Breiter Ermessensspielraum

Dem Richter steht bei der Beurteilung der Zumutbarkeit bzw. bei der Festlegung des Ausmasses der Schadenminderung ein *breiter Ermessensspielraum* zu, der ihm erlaubt, im Einzelfall den beidseitigen Verantwortlichkeiten angemessen Rechnung zu tragen²³⁹. Das Bundesgericht überprüft derartige Ermessensentscheide zwar frei, aber mit Zurückhaltung²⁴⁰.

²³² Vgl. Art. 27 ZGB.

²³³ Vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB.

²³⁴ Vgl. BGE 132 III 359 E. 4.3. Dazu ferner BOMMER FELIX, *Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung? Zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung*, in: ZBJV 2001, S. 664 ff.

²³⁵ Vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/aa-cc.

²³⁶ Vgl. BGE 121 V 8 E. 6b und 118 V 206 E. 5b/c.

²³⁷ Vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d.

²³⁸ Vgl. Art. 35 Abs. 3 BV i. V. m. Art. 28 ZGB.

²³⁹ Vgl. BGE 127 III 453 E. 8c und 117 II 156 E. 3b.

²⁴⁰ Vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5.2.

V. Rechtsprechungsübersicht zu einzelnen Schadenminderungsmassnahmen

A. Anpassung und Angewöhnung

Durch zumutbare Anpassung und Angewöhnung kann bei einer geringfügigen Erwerbsunfähigkeit ein Lohnausfall in der Regel verhindert werden²⁴¹. Wird ein *paariges Organ* verletzt, ist keine Anpassung und Angewöhnung zu berücksichtigen²⁴². Die Rechtsprechung hält dafür, dass Kinder und Jugendliche über eine *grössere Angewöhnungs- und Anpassungsfähigkeit* als Erwachsene verfügen²⁴³, was ein höheres Invalideneinkommen ermöglicht bzw. eine weitgehende Kompensation des zukünftigen Lohnausfalls zur Folge hat²⁴⁴. Praxisgemäss wird bei Kindern von einer *Kompensation des Lohnausfalls im Umfang von 5% bis 15%* ausgegangen²⁴⁵.

B. Organisatorische Massnahmen

Eine Hausarbeitsunfähigkeit liegt nur vor, wenn der Geschädigte trotz der ihm zumutbaren organisatorischen Massnahmen während einer zumutbaren Normalarbeitszeit im Haushalt nicht mehr alle Arbeiten bewältigen kann und in *wesentlichem Umfang* auf Fremdhilfe angewiesen ist. Die zumutbaren Organisationsmassnahmen umfassen u. a. eine *zweckmässige*

²⁴¹ Vgl. BREHM, BE-K, N 78 ff. zu Art. 46 OR.

²⁴² Vgl. BGE 100 II 298 E. 4b, 81 II 159 E. 5, 70 II 136 E. 3 und 43 II 144; ähnlich Urteil Cour Civile FR vom 01.04.1980 = JdT 1982 I, S. 431 = FZR 1980, S. 16 E. a (Verlust einer Niere), ferner Urteil OGer ZH vom 21.02.1975 = SJZ 1975, S. 351 = ZR 1975 Nr. 25 E. 5 (Verlust eines Auges).

²⁴³ Vgl. BGE 95 II 255 E. 7c.

²⁴⁴ Vgl. Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4.

²⁴⁵ Vgl. BGE 100 II 298 E. 4b (Augenverlust; Reduktion von 5% bei einer bei 30%-iger Erwerbsunfähigkeit) 77 II 296 (Herabsetzung des Lohnausfalls um CHF 9 500.-), 72 II 198 (Fussamputation; Reduktion von 15% bei 40%-iger Erwerbsunfähigkeit) und 70 II 136 E. 3 (Verlust von drei Fingern der rechten Hand; dreijähriges Mädchen kann sich «dans une large mesure» an die Unfallfolgen anpassen).

*Arbeitsteilung und die Anschaffung von geeigneten Haushaltseinrichtungen und -geräten*²⁴⁶.

Die Rechtsprechung bejaht ferner die Zumutbarkeit einer *Verlagerung der Tätigkeitsbereiche*. Das Arbeitspensum, das der Geschädigte für eine Erwerbstätigkeit aufgewendet hätte, infolge einer vollständigen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit aber einspart, hat er für die Besorgung des Haushalts zu verwenden. Bei einer vollständigen erwerblichen Arbeitsunfähigkeit steht deshalb für die Besorgung des Haushalts der ganze Tag zur Verfügung²⁴⁷. Können die mutmasslich ausgeübten Haushaltarbeiten während dieser Zeit verrichtet werden, liegt keine Hausarbeitsunfähigkeit vor.

C. Medizinische Massnahmen

Der Versicherte hat sein funktionelles Leistungsvermögen durch geeignete medizinische Massnahmen, soweit möglich, zu erhalten oder wiederherzustellen²⁴⁸. Unzumutbar sind medizinische Massnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit des Versicherten darstellen²⁴⁹.

Die *Zumutbarkeit von Operationen und anderen Eingriffen in den Körper* wird bejaht, wenn es sich um einen erfahrungsgemäss unbedenklichen, nicht mit *Lebensgefahr* verbundenen Eingriff handelt, der mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit *völlige Heilung oder doch wesentliche Besserung des Leidens* und damit verbunden eine wesentliche Erhöhung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit erwarten lässt²⁵⁰. Sind sowohl die Todesfall- als auch die Gefahr für einen Gesundheitsschaden gering, liegt eine Unzumutbarkeit nur dann vor, wenn die an sich ungefährliche Mass-

²⁴⁶ Vgl. z. B. Urteile EVG vom 03.12.2002 (I 349/02) E. 6, vom 12.11.2001 (I 497/01) E. 3b/bb, vom 11.06.2001 (I 76/01) E. 3a und vom 15.09.1983 i. S. R. S. = ZAK 1984, S. 135 E. 5.

²⁴⁷ Vgl. Urteil EVG vom 22.02.2001 (I 511/00) E. 3d und vom 04.07.2000 (I 294/99) E. 2b. Siehe ferner Urteil EVG vom 08.11.1993 (I 407/92).

²⁴⁸ Vgl. Art. 7, 16 und 21 Abs. 4 ATSG.

²⁴⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV.

²⁵⁰ Vgl. BGE 105 V 176 E. 3, 81 II 512 E. 2a, 68 II 186 E. 2 und 57 II 61 E. 5 sowie Urteil EVG vom 01.03.2005 (U 287/03) E. 2 (Zumutbarkeit einer Arthrodesse des rechten Handgelenkes).

nahme zu einer *sichtbaren Entstellung* führen würde oder mit *übermässigen Schmerzen* verbunden wäre²⁵¹.

Ein bereits *geringfügiges Todesfallrisiko* begründet eine Unzumutbarkeit. Das EVG hat z. B. eine Operation mit einem Todesfallrisiko von 4% als unzumutbar erklärt²⁵². Die bundesgerichtliche Rechtsprechung auferlegt sich generell eine grosse Zurückhaltung und hat in der Mehrzahl der Fälle, in denen *operative Massnahmen* zu beurteilen waren, eine Unzumutbarkeit bejaht²⁵³. Als zumutbar befunden wurden lediglich eine Teilamputation des Zeigefingers²⁵⁴ und eine Arthrodesen²⁵⁵.

Massnahmen zu *Überwachungs-*²⁵⁶, *Abklärungs-*²⁵⁷, *Diagnose-*²⁵⁸, *Therapie-*²⁵⁹ oder *Behandlungszwecken*²⁶⁰, die nicht mit einem Eingriff in den Körper verbunden sind, gelten demgegenüber als zumutbar. Zumutbar

²⁵¹ Vgl. BGE 81 II 512 E. 2a.

²⁵² Vgl. BGE 105 V 176 E. 3 (Ersatz der Aortenklappe durch eine Prothese, die Öffnung der verengten Mitralklappe oder gar der Ersatz derselben und die eventuelle Implantation einer zusätzlichen Prothese wegen sekundärer Tricuspidalverletzung).

²⁵³ Vgl. BGE 105 V 176 E. 3 (Herzoperation), ZAK 1992, S. 126 (Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges), ZAK 1985, S. 327 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese) und EVGE 1965, 35 = ZAK 1965, S. 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat).

²⁵⁴ Vgl. SUVA-Jahresbericht 1961, S. 20 f.

²⁵⁵ Vgl. LGVE 1999 II 43 und Urteil EVG vom 15.6.1973 i. S. M. (Double-Arthrodesen links).

²⁵⁶ Vgl. BGE 128 III 34 E. 5c.

²⁵⁷ Vgl. BGE 125 V 401 E. 4b und Urteile BGER vom 22.12.2004 (4C.327/2004) E. 5 (psychiatrische Untersuchung) sowie EVG vom 23.03.1983 i. S. B. und vom 17.2.1976 i. S. St. E. 3 (Abklärungsaufenthalt in Appisberg).

²⁵⁸ Vgl. Urteile EVG vom 12.04.1956 i. S. K. und vom 09.02.1961 i. S. C. (Zumutbarkeit einer diagnostischen Lumbalpunktion) sowie vom 22.05.1936 i. S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).

²⁵⁹ Vgl. AHI-Praxis 1996, 196 (therapeutische Massnahmen) und EVGE 1945, 78 (Zumutbarkeit therapeutischer Massnahmen; Rehabilitationstraining).

²⁶⁰ Vgl. Urteile EVG vom 29.11.1983 i. S. B. (Zumutbarkeit einer ärztlichen Behandlung) und vom 02.07.1975 i. S. B. (Zumutbarkeit einer psychiatrischen Betreuung).

sind ferner *Massnahmen, die den Lifestyle einschränken*, so z. B. Massnahmen zur *Gewichtsreduktion*²⁶¹.

D. Wohnsitzwechsel

Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, einen *Wohnsitzwechsel* in ein Land mit tieferem Lohnniveau²⁶² bzw. in einen anderen Kanton²⁶³ vorzunehmen. Erfolgt der Wohnsitzwechsel als Folge des haftungsbegründeten Ereignisses ist deshalb der *normative Lohnausfallschaden*, der bei einem Wohnsitz in der Schweiz angefallen wäre, zu entschädigen²⁶⁴.

E. Berufswechsel

1. Allgemeines

Geschädigten ist sowohl die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als auch die Tätigkeit in einem anderen Beruf grundsätzlich zumutbar²⁶⁵. Die Zumutbarkeit eines Berufswechsels beurteilt sich einzelfallweise. Zu berücksichtigen sind die Schwere der Verletzung, die Persönlichkeit und das Alter des Geschädigten sowie seine schulische und berufliche Ausbildung, Berufserfahrung und Anpassungsmöglichkeiten²⁶⁶. Zu berücksichtigen ist auch das *wirtschaftliche Umfeld* in der jeweiligen Branche²⁶⁷.

Personen, die ehemals in *gehobener Stellung* tätig waren, ist eine Beschäftigung in einer gegenüber früher *offensichtlich untergeordneten Stellung*

²⁶¹ Vgl. BGE 102 V 73 E. 2a sowie Urteile EVG vom 20.06.2005 (I 553/04) E. 4, vom 17.09.2002 (I 714/01) E. 4.2, vom 19.07.2001 (I 70/01) E. 3, vom 29.01.2001 (K 171/00) E. 4 und vom 14.07.2000 (I 53/00) E. 4.

²⁶² Vgl. Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 1999/5, S. 58 = SJZ 1999, S. 58 und 479 = JdT 2001 I, S. 489 E. 2c.

²⁶³ Vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d.

²⁶⁴ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 613 f. zu Art. 46 OR.

²⁶⁵ Vgl. OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil. 4. A., Zürich § 6 N 131.

²⁶⁶ Vgl. Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4; ferner 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.

²⁶⁷ Vgl. BGE 89 II 222 E. 6.

unzumutbar²⁶⁸. Kinder sind unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderung grundsätzlich verpflichtet, einen ihrer Behinderung angepassten Beruf zu erlernen²⁶⁹.

2. Berufliche Eingliederung

Erfolgte eine berufliche Eingliederung bzw. Umschulung durch die IV, ist ein erneuter Berufswechsel nicht zumutbar. Unternimmt die IV keine beruflichen Eingliederungsmassnahmen, ist der Geschädigte auf Grund der Selbsteingliederungspflicht berechtigt bzw. verpflichtet, sich bestmöglich umzuschulen bzw. beruflich einzugliedern. Voraussetzung für eine Umschulung ist aber, dass der Geschädigte in der Lage ist, den neuen Beruf auszuüben. Bei einem Geschädigten, der ein Bein verloren hat, sind die Berufe eines Fräasers, Bohrers oder Drehers ungeeignet²⁷⁰.

3. Aufgabe einer unselbständigerwerbenden Tätigkeit

Eine Frühpensionierung und die Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit vor Eintritt des ordentlichen Pensionierungsalters verletzen die Schadenminderungspflicht nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Arbeitsplatz gefährdet und eine Arbeitslosigkeit überwiegend wahrscheinlich war²⁷¹. Die Frühpensionierung bei einer bloss 35%-igen Arbeitsunfähigkeit stellt bei einem über 60-jährigen Geschädigten eine ungenügende Verwertung der Resterwerbsfähigkeit dar²⁷².

²⁶⁸ Vgl. Urteil EVG vom 10.03.2003 (K 85/02) E. 4.2 und ZAK 1976, S. 279 E. 3b.

²⁶⁹ Vgl. z. B. BREHM, BE-K, N 126 zu Art. 46 OR.

²⁷⁰ Vgl. BGE 89 II 222 E. 6.

²⁷¹ 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.

²⁷² Vgl. Urteil BGer vom 24.01.2001 (4C.237/2000) E. 1b.

4. Aufgabe einer selbständigerwerbenden Tätigkeit

Bei Selbstständigerwerbenden ist zu prüfen, ob die Aufnahme einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit möglich und zumutbar ist²⁷³. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit massgeblich sind die Schwere der Verletzung, das wirtschaftliche Umfeld in der jeweiligen Branche und der Arbeitswille des Betroffenen²⁷⁴.

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 erscheint²⁷⁵.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels, auch von der selbstständigen in eine unselbstständige Tätigkeit, ist die sozialversicherungsrechtliche Gerichtspraxis sehr streng²⁷⁶. 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 den Geschädigten ist unerheblich²⁷⁷. Unmassgeblich ist insbesondere, ob sich der Versicherte mit dem Betrieb verbunden fühlt und welche Auswirkungen die Betriebsaufgabe für Dritte hat²⁷⁸.

Ein *fortgeschrittenes Alter* spricht nicht *a priori* gegen einen Berufswechsel. Ein *jugendliches Alter* des Geschädigten bzw. die zu erwartende lange

²⁷³ 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.

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ Vgl. Urteile BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4 sowie 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.

²⁷⁶ Vgl. Urteile EVG vom 18.05.2006 (I 640/05) E. 3.1 und vom 14.06.2005 (I 761/04) E. 2.3.

²⁷⁷ Vgl. BGE 109 V 25 E. 3c und Urteil EVG vom 05.12.2005 (I 241/05) E. 2.3.

²⁷⁸ Vgl. Urteil EVG vom 17.08.2004 (I 643/03) E. 3.3.2.

Aktivitätsdauer sowie die Umstände, dass der Geschädigte in einer angepassten unselbstständigen Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig ist und das Unternehmen *kein existenzsicherndes Einkommen* bietet, sprechen für die Zumutbarkeit eines Berufswechsels²⁷⁹. Bei *Landwirtschaftsbetrieben* ist ferner der Umstand zu berücksichtigen, ob das Land gepachtet ist²⁸⁰ bzw. ob es verpachtet werden kann²⁸¹.

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 sind²⁸². Keine Verletzung der Schadenminderungspflicht liegt vor, wenn die Aufnahme einer selbstständigerwerbenden Tätigkeit als Bäuerin zwar nicht optimal ist, die Geschädigte sich aber um den Haushalt und die Kinder kümmert²⁸³.

5. *Aufgabe der Hausarbeitstätigkeit*

Ist der hausarbeitsunfähige Geschädigte ausnahmsweise (in grösserem Masse) erwerbsfähig, ist wie bei mutmasslich erwerbstätig gewesenen Geschädigten zu prüfen, ob ein Berufswechsel bzw. die Aufgabe der Hausarbeitstätigkeit möglich und zumutbar ist²⁸⁴. Die Aufgabe der Hausarbeitstätigkeit ist in der Regel unzumutbar, insbesondere dann, wenn der Geschädigte Kinder betreut²⁸⁵.

²⁷⁹ Vgl. Urteil EVG vom 14.03.2005 (I 477/04) E. 3.2 und vom 10.11.2003 (I 116/03) E. 4.

²⁸⁰ Vgl. Urteil EVG vom 18.02.2002 (I 287/00) E. 3a.

²⁸¹ Vgl. Urteil EVG vom 17.08.2004 (I 643/03) E. 3.3.2.

²⁸² Vgl. Urteil EVG vom 18.05.2006 (I 640/05) E. 3.2 und vom 10.11.2003 (I 116/03) E. 3.3.

²⁸³ Vgl. Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 6.

²⁸⁴ Vgl. Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 4.

²⁸⁵ Vgl. Urteil BGer vom 26.06.2006 (4C.83/2006) E. 6.

F. 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 werden²⁸⁶. Vom Betriebsinhaber kann verlangt werden, dass er Geschäftsführung, Administration und Personalführung vollständig übernimmt²⁸⁷. Zumutbar ist ferner die *Anstellung von neuen Arbeitskräften*, welche die weggefallene Arbeitskraft des Geschädigten kompensieren²⁸⁸. Zumutbar sind ebenfalls *Entlastungsmassnahmen* wie z. B. Ruhe- und Liegepausen oder kalte Duschen etc.²⁸⁹.

Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, bereits «vom Krankenlager aus» Massnahmen anzuordnen²⁹⁰. Von einem «Freierwerbenden» kann auch nicht verlangt werden, «Rückstände durch vermehrten Einsatz, insbesondere durch Überstunden» aufzuholen²⁹¹. Eine derartige Pflicht würde den Grundsatz verletzen, dass «Überstunden oder Leistungen ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit in der Regel besonders und zudem nach erhöhten Ansätzen entschädigt werden»²⁹².

Kommt der Versicherte der *Pflicht zur zumutbaren Unternehmensumdisponierung* nach, kann von ihm die Aufnahme einer zusätzlichen Teilzeiterwerbstätigkeit nicht verlangt werden, auch wenn er seine Arbeitsfähig-

²⁸⁶ Vgl. BGE 98 II 34 E. 3.

²⁸⁷ 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).

²⁸⁸ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4c/aa, 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.

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ BGE 97 II 216 E. 2.

²⁹¹ BGE 97 II 216 E. 2.

²⁹² BGE 97 II 216 E. 2.

keit nicht voll ausschöpft²⁹³. Im Gegensatz zu Unselbstständigerwerbenden geht die neuere Rechtsprechung bei Selbstständigerwerbenden aber von der Verwertbarkeit einer Resterwerbsfähigkeit von 20% und weniger im Betrieb aus²⁹⁴.

²⁹³ Vgl. Urteil EVG vom 30.05.1989 i. S. N.

²⁹⁴ Vgl. Urteil AmtsGer LU vom 27.12.1996 i. S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b.

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT RÜDIGER
KONRADIN Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abrenzung zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Diss. Tübingen 1995.
- BLEY HELMAR Die (Un) Zumutbarkeit als Sozialrechtsbegriff, in: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag, Köln 1981, S. 19 ff.
- BOMMER FELIX Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung? Zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, in: ZBJV 2001, S. 664 ff.
- BRUNNER ANDREAS Arbeitsunfähigkeit und Schadensminderungspflicht. Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit in: Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich 2006, S. 67 ff.
- FEHRE ANDREA Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung. Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Diss. Hamburg 2004.
- GEHRER LEO R. Von der Schadenminderungspflicht, in: Collezione Assista, Genf 1998, S. 156 ff.
- HERZOG-ZWITTER IRIS Haushaltschaden, normativer Schadenbegriff und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadenminderung im Haftpflichtrecht, in: HAVE 2005, S. 275 ff.
- HUBER JEAN BAPTISTE Schadenminderungspflicht und Haushaltschaden, in: HAVE 2005, S. 375 ff.
- KLAUSCH SEBASTIAN Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach der Schuldenrechtsmodernisierung 2002, Diss. Kiel 2004.
- KNÜSEL OTTO Schmerzbekämpfung durch medikamentöse Therapie oder durch operative Eingriffe - was ist dem Patienten mit Rückenschmerzen zumutbar?, in: Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, S. 9 ff.
- LANDOLT HARDY Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung

- der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich 1995.
- DERSELBE Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 141 ff.
- DERSELBE Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, S. 217 ff.
- DERSELBE Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, S. 217 ff.
- LLES RUEDI Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, S. 31 ff.
- LOCHER YVAN THOMAS Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Zürich 1992, S. 407 ff.
- LÜCKE JÖRG Die (un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers, Diss. Göttingen 1973.
- MAURER ALFRED Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel. Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 221 ff.
- MOMSEN CARSTEN Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, Baden-Baden 2006.
- PICHONNAZ PASCAL Le devoir du lésé de diminuer son dommage, Fixation de l'indemnité, Bern 2004.
- PRIBNOW VOLKER Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit. Urteil des Bundesgerichts 4C.177/2006 vom 22. September 2006, in: HAVE 2006/4, S. 348.
- PREIS ULRICH Die (un-)Zumutbarkeit - ein tauglicher Gesetzesbegriff?, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 1988/3, S. 319 ff.

- RÜEDI RUDOLF Allgemeine Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsprozesses, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 451 ff.
- DERSELBE Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in: Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung St. Gallen 1999, S. 29 ff.
- SAUERLANDT MAX Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht, Leipzig 1936.
- SCHLAURI FRANZ Der zumutbare Resterwerb in der Überentschädigungsberechnung der Sozialversicherungen in: Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 275 ff.
- SCHMID MARKUS Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht. Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, S. 13 ff.
- STÖCKLI JEAN-FRITZ Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip, in: ArbR 2006, S. 169 ff.
- SWISS INSURANCE MEDICINE Zumutbare Arbeitstätigkeit nach Unfall und bei Krankheit Winterthur 2007.
- THÜR EMIL Zum Begriff «zumutbare Arbeitsleistung» in der Eidgenössischen Invalidenversicherung, in: SZS 1985/1, S. 39 ff.
- VON MAYDELL BERND Der Begriff der Zumutbarkeit im Sozialrecht unter besonderer Berücksichtigung der [par.] 62 bis 66 SGB-AT, in: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag, Köln 1981, S. 271 ff.
- WEBER STEPHAN Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, S. 133 ff.
- DERSELBE Reduktion von Schadenersatzleistungen, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, S. 111 ff.