

Schadenminderungspflicht: Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den verschiedenen Schadenausgleichssystemen

Hardy Landolt

Inhaltsverzeichnis

I.	Grundlagen	904
1.	Allgemeines	904
2.	Schadenminderung als allgemeiner Rechtsgrundsatz	905
3.	Gesetzliche Konkretisierungen der Schadenminderungspflicht	907
3.1	Haftpflichtrecht	907
3.2	Sozialversicherungsrecht	908
3.3	Privatversicherungsrecht	909
4.	Rechtsnatur der Schadenminderungspflicht	911
II.	Geltungsbereich der Schadenminderungsobliegenheit	912
1.	Persönlicher Geltungsbereich	912
1.1	Geschädigte Person	912
1.2	Angehörige der geschädigten bzw. versicherten Person	913
a)	Angehörigenprivileg	913
b)	Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen	913
1.3	Drittpersonen	915
2.	Sachlicher Geltungsbereich	915
2.1	Wirksamkeit und Notwendigkeit der Schadenminderungsmassnahme	915
a)	Allgemeines	916
b)	Wirksamkeit	916
c)	Notwendigkeit	917
2.2	Zumutbarkeit der Schadenminderungsmassnahme	917
a)	Allgemeines	918
b)	Zumutbarkeitsgrenze	920
2.3	Schadenminderungskosten	920
III.	Schadenminderungspraxis	920
1.	Schadenminderung und gesundheitliche Beeinträchtigung	922
2.	Schadenminderung und Eingliederung	923
3.	Schadenminderung und Arbeitsunfähigkeit	923
3.1	Erwerbliche Schadenminderung	923
a)	Anpassung und Angewöhnung	923
b)	Berufswechsel	927
c)	Betriebsaufgabe	928
d)	Unverwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit	930
3.2	Hauswirtschaftliche Schadenminderung	931
4.	Schadenminderung und Hilfsmittel	931

Literaturverzeichnis

ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Diss. Freiburg 2008; ANDEREGG MIRCO, Schadenabwehr: Zwischen Schadenprävention und Schadenminderung, HAVE 2015 117 ff.; BECK PETER, Die 5. IV-Revision, Massnahmen der beruflichen Rehabilitation, Mitwirkung, Schadenminderung und Zumutbarkeit, HAVE 2006 254 f.; BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013; DEECKE RAINER/KURMANN ULRICH, Gedanken zum haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommen, HAVE 2018 379 ff.; FÄSSLER PATRICK, Schadenminderungsaufgaben und Leistungsverweigerung im Abklärungsverfahren?, SZS 2017 137 ff.; FREY CHRISTOPH/EISENRING MARLEN, Schadenminderung in der D&O-Versicherung, HAVE 2013 208 ff.; GÄCHTER THOMAS, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme, SZS 2018 693 ff.; GEHRING KASPAR, Schadenminderung und Mitwirkung: Was können private Versicherungen verlangen?, HAVE 2018 129 ff.; GROLIMUND PASCAL, Obliegenheiten im Versicherungsrecht – quo vadis?, in: Schnyder Anton K. (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Referate einer Tagung vom 25. Oktober 2013 zum Scheitern der VVG-Totalrevision, unter rechtsvergleichenden Bezügen, Zürich 2015, 85 ff.; IMHOF CHRISTIAN, Der Haushaltversorgungsschaden, ein Dauerschaden?, HAVE 2019 301 ff.; LANDOLT HARDY, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, HAVE 2006 260 ff.; DERS., Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich 1995; DERS., Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht, in: 7. Freiburger Sozialrechtstagung, Freiburg 2008, 141 ff. (zit. LANDOLT, Zumutbarkeitsgrundsatz); DERS., Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, 115 ff. (zit. LANDOLT, Schadenminderungspflicht); LEU AGNES, Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung, HILL 2008 Nr. 12; LUTERBACHER THIERRY, Die Schadenminderungspflicht, Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2005; MERZ TOBIAS, Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit im Arbeitslosenversicherungsrecht, ARV 2018 269 ff.; MOSIMANN HANS-JAKOB, Schadenminderungs- und Mitwirkungspflichten nach der 5. IV-Revision, SZS 2018 723 ff.; PARLI KURT, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, HAVE 2009 260 ff.; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung. Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg 1999; WEBER STEPHAN, Beeinflusst die IV-Revision die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht?, HAVE 2006 264 ff.; DERS., Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Koller Alfred (Hrsg.), Tagungsbeiträge zur Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St. Gallen 1999, 133 ff. (zit. WEBER, Schadenminderungspflicht).

I. Grundlagen

1. Allgemeines

Schäden werden entweder durch menschliches Verhalten oder durch Zufall verursacht. Soweit ein Schaden durch ein menschliches Verhalten verursacht worden ist, stellt sich nicht nur die Frage der Haftung des Verursachers eines Schadens, den eine andere Person erleidet, sondern auch das Problem, inwieweit die geschädigte Person, wenn sie an der Entstehung ihres eigenen Schadens mitgewirkt hat, diesen selber zu tragen hat. Nach dem Grundsatz «casum sentit dominus» – «the loss lies where it falls» – trägt die geschädigte Person den erlittenen Schaden. Nur dann und soweit eine Ersatzpflicht besteht, kann ein Schaden auf den Schadenverursacher oder eine andere Person überwält werden.

Vor dem Hintergrund dieser Grundsatzregel versteht es sich von selbst, dass die geschädigte Person dann, wenn sie an der Entstehung des eigenen Schadens mitgewirkt hat, diesen zu tragen hat, sofern und soweit eine gesetzliche Bestimmung nicht eine Ausnahme von der Selbsttragung des Schadens statuiert. Bei einer Mitverursachung des eigenen Schadens hat die geschädigte Person, wenn andere Personen ebenfalls an der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben, einen Teil des Schadens zu tragen. Dasselbe Prinzip gilt dann, wenn die geschädigte Person nicht an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, den Umfang des Schadens nach dessen Eintritt aber hätte minimieren oder eine Vergrößerung des Schadens verhindern können.

Je nachdem, welche der vorgenannten Konstellationen gemeint ist, erhält der Begriff der Schadenminderung bzw. der Schadenminderungspflicht eine andere Bedeutung. Bei einer vorwerfbaren Mitverursachung des eigenen Schadens ist es offensichtlich, dass die geschädigte Person den Teil des Schadens, den sie verursacht hat, selber trägt. Wird in diesem Kontext von Schadenminderungspflicht gesprochen, ist damit die Verantwortung für ein Selbstverschulden gemeint. Trägt die geschädigte Person aber an der Entstehung ihres eigenen Schadens keine Verantwortung, hat eine allfällige Schadenminderungspflicht keinerlei Bezug zu einem Selbstverschulden. In einem solchen Fall meint die Schadenminderungspflicht eine Verantwortung für eine pflichtwidrige unterlassene Minimierung oder pflichtwidrig herbeigeführte Vergrößerung eines Schadens, welcher von anderen Personen oder dem Zufall verursacht worden ist.

2. Schadenminderung als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Das Bundesgericht betont, dass es sich bei der Schadenminderungspflicht um einen allgemeinen Grundsatz handle, der in allen Gebieten des Versicherungsrechts anwendbar sei.¹ Im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht wird jedoch darauf hingewiesen, dass sie keinen einheitlichen Begriffsinhalt aufweise und ihr je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zukomme.² Während bei der Gewährung von Versicherungsleistungen die Schadenminderungspflicht als «zwingend» anwendbar bezeichnet wird,³ relativieren Lehre und Rechtsprechung die Schadenminderungspflicht bei der Koordination der Versicherungsleistungen, insbesondere im Kontext mit der Überversicherungsberechnung.⁴

Im Privatversicherungsrecht greift die Schadenminderungspflicht – antiquiert in Art. 61 VVG als Rettungspflicht bezeichnet – erst nach Eintritt des Versicherungsfalles, ist aber nicht nur für die Schaden-, sondern auch für die Summenversicherung anwendbar.⁵ Verweigert die versicherte Person etwa nach einem Unfall einen kurzen Spitalaufenthalt zwecks Überwachung,

¹ Vgl. z.B. BGE 123 V 88 E. 4c sowie BGer, 21.10.1919, E. c, in: SVA IV/1917–1921, Nr. 256, und ferner das Genfer Urteil, 24.5.1991, E. b, in: SVA XVIII/1990–1991, Nr. 48. Ferner ACHTARI; GÄCHTER, 700 f.; LUTERBACHER; und RIEMER-KAFKA.

² Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

³ Siehe z.B. BGE 114 V 285 E. 3, 111 V 239 E. 2a und 108 V 165 E. 2a sowie BGer, C 281/02, 24.9.2003, E. 1.1.

⁴ Vgl. BGE 117 V 394 ff.

⁵ Vgl. BGE 128 III 34 E. 3b.

handelt sie grobfahrlässig und dürfen die (Summen-)Versicherungsleistungen um 50 % gekürzt werden.⁶ Die Schadenminderungspflicht im Privatversicherungsrecht wird ergänzt durch das Recht des Versicherers, bei einer selbstverschuldeten Herbeiführung des Versicherungsfalles die vereinbarten Versicherungsleistungen zu kürzen oder zu verweigern.⁷

Die Rechtsprechung betont auch im haftungsrechtlichen Kontext, dass die Schadenminderungspflicht einem allgemeinen Grundsatz des privaten Haftungsrechts entspreche und sich dieser aus der Pflicht zur schonenden Rechtsausübung⁸ ableite und in Art. 44 Abs. 1 OR zum Ausdruck gebracht werde.⁹ Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter den Schadenersatz nicht nur dann ermässigen, wenn die geschädigte Person an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, mithin ein Selbstverschulden zu verantworten hat, sondern auch dann, wenn sie den Schaden verschlimmert hat. Praxisgemäss ist die geschädigte Person dabei gehalten, den eingetretenen Schaden nicht nur zu minimieren, sondern auch eine Vergrösserung des bereits eingetretenen Schadens zu verhindern.¹⁰

Obwohl das Bundesgericht die Schadenminderungspflicht – auch im Kontext mit der Opferhilfe¹¹ – als Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bezeichnet, attestiert es nicht nur dem Richter, sondern auch dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung der Schadenminderungspflicht einen weiten Ermessensspielraum.¹² Bei der Schadenminderungspflicht handelt es sich folglich um eine «metamorphe Rechtsfigur», wie dies WEBER treffend beschrieben hat.¹³ Auch wenn die Schadenminderungspflicht vom Bundesgericht als Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstanden wird, bestehen nicht in allen Schadenausgleichssystemen dieselben Schadenminderungspflichten.

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind zudem nur dann und so weit anwendbar, als der Gesetzgeber die Schadenminderungspflicht nicht explizit geregelt hat. Eine Berufung auf die Schadenminderungspflicht im Sinne eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist vor diesem Hintergrund erst dann möglich, wenn der Gesetzgeber den Umfang der Schadenminderungspflicht nicht abschliessend geregelt hat. Besteht eine gesetzliche Regelung, ist diese anwendbar und kann der Richter nicht unter Hinweis auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz eine Verschärfung oder Lockerung der gesetzlich geregelten Schadenminderungspflicht vornehmen. Besteht keine gesetzliche Konkretisierung der Schadenminderungspflicht, ist das erkennende Gericht demgegenüber befugt, unter Hinweis auf das allgemeine Rechtsprinzip der Schadenminderung eine Kürzung von Schadenausgleichsleistungen vorzunehmen, wenn die geschädigte bzw. versicherte Person ihren Schaden pflichtwidrig mitverursacht, nicht verringert oder vergrössert hat.

⁶ Vgl. BGE 128 III 34 E. 5c.

⁷ Vgl. Art. 14 VVG.

⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB.

⁹ Vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5 und BGer, 5A_45/2009, 29.6.2009, E. 3.2.2.

¹⁰ Vgl. z.B. BGer, 4C.177/2006, 22.9.2006, E. 2.

¹¹ Vgl. BGE 131 II 656 E. 5.2.

¹² Vgl. z.B. BGE 123 V 88 E. 4c.

¹³ Siehe WEBER, Schadenminderungspflicht, 133 ff.

3. Gesetzliche Konkretisierungen der Schadenminderungspflicht

3.1 Haftpflichtrecht

Das Haftungsrecht geht von der Prämisse aus, dass der Schadenverursacher, welcher den Schaden widerrechtlich und – im Geltungsbereich der Verschuldenshaftung – schuldhaft (mit) herbeigeführt, diesen vollumfänglich zu entschädigen hat. Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht des Schadenverursachers ermässigen oder unter Umständen sogar gänzlich aufheben, wenn die geschädigte Person an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Von einer Mitwirkung an der Schadenentstehung wird nicht nur dann ausgegangen, wenn die geschädigte Person in vorwerfbarer Weise eine Schadenmitursache gesetzt hat, sondern auch dann, wenn zufällige Umstände, welche die geschädigte Person betreffen, an der Entstehung des Schadens beteiligt sind.

Das Bundesgericht betont aber, dass der Schadenverursacher die von ihm geschädigte Person grundsätzlich so hinzunehmen hat, wie sie sich im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses befunden hat. Wird ein gesundheitlich geschwächter Mensch verletzt, hat der Schadenverursacher kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen geschädigt hätte.¹⁴ Die ersatzpflichtige Person kann sich lediglich auf solche zufälligen Umstände berufen, welche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch ohne das haftungsbegründende Ereignis zu einer Schädigung geführt hätten.¹⁵ Haben die zufälligen Umstände den Eintritt des Schadens begünstigt oder vergrössert, kann der Richter einzelfallweise eine Reduktion des Schadenersatzes vornehmen. Die geschädigte Person ist in diesem Fall aber berechtigt, das Quotenvorrecht zu beanspruchen.¹⁶

Mithin besteht im haftungsrechtlichen Kontext keine Verpflichtung, einer drohenden Schädigung aktiv entgegenzuwirken.¹⁷ Erst dann und soweit sich eine Person einer besonderen Gefahr aussetzt und sich selbst schädigt, ist eine Reduktion des Schadenersatzes zulässig. Das eigengefährdende Verhalten muss dabei nicht rechtswidrig sein. So ist beispielsweise der Sprung in ein Schwimmbad von einem gefährlichen Standort aus zwar rechtmässig, stellt aber gleichwohl ein leichtes Selbstverschulden dar.¹⁸ Ebenso ist die Duldung von widerrechtlichen homosexuellen Kontakten als Selbstverschulden zu werten, obwohl die Duldung der unzulässigen sexuellen Handlungen dem Opfer nicht als widerrechtliches Verhalten vorgeworfen werden kann.¹⁹ Die Schadenminimierungs- und Schadenverhütungspflicht tritt demgegenüber erst dann ein, wenn sämtliche Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.²⁰

Ein Selbstverschulden im Sinne des Zivilrechts liegt vor, wenn es die geschädigte Person unterlässt, zumutbare Massnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, der Entstehung oder Verschlimmerung eines Schadens entgegenzuwirken. Die geschädigte Person hat mit anderen Worten diejenigen Massnahmen zu treffen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage

¹⁴ Vgl. BGE 113 II 86 E. 1b.

¹⁵ Vgl. BGE 131 III 12 E. 4.

¹⁶ Ibid. E. 4.1.

¹⁷ Der präsumptiv Haftpflichtige ist ebenfalls nicht zum Ersatz der Kosten von Massnahmen, welche einen drohenden Schaden abwehren, verpflichtet (vgl. BGE 117 II 259 E. 3 und ANDEREGG, 117 ff.).

¹⁸ Vgl. BGE 116 II 422 E. 4.

¹⁹ Siehe z.B. BGer, 4C.225/2003, 24.2.2004, E. 5.

²⁰ Vgl. ANDEREGG, 117 ff., FN 12, und ACHTARI, N 198 ff.

ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte.²¹ Insoweit besteht im Haftungsrecht eine eingeschränkte Schadenverhütungspflicht in den Fällen, in welchen eine Person sich zwar rechtmässig verhält, sich aber gleichwohl konkreten Gefahren aussetzt. Trägt sie durch ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten dazu bei, dass der (eigene) Schaden eingetreten ist, liegt eine *eigentliche Selbsthaftung* vor, welche in leichteren Fällen eine Reduktion des Schadenersatzes rechtfertigt, in schwereren Fällen eine Haftung von anderen Schadenverursachern ausschliesst.

3.2 Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht werden die versicherten Personenschäden nicht durch die Schadenverursacher, sondern durch die jeweilige Solidargemeinschaft (Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder Wohnbevölkerung) getragen. Insoweit wäre es naheliegend, wenn von den versicherten Personen verlangt würde, drohende Schäden zu verhindern und eingetretene Schäden in einem grösseren Ausmass als geschädigte Personen, welche durch eine haftpflichtige Person geschädigt worden sind, zu minimieren bzw. einzugrenzen. Da es sich bei den im Sozialversicherungsrecht versicherten Risiken meistens um Sonderrisiken oder existenzbedrohende Risiken handelt, statuiert der Gesetzgeber aber keine umfassende Schadenminderungspflicht.

Gemäss Art. 21 Abs. 1 ATSG können Geldleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder in schweren Fällen gänzlich verweigert werden, wenn die versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat. Eine blosser Gefahrenexposition und auch eine fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles stellen grundsätzlich keine Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Schadenverhütungspflicht dar. Lediglich im Geltungsbereich des obligatorischen Unfallversicherungsrechts sind Leistungskürzungen dann möglich, wenn sich die versicherte Person aussergewöhnlichen Gefahren und Wagnissen ausgesetzt hat.²² Ebenso können die Taggeldleistungen während der ersten zwei Jahre nach dem Unfall gekürzt werden, wenn die versicherte Person den Nichtberufsunfall grobfahrlässig herbeigeführt hat.²³

Nach dem Eintritt des Versicherungsfalles ist die versicherte Person demgegenüber gehalten, sowohl im Zusammenhang mit der Behandlung als auch der Eingliederung ins Erwerbsleben das ihr Zumutbare beizutragen. Unerheblich ist, ob der Sozialversicherungsträger von der versicherten Person ein bestimmtes Verhalten verlangt. Die versicherte Person hat nach dem Willen des Gesetzgebers «aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare» zu leisten.²⁴ Die im Vergleich zur Schadenverhütungspflicht strengere Verpflichtung zur Minderung des Schadens bzw. Verpflichtung zur Verhinderung einer Schadenausweitung wird jedoch dadurch gemildert, dass eine Kürzung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen erst dann zulässig ist, wenn die versicherte Person vorgängig schriftlich gemahnt und auf die Leistungskürzung hingewiesen worden ist.²⁵ Im Geltungsbereich der Invalidenversicherung können in besonderem

²¹ Statt vieler BGE 107 Ib 155 E. 2b/bb und BGer, 2A.268/1999, 17.3.2000, E. 2b.

²² Vgl. Art. 39 UVG und Art. 49 f. UVV.

²³ Vgl. Art. 37 Abs. 2 UVG.

²⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

²⁵ Ibid.

Fällen Versicherungsleistungen ohne Mahn- und Bedenkzeitverfahren gekürzt oder verweigert werden.²⁶

Im Geltungsbereich der Arbeitslosenversicherung wird die Schadenverhütungs- und Schadenminimierungspflicht vom Gesetzgeber explizit geregelt.²⁷ Die Arbeitslosenentschädigung ist zu reduzieren, wenn die versicherte Person durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist oder auf Lohn- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber verzichtet hat.²⁸ Eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit besteht etwa dann, wenn die bisherige Stelle gekündigt wird, weil die versicherte Person eine neue Stelle in Aussicht hat, aber noch kein neuer Arbeitsvertrag vorliegt.²⁹

Ebenso kann eine Einstellung erfolgen, wenn die versicherte Person sich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht oder ihre Mitwirkungspflicht verletzt hat.³⁰ Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das während einer laufenden Rahmenfrist aufgenommen und auch in der folgenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug als Zwischenverdiensttätigkeit abgerechnet worden war, kann im Rahmen der Neuprüfung der Anspruchsvoraussetzungen zur allfälligen Eröffnung einer weiteren Rahmenfrist angesichts der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht mehr von einer zur Schadenminderung überbrückungsweise ausgeübten Tätigkeit gesprochen werden.³¹

Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung hat grundsätzlich bei jedem Verschulden, auch bei leichter Fahrlässigkeit, zu erfolgen.³² Die drei Verschuldensstufen von Art. 45 Abs. 3 AVIV entsprechen nicht der Abstufung «leichte Fahrlässigkeit», «grobe Fahrlässigkeit» und «Absicht».³³ Der Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG) setzt hingegen ein (eventual-)vorsätzliches Herbeiführen der Entlassung voraus.³⁴ Eventualvorsatz ist anzunehmen, wenn die versicherte Person vorhersehen kann oder damit rechnen muss, dass ihr Verhalten zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt, und sie dies in Kauf nimmt.³⁵ Im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG muss das der versicherten Person vorgeworfene, zum Tatbestand der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit führende Verhalten zudem klar ausgewiesen sein.³⁶

3.3 Privatversicherungsrecht

Das privatversicherungsrechtliche Vertragsverhältnis wird dadurch geprägt, dass der Versicherungsnehmer eine Prämie bezahlt und im Fall des Eintritts des versicherten Risikos damit rechnet, dass die vereinbarte Versicherungssumme erbracht wird. Der Versicherer übernimmt grundsätzlich das Risiko einer zukünftigen, im Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses für

²⁶ Vgl. Art. 7b Abs. 2 IVG.

²⁷ Vgl. Art. 16 f. und Art. 30 AVIG. Weiterführend LEU.

²⁸ Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a und b AVIG.

²⁹ Vgl. BGer, 8C_846/2018, 28.3.2019, E. 4.4.

³⁰ Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c-g AVIG.

³¹ Vgl. BGE 139 V 259 E. 5.

³² Vgl. BGE 124 V 225 E. 4d.

³³ Vgl. BGer, 8C_339/2016, 29.6.2016, E. 4.3.

³⁴ Vgl. z.B. BGer, 8C_339/2016, 29.6.2016, E. 4.3.

³⁵ Siehe z.B. BGer, 8C_773/2007, 9.1.2008, E. 2.2.

³⁶ Vgl. BGE 112 V 242 E. 1.

die Parteien nicht vorhersehbaren Schadenverursachung durch Zufall oder Drittpersonen. Der Versicherungsnehmer und die versicherten Personen sind folglich nicht verpflichtet, drohende Schäden zu verhindern, mithin besteht ebenfalls wie im Sozialversicherungsrecht, aber anders als im Haftungsrecht keine Schadenverhütungspflicht.

Erst und nur dann, wenn der Versicherungsnehmer oder die versicherte Person den Versicherungsfall aktiv herbeigeführt hat, ist gemäss Art. 14 VVG eine Leistungsverweigerung oder Kürzung der Versicherungsleistungen zulässig. Die Leistungspflicht des Versicherers entfällt, wenn der Versicherungsfall vom Versicherungsnehmer oder von der versicherten Person vorsätzlich herbeigeführt worden ist.³⁷ Wurde der Versicherungsfall demgegenüber grobfahrlässig herbeigeführt, ist eine Kürzung der Versicherungsleistung vorzunehmen.³⁸ Im Bereich des VVG ist – wie im allgemeinen Haftpflichtrecht³⁹ – auch die mittlere oder mittelschwere Fahrlässigkeit anerkannt.⁴⁰ Diese zählt zur leichten Fahrlässigkeit, wenn der Gesetzeswortlaut, wie in Art. 14 VVG, an die Schwere oder Leichtigkeit der Fahrlässigkeit besondere Folgen knüpft.⁴¹

Anders als im Haftungsrecht kann bei einer blossen leichtfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles keine Kürzung der Versicherungsleistung vorgenommen werden. Art. 14 Abs. 4 VVG untersagt zwingend eine Kürzung der Versicherungsleistungen, wenn der Versicherungsnehmer oder die versicherten Personen leichtfahrlässig zum Eintritt des Versicherungsfalles beigetragen haben. Eine Leistungskürzung bei leichter Fahrlässigkeit ist nur bei einer Transportversicherung möglich.⁴² Das VVG kennt aber keine Verpflichtung, drohende Schäden zu verhindern.⁴³ Versicherer und Versicherungsnehmer können aber Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflichten vertraglich vereinbaren.⁴⁴

Vertragliche Schadenverhütungspflichten können beispielsweise mit Bezug auf gefahrengeneigtes Verhalten oder bestimmte Risikofaktoren vereinbart werden oder in konkreten Unterlassungspflichten bestehen. Derartige vertragliche Schadenverhütungspflichten befinden sich dabei in einem Spannungsverhältnis zum zwingenden Kürzungsverbot bei leichter Fahrlässigkeit. Wenn die vertraglich vereinbarte Schadenverhütungspflicht im konkreten Einzelfall ein Ausmass annimmt, das die Obliegenheit, Versicherungsfälle nicht durch leichtfahrlässiges Verhalten herbeizuführen, übersteigt, ist diese nichtig.

Die Abgrenzung der schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalles von der Verletzung vertraglicher Schadenminderungspflichten bereitet mitunter Schwierigkeiten. Hat der Versicherte beispielsweise einen Verkehrsunfall grobfahrlässig verursacht und entzieht sich, den ärztlichen Ratschlägen in Missachtung der AVB nicht folgend, schon wenige Stunden nach dem Unfallereignis der Spitalüberwachung und -pflege, wodurch sich der Gesundheitszustand verschlechtert hat und er letztlich verstirbt, ist die Qualifikation der Verschlechterung

³⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 VVG.

³⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 2 VVG.

³⁹ Vgl. z.B. BGE 100 II 332 E. 3a.

⁴⁰ Vgl. BGer, 5C.146/2000, 15.2.2001, E. 3, in: Pra 2001, Nr. 119, und 29.9.1988, E. 3a, i.S. W c. Nationale Suisse, in: SVA XVII Nr. 15, 81 ff., 84, in: SJ 1989, 104.

⁴¹ Vgl. BGer, 5C.146/2000, 15.2.2001, E. 3, in: Pra 2001, Nr. 119, und C.159/1986, 17.12.1987, E. 4a.

⁴² Vgl. Art. 98 Abs. 2 VVG.

⁴³ Vgl. FREY/EISENRING, 208 ff., 211.

⁴⁴ Siehe dazu GEHRING, 129 ff., 130 ff.

des Gesundheitszustandes letztlich nicht mit letzter Sicherheit möglich, gleichwohl aber eine gesamthafte Kürzung von 50 % angezeigt.⁴⁵

Das Kürzungsverbot bei leichter Fahrlässigkeit wird sodann durch den Umstand relativiert, dass der Versicherer berechtigt ist, die Einwendung der Anzeigepflicht zu erheben, wenn der Versicherungsnehmer es unterlassen hat, den Versicherer im Rahmen des Vertragsabschlusses über gefahrenindizierende Umstände zu informieren.⁴⁶ Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht noch keine allgemeingültigen Kriterien aufgestellt, anhand welcher die Rechtmässigkeit vertraglicher Schadenverhütungspflichten und das Ausmass der Bekanntgabe von gefahrenindizierenden Umständen rechtsgleich zu beurteilen sind.

Eine umfassende Schadenminderungspflicht besteht erst mit bzw. nach dem Eintritt des Versicherungsfalles. Ist dieser eingetreten, kann der Versicherer regelmässig keinen Einfluss auf den Schadenverlauf nehmen. Als Folge der Vertragstreue sind deshalb Versicherungsnehmer und die versicherten Personen verpflichtet, auf eine Minderung des eingetretenen Schadens hinzuwirken und in jedem Fall eine Schadenausweitung zu verhindern. Gemäss Art. 61 Abs. 1 VVG haben Versicherungsnehmer und versicherte Personen nicht nur von sich aus die gebotenen Massnahmen zu ergreifen, sondern gegebenenfalls auch allfällige Weisungen des Versicherers einzuholen und zu befolgen.

4. Rechtsnatur der Schadenminderungspflicht

Geschädigte und versicherte Personen sind entweder von Gesetzes wegen, aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder gestützt auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Schadenminderung verpflichtet, im jeweiligen Einzelfall den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder dessen Ausmass möglichst gering zu halten. Bei dieser Verpflichtung handelt es sich aber nicht um einen Anspruch der ersatzpflichtigen Person bzw. des Versicherungsträgers, sondern lediglich um eine Obliegenheit.⁴⁷

Geschädigte und versicherte Personen können deshalb von der ersatzpflichtigen Person oder dem Versicherungsträger nicht gezwungen werden, die gebotene Massnahme tatsächlich zu ergreifen. Eine Missachtung der Schadenverhütungspflicht oder der Verpflichtung, den eingetretenen Schaden zu minimieren oder dessen Vergrösserung zu verhindern, berechtigt die ersatzpflichtige Person bzw. den Versicherungsträger lediglich dazu, die Schadenausgleichsleistung zu kürzen oder unter Umständen sogar gänzlich zu verweigern.

⁴⁵ Siehe etwa BGE 128 III 34, in: AJP 2002, 838, in: Assistalex 2001, Nr. 8510.

⁴⁶ Vgl. BGer, 4A_150/2015, 29.10.2015, E. 7.2, und 4A_303/2010, 11.8.2010, E. 2.4.

⁴⁷ Statt vieler BGer, 5A_45/2009, 29.6.2009, E. 3.2.2, und ferner GROLIMUND, 85 ff.

II. Geltungsbereich der Schadenminderungsobliegenheit

1. Persönlicher Geltungsbereich

1.1 Geschädigte Person

Schadenminderungspflichtig ist die geschädigte bzw. die versicherte Person.⁴⁸ Art und Umfang der Schadenminderungspflicht richten sich dabei nach dem jeweiligen Schadenausgleichssystem. Der geschädigten bzw. versicherten Person kann eine Verletzung der Schadenminderungspflicht nur vorgeworfen werden, wenn sie im Handlungszeitpunkt urteilsfähig gewesen ist. Die Urteilsfähigkeit wird gemäss Art. 16 ZGB vermutet, weshalb die geschädigte bzw. versicherte Person Umstände nachzuweisen hat, welche auf eine Urteilsunfähigkeit im Handlungszeitpunkt schliessen lassen. Urteilsunfähig ist auch, wer die Willenskraft nicht besitzt, eine von ihm als gefährlich erkannte Handlung zu unterlassen.⁴⁹

Obwohl Art. 16 ZGB lediglich zwischen der Urteilsfähigkeit und der Urteilsunfähigkeit unterscheidet, anerkennt die Rechtsprechung, dass im Schadenausgleichsrecht – wie im Strafrecht – eine verminderte Urteilsfähigkeit zu berücksichtigen ist. Insbesondere bei Kindern ist ein allfälliges Selbstverschulden milder als bei erwachsenen Personen zu beurteilen.⁵⁰ Bei Kindern wird auf die durchschnittliche Entwicklung abgestellt und deshalb die Urteilsfähigkeit je nach Altersklassen bejaht oder verneint. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Vierzehn- bis Sechzehnjährige in Bezug auf einfachere Sachverhalte weitgehend den Erwachsenen gleichgestellt.⁵¹ Wurde die Urteilsunfähigkeit von der geschädigten bzw. versicherten Person pflichtwidrig herbeigeführt, gelten die Grundsätze für urteilsfähige Personen.⁵²

In den jeweiligen Schadenausgleichssystemen wird mitunter eine Leistungsverweigerung davon abhängig gemacht, dass die geschädigte bzw. versicherte Person nicht nur vermindert, sondern vollständig urteilsunfähig gewesen ist. Soweit Art. 48 UVV die Leistungsansprüche bei Suizid oder Suizidversuch an die Voraussetzung der vollständig aufgehobenen Urteilsfähigkeit des Suizidenten im Zeitpunkt der Tat knüpft, erweist sich diese Bestimmung bei einer an der Entstehungsgeschichte von Art. 37 Abs. 1 UVG orientierten Auslegung als gesetzeskonform.⁵³

Als Folge des Gleichbehandlungsgebotes ist es angezeigt, im jeweiligen Schadenausgleichssystem für sämtliche Schadenminderungsobliegenheiten dieselben Kürzungsgrundsätze anzuwenden. Entsprechend sind beispielsweise im Geltungsbereich des Privatversicherungsrechts

⁴⁸ Schadenminderungspflichtig ist die Person, welche die Versicherungsleistungen zu fordern berechtigt ist. Ist der Versicherungsnehmer ausnahmsweise nicht versichert bzw. anspruchsberechtigt, obliegt es den versicherten Personen, für die Minderung des eingetretenen Schadens zu sorgen bzw. eine Vergrösserung des eingetretenen Schadens zu verhindern (statt vieler FREY/EISENRING, 208 ff., 210).

⁴⁹ Vgl. BGE 102 II 363 E. 4.

⁵⁰ Vgl. BGE 102 II 363 E. 4.

⁵¹ Vgl. BGer, 4A.520/2007, 31.3.2008, E. 5.3, und 4C.225/2003, 24.2.2004, E. 5.2, in: HAVE 2004, 226.

⁵² Vgl. Art. 54 Abs. 2 OR.

⁵³ Vgl. BGE 129 V 95 ff.

die bei einer schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalles (Art. 14 VVG) geltenden Grundsätze auch bei einer Verletzung der Schadenminimierungs- und Schadeneingrenzungspflicht (Art. 61 VVG) anzuwenden.⁵⁴

1.2 Angehörige der geschädigten bzw. versicherten Person

a) Angehörigenprivileg

Angehörige der geschädigten bzw. versicherten Person sind grundsätzlich nicht schadenminderungspflichtig. Im Sozialversicherungsrecht führt das Vorhandensein von unterhaltsberechtigten Angehörigen mitunter sogar zu einer Milderung der Kürzung von Versicherungsleistungen, wenn die versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat.⁵⁵

Weder das Privatversicherungs- noch das Haftungsrecht kennen ein derartiges Angehörigenprivileg. Im Haftungsrecht besteht sogar die Praxis, dass ein allfälliges Selbstverschulden der geschädigten Person bei Ersatzansprüchen, welche den Angehörigen der geschädigten Person zustehen, ebenfalls zu einer Kürzung führt.⁵⁶ Im Haftungsrecht führt demgegenüber ein allfälliges Verschulden von Angehörigen, insbesondere von Eltern, nicht zu einer Reduktion des Ersatzanspruches der geschädigten Person.⁵⁷

Haben Angehörige der geschädigten bzw. versicherten Person den Schaden vorsätzlich herbeigeführt, können die Privatversicherungsleistungen angemessen gekürzt werden.⁵⁸ Gemäss Art. 14 Abs. 3 VVG können Privatversicherungsleistungen ebenfalls dann gekürzt werden, wenn Angehörige, welche mit der versicherten Person in häuslicher Gemeinschaft leben, den Versicherungsfall grobfahrlässig herbeigeführt haben und dem Versicherungsnehmer ebenfalls eine grobe Fahrlässigkeit mit Bezug auf die Beaufsichtigung des fraglichen Angehörigen vorgeworfen werden kann.

b) Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen

Von den Auswirkungen eines allfälligen Selbstverschuldens der geschädigten Person bzw. von Angehörigen auf die Schadenausgleichsleistungen zu unterscheiden ist die Problematik, ob und inwieweit Angehörige der geschädigten bzw. versicherten Person als Folge der gesetzlichen Beistands-, Unterhalts- und Verwandtenunterstützungspflicht gehalten sind, einen Teil des eingetretenen Schadens zu kompensieren.⁵⁹

Im Haftungsrecht ist anerkannt, dass Leistungen von Angehörigen, welche diese als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses zu erbringen haben, von der ersatzpflichtigen Person zu entschädigen sind: «Die Liberalität der Eltern mindert die Schadenersatzpflicht des Schädig-

⁵⁴ Vgl. BGE 128 III 34 E. 5c.

⁵⁵ Vgl. Art. 21 Abs. 3 ATSG und Art. 37 Abs. 2 UVG.

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 123 II 210 E. 3b und 117 II 50 E. 4a/bb.

⁵⁷ Vgl. BGER, 4A_206/2014 und 4A_236/2014, 18.9.2014, E. 4.6.

⁵⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 2 ATSG und Art. 14 Abs. 3 VVG.

⁵⁹ Weiterführend LANDOLT, Schadenminderungspflicht, 115 ff.

gers nicht.»⁶⁰ Insbesondere unentgeltlich von Angehörigen erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen⁶¹ sowie hauswirtschaftliche Dienstleistungen⁶² sind entschädigungspflichtig.⁶³

Im Sozialversicherungsrecht demgegenüber verlangt der Gesetzgeber von Angehörigen der versicherten Person mitunter eine angemessene Mehrleistung⁶⁴ bzw. schliesst Mehrleistungen von Angehörigen von der Versicherungsdeckung aus⁶⁵. Das Bundesgericht betont im Kontext mit Sozialversicherungsleistungen ganz generell, dass Angehörige der versicherten Person beim Eintritt eines versicherten Risikos zu einer zumutbaren Mehrleistung verpflichtet sind. Der Sozialversicherungsträger darf davon ausgehen, dass sich die versicherte Person und ihre Angehörigen so verhalten, wie sich eine «vernünftige Familiengemeinschaft» zu verhalten pflegt.⁶⁶

Die so verstandene Schadenminderungspflicht betrifft die Versicherungsleistungen, welche im Zusammenhang mit einer Hilfs- und Pflegebedürftigkeit⁶⁷ oder Hilfsmitteln erbracht werden, nicht aber Rentenleistungen. Lediglich bei Versicherten, welche im Aufgabenbereich tätig gewesen sind bzw. wären, werden zumutbare Angehörigenleistungen invaliditätsmindernd berücksichtigt.⁶⁸ Es ist zwar nachvollziehbar, warum Angehörige nicht verpflichtet sind, ein (zusätzliches) Erwerbsspensum auszuführen, nicht zuletzt deshalb, weil unklar wäre, von welchen Angehörigen zumutbarerweise verlangt werden könnte, anstelle der versicherten Person (zusätzlich) erwerbstätig sein zu müssen.

Die geltende Praxis ist letztlich aber rechtsungleich und benachteiligt faktisch die Frauen, die mehrheitlich im Aufgabenbereich tätig sind, weil bei diesen als Folge der Berücksichtigung von Angehörigenleistungen tendenziell tiefere Invaliditätsgrade bei gleichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen resultieren. Im Hinblick auf das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot von Mann und Frau und den Di-Trizio-Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte⁶⁹ sind invaliditätsrelevante Umstände, welche einen unterschiedlich hohen Invaliditätsgrad trotz gleicher gesundheitlicher Beeinträchtigung bewirken, je nachdem ob die versicherte Person weiblichen oder männlichen Geschlechts ist, unzulässig. Wie im Zusammenhang mit der gemischten Methode ist auch die Schadenminderungspflicht von beistandsverpflichteten Angehörigen grundrechtskonform auszulegen. Entsprechend dürfen den Angehörigen der versicherten Person nicht nur keine unverhältnismässigen bzw. unzumutbaren,⁷⁰ sondern auch keine unterschiedlichen geschlechtsspezifischen Schadenminderungspflichten auferlegt werden.

⁶⁰ BGer, 4A_500/2009, 25.5.2010, E. 2.6.

⁶¹ Vgl. BGE 97 II 259 E. III.3 und 28 II 200 E. 5 sowie 4A_500/2009, 25.5.2010, E. 2.1 und 3.2 f., sowie 4C.276/2001, 26.3.2002, E. 6b/aa, in: Pra 2002, Nr. 212.

⁶² Statt vieler BGE 127 III 403 E. 4a.

⁶³ Siehe ferner LANDOLT, Zumutbarkeitsgrundsatz, 141 ff.

⁶⁴ Vgl. z.B. Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV.

⁶⁵ Vgl. z.B. Art. 42^{quinquies} lit. b IVG.

⁶⁶ Vgl. BGE 141 V 642 E. 4.3.3.

⁶⁷ Vgl. BGE 145 V 161 E. 3.3.2 und 8C_624/2019, 17.1.2020, E. 5.1. Siehe ferner BGE 144 V 259 E. 3 und 4.

⁶⁸ Vgl. BGer, 8C_748/2019, 7.1.2020, E. 5.3.

⁶⁹ Vgl. EGMR, 7186/09, 2.2.2016, i.S. Di Trizio c. Schweiz.

⁷⁰ Vgl. BGE 141 V 842 E. 4.3.3.

1.3 Drittpersonen

Dritte sind mitunter mitwirkungs-, nicht aber schadenminderungspflichtig. Wie bei den Angehörigen von geschädigten Personen können im Zusammenhang mit der Festlegung von Schadenausgleichsleistungen nur solche Leistungen von Drittpersonen berücksichtigt werden, welche diese ohnehin bzw. auch ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses bzw. des Versicherungsfalles erbracht hätten. Wenn überhaupt käme lediglich eine gelegentliche Dritthilfe bzw. eine Dritthilfe in Notsituationen infrage.⁷¹

Mitwirkungspflichten bestehen etwa für anerkannte Leistungserbringer⁷² und Arbeitgeber⁷³ von versicherten Personen. Die beteiligten Behörden sind im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit ebenfalls auskunftspflichtig.⁷⁴ Von der Mitwirkungspflicht zu unterscheiden ist die Schadenminderungspflicht. Dem Arbeitgeber und den Arbeitskollegen der versicherten Person ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen – über die gesetzliche bzw. vertragliche Lohnfortzahlungspflicht hinaus – nicht zumutbar, sofern deren Beizug einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit beansprucht und entsprechende Lohnkosten für den Arbeitgeber zur Folge hat.⁷⁵

2. Sachlicher Geltungsbereich

2.1 Wirksamkeit und Notwendigkeit der Schadenminderungsmassnahme

a) Allgemeines

Der Inhalt der von der geschädigten bzw. versicherten Person zu ergreifenden Massnahmen bestimmt sich im Hinblick auf die jeweilige Schadenminderungssituation. Im Zusammenhang mit der Vermeidung von Schadenereignissen sind diejenigen Massnahmen zu ergreifen, welche den Eintritt des Schadens verhindern. Ist der Schaden bereits eingetreten, sind diejenigen Massnahmen zu ergreifen, welche den eingetretenen Schaden minimieren oder eine Ausweitung desselben verhindern.

Es versteht sich dabei von selbst, dass eine Massnahme nur dann vorzunehmen ist, wenn sie im konkreten Einzelfall geeignet und notwendig ist, um einen drohenden Schaden zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden zu minimieren oder dessen Ausweitung zu verhindern,⁷⁶ und die zur Vornahme verpflichtete Person faktisch in der Lage ist, die notwendigen Massnahmen auszuführen. Von der versicherten bzw. geschädigten Person dürfen

⁷¹ Vgl. BGer, I 26/01, 21.5.2003, E. 3.2.

⁷² 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).

⁷³ Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision wurde die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt (siehe Art. 7c und Art. 14a Abs. 5 IVG). Vgl. Art. 32 ATSG und Art. 54 UVV.

⁷⁴ Vgl. BGer, I 3/04, 27.8.2004, E. 3.1 f., in: SVR 2006, IV Nr. 25 (täglich mehrmals erforderliche zeit- aufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber BGer, U 107/03, 6.1.2004, E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

⁷⁵ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV.

keine unmöglichen oder realitätsfremden Massnahmen verlangt werden.⁷⁷ Wirksamkeit und Notwendigkeit einer Schadenminderungsmassnahme beurteilen sich einzelfallweise.⁷⁸

b) **Wirksamkeit**

Der Gesetzgeber verlangt mitunter eine qualifizierte Wirksamkeit. Eine erwerbsbezogene Schadenminderungsmassnahme ist insbesondere im Sozialversicherungsrecht nur vorzunehmen, wenn sie eine «wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht».⁷⁹ Über Art. 21 Abs. 4 ATSG hinaus fordert Art. 7 Abs. 2 IVG die aktive Teilnahme an den Massnahmen. Im Vergleich zur ATSG-Bestimmung setzen Art. 7 Abs. 2 IVG und Art. 8a Abs. 1 IVG zudem nicht voraus, dass die Massnahmen eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit versprechen.

Das Bundesgericht hat offengelassen, ob der Verzicht auf die Wesentlichkeit der Verbesserung vom Gesetzgeber «gewollt» ist, um dem Grundsatz der «Eingliederung statt Rente» vermehrt zum Durchbruch zu verhelfen, oder ob durch den Verweis in Art. 7b Abs. 1 IVG auf Art. 21 Abs. 4 ATSG auch im Zusammenhang mit Wiedereingliederungsmassnahmen nach Art. 8a IVG eine wesentliche Verbesserung in Aussicht stehen muss.⁸⁰ Bestehen grosse Eingliederungsressourcen, machen auch eine lange Rentendauer und ein vorgerücktes Alter Wiedereingliederungsmassnahmen nicht unzumutbar.⁸¹

c) **Notwendigkeit**

An sich wirksame Schadenminderungsmassnahmen dürfen nur dann unterbleiben, wenn sie im konkreten Einzelfall nicht notwendig sind bzw. der Schaden auch ohne Vornahme der fraglichen Schadenminderungsmassnahmen eingetreten wäre. Da es sich bei der Einrede, die Schadenminderungspflicht sei verletzt worden, um eine rechtshindernde Einrede handelt, trägt die ersatzpflichtige Person⁸² bzw. der Versicherungsträger⁸³ die Beweislast für die Wirksamkeit und Notwendigkeit der von ihm geltend gemachten Schadenminderungsmassnahmen.

Sobald das Gericht davon überzeugt ist, dass Schadenminderungsmassnahmen seitens der geschädigten bzw. versicherten Person angezeigt gewesen wären, trägt diese die Bestreitungs- und Beweislast für Umstände, welche Zweifel an der Sachdarstellung der ersatzpflichtigen Person bzw. des Versicherungsträgers wecken.⁸⁴ Die ersatzpflichtige Person bzw. der Versicherungsträger hat deshalb die generelle Wirksamkeit und Notwendigkeit der behaupteten Massnahme für die Schadenminderung nachzuweisen, während die geschädigte bzw. versicherte Person die Beweislast für die im konkreten Einzelfall ausnahmsweise Unwirksamkeit bzw. geltend gemachte Ohnehin-Verursachung des Schadens trägt.

⁷⁷ Vgl. BGer, I 495/06, 5.7.2007, E. 7.

⁷⁸ Siehe z.B. BGer, I 563/05, 10.4.2006, E. 3.

⁷⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

⁸⁰ Vgl. BGE 145 V 2 E. 4.2.2.

⁸¹ Ibid. 5.3.2.

⁸² Vgl. z.B. BGer, 4A_127/2011, 12.7.2011, E. 8.2.

⁸³ Vgl. BGE 138 III 799 E. 2.3 (n.p.) sowie BGer, 4A_314/2015, 1.12.2015, E. 3.3.2, und 4A_529/2012, 31.1.2013, E. 2.4.

⁸⁴ Vgl. BGer, 4A_127/2011, 12.7.2011, E. 8.2, und 4C.37/2011, 27.4.2011, E. 4.

Zumutbarkeit der Schadenminderungsmassnahme

Allgemeines

geschädigte bzw. versicherte Person ist nur verpflichtet, wirksame und notwendige Schadenminderungsmassnahmen zu ergreifen, hat aber nicht alle wirksamen und notwendigen Schadenminderungsmassnahmen zu leisten. Schadenminderungsmassnahmen beeinträchtigen unmässig persönlichkeits- oder grundrechtlich geschützte Lebensbereiche der verpflichteten Person, weshalb im konkreten Einzelfall eine Abwägung der Interessen der schadenminderungspflichtigen Person und derjenigen des Versicherungsträgers⁸⁵ bzw. eine Verhältnismässigkeitsprüfung⁸⁶ durchzuführen ist.

Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung von sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflichten darf dabei das öffentliche Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis nicht einseitig betont werden. Als Richtschnur gilt, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht zulässigerweise dort strenger sind, wo eine Inanspruchnahme der Sozialversicherung in Frage steht.⁸⁷ Das Bundesgericht hält im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Grundrechtsschutzes der schadenminderungspflichtigen Person und dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis Folgendes fest:

«Die Schadenminderungspflicht der Leistungsansprecher kann in Konflikt zu den Grundrechten auf freie Wahl des Wohnsitzes und des Arbeitsortes – im weitern auch des Berufes – treten, hat jedoch praxisgemäss hinter die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten in der Lebensgestaltung zurückzutreten, sofern der Streitgegenstand weder die Auslösung von Rentenleistungen noch eine grundlegende neue Eingliederung beschlägt. Umgekehrt geht die Schadenminderungspflicht der versicherten Person ihren grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten grundsätzlich vor, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehren Rentenleistungen auslöst oder zu einer grundlegend neuen Eingliederung Anlass gibt. Ein Versicherter kann zu einer Schadenminderung prinzipiell nur soweit verhalten werden, als sie sich in der Weise auf die Leistungen auswirken kann, dass dadurch ein laufender Anspruch ganz oder teilweise untergeht, ein möglicher Anspruch entweder nicht entsteht oder herabgesetzt wird.»⁸⁸

Der Gesetzgeber hält regelmässig fest, dass von der geschädigten bzw. versicherten Person nur zumutbare Massnahmen verlangt werden können,⁸⁹ bzw. schliesst Massnahmen, welche mit der Gefahr für Leben und Gesundheit der schadenminderungspflichtigen Person verbunden sind, aus.⁹⁰ Unzulässig sind beispielsweise Massnahmen, bei welcher eine Todesgefahr von

Vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB.

Vgl. Art. 36 Abs. 3 und 4 BV.

Vgl. BGE 113 V 22 E. 4d sowie BGer, 8C_625/2016, 24.1.2017, E. 3.4.1, und 8C_459/2009, 23.7.2009, E. 4.3.1.

BGer, I 15/05, 18.7.2005, E. 6.4.

Vgl. z.B. Art. 6, Art. 7 Abs. 1, Art. 16, Art. 21 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 2 ATSG, Art. 7, Art. 7a, Art. 7c und Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG, Art. 55 Abs. 2 und Art. 61 UVV sowie Art. 15 Abs. 1 f., Art. 16, Art. 17 Abs. 1 und 3 AVIG.

Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 4 und Art. 55 Abs. 2 UVV.

4 % oder mehr besteht.⁹¹ Unverhältnismässig sind sodann Massnahmen, welche mit grossen Schmerzen verbunden sind, zu einer Entstellung führen oder andere elementare Erscheinungen der Persönlichkeit betreffen.⁹²

So kann insbesondere von einer Frau, bei welcher eine Sterilisation mangelhaft vorgenommen worden ist, im Hinblick auf die Schadenminderung nicht verlangt werden, dass sie ein ungeborenes Kind abtreibt oder dieses zur Adoption freigibt.⁹³ Ebenso wenig kann vom Ehegatten einer getöteten Person, welcher einen Versorgungsausfall geltend macht, verlangt werden, dass er sich wieder verheiratet. Im Rahmen der Schadenberechnung kann lediglich der Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit Rechnung getragen werden.⁹⁴

b) Zumutbarkeitsgrenze

Die Zumutbarkeit im Zusammenhang mit Schadenminderungsmassnahmen ist bezogen auf die verpflichtete Person zu bestimmen. Entsprechend sind alle konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere die Auswirkungen für die verpflichtete Person und gegebenenfalls nahe Angehörige, zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung umschreibt diese subjektiviert Zumutbarkeitsgrenze unterschiedlich. Im haftpflichtrechtlichen Kontext wird beispielsweise folgende Umschreibung verwendet:

«Grenze der Obliegenheit zur Schadenminderung bildet die Zumutbarkeit. Um den Schaden im Interesse des Haftpflichtigen zu mindern, muss der Geschädigte nur jene Massnahmen ergreifen, die ihm billigerweise zugemutet werden dürfen. Als Massstab gilt das Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage, der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte. Welche Anstrengungen vom Geschädigten verlangt werden können, ist in Würdigung sämtlicher Umstände zu beurteilen, d.h. im Blick auf die Persönlichkeit des Verletzten, dessen berufliche Fähigkeiten und Handfertigkeiten, Anpassungsfähigkeit und Intelligenz sowie Alter und Bildungsgrad.»⁹⁵

Die sozialversicherungsrechtliche Zumutbarkeitsgrenze wird einerseits durch explizite Zumutbarkeitsbestimmungen,⁹⁶ andererseits einzelfallweise, je nachdem, welche Versicherungsleistung betroffen ist, durch die Rechtsprechung subjektiviert oder objektiviert konkretisiert. Im Regelfall sind sämtliche konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen. So wird insbesondere die Zumutbarkeit von medizinischen Massnahmen oder Eingliederungsmassnahmen subjektiviert bestimmt.⁹⁷

⁹¹ 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 Trikuspidalverletzung).

⁹² Vgl. BGE 81 II 512 E. 2a.

⁹³ Vgl. BGE 132 III 359 E. 4.3.

⁹⁴ Vgl. IMHOF, 301 ff., 305.

⁹⁵ Vgl. BGE 110 II 423 E. 2c/bb (n.p.) sowie BGer, 5A_45/2009, 29.6.2009, E. 3.2.2; 4C.177/2006, 22.9.2006, E. 2.2.2, und 4C.83/2006, 26.6.2006, E. 4.

⁹⁶ Exemplarisch Art. 16 Abs. 2 AVIG.

⁹⁷ Seit der 5. IVG-Revision ist vom Grundsatz der Zumutbarkeit jeder Massnahme, die der Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen Aufgabenbereich dient, auszugehen (vgl. BGE 145 V 2 E. 4.2.3).

Da das Sozialversicherungsrecht Teil des öffentlichen Rechts darstellt, ist dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot Nachachtung zu verschaffen und im Regelfall eine objektive Pflichtengrenze zu bestimmen.⁹⁸ Auch bei Berücksichtigung der subjektiven Gegebenheiten ist deshalb ein objektiver Massstab anzuwenden, welcher etwa der Berücksichtigung einer starken Verbundenheit mit dem bereits von den Eltern bewirtschafteten Hof oder dem nachvollziehbaren Wunsch, den Hof dereinst an einen Nachkommen weiterzugeben, grundsätzlich entgegensteht.⁹⁹ Eine objektivierte Zumutbarkeitsgrenze besteht insbesondere im Zusammenhang mit Rentenleistungen bei einer Erwerbsunfähigkeit.

Eine Erwerbsunfähigkeit liegt gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG erst dann vor, wenn die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung aus objektiver Sicht nicht überwindbar sind. Demgemäss ist für die Frage, ob es der versicherten Person zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen, eine objektivierte Betrachtungsweise massgeblich, da es nicht auf ihr subjektives Empfinden ankommen kann. Zudem sind für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Medizinisch nicht begründbare Selbstlimitierungen¹⁰⁰ sind genauso wie invaliditätsfremde Umstände¹⁰¹ sowie psychosoziale und soziokulturelle Einschränkungen¹⁰² unbeachtlich. Selbst aussergewöhnliche individuelle Umstände sind unbeachtlich. So ist beispielsweise in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht die Tätigkeit als Fusstickerin objektiv zumutbar, weil es sich dabei nicht um eine erniedrigende, sondern um eine besonders wertvolle Leistung handelt.¹⁰³

Die privatversicherungsrechtliche Zumutbarkeitsgrenze ist je nach Versicherungsleistung entweder subjektiviert oder objektiviert festzulegen. Bei Versicherungsleistungen, welche einen engen Bezug zu Sozialversicherungsleistungen aufweisen, insbesondere diese ergänzen, sind die sozialversicherungsrechtlichen Grundsätze heranzuziehen, während bei anderen Versicherungsleistungen die konkreten Umstände des Einzelfalles massgeblich sind. Im haftungsrechtlichen Kontext sind ebenfalls die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen.

Bei der Interessenabwägung sind allfällige Grundrechte der versicherten Person nicht zu berücksichtigen, insbesondere auch nicht im Zusammenhang mit einer Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung.¹⁰⁴ Die Höhe des Schadens bzw. der vereinbarten Versicherungssumme spielt für den Umfang der Schadenminderungspflicht der versicherten Person grundsätzlich keine Rolle. Versicherte bzw. geschädigte Personen sind gehalten, die für ihre jeweilige Person zumutbaren Schadenminderungsmassnahmen zu ergreifen.

⁹⁸ Weiterführend PÄRLI, 260 ff.

⁹⁹ Vgl. BGer, 9C_644/2015, 3.5.2016, E. 4.4.2, und 9C_834/2011, 2.4.2012, E. 4.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.7.1.

¹⁰¹ Vgl. z.B. BGer, 8C_223/2019, 11.7.2019, E. 3.2, und 8C_370/2011, 16.8.2011, E. 2.

¹⁰² Vgl. z.B. BGer, 8C_858/2017, 17.5.2018, E. 2.3, und 9C_830/2007, 29.7.2008, E. 4.2.

¹⁰³ Vgl. BGE 109 V 25 E. 3.

¹⁰⁴ Vgl. BGer, 5P.97/2006, 1.6.2006, E. 3.3.

2.3 Schadenminderungskosten

Sowohl im Haftungs- als auch im Privatversicherungsrecht ist anerkannt, dass die ersatzpflichtige Person bzw. der Versicherer die Kosten der Schadenminderungsmassnahmen zu vergüten hat.¹⁰⁵ Der Versicherer hat die Schadenminderungskosten auch dann zu vergüten, wenn die getroffenen Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind oder wenn die Schadenminderungskosten und der Schaden zusammen den Betrag der Versicherungssumme übersteigen.¹⁰⁶

Im Sozialversicherungsrecht demgegenüber besteht keine (vollumfängliche) Leistungspflicht für die finanziellen Folgen von Mitwirkungs- und Schadenminderungsmassnahmen, welche von der versicherten Person ergriffen worden sind. Die Schadenminderungskosten werden vom Sozialversicherungsträger nur vergütet, sofern und soweit eine gesetzliche Grundlage besteht¹⁰⁷ und die fragliche Massnahme vom Versicherungsträger angeordnet worden ist. Wurde die fragliche Massnahme nicht vom Versicherungsträger angeordnet, besteht eine Vergütungspflicht dann, wenn die fragliche Massnahme für die Beurteilung des Versicherungsanspruchs unerlässlich war oder Bestandteil der zugesprochenen Versicherungsleistung bildet.¹⁰⁸ Eingliederungskosten beispielsweise werden erst ab einem Betrag von CHF 400 entschädigt.¹⁰⁹

III. Schadenminderungspraxis

1. Schadenminderung und gesundheitliche Beeinträchtigung

Die geschädigte bzw. versicherte Person ist verpflichtet, sich medizinischen und sonstigen Massnahmen zu unterziehen, die geeignet sind, die gesundheitliche Beeinträchtigung oder deren nachteilige Folgen zu verhindern, zu mildern oder zu beheben.¹¹⁰ Ob und inwieweit eine Verletzung der Schadenminderungspflicht mit Bezug auf allfällige medizinische Massnahmen vorliegt, lässt sich erst beurteilen, wenn der medizinische Tatbestand hinreichend abgeklärt ist.¹¹¹

Zumutbar sind insbesondere präventive Massnahmen¹¹², insbesondere eine übliche Gesundheitspflege¹¹³, Abklärungs-¹¹⁴, insbesondere Untersuchungs-¹¹⁵ und Überwachungsmassnahmen.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 66 II 226/230 und 60 II 38 E. 4.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 70 Abs. 1 VVG.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Art. 78 f. IVV und Art. 58 UVV.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 45 Abs. 1 ATSG.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 IVV.

¹¹⁰ Vgl. z.B. Art. 7, Art. 16, Art. 21 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2 ATSG sowie Art. 55 Abs. 2 und Art. 61 UVV.

¹¹¹ Vgl. BGer, 9C_24/2008, 27.5.2008, E. 2.3.3.

¹¹² Wer allgemein übliche oder gesetzliche Präventivmassnahmen unterlässt und so einen Gesundheitsschaden bewirkt, müsste streng genommen eine Leistungsverweigerung nur dann befürchten, wenn er vorsätzlich gehandelt hat. Das Bundesgericht hat jedoch verschiedentlich das Unterlassen von Präventivmassnahmen als Verletzung der Schadenminderungspflicht qualifiziert (vgl. z.B. BGE 128 V 59 E. 4 und 6 sowie BGer, 28.12.1981, i.S. G. [Tragen einer Schutzmaske]).

¹¹³ Vgl. BGE 128 V 59 E. 4a und 6d (allgemein übliche Mund- und Zahnhigiene).

¹¹⁴ Vgl. BGE 125 V 401 E. 4b sowie BGer, 4C.327/2004, 22.12.2004, E. 5 (psychiatrische Untersuchung).

¹¹⁵ Vgl. Art. 43 Abs. 2 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV sowie BGer, 9C_914/2010, 2.12.2010, E. 3; 4C.327/2004, 22.12.2004, E. 5 (psychiatrische Untersuchung), und OGer LU, 7.6.1995, i.S. K. c.

men¹¹⁶, diagnostische Massnahmen¹¹⁷, therapeutische Massnahmen¹¹⁸, insbesondere ärztliche Behandlung¹¹⁹, Entzugsbehandlung¹²⁰, Rehabilitationstraining¹²¹, psychotherapeutische Massnahmen¹²², Medikamenteneinnahme¹²³, Abmagerungskuren¹²⁴ und operative Massnahmen¹²⁵.

Medizinische Massnahmen, welche mit einer Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität der versicherten Person verbunden sind, sind nur dann zumutbar, wenn sie eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit versprechen oder geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit vor wesentlicher Beeinträchtigung zu bewahren.¹²⁶ Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf eine totalendoprothetische Versorgung der Hüfte nicht in jedem Fall gegeben.¹²⁷ Ist eine versicherte Person bezüglich einer psychischen Problematik nicht einsichtig und lehnt eine entsprechende Therapie ab, gereicht ihr dies unter Umständen dann nicht zum Verschulden, wenn die fehlende Krankheitseinsicht gerade Teil des Leidens selbst ist.¹²⁸

Der erforderliche Grad an Wahrscheinlichkeit ist unter Berücksichtigung der Schwere des mit der Massnahme verbundenen Eingriffs in Persönlichkeitsrechte zu beurteilen: Bei therapeutischen Massnahmen, welche mit einem nur geringen Eingriff verbunden sind, dürfen an die Wahrscheinlichkeit der zu erwartenden Besserung keine hohen Anforderungen gestellt werden. Ist der Eingriff erheblich (beispielsweise bei einer wirbelsäulenorthopädischen Operation), wird eine höhere Wahrscheinlichkeit, aber nicht ein sicherer Erfolg verlangt.¹²⁹ 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 bejaht.¹³⁰

Zürich Lebensversicherungs-Gesellschaft, E. b (diagnostisch notwendige Untersuchungen und/oder psychiatrische Behandlung).

¹¹⁶ Vgl. BGE 128 III 34 E. 5c.

¹¹⁷ Vgl. Art. 18 Abs. 2 MVG und Art. 55 Abs. 2 UVV sowie BGer, 12.4.1956, i.S. K., und 9.2.1961, i.S. C. (diagnostische Lumbalpunktion), sowie 22.5.1936, i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).

¹¹⁸ Vgl. Art. 7 und Art. 21 Abs. 4 ATSG.

¹¹⁹ Vgl. BGer, 29.11.1983, i.S. B.

¹²⁰ Vgl. BGE 145 V 215 E. 8.2 sowie BGer, 9C_309/2019, 7.11.2019, E. 4.2.2, und 9C_218/2007, 19.11.2007, E. 2.4.

¹²¹ Vgl. EVGE 1945, 78.

¹²² Vgl. z.B. BGE 127 V 294 E. 4.

¹²³ Vgl. BGer, 8C_10/2018, 24.5.2018, E. 5.3.2; 8C_625/2016, 24.1.2017, E. 3.4.1, und 4A_79/2012, 27.8.2012, E. 6.2 (Einnahme von Antidepressiva).

¹²⁴ Siehe BGer, I 745/06, 21.3.2007, E. 3.3; I 554/04, 3.3.2005, E. 2.3, und I 53/00, 14.7.2000, E. 4b.

¹²⁵ Vgl. Art. 7 und Art. 21 Abs. 4 ATSG sowie BGE 105 V 176 E. 3 und BGer, 22.5.1936, i.S. W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).

¹²⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 12 Abs. 1 IVG.

¹²⁷ Vgl. BGer, I 136/04, 22.12.2004, E. 3.1.

¹²⁸ Vgl. BGer, 9C_82/2013, 20.3.2013, E. 3.

¹²⁹ Vgl. BGer, 8C_70/2014, 7.4.2014, E. 6.1.

¹³⁰ Vgl. BGE 105 V 176 E. 3 (Herzoperation); EVG, 16.10.1991, i.S. W.K., E. 3, in: ZAK 1992, 126 (Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges); EVG, 13.2.1984, i.S. P.F., in: ZAK 1985, 327 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese), und EVGE, 1965, 35, in: ZAK 1965, 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat).

Als zumutbar befunden wurden lediglich eine Teilamputation des Zeigefingers¹³¹ und eine Arthrodese¹³².

2. Schadenminderung und Eingliederung

Die versicherte Person ist dem Grundsatz «Eingliederung vor Rente» gemäss verpflichtet, von sich aus oder auf Weisung des Versicherungsträgers zumutbare Eingliederungsmassnahmen zu ergreifen. Verletzt die versicherte Person die Eingliederungspflicht, steht ihr ein allfälliger Rentenanspruch nur so weit zu, wie dieser nach Durchführung von zumutbaren Eingliederungsmassnahmen gewährt worden wäre. Kein Rentenanspruch besteht, wenn die Person selbst ohne Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise in der Lage wäre, ein rentenaus-schliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen.¹³³

Seit der 5. IVG-Revision ist vom Grundsatz der Zumutbarkeit jeder Massnahme, die der Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen Aufgabenbereich dient, auszugehen.¹³⁴ Die versicherte Person hat folglich substantiiert Gründe darzutun, weshalb eine bestimmte Eingliederungsmassnahme nicht zumutbar sei. Personen, die ehemals in gehobener Stellung tätig waren, ist eine Eingliederung in eine gegenüber früher offensichtlich untergeordnete Stellung unzumutbar.¹³⁵ Kinder sind unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderung grundsätzlich verpflichtet, einen ihrer Behinderung angepassten Beruf zu erlernen.¹³⁶

Erfolgte eine berufliche Eingliederung bzw. Umschulung durch die Invalidenversicherung, kann von der geschädigten Person im Rahmen der haftungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht nochmals ein Berufswechsel verlangt werden. Erfolgte keine berufliche Eingliederung bzw. Umschulung durch die Invalidenversicherung, ist die geschädigte Person auf Grund der Selbsteingliederungspflicht als Aspekt der Schadenminderungspflicht berechtigt und verpflichtet, sich bestmöglich umzuschulen bzw. beruflich einzugliedern. Voraussetzung für eine Umschulung ist aber, dass die geschädigte Person in der Lage ist, den neuen Beruf auszuüben. Bei einem Geschädigten, der ein Bein verloren hat, sind die Berufe eines Fräasers, Bohrers oder Drehers ungeeignet.¹³⁷

Eine rentenbeziehende Person mit Eingliederungsressourcen hat – unabhängig davon, ob ein Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG vorliegt – nicht nur einen Anspruch, sondern auch eine Pflicht, an zumutbaren Wiedereingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Dabei bildet die subjektive Eingliederungsfähigkeit der rentenbeziehenden Person keine Voraussetzung für die Durchführung solcher Massnahmen.¹³⁸ Entsprechend sind auch versicherte Personen, welche über 55-jährig sind und bei welchen in der Regel keine Rentenrevision mehr erfolgt,

¹³¹ Vgl. SUVA-Jahresbericht 1961, 20 f.

¹³² Vgl. VGer LU, S 98 648, 30.6.1999, E. 2a ff., und EVG, 15.6.1973, i.S. M. (Double-Arthrodese links).

¹³³ Vgl. BGer, I 15/05, 18.7.2005, E. 6.1.1.

¹³⁴ Vgl. BGE 145 V 2 E. 4.2.3. Siehe ferner FÄSSLER, 137 ff., 147 f., und MOSIMANN, 723 ff.

¹³⁵ Vgl. BGer, K 85/02, 10.3.2003, E. 4.2, und EVG, 3.7.1975, i.S. R.P., E. 3b, in: ZAK 1976, 279.

¹³⁶ Vgl. z.B. BREHM, BE-K, Art. 46 OR N 126.

¹³⁷ Vgl. BGE 89 II 222 E. 6.

¹³⁸ Vgl. BGE 145 V 2 E. 4.3.

wiedereingliederungspflichtig.¹³⁹ Die Zumutbarkeit beurteilt sich nach Massgabe der Kriterien, welche im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit einer allfälligen Resterwerbsfähigkeit massgeblich sind. Die Beweislast für die Unzumutbarkeit einer Wiedereingliederungsmassnahme liegt bei der versicherten Person.¹⁴⁰

3. Schadenminderung und Arbeitsunfähigkeit

3.1 Erwerbliche Schadenminderung

a) Anpassung und Angewöhnung

Die geschädigte bzw. versicherte Person ist verpflichtet, das bei ihr noch vorhandene funktionelle Leistungsvermögen bestmöglich zu verwerten. Durch zumutbare Anpassung und Angewöhnung kann bei einer geringfügigen Erwerbsunfähigkeit ein Lohnausfall in der Regel verhindert werden.¹⁴¹ Wird ein paariges Organ verletzt, ist keine Anpassung und Angewöhnung zu berücksichtigen.¹⁴² Die Rechtsprechung hält dafür, dass Kinder und Jugendliche über eine grössere Angewöhnungs- und Anpassungsfähigkeit als Erwachsene verfügen,¹⁴³ was ein höheres Invalideneinkommen ermöglicht bzw. eine weitgehende Kompensation des zukünftigen Lohnausfalls zur Folge hat.¹⁴⁴ Praxisgemäss wird bei Kindern von einer Kompensation des Lohnausfalls im Umfang von 5 % bis 15 % ausgegangen.¹⁴⁵

b) Berufswechsel

Besteht eine Taggeldversicherung, kann die versicherte Person in dem Umfang Leistungen vom Versicherungsträger beanspruchen, wie sie gesundheitsbedingt arbeitsunfähig ist.¹⁴⁶ Eine Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr in der Lage ist, den bisherigen Beruf oder die bisherige Tätigkeit auszuführen.¹⁴⁷ Der Grad der Arbeitsunfähigkeit bestimmt sich danach, in welchem Umfang die versicherte Person die angestammten Arbeiten zumutbarerweise nicht mehr nutzbringend erbringen kann. Nicht massgebend ist dagegen die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsunfähigkeit.¹⁴⁸

¹³⁹ Vgl. BGE 145 V 209 E. 5.

¹⁴⁰ Vgl. BGer, 9C_842/2010, 26.1.2011, E. 2.2.

¹⁴¹ Vgl. BREHM, BE-K, Art. 46 OR N 78 ff..

¹⁴² Vgl. BGE 100 II 298 E. 4b; 81 II 159 E. 5; 70 II 136 E. 3 und 43 II 144; ähnlich CC FR, FZR 1980, 16, 1.4.1980, E. a, in: JdT 1982 I, 431 (Verlust einer Niere); ferner OGer ZH, ZR 1975 Nr. 25, 21.2.1975, E. 5, in: SJZ 1975, 351 (Verlust eines Auges).

¹⁴³ Vgl. BGE 95 II 255 E. 7c.

¹⁴⁴ Vgl. BGer, 4C.83/2006, 26.6.2006, E. 4.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 100 II 298 E. 4b (Augenverlust; Reduktion von 5 % bei einer 30%igen Erwerbsunfähigkeit); 77 II 296 (Herabsetzung des Lohnausfalls um CHF 9500); 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).

¹⁴⁶ Zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit in der Arbeitslosenversicherung siehe MERZ, 269 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 6 Satz 1 ATSG.

¹⁴⁸ Vgl. z.B. BGE 114 V 281 E. 1c.

Bei einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.¹⁴⁹ Kann von der versicherten Person vernünftigerweise verlangt werden, das noch vorhandene funktionelle Leistungsvermögen in einem anderen Beruf oder einem anderen Aufgabenbereich zu verwerten, ist sie dazu verpflichtet. Eine versicherte Person, welche die noch vorhandene Arbeitsfähigkeit nicht verwertet, obgleich sie dazu unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und gegebenenfalls einer bestimmten Anpassungszeit in der Lage wäre, ist nach der Tätigkeit zu beurteilen, die sie bei gutem Willen ausüben könnte; das Fehlen des guten Willens ist nur dort entschuldbar, wo es auf einer Krankheit beruht.¹⁵⁰

Der Gesetzgeber ging beim Erlass des ATSG davon aus, dass eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit anzunehmen ist, wenn diese mehr als sechs Monate dauert.¹⁵¹ Nach Ablauf dieser Halbjahresfrist kann der Versicherer prüfen, ob der versicherten Person eine andere Tätigkeit möglich und zumutbar ist. Ist die Aufnahme einer anderen Tätigkeit möglich und zumutbar, ist der versicherten Person eine Anpassungszeit von mindestens drei bis zu sechs Monaten einzuräumen.¹⁵² Die Länge der Frist bestimmt sich danach, welche Zeit für die Stellensuche und den Antritt einer neuen Stelle unter Berücksichtigung der Vermittelbarkeit einzuräumen ist. Der Versicherer hat dabei nicht das Risiko einer schwierigen Vermittelbarkeit zu tragen. Stand der versicherten Person für die Stellensuche nahezu ein ganzes Jahr zur Verfügung, genügt dies auch bei einer schwierigen Vermittelbarkeit.¹⁵³

Diese für den sozialversicherungsrechtlichen Taggeldanspruch massgeblichen Grundsätze sind auch im Geltungsbereich der Taggeldversicherung gemäss VVG analog anwendbar. Der Taggeldversicherer ist dabei verpflichtet, die versicherte Person schriftlich aufzufordern, eine berufliche Neuorientierung bzw. einen Berufswechsel vorzunehmen. Wird die Einstellung der Taggeldleistungen lediglich in Aussicht gestellt, stellt dies keine Aufforderung dar, einen Berufswechsel vorzunehmen.¹⁵⁴ Der versicherten Person ist in jedem Fall eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren. Die Anpassungsfrist beginnt dabei mit der Zustellung der schriftlichen Aufforderung zu laufen.¹⁵⁵ Eine Kürzung oder Verweigerung der Leistung ist beim privatversicherungsrechtlichen Taggeldanspruch ohnehin nur dann zulässig, wenn der versicherten Person im Zusammenhang mit dem unterlassenen Berufswechsel ein Verschulden vorgeworfen werden kann.¹⁵⁶

Die versicherungsrechtliche Rechtsprechung betont, dass im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit eines Berufs- oder Aufgabenwechsels sämtliche subjektiven und objektiven Gegeben-

¹⁴⁹ Vgl. Art. 6 Satz 2 ATSG.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 114 V 281 E. 1d.

¹⁵¹ Vgl. BBl 1991 II 249.

¹⁵² Vgl. BGE 133 III 527 E. 3.2.1, in: Pra 2008, Nr. 28; 129 V 460 E. 5.2 (vier Monate); 114 V 281 E. 5b (vier Monate) und 111 V 235 E. 2a und b (sechs Monate) sowie VGer GE, 1.12.1998, i.S. X vs. Y, in: SVR 2001, KV Nr. 34 (sechs Monate).

¹⁵³ Vgl. BGE 114 V 281 E. 5b.

¹⁵⁴ Vgl. BGer, 4A_384/2019, 9.12.2019, E. 5.3 f.

¹⁵⁵ Ibid. E. 5.4.2.

¹⁵⁶ Offengelassen, ob eine angemessene Übergangsfrist im Rahmen einer VVG-Taggeldversicherung hätte angesetzt werden müssen, da den Versicherungsnehmer kein Verschulden hinsichtlich des unterbliebenen Berufswechsels hat vorgeworfen werden können (vgl. BGer, 4A_79/2012, 27.8.2012, E. 5 f.).

heiten des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Im Vordergrund stehen bei den subjektiven Umständen die verbliebene Leistungsfähigkeit sowie die weiteren persönlichen Verhältnisse wie Alter, berufliche Stellung, Verwurzelung am Wohnort etc. Bei den objektiven Umständen sind insbesondere der ausgeglichene Arbeitsmarkt und die noch zu erwartende Aktivitätsdauer massgeblich.¹⁵⁷

Als Folge des für den Invalidenrentenanspruch geltenden Wartejahres¹⁵⁸ sind spätestens nach Ablauf eines Jahres die Zumutbarkeitsgrundsätze, wie sie im Zusammenhang mit der Erwerbsunfähigkeit gelten, anwendbar. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt erst dann vor, wenn die versicherte Person sich einer zumutbaren Behandlung und Eingliederung unterzogen hat. Der Gesetzgeber verlangt zudem, dass die nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus objektiver Sicht nicht überwindbar sind.¹⁵⁹ Invaliditätsfremde sowie sozio-kulturelle Umstände, welche die Verwertung der theoretisch noch vorhandenen funktionellen Leistungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen, sind folglich unbeachtlich.

Als Folge des objektiv-abstrakten Erwerbsunfähigkeitsbegriffs überlagern sich Anspruchsvoraussetzungen und die Schadenminderungsobliegenheit insoweit, als bestimmte subjektive Einschränkungen vom Gesetzgeber als unbeachtlich bzw. in objektiver Hinsicht überwindbar betrachtet werden. Da hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen und der Schadenminderungspflicht eine unterschiedliche Beweislastverteilung besteht, muss im Privatversicherungs- und im Haftpflichtrecht zwischen Anspruchsvoraussetzungen und Schadenminderungsobliegenheit unterschieden werden.¹⁶⁰ Die privatversicherte bzw. geschädigte Person trägt lediglich die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen, während der Versicherer bzw. die haftpflichtige Person eine Verletzung der Schadenminderungspflicht nachzuweisen hat.

Das objektiv-abstrakte Konzept, das im Sozialversicherungsrecht Anwendung findet, blendet sämtliche subjektiven Persönlichkeitsmerkmale der gesundheitlich beeinträchtigten Person, welche arbeitsmarktrelevant sind, aus. Die versicherte Person wird letztlich nur dahingehend beurteilt, ob und inwieweit sie als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen noch funktionell in der Lage ist, bestimmte Tätigkeiten auszuführen, welche der konkrete Arbeitsmarkt kennt, mögen diese Tätigkeiten auch selten sein oder in einem ganz anderen geographischen Winkel des Landes als Arbeitsplatz angeboten werden. Es spielt dabei keine Rolle, ob die funktionell noch ausübbar Tätigkeiten auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Die haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit im erwerblichen Bereich knüpft nicht an die sozialversicherungsrechtliche Theorie an, sondern stellt die verletzte Person mit all ihren persönlichen Eigenschaften ins Zentrum. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt dabei dann vor, wenn die verletzte Person als Folge der eingeschränkten funktionellen Leistungsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt, der ihr zugänglich ist, nicht mehr alle Tätigkeiten

¹⁵⁷ Statt vieler BGer, 9C_644/2015, 3.5.2016, E. 4.3.1; 9C_834/2011, 2.4.2012, E. 2, und 8C_482/2010, 27.9.2010, E. 4.2.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG.

¹⁶⁰ Siehe dazu BGer, 4A_314/2015, 1.12.2015, E. 3.3.2.

wirtschaftlich nutzbar ausführen kann.¹⁶¹ Der haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeitsbegriff ist folglich subjektiv-konkret.¹⁶²

Ist die verletzte Person nicht mehr in der Lage, die ihr möglichen und zumutbaren freien Stellen auf dem konkreten Arbeitsmarkt auszuführen, besteht eine Erwerbsunfähigkeit bzw. ist ein Erwerbsausfall anzunehmen, auch wenn dieselbe Person als Folge der bei ihr noch bestehenden funktionellen Leistungsfähigkeit Tätigkeiten auszuführen imstande wäre, welche in einem anderen Landesteil auf dem dortigen konkreten Arbeitsmarkt angeboten werden bzw. würden, wenn sie nicht schon besetzt wären. Eine Erwerbsunfähigkeit wird haftpflichtrechtlich bejaht, wenn die verletzte Person aus gesundheitlichen Gründen keine Aussicht mehr hat, relativ sicher ein nicht unbedeutendes Erwerbseinkommen zu erzielen.¹⁶³

Es ist auch im haftpflichtrechtlichen Kontext zulässig, der geschädigten Person ein hypothetisches Invalideneinkommen anzurechnen, wenn sie das noch vorhandene erwerbliche Leistungsvermögen nicht in zumutbarer Weise verwertet.¹⁶⁴ Die geschädigte Person ist dabei gehalten, sich aus Eigeninitiative um ihre Wiedereingliederung zu bemühen und die ersatzpflichtige Person gegebenenfalls zur Bevorschussung der dafür notwendigen finanziellen Mittel aufzufordern.¹⁶⁵ Ob bzw. inwieweit sich eine verletzte Person in guten Treuen auf die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit verlassen kann, sodass ihr eine erst später festgestellte Restarbeitsfähigkeit nicht vorgehalten werden kann,¹⁶⁶ hängt von den Umständen ab. War die geschädigte Person in ihrem eigenen Unternehmen tätig, kann sie sich nicht auf eine ärztlich bescheinigte vollständige Arbeitsunfähigkeit berufen.¹⁶⁷

Die «Erwerbsunfähigkeit» gemäss Art. 88 Abs. 1 VVG unterscheidet sich sowohl von der sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeit als auch von der haftpflichtrechtlichen Erwerbsunfähigkeit. Die Erwerbsunfähigkeit gemäss Art. 88 Abs. 1 VVG meint «die Erwerbsunfähigkeit im theoretischen, abstrakten Sinn».¹⁶⁸ Die abstrakte Erwerbsunfähigkeit ist mit der Integritätsschädigung gemäss Art. 24 Abs. 1 UVG vergleichbar und beurteilt sich wie diese nach der Gliedertaxe der Unfallversicherung¹⁶⁹ oder nach allfälligen Gliedertaxen in den allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB)¹⁷⁰. Die Gliedertaxe wird in den AVB regelmässig mit einer Generalklausel ergänzt, nach welcher die Bestimmung des Invaliditätsgrads

¹⁶¹ Vgl. BGer, 4C.263/2006, 17.1.2007, E. 4.1.

¹⁶² Weiterführend DEECKE/KURMANN, 379 ff.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Vgl. BGer, 4A_127/2011, 12.7.2011, E. 8.

¹⁶⁵ Vgl. BGer, 4C.177/2006, 22.9.2006, E. 2.3.

¹⁶⁶ Vgl. BGer, 4C.177/2006, 22.9.2006, E. 2.3.

¹⁶⁷ Vgl. BGer, 4A_204/2017, 29.8.2017, E. 8.2.3.

¹⁶⁸ BGE 127 III 100 E. 2a sowie BGer, 4A_644/2014, 27.4.2015, E. 2.2, und 5C.147/2001, 30.7.2001, E. 3.

¹⁶⁹ Vgl. Anhang 3 der UVV. Die Gliedertaxe berücksichtigt nicht, ob und wie stark sich die Invalidität im Beruf des Invaliden auswirkt und ob er wegen seiner Invalidität einen Schaden erleidet, sei es durch Mehrauslagen oder in Form einer Erwerbseinbusse (vgl. BGE 127 III 100 E. 2a).

¹⁷⁰ Die in UVG-Fällen bestehende Tatsachen- und Rechtskognition des Bundesgerichts (Art. 97 Abs. 2 BGG) gilt bei einer Überprüfung einer privaten Erwerbsunfähigkeitsversicherungsstreitigkeit nicht (vgl. BGer, 4A_442/2007, 8.1.2008, E. 2.3).

aufgrund ärztlicher Feststellung in Anlehnung an die in der Gliedertaxe enthaltenen Prozentsätze zu erfolgen hat.¹⁷¹

Eine solche Generalklausel kann nur so verstanden werden, dass die Parteien die Art und die Auswirkungen einer nicht ausdrücklich genannten Beeinträchtigung mit einer fachärztlichen Begutachtung feststellen und gestützt darauf die Schwere der Beeinträchtigung beurteilen.¹⁷² Wurden eine Gliederskala und subsidiär anwendbare Generalklauseln vereinbart, die auf die bleibende körperliche oder geistige Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit und der persönlichen Verhältnisse des Versicherten verweisen¹⁷³ gilt gleichwohl die medizinisch-theoretische Invalidität für die von der Gliederskala nicht erfassten Fälle.¹⁷⁴

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass entweder der tatsächlich eingetretene wirtschaftliche Schaden, mithin die haftpflichtrechtlich relevante Erwerbsunfähigkeit bzw. der individuell-konkrete Erwerbsausfallschaden, oder die sozialversicherungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit massgeblich ist.¹⁷⁵ Berufet sich der Versicherer auf einen vom abstrakten Erwerbsunfähigkeitsbegriff abweichenden Erwerbsunfähigkeitsbegriff, hat er eine entsprechende Vereinbarung zu beweisen. Besteht eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Erwerbsunfähigkeit, ist die zur sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeit ergangene Rechtsprechung nicht anwendbar.¹⁷⁶ Ist eine solche vertragliche Abweichung vom Gesetzestext nicht nachgewiesen, muss für die Bemessung der Invalidität auf die medizinisch-theoretische Erwerbsunfähigkeit abgestellt werden.¹⁷⁷ Diese ist selbst dann massgeblich, wenn in den AVB auf die persönlichen Verhältnisse des Versicherten verwiesen wird.¹⁷⁸

c) Betriebsaufgabe

Bei Selbstständigerwerbenden, bei welchen eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit besteht, ist zu prüfen, ob die Aufnahme einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit möglich und zumutbar ist.¹⁷⁹ Für die Beurteilung der Zumutbarkeit massgeblich sind die Schwere der Verletzung, das wirtschaftliche Umfeld in der jeweiligen Branche und der Arbeitswille des Betroffenen.¹⁸⁰ Die Aufnahme einer unselbstständigen (Haupt-)Erwerbstätigkeit ist nur dann zumutbar, wenn eine bessere erwerbliche Verwertung der Arbeitsfähigkeit erwartet werden kann und der beruf-

¹⁷¹ Vgl. BGer, 4A_442/2007, 8.1.2008, E. 3, und VGer LU, A 06 62 und A 06 63, 10.7.2006, E. 2c, in: LGVE 2006 II, Nr. 17.

¹⁷² Vgl. BGer, 4A_442/2007, 8.1.2008, E. 4.1.

¹⁷³ Diese lauten: «Kann das Ausmass der Invalidität nicht nach den Grundsätzen bestimmt werden, wird es aufgrund der bleibenden Einschränkung der körperlichen oder geistigen Funktionen und deren Auswirkungen auf die ausschliesslich ausserberuflichen Tätigkeiten und Verrichtungen festgelegt; bei Kindern vor vollendetem 20. Altersjahr jedoch unter Berücksichtigung der mutmasslichen Auswirkungen auf ihre künftige Erwerbsfähigkeit.» – «Kann das Ausmass der Invalidität nach den obigen Grundsätzen nicht bestimmt werden, wird es aufgrund der bleibenden körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung, unter Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit und der persönlichen Verhältnisse des Versicherten festgelegt» (BGE 127 III 100 E. 2b).

¹⁷⁴ Vgl. BGE 127 III 100 E. 2c.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 127 III 100 E. 1 und 2 sowie BGer, 5C.147/2001, 30.7.2001, E. 3.

¹⁷⁶ Vgl. BGer, 4A_41/2012, 31.5.2012, E. 4.2.2.

¹⁷⁷ Vgl. BGer, 5C.147/2001, 30.7.2001, E. 3.

¹⁷⁸ Vgl. BGer, 2.6.1983, i.S. René G. c. La B., in: SG 1983, Nr. 316.

¹⁷⁹ Vgl. BGer, 4C.3/2004, 22.6.2004, E. 1.3, in: Pra 2005, Nr. 20.

¹⁸⁰ Ibid.

liche Wechsel unter Berücksichtigung der gesamten Umstände (Alter, Aktivitätsdauer, Ausbildung, Art der bisherigen Tätigkeit, persönliche Lebensumstände) als zumutbar erscheint.¹⁸¹

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels, auch von der selbstständigen in eine unselbstständige Tätigkeit, ist die Gerichtspraxis sehr streng.¹⁸² Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist eine objektive Betrachtungsweise massgebend. Eine bloss subjektiv ablehnende Bewertung der in Frage stehenden Erwerbstätigkeit durch den Geschädigten ist unerheblich.¹⁸³ Unmassgeblich ist insbesondere, ob sich der Versicherte mit dem Betrieb verbunden fühlt und welche Auswirkungen die Betriebsaufgabe für Dritte hat.¹⁸⁴ Eine Betriebsaufgabe ist nur unter strengen Voraussetzungen unzumutbar, und es kann ein Betrieb selbst dann nicht auf Kosten der Invalidenversicherung aufrechterhalten werden, wenn die versicherte Person darin Arbeit von einer gewissen erwerblichen Bedeutung leistet.¹⁸⁵

d) Unverwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit

Der objektiv-abstrakte Invaliditätsbegriff, der im Sozialversicherungsrecht gilt, geht von der (unzutreffenden) Annahme aus, dass die theoretisch noch vorhandene Resterwerbsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt vollständig verwertet werden kann. In einem Sozialversicherungssystem, das zwischen einer Invaliden- und einer Arbeitslosenversicherung unterscheidet, ist es zwar zutreffend, zwischen Invalidität und Arbeitslosigkeit zu unterscheiden. Die Invalidenversicherung deckt in einem solchen System das Risiko ab, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen nicht mehr über dieselben (theoretischen) Erwerbsmöglichkeiten verfügen. Die Arbeitslosenversicherung demgegenüber sichert Personen ab, welche aus gesundheitlichen Gründen noch arbeiten können, aber aus konjunkturellen oder anderen Gründen, welche nichts mit der Gesundheit zu tun haben, keine offene Stelle finden.

Im Lebensalltag können diese beiden Risiken nicht immer voneinander getrennt werden. Gesundheitliche Beeinträchtigungen, ein fortgeschrittenes Alter, der Wohnort und andere persönliche Faktoren stehen in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander, was die Verwertung der theoretisch noch vorhandenen Arbeitsfähigkeit anbelangt. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Bundesgericht trotz der objektiv-abstrakten Konzeption des sozialversicherungsrechtlichen Invaliditätsbegriffs dazu übergegangen ist, der versicherten Person einen leidensbedingten Abzug bis maximal 25% des theoretischen Invalideneinkommens zu gewähren, wenn die theoretisch noch vorhandene Resterwerbsfähigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt nur eingeschränkt verwertet werden kann.¹⁸⁶

Das Bundesgericht hat in einer überaus reichhaltigen Praxis die Voraussetzungen und die Höhe des jeweiligen leidensbedingten Abzugs entwickelt. Es wird sogar anerkannt, dass in ganz besonderen Fällen, wenn sich mehrere persönliche Umstände, welche sich negativ auf

¹⁸¹ Vgl. BGer, 4C.83/2006, 26.6.2006, E. 4; I 241/05, 5.12.2005, E. 1; I 15/05, 18.7.2005, E. 6.1.2; I 316/04, 23.12.2004, E. 2.2, und I 145/01, 12.9.2001, E. 2b.

¹⁸² Vgl. BGer, 4A_495/2016, 5.1.2017, E. 2.3; I 640/05, 18.5.2006, E. 3.1, und I 761/04, 14.6.2005, E. 2.3.

¹⁸³ Vgl. BGE 109 V 25 E. 3c und BGer, I 241/05, 5.12.2005, E. 2.3.

¹⁸⁴ Vgl. BGer, I 643/03, 17.8.2004, E. 3.3.2.

¹⁸⁵ Vgl. BGer, 9C_624/2013, 11.12.2013, E. 3.1.1; 8C_492/2015, 17.11.2015, E. 2.2, und 9C_834/2011, 2.4.2012, E. 4.

¹⁸⁶ Grundlegend BGE 126 V 75 ff.

die Realisierbarkeit des Erwerbseinkommens auswirken, kumulieren, eine eigentliche Unverwertbarkeit der theoretischen Resterwerbsfähigkeit vorliegt. Eine Unverwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit ist anzunehmen, wenn die zumutbare Tätigkeit in nur so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint.¹⁸⁷ Diese Voraussetzungen werden in der Regel erst bei versicherten Personen, welche das 60. Altersjahr überschritten haben, angenommen. Die sozialversicherungsrechtliche Praxis ist mit Bezug auf die Unverwertbarkeit einer theoretisch noch vorhandenen Resterwerbsfähigkeit sehr streng.¹⁸⁸

Dieselbe Problematik besteht auch im Bereich der beruflichen Vorsorge und im Haftpflichtrecht. Auch dort ist zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein aus medizinischer Sicht noch mögliches Erwerbseinkommen auf dem konkreten Arbeitsmarkt realisiert werden kann. Die Praxis im Bereich der beruflichen Vorsorge betont, dass eine Resterwerbsfähigkeit von 10 % oder weniger als unverwertbar zu betrachten ist,¹⁸⁹ während im Haftpflichtrecht – ähnlich wie im Sozialversicherungsrecht – eine Resterwerbsfähigkeit von 20 %¹⁹⁰ bzw. 26 %¹⁹¹ als unverwertbar betrachtet wird. Die Frühpensionierung bei einer bloss 35%igen Arbeitsunfähigkeit stellt bei einem über 60-jährigen Geschädigten eine ungenügende Verwertung der Resterwerbsfähigkeit dar.¹⁹²

Die geschädigte Person hat die Verwertungsschwierigkeiten mit dem erforderlichen Beweisgrad nachzuweisen,¹⁹³ während es im Sozialversicherungsrecht genügt, dass Umstände aus den Akten hervorgehen, die erfahrungsgemäss die Verwertbarkeit einer theoretischen Resterwerbsfähigkeit einschränken. Immerhin betont das Bundesgericht, dass das kantonale Versicherungsgericht über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt, ob und inwieweit es einen leidensbedingten Abzug gewähren will.¹⁹⁴

Im haftpflichtrechtlichen Kontext ist sodann anerkannt, dass die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens bei der Festlegung der Höhe des Erwerbsausfalles zu berücksichtigen oder dann als separater Schadensposten abzugelten ist. Eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens setzt eine Resterwerbsfähigkeit über 10 % voraus; zudem ist erforderlich, dass die geschädigte Person als Folge der erlittenen Körperverletzung einem höheren Arbeitslosigkeits- oder Kündigungsrisiko ausgesetzt ist.¹⁹⁵ Ob und inwieweit der Verwertungsabzug mit der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens kumuliert werden kann, hat die Rechtsprechung noch nicht entschieden. Entschieden wurde demgegenüber, dass eine Erschwerung

¹⁸⁷ Vgl. BGer, 9C_644/2019, 20.1.2020, E. 4.3.2; 8C_143/2019, 21.8.2019, E. 5.2, und 9C_321/2018, 16.10.2018, E. 5.

¹⁸⁸ Vgl. BGE 145 V 2 E. 5.3.1.

¹⁸⁹ Vgl. BGE 144 V 166 E. 4.3.

¹⁹⁰ Vgl. BGE 144 V 166 E. 4.3.5 und BGer, 4C.263/2006, 17.1.2007, E. 4.1.

¹⁹¹ Vgl. BGer, 4A_115/2014, 20.11.2014, E. 3.

¹⁹² Vgl. BGer, 4C.237/2000, 24.1.2001, E. 1b.

¹⁹³ Vgl. BGer, 4A_127/2011, 12.7.2011, E. 8.3.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 135 V 297 E. 5.2 und BGer, 8C_129/2019, 19.8.2019, E. 6.1.

¹⁹⁵ Vgl. BGer, 4A_699/2012, 27.5.2013, E. 5.2 f.

des wirtschaftlichen Fortkommens bei der opferhilferechtlichen Entschädigung nicht berücksichtigt werden kann.¹⁹⁶

3.2 Hauswirtschaftliche Schadenminderung

Bei nicht erwerbstätigen bzw. lediglich teilweise erwerbstätigen versicherten Personen beurteilt sich eine allfällige Invalidität nach Massgabe der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Aufgabenbereich. Zu diesem zählen die übliche Tätigkeit im Haushalt und die Pflege und Betreuung von Angehörigen sowie – bei Angehörigen einer klösterlichen Gemeinschaft – die gesamte Tätigkeit in derselben.¹⁹⁷ Der Invaliditätsgrad entspricht dabei der prozentualen Einschränkung mit Bezug auf die von der versicherten Person erbrachten Tätigkeiten im bisherigen Aufgabenbereich.

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 Arbeitsteilung und die Anschaffung von geeigneten Haushaltseinrichtungen und -geräten.¹⁹⁸ Kann eine im Haushalt tätige versicherte Person wegen ihrer Behinderung gewisse Haushaltsarbeiten nur noch mühsam und mit viel höherem Zeitaufwand erledigen, muss sie von sich aus das ihr Zumutbare zur Verbesserung der Arbeitsfähigkeit beitragen und insbesondere die übliche Mithilfe von Familienangehörigen beanspruchen.¹⁹⁹ Dem Ehemann und den noch zu Hause lebenden Kindern, welche 15- und 21-jährig sind, sind das mehrmalige Hinuntersteigen vom 3. Stock in die Waschküche sowie das Einfüllen, Aufhängen, Abnehmen und Hochtragen der Wäsche zumutbar.²⁰⁰

Die Rechtsprechung bejaht ferner die Zumutbarkeit einer Verlagerung der Tätigkeitsbereiche. Das Arbeitspensum, das die versicherte Person für eine Erwerbstätigkeit aufgewendet hätte, infolge einer vollständigen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit aber einspart, hat sie für die Besorgung des Haushalts zu verwenden. Bei einer vollständigen erwerblichen Arbeitsunfähigkeit steht deshalb für die Besorgung des Haushalts der ganze Tag zur Verfügung.²⁰¹ Können die mutmasslich ausgeübten Haushaltsarbeiten während dieser Zeit verrichtet werden, liegt keine rentenbegründende Invalidität im Aufgabenbereich vor.

Diese sozialversicherungsrechtlichen Grundsätze sind im Haftpflichtrecht nicht bzw. nur eingeschränkt anwendbar. Während im Zusammenhang mit dem Invalidenrentenanspruch die funktionelle Einschränkung im tatsächlichen Invalidenhaushalt massgeblich ist, ist die geschädigte Person haftpflichtrechtlich für die Einschränkung der Hausarbeitsfähigkeit im mutmasslichen Validenhaushalt, welchen sie ohne das haftungsbegründende Ereignis geführt

¹⁹⁶ Vgl. BGer, 1C_96/2016, 26.9.2016, E. 2.2.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 27 IVV.

¹⁹⁸ Vgl. z.B. BGer, I 349/02, 3.12.2002, E. 6; I 497/01, 12.11.2001, E. 3b/bb; I 76/01, 11.6.2001, E. 3a, und 15.9.1983, E. 5, in: ZAK 1984, 135, i.S. R. S.

¹⁹⁹ Vgl. BGer, I 610/99, 19.7.2001, E. 3b, und ZAK 1984, 133 ff., E. 5.

²⁰⁰ Vgl. BGer, I 610/99, 19.7.2001, E. 3b.

²⁰¹ Vgl. BGer, I 511/00, 22.2.2001, E. 3d, und I 294/99, 4.7.2000, E. 2b. Siehe ferner BGer, I 407/92, 8.11.1993.

hätte, zu entschädigen. Die geschädigte Person hat diesbezüglich ein Wahlrecht und kann den konkreten Haushaltsführungsmehraufwand im tatsächlich geführten Invalidenhaushalt, wenn dieser dem mutmasslichen Validenhaushalt entspricht, oder den Haushaltsführungsmehraufwand eines mit dem mutmasslichen Validenhaushalt vergleichbaren statistischen Haushalts heranziehen.²⁰²

Werden statistische Referenzwerte herangezogen, sind die Ohnehin-Leistungen der anderen Mitglieder des fraglichen Haushaltes bereits berücksichtigt. Im Haftpflichtrecht können, anders als im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, keine zusätzlichen Mehrleistungen von den Angehörigen der geschädigten Person verlangt werden, da die unentgeltlich von Angehörigen als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses notwendig gewordenen Mehrleistungen vollumfänglich zu entschädigen sind. Entsprechend besteht eine Schadenminderungspflicht der geschädigten Person lediglich in Bezug auf zumutbare Organisationsmassnahmen und die Anschaffung von geeigneten Haushaltseinrichtungen und -geräten.²⁰³

4. Schadenminderung und Hilfsmittel

Die versicherte Person ist als Folge der Schadenminderungspflicht verpflichtet, geeignete Hilfsmittel, welche gesundheitsbedingt eingetretene funktionelle Leistungsdefizite kompensieren, auf ihre Kosten anzuschaffen, soweit ihr die Tragung der Kosten zumutbar ist. Die Höhe der zumutbaren Hilfsmittelkosten ist in Anlehnung an die Selbstbeteiligungskosten beim sozialversicherungsrechtlichen Hilfsmittelanspruch zu bestimmen, welche maximal CHF 300 pro Jahr betragen. Unzumutbar ist folglich die Installation einer neuen Einbauküche, welche mit weitaus höheren Kosten verbunden wäre.²⁰⁴

Der versicherten Person ist sodann zumutbar, Gegenstände des täglichen Gebrauchs anzuschaffen, welche sie nach Möglichkeit ohne Inanspruchnahme fremder Hilfe benutzen kann. Funktionell beeinträchtigten Personen kann zugemutet werden, (Winter-)Schuhe ohne Schnürsenkel (mit Reiss- und Klettverschlüssen) und Hemden mit genügender Manschettenweite, die ein Öffnen des Knopfes entbehrlich macht, oder andere angepasste Oberkleidung ohne Knöpfe zu tragen.²⁰⁵

Der sozialversicherungsrechtliche Hilfsmittelanspruch umfasst gesundheitsbedingt notwendige Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung, wobei lediglich die Hilfsmittel beansprucht werden können, welche sich auf den jeweiligen Hilfsmittellisten befinden. Die Notwendigkeit ist nicht gegeben, wenn das Hilfsmittel auch von einer gesunden Person unter sonst gleichen Umständen benötigt wird²⁰⁶ oder die versicherte Person die Schadenminderungspflicht verletzt hat.

²⁰² Vgl. BGE 131 III 360 E. 8.2.1, in: Pra 2006, Nr. 18, und 129 III 135 E. 4.2.2.1, in: Pra 2003, Nr. 69, sowie BGer, 4A_98/2008, 8.5.2008, E. 3.2, und 4C.222/2004, 14.9.2004, E. 5.1.

²⁰³ Vgl. BGer, 4A_481/2019, 27.2.2020, E. 4.5.4.

²⁰⁴ Vgl. BGer, 8.11.1993, i.S. C., E. 2d.

²⁰⁵ Vgl. ZAK 1989, 213, und 1986, 483.

²⁰⁶ Die Verwendung eines für eine Ausbildung erforderlichen PCs ist nicht invaliditätsbedingt, wenn dieser auch für eine nicht behinderte Person ein unerlässliches Arbeitsinstrument darstellt (vgl. BGer, 9C_209/2010, 2.9.2010, E. 2.3). Für invaliditätsbedingte, planerisch unvermeidbare Mehr-

Als Folge der grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten im Rahmen der Niederlassungsfreiheit kann von versicherten Personen grundsätzlich weder die Beibehaltung²⁰⁷ noch die Verlegung des Wohnsitzes verlangt werden.²⁰⁸ Die Schadenminderungspflicht ist aber verletzt, wenn eine behinderte Person eine optimal den Bedürfnissen angepasste Wohnung, die sowohl direkt auf Strassenniveau mit dem Rollstuhl wie auch mit dem Personenwagen über einen Garagenplatz verlassen werden kann, mit einer Wohnung tauscht, bei der das direkte Verlassen der Wohnung ohne technische Hilfsmittel (wie dem Treppenlift) nicht gewährleistet ist.²⁰⁹

Die Notwendigkeit eines Fahrzeuges kann sich aus beruflichen Gründen (für Vertreter, Taxifahrer usw.) sowie aus der Entfernung des Wohnortes vom Arbeitsort, insbesondere wenn es an öffentlichen Verkehrsmitteln²¹⁰ fehlt oder deren Benützung unzumutbar ist, ergeben. Einem Paraplegiker, der die steile Strasse zu seiner Wohnung mit dem Rollstuhl nicht überwinden kann und mehrmals umsteigen müsste, ist die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel unzumutbar.²¹¹

Die Kosten für Anpassungen am Wohnhaus sind zu übernehmen, wenn ohne behinderungsgerechten Umbau der grundrechtlich geschützte Aufenthalt der Kinder beim Vater völlig verunmöglicht würde. Handelt es sich um die zweite von der versicherten Person benutzte Wohnung, besteht nur Anspruch auf Anpassung in einfachster Ausführung, welche unter Berücksichtigung der dem Vater zumutbaren Hilfestellungen den Aufenthalt seines Sohnes im Haus gerade noch ermöglicht.²¹²

Da der sozialversicherungsrechtliche Hilfsmittelanspruch regelmässig nur eine einfache und zweckmässige Versorgung beinhaltet, kann die geschädigte Person vom Haftpflichtigen den Ersatz von Hilfsmitteln, welche vom jeweiligen Sozialversicherungsträger nicht vergütet worden sind, verlangen, sofern diese im konkreten Einzelfall nützlich und notwendig sind. Von der geschädigten Person kann dabei nicht verlangt werden, dass sie ihren Wohnsitz in das kostengünstigere Ausland verlegt. Eine Verlegung des Wohnsitzes im Rahmen der Schadenminderungspflicht bezeichnet das Bundesgericht als «kaum» zumutbar.²¹³ Die geschädigte Person hat sich zudem allfällige Vorteile, welche im Zusammenhang mit dem haftungsbegründenden Ereignis eintreten, nur dann anrechnen zu lassen, wenn ihr Massnahmen zur Verhinderung der fraglichen Vorteile möglich und zumutbar sind.²¹⁴

kosten bei einem Neubau können Kostenbeiträge zugesprochen werden, nicht aber für allgemeine Mehrkosten (vgl. BGer, 9C_114/2012, 12.3.2012, E. 3.2).

²⁰⁷ Vgl. BGer, 8C_48/2010, 20.9.2010, E. 5.2.

²⁰⁸ Vgl. BGE 113 V 22 E. 4e.

²⁰⁹ Vgl. BGer, 9C_916/2010, 20.6.2011, E. 4.2.

²¹⁰ Ein Behindertentaxi ist ein öffentliches Verkehrsmittel (vgl. BGer, I 809/06, 23.11.2007, E. 7.4).

²¹¹ Vgl. BGer, I 520/00, 28.1.2002, E. 2b.

²¹² Vgl. BGE 134 I 105 E. 5–7.

²¹³ Vgl. BGer, 4C.412/1998, 23.6.1999, E. 2c, in: Pra 1999, Nr. 171.

²¹⁴ Ibid.

MUNDMALEN ?
WIE SCHÖN ?
WAS VERDIENEN SIE
DAMIT ?

