

Stephan Weber

Die Schadenminderungs- pflicht – eine metamorphe Rechtsfigur

Sonderdruck aus:
Alfred Koller (Hrsg.)
Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999

Verlag Institut für Versicherungswirtschaft
der Universität St.Gallen

Alfred Koller

Herausgeber

Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999

Regress und Subrogation: Allgemeine Grundsätze	1
Walter Fellmann	
Der Regress des Krankenversicherers	29
Rudolf Luginbühl	
Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges	79
Helmut Koziol	
Regulierung von Kinderschäden	105
Robert Geisseler	
Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur	133
Stephan Weber	
Neue Kapitalisierungsinstrumente: Barwerttafeln und Kalkulationsprogramm	179
Marc Schaezle	

Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur

STEPHAN WEBER

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	134
I. Begriffliches und eine erste Standortbestimmung	137
II. Treu und Glauben und die Zumutbarkeitsschranke	139
III. Haftungsausfüllung – die Domäne der Schadenminderungspflicht im Haftpflichtrecht	141
1. Dogmatische Einordnungsversuche	141
2. Wenig wirksamer Kausalfilter	143
3. Schadenminderung als massgebender Faktor der Schadensberechnung	147
4. Die verbleibenden Fälle für die Schadenersatzbemessung	158
5. Anrechnung überpflichtmässiger Leistungen	167
6. Ersatzfähige Schadenminderungskosten	168
IV. Die Rettungspflicht – das Pendant im Privatversicherungsrecht	170
V. Eingliederung vor Rente – das Credo im Sozialversicherungsrecht	173
VI. Thesenförmiger Ausklang	176

LITERATURVERZEICHNIS

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im folgenden nicht aufgeführt. – **Zitierweise:** Die Autoren werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Schweizerische Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (ZürK, BerK, BasK) zitiert (z.B. KRAMER, BerK, N ... zu Art. ... OR).

- BÜHREN VAN HERBERT W., Schadenminderungspflicht bei der Unfallregulierung, Höchstrichterliche Rechtsprechung und aktuelle Probleme, Köln 1992.
- BUNDI MAX, Die Invalidenversicherung und deren Leistungsausschluss sowie Rentenkürzungen wegen Verschuldens des Behinderten, Diss. Freiburg 1994.
- DIENER PETER, Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis, Diss. Bern 1970.
- FRIESE ULRICH, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Berlin 1968.
- GEHRER LEO R., Von der Schadenminderungspflicht, in Collezione Assista, Genf 1998, S. 156 ff.
- GÖBEN JENS, Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, Frankfurt a.M. 1998.
- GUYER E., Die rechtliche Stellung des Verletzten im Heilungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Duldung von Operationen, Zürich 1908.
- HÄBERLIN FRITZ, Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadenersatzrecht, Diss. Bern 1924.
- HAMM PETER, Vorteilsausgleichung und Schadenminderungspflicht im Rahmen des § 844 Abs. 2 BGB, Diss. Köln 1978.
- HÜTTE KLAUS, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, S. 289 ff., 323 ff.
- JAEGER CARL, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. II, Besondere Bestimmungen über die Schadensversicherung, Bern 1932.
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. A. Bern 1998.
- KLINGENBERG WALTER, Rettungspflicht und Rettungskosten im Versicherungsrecht nach allgemeinen Grundsätzen und insbesondere in der Haftpflichtversicherung, Diss. Zürich 1930.
- KOENIG WILLI, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1967.

- KOZIOL HELMUT, Die Schadensminderungspflicht, JBl 1972, S. 225 ff. (zit. KOZIOL, Schadensminderungspflicht).
- Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpakompensation? ZeuP 1998, S. 593 ff. (zit. KOZIOL, Rechtsfolgen).
- LANDOLT HARDY, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995.
- LANGE HERMANN, Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, Schadensersatz, 2. A. Tübingen 1990.
- LOCHER THOMAS, Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in Sozialversicherungsrecht im Wandel, FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 407 ff.
- MAURER ALFRED, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in Sozialversicherungsrecht im Wandel, FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 221 ff. (zit. MAURER, Begriff).
- Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. A. Bern 1989 (zit. MAURER, Unfallversicherungsrecht).
 - Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1995 (zit. MAURER, Privatversicherungsrecht).
- MERTENS HANS JOACHIM, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Mainz 1967.
- MEYER-BLASER ULRICH, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen, Diss. Bern 1985.
- MURER ERWIN, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen, SZS 1995, S. 184 ff.
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. A. Zürich 1975, S. 266 f.
- OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995.
- OMLIN PETER, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Mit besonderer Berücksichtigung der älteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Diss. Freiburg 1995.
- ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997.
- ROTHER WERNER, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München/Berlin 1965.

- RUEDI RUDOLF, Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in SCHAFFHAUSER/SCHLAURI (Hrsg.), Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen 1999, S. 29 ff.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Freiburg 1998 (zit. RUMO-JUNGO, Haftpflicht).
- Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37 – 39 UVG, Diss. Freiburg 1993 (zit. RUMO-JUNGO, Leistungskürzung).
- SANDEN/VÖLTZ, Sachschadenrecht des Kraftverkehrs, 6. A. München 1994.
- SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. SCHAER, Grundzüge).
- Das Verschulden bei gefahrpräventiven Obliegenheiten, verhaltensbezogenen Deckungsausschlüssen und bei der Schadenminderung, in: SCHAER/DUC/KELLER, Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 159 ff. (zit. SCHAER, Verschulden).
- SCHERRER RUDOLF, Versicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht, Wien 1992.
- SIEBECK WOLFGANG, Die Schadenabwendungs- und Minderungspflicht des Versicherungsnehmers, Karlsruhe 1963.
- STANGE VOLKER, Rettungsobliegenheiten und Rettungskosten im Versicherungsrecht, Karlsruhe 1995.
- STAUFFER/SCHAETZLE, Barwerttafeln, 4. A. Zürich 1989.
- STOLL HANS, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993.
- VENZMER KURT J., Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München/Berlin 1960.
- WEBER STEPHAN, Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, Anmerkungen zu BGE 113 II 86, SJZ 1989, S. 73 ff. (zit. WEBER, Zurechnungsprobleme).
- Kumul der «Ersatzeinkünfte» bei der Versorgerschadensberechnung, SVZ 1997, S. 65 ff. (zit. WEBER, Kumul).
- WUSSOW/KÜPPERSBUSCH, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 6. A. München 1996.

I. Begriffliches und eine erste Standortbestimmung

Der Schadenminderungspflicht kommt nicht nur im Haftpflicht- und Versicherungsrecht eine herausragende Bedeutung zu, sie beherrscht auch, was ihre **Grundsatzqualität**¹ unterstreicht, gleichermaßen das private wie das öffentliche Recht. Die geschädigte Person hat, dies ein erster Definitionsversuch, alles Zutunbare vorzukehren, um den Schaden möglichst gering zu halten.

Die **Bezeichnung** Schadenminderungspflicht ist allerdings insofern ungenau, als es weder um die Minderung des Schadens geht, noch um das Auferlegen einer Pflicht. Ein bereits eingetretener Schaden kann nicht mehr aus der Welt geschafft werden, dies jedenfalls, wenn man unter Schaden die ökonomischen Auswirkungen des Haftungsereignisses versteht². Beeinflussen lassen sich nur die weiteren Folgen und nicht ein bereits eingetretener Vermögensverlust. Im Verletzungszeitpunkt stehen Art und Umfang des Schadens meist noch nicht definitiv fest. Eine Körperverletzung kann komplikationslos ausheilen oder aber bleibende Folgen nach sich ziehen, die sich in Gestalt von Heilungskosten, Erwerbsausfall oder im Todesfall als Versorgungsschaden manifestieren. Die Höhe eines Schadens hängt nicht nur von der Intensität des schädigenden Eingriffs und der Verletzungsanfälligkeit des betroffenen Gutes ab, sondern auch vom nachfolgenden Verhalten der geschädigten Person. Sie kann zwar nicht den eingetretenen Schaden mindern, möglicherweise aber die Verletzungsfolgen beseitigen oder weitere verhindern und einen vernünftigen Aufwand bei der Schadensbeseitigung betreiben. Im Grunde geht es also auch bei der Schadenminderung um Schadensverhütung, nämlich um die Verhinderung der vermeidbaren monetären Auswirkungen eines Haftpflicht- oder Versicherungsereignisses.

Fast einig ist man sich darüber, dass es sich bei der Schadenminderung nicht um eine Pflicht, sondern um eine «blosse» **Obliegenheit**³ handelt. Die Verletzung der Schadenminderungspflicht verschafft keine Gläubigerposition, sie führt lediglich zum (ganzen oder teilweisen) Verlust des Ersatzanspruchs. Dass es sich bei der Schadenminderungspflicht nicht um eine eigentliche Rechtspflicht han-

¹ Zur unterschiedlich beantworteten Frage, ob die Schadenminderungspflicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu gelten hat LOCHER, S. 413 ff.

² Mit einem Beseitigen des Schadens wäre dagegen der natürliche oder reale Schadensbegriff vereinbar, der die tatsächlichen Auswirkungen auf die Güter als Schaden begreift. Was als Schaden zu gelten hat, so die hier unterstellte Auffassung, bestimmt aber die Wertebene und nicht die Veränderung der Körperwelt oder die Ebene der Rechtspositionen; so MERTENS, S. 169.

³ BGE 113 II 178; GEHRER, S. 168 ff.; grundlegend SCHMIDT REIMER, Die Obliegenheit, Karlsruhe 1953, S. 168 ff.

delt, wird auch im Sozialversicherungsrecht konstatiert⁴. Der namentlich im Privatversicherungsrecht anzutreffende Terminus der Obliegenheit wird in der Rechtssprache allerdings nicht einheitlich verwendet. Es rechtfertigt sich daher auch hier, dem eingebürgerten Sprachgebrauch folgend, weiterhin von der Schadenminderungspflicht zu sprechen. Es bleibt aber zu prüfen, inwieweit die Modalitäten echter Rechtspflichten auf die Schadenminderungsfälle übertragbar sind.

Im **Haftpflichtrecht** verkörpert die Schadenminderungspflicht sozusagen das Gegenstück zur Ersatzpflicht des Schädigers⁵. Der geschädigten Person kommt bei der Schadensbehebung eine zentrale Bedeutung zu, während der Schädiger bzw. sein Versicherer nach Eintritt des Schadenereignisses kaum Einfluss auf die weitere Schadensentwicklung haben. Der durch die Dispositionsfreiheit geprägte Restitutionsanspruch kann nicht unbeschränkt Geltung beanspruchen. Die Schadenminderungspflicht soll in diesem Spannungsfeld einen sachgerechten Kompromiss herbeiführen. Trotz ihrer zentralen Bedeutung sucht man die Schadenminderungspflicht in den haftpflichtrechtlichen Bestimmungen des OR und ebenso auch in den Spezialgesetzen vergeblich. Dies im Gegensatz zum VVG, das in Art. 61 die sog. Rettungspflicht und in einer weiteren Bestimmung den Ersatz der dabei entstehenden Kosten ausführlich regelt. Im **Vorentwurf** für einen neuen **Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts** wird bei der Bestimmung über die Bemessung der Ersatzleistungen auf «die von der geschädigten Person zur Schadensabwehr oder –minderung getroffenen Massnahmen» hingewiesen und auch die Kostenfrage geregelt⁶. Auch diverse **vertragsrechtliche Bestimmungen** basieren auf dem Schadenminderungsgedanken. So etwa die in Art. 264 OR geregelte Weitervermietungspflicht des Vermieters bei der ausserterminlichen Kündigung oder die «Arbeitspflicht» des Arbeitnehmers bei Annahmeverzug oder im Falle der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung⁷. Mit aller Deutlichkeit wird die Schadenminderungspflicht in Art. 77 UN-Kaufrecht umschrieben: «Die Partei, die sich auf eine Vertragsverletzung beruft, hat alle den Um-

⁴ «Bei der Selbsteingliederung (...) handelt es sich nicht um eine Rechtspflicht im dogmatischen Sinn, weil das vom Versicherten verlangte Verhalten nicht realiter oder mittels Strafandrohung erzwungen werden kann; die Selbsteingliederung ist vielmehr eine Last, die der Versicherte auf sich zu nehmen hat, soll sein Leistungsanspruch (...) gewahrt bleiben»; so BGE 113 V 28 im Anschluss an MEYER-BLASER, S. 133; a.M. aber MAURER, Begriff, S. 234.

⁵ KELLER, S. 28.

⁶ Art. 25 und 12. Der Vorentwurf findet sich abgedruckt in SVZ 1997, S. 47 ff. und ZSR 1997 I, S. 407 ff.

⁷ Art. 324 Abs. 2 und 337c Abs. 2 OR.

ständen nach angemessenen Massnahmen zur Verringerung des aus der Vertragsverletzung folgenden Verlusts, einschliesslich des entgangenen Gewinns zu treffen»⁸. Konkrete Schadenminderungsspuren finden sich auch im **Sozialversicherungsrecht**, so etwa wenn Art. 28 Abs. 2 IVG bestimmt, dass für die Bemessung der Invalidität das Einkommen massgebend und dem Valideneinkommen gegenüberzustellen ist, das «nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit» erzielbar ist.

Der vorliegende Beitrag setzt den Schwerpunkt im Haftpflichtrecht, für das sich die schwierigsten Fragen stellen und der grösste Ab- und Erklärungsbedarf besteht. Danach behandelt er einige versicherungsrechtliche Aspekte und versucht zum Schluss das wichtigste in Thesenform zusammenzufassen. Nicht behandelt werden vertragliche Ansprüche, die ebenfalls der Schadenminderungsschranke unterliegen und unerwähnt bleiben auch die weiteren Anwendungsfelder ausserhalb des Haftpflicht- und Versicherungsrechts.

II. Treu und Glauben und die Zumutbarkeitsschranke

In der Literatur wird die Schadenminderungspflicht ganz selbstverständlich auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgeführt⁹. Schon vor Erlass des ZGB sprach das Bundesgericht in BGE 32 II 72 vom «Grundsatz, dass der Geschädigte den Schaden nicht ins Ungemessene darf wachsen lassen und dass er seinerseits das Seinige zur Abwendung und Verminderung des Schadens zu tun hat, so weit die gute Treue das erfordert»¹⁰. Die Loyalitätsschranke folgt v.a. im Haftpflichtrecht nicht aus einem bereits bestehenden Vertrauensverhältnis¹¹, sie liegt vielmehr in der Eigenart der Rechtsbeziehung begründet, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Leistungsumfang weitgehend auch vom Verhalten des Anspruchsberechtigten bestimmt wird. Der Leistungspflichtige muss in dieser Lage

⁸ Zu dieser Bestimmung, die als Rechtsfolge den gänzlichen Verlust des vermeidbaren Schadens vorsieht: CERUTTI ROMEO, Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht, Zürich 1998, Nr. 760 f.; HONSELL HEINRICH, Die Vertragsverletzung nach dem Wiener Kaufrecht, SJZ 1992, S. 363.

⁹ Statt vieler und als jüngster Beitrag GEHRER, S. 159 f.

¹⁰ Mit aller Deutlichkeit auch ZR 89, Nr. 48, S. 158: «Die Pflicht zur Schadenminderung ist auch gesetzlich verankert. So hat gemäss Art. 2 ZGB jedes Rechtssubjekt nach Treu und Glauben zu handeln, was die Pflicht zur Minimierung des Schadens beinhaltet». Ablehnend mit der Begründung, eine Vertrauensbeziehung fehle bei der ausservertraglichen Schädigung, KOZIOL, Schadensminderungspflicht, S. 226 f., dazu auch nachstehend bei Anm. 95.

¹¹ Das gilt selbst im Versicherungsvertragsrecht, wo die Rettungspflicht nicht allein aus der vertraglichen Treupflicht abgeleitet werden kann, denn sie trifft den Anspruchsberechtigten und nicht allein den Versicherungsnehmer als Vertragspartner.

im Vertrauen auf eine redliche Handlungsweise geschützt werden. Der Rekurs auf **Art. 2 ZGB** ist freilich dann nicht notwendig, wenn das hinter der Schadenminderungspflicht stehende **Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme** seinen Niederschlag bereits in einer Gesetzesbestimmung gefunden hat.

Mit diesen Feststellungen ist freilich noch nicht viel gewonnen. Die Rückführung auf Art. 2 ZGB sichert der Schadenminderungspflicht zwar einen weiten Anwendungsbereich, gibt ihr aber noch keine festen Konturen. Die Anforderungen, die an die Schadenminderungspflicht zu stellen sind, präsentieren sich in den einzelnen Anwendungsbereichen zwar nicht vollständig identisch, doch lassen sich durchaus einige allgemeingültige **Richtlinien** aufstellen. Sie stehen aber unter dem Vorbehalt, dass sich für die Schadenminderungspflicht kaum je eine erschöpfende Formel finden lässt, aus der sich das erforderliche Verhalten quasi von selbst ablesen lässt. Die Schadenminderungspflicht wird stets ein Feld weitläufiger **Kasustik** bleiben, denn zu vielfältig sind die Problemlagen und zu gross das Ermessen, das dem Richter zu deren Bewältigung zusteht.

Die Schadenminderungspflicht darf nicht so weit gehen, wie das objektiv Mögliche und wirtschaftlich Sinnvolle. Bedenklich ist daher die vielzitierte **Formel**, die dem Geschädigten Massnahmen abverlangt, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte¹². Dass der Geschädigte nicht alles in seiner Macht stehende Vorkehren muss und *nicht eine rein ökonomische Betrachtung* anzustellen ist, bestätigt auch die Umschreibung der Rettungspflicht in Art. 61 VVG, die den Anspruchsberechtigten verpflichtet, «tunlichst» für die Minderung des Schadens zu sorgen. Die Anforderungen an den Geschädigten dürfen nicht überspannt werden. Das mögliche Höchstmass ist auf jenen Standard herabzusetzen, der aufgrund des Kriteriums der **Zumutbarkeit** vom Geschädigten erwartet werden darf. Der Allerweltsbegriff der «Zumutbarkeit», mit dem der Umfang der Schadenminderungspflicht üblicherweise umschrieben wird, ist zwar kaum konkreter als der Hinweis auf Treu und Glauben, doch wird die Bedeutung der Zumutbarkeitschranke schon fassbarer, wenn von einem umgangssprachlichen Verständnis ausgegangen wird oder synonyme Begriffe wie «angemessen», «akzeptabel»,

¹² So etwa BGE 107 Ib 158; OFTINGER, S. 266 f.; ablehnend dagegen VENZMER, 1. Kap. Nr. 415: «Nicht selten verdingen sich Personen in solcher Lage zu Tätigkeiten, die Persönlichkeit und bisheriger Lebensstellung in keiner Form angepasst sind. Gerad dazu soll aber der Geschädigte nicht verpflichtet sein».

«erträglich» oder negativ, nicht «ungebürlich» oder «unwürdig», herangezogen werden¹³. Die Zumutbarkeit reduziert das objektiv Mögliche auf das subjektiv Angemessene.

III. Haftungsausfüllung – die Domäne der Schadenminderungspflicht im Haftpflichtrecht

1. Dogmatische Einordnungsversuche

Die Schadenminderungspflicht wird im Haftpflichtrecht überwiegend im Problemkreis des **Selbstverschuldens** erörtert und Art. 44 Abs. 1 OR zugeordnet. Die Bestimmung ermächtigt den Richter die Schadenersatzleistung zu reduzieren, sofern «Umstände, für die er (sc. der Geschädigte) eintreten muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt» haben¹⁴. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Schadenminderungspflicht den Zeitraum nach der Schadensentstehung betrifft.

Die Schadenminderungspflicht tritt aber nicht nur als Reduktionsgrund in Erscheinung, sondern auch als Faktor der **Schadensberechnung**, was schon Oftinger¹⁵ feststellt, der sie alternativ als Berechnungs- oder Bemessungsproblem auführt. Einige Autoren sehen in der Schadenminderungspflicht ausschliesslich ein Problem der Schadensberechnung¹⁶. Wieder andere klammern einzelne Fälle unter dem Aspekt der «**Unterbrechung des Kausalzusammenhangs**» aus¹⁷ oder wollen zumindest einen Teil der Fälle auch als Schadenproblem würdigen¹⁸.

Auch wenn dogmatischer Übereifer fehl am Platz ist, hat die Einordnung der Schadenminderungspflicht doch einige **praktische Bedeutung**, insofern nämlich, als sie darüber entscheidet, ob die geschädigte Person die unter diesem Titel

¹³ Eingehend zum Zumutbarkeitsbegriff (im Sozialversicherungsrecht) die im Literaturverzeichnis aufgeführten Arbeiten von LANDOLT und MAURER, Begriff; ferner KARSTEN SCHOLZ, Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht, Berlin 1996, zur Schadenminderungspflicht S. 85 ff.

¹⁴ So u.a. BREHM, BerK, N 46 ff. zu Art. 44 OR.

¹⁵ OFTINGER, S. 198; so auch GEHRER, S. 170, der in der dogmatischen Differenzierung keine praktische Bedeutung erkennt.

¹⁶ SCHAER, Grundzüge Nr. 333 ff.; ROBERTO, S. 292.

¹⁷ OFTINGER/STARK § 6 Nr. 45, zur Abgrenzung zu den Anwendungsfällen von Art. 44 Abs. 1 OR, § 7 Nr. 16, Anm. 37; ihm zustimmend RUMO-JUNGO, Haftpflichtrecht, Nr. 832 Anm. 538 und Nr. 852 ff.

¹⁸ So BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Feiburg 1991, Nr. 241 ff.

erfolgte Kürzung via Quotenvorrecht kompensieren kann oder nicht¹⁹. Im weiteren ist je nach Lösungsansatz der als vermeidbar eingestufte Schaden überhaupt nicht oder nur im Umfang einer bestimmten Quote geschuldet. Letztlich vollziehen sich aber auch die Wertungen, je nachdem, ob die Adäquanz, der Schaden oder die Reduktionsgründe angesprochen sind, nicht in den gleichen Bahnen..

Die Lokalisierung der Schadenminderungspflicht lässt sich am besten auf dem Hintergrund der Einteilung in einen **haftungsbegründenden und einen haftungsausfüllenden Tatbestand**²⁰ vornehmen: Die erste Phase betrifft die Frage nach dem «Ob» der Haftung, die durch die Prüfung der haftungsspezifischen Ursache²¹, des Kausalzusammenhanges und der Widerrechtlichkeit beantwortet wird. Demgegenüber ist im Rahmen der Haftungsausfüllung zu klären, inwieweit der Ersatzpflichtige für die Folgewirkung der primären Rechtsgutsverletzung einzustehen hat. Über die Zurechnung der Verletzungsfolgen entscheidet allein der Kausalzusammenhang, der herkömmlich in einen natürlichen und einen adäquaten aufgeteilt wird. Die so zurechenbaren Verletzungsfolgen bilden alsdann die Grundlage der Schadensberechnung. Die Reduktionsgründe, die letztlich darüber entscheiden, ob der Haftpflichtige den ganzen Schaden zu übernehmen hat, beziehen sich auf den so berechneten Schaden. Die Schadenminderungspflicht gehört eindeutig zur Haftungsausfüllung, denn sie handelt nicht von der Herbeiführung des Haftungsereignisses, sondern von der Frage, inwieweit die daraus resultierenden Folgen dem Haftpflichtigen zuzurechnen sind²². Die Zu-

¹⁹ Beispiel: Heilungskosten in Höhe von Fr. 50'000.- werden infolge einer unterlassenen medizinischen Behandlung um Fr. 10'000.- gekürzt:

	Berücksichtigung bei Schadenersatzbemessung	...bei Schadensberechnung
Schaden	Fr. 50'000.-	Fr. 40'000.-
Reduktion (-)	Fr. 10'000.-	(-) -----
Ersatzanspruch	<u>Fr. 40'000.-</u>	<u>Fr. 40'000.-</u>
Versicherungsleistung	Fr. 30'000.-	Fr. 30'000.-
Direktanspruch	Fr. 20'000.-	Fr. 10'000.-
Gesamtanspruch	<u>Fr. 50'000.-</u>	<u>Fr. 40'000.-</u>

²⁰ Zu dieser im schweizerischen Haftpflichtrecht nicht geläufigen Einteilung: STOLL, Nr. 296 ff.; ROBERTO, S. 121 ff.

²¹ Im Arsenal unseres Haftpflichtrechts finden sich u.a. das schuldhafte Verhalten, Betriebsgefahren, gefährliche oder fehlerhafte Stoffe, Gegenstände, Anlagen oder Werke.

²² Abgrenzungskriterium bildet bei dieser Vorgehensweise der Eingriff in das geschützte Rechtsgut (keineswegs physisch gemeinte Rechtsgutsverletzung) und nicht der Eintritt eines Schadens, der meist als Grenzlinie zu den übrigen Fällen der Mitverursachung angegeben wird. Dieser Ansicht wäre nur zuzustimmen, wenn man die reale Verletzung als Schaden begreift; vgl. dazu auch vorn Anm. 2.

rechnung erfolgt dabei in drei Schritten: Mittels der Prüfung der Kausalität, des Schadens und der Reduktionsgründe. Das Aussortieren einzelner Schadensfolgen liesse sich dabei am einfachsten erreichen, wenn diese gar nicht erst in die Schadensberechnung einbezogen würden. Kann das «Fehlverhalten» des Geschädigten bereits auf der Ebene der Kausalität oder des Schadens berücksichtigt werden, muss die als zu weit empfundene Haftung nicht nachträglich im Rahmen der Schadenersatzbemessung korrigiert werden. Die Schadenminderungspflicht ist je nach Sachlage innerhalb der **Zurechnung-Triade** anzusiedeln, was in den folgenden Abschnitten darzustellen ist.

2. Wenig wirksamer Kausalfilter

Das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs wird im Haftpflichtrecht anhand der **Conditio-sine-qua-non-Formel** beurteilt. Als ursächlich gilt danach jeder Umstand, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen würde. Diesem hypothetischen Eliminationsverfahren liegt die sog. Äquivalenztheorie zugrunde, die davon ausgeht, dass jede Ursache gleichermassen bedeutsam ist²³. Radikale Konsequenz dieses Kausalverständnisses: auch eine vom Geschädigten mitverursachte Verletzungsfolge wird dem Haftpflichtigen zugerechnet, denn es genügt, wenn der Geschädigte eine Teilursache setzt. Während bei der Haftungsbegründung neben der Kausalität zusätzliche Haftungselemente wie das Verschulden oder die Widerrechtlichkeit über die Zurechnung entscheiden, verbleiben für die Zurechnung der Verletzungsfolgen keine zusätzlichen Haftungskorrekturen. Das Verschulden und die übrigen Haftungsmerkmale erstrecken sich nur auf die Herbeiführung der Primärverletzung und nicht auf die sekundären Verletzungsfolgen oder den Schaden²⁴.

Dass eine rein kausale Betrachtung des Geschehensablaufs keine akzeptablen Ergebnisse liefert, muss nicht weiter illustriert werden. Weit schwieriger ist dagegen die Frage zu beantworten, welche **zusätzlichen Wertungen** zu einer vernünftigen Begrenzung der Haftung führen. Auch diese Frage, in deren Mittelpunkt bekanntlich die Adäquanztheorie steht, kann hier nur angetippt werden: Nach der **Adäquanztheorie** ist eine Ursache dann relevant, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als

²³ Statt vieler OFTINGER/STARK § 3 Nr. 11.

²⁴ Eine die Regel bestätigende Ausnahme wird für die sittenwidrige Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR) gemacht; das qualifizierte Verschulden muss sich hier auch auf den Schaden beziehen; vgl. HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. A. Zürich 1996, § 7 Nr. 7.

durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint²⁵. Zu einem positiven Ergebnis gelangt man, zumindest bei einer wörtlichen Umsetzung der Adäquanzformel, wenn der untersuchte Zusammenhang mit dem Erfahrungswissen korrespondiert und eine ausreichende Wahrscheinlichkeit (Begünstigungstendenz) für eine kausale Verknüpfung spricht. Das von der Adäquanz geforderte Häufigkeitsurteil vermittelt dem Rechtsanwender im Grunde nur einen wertfreien Massstab, der über das Warum der Ausgliederung einzelner Verletzungsfolgen nichts aussagt²⁶. Gerade für die Lösung der Schadenminderungsfrage kann sie kaum etwas beitragen, denn gefordert ist hier eine Interessenabwägung: Das Interesse des Haftpflichtigen, nicht über Gebühr in Anspruch genommen zu werden, kollidiert mit dem Interesse des Geschädigten, seine Lebensführung möglichst nach seinem Gutdünken fortzuführen oder zu gestalten und gerade auch im Schadenfall keine unzumutbaren Einschränkungen und Entbehrungen hinzunehmen.

Die negative Umschreibung der Adäquanz erfolgt in den **Entlastungsgründen**²⁷, die bildlich gesprochen und wertend gemeint, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bewirken. Nimmt eine konkurrierende Ursache eine derart dominante Stellung ein, können andere nicht mehr relevant erscheinen. Eine Befreiung der Mitversursacher wird bei höherer Gewalt sowie bei grobem Selbst- und Drittverschulden angenommen. Für die Schadenminderungspflicht bedeutet dies, dass lediglich ein krasses Fehlverhalten diese Wirkung entfalten kann²⁸. Überzeugender lässt sich der Entlastungsvorgang allerdings mit der **Risiko- oder Ge-**

²⁵ REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. A. Zürich 1998, Nr. 525 m.w.Nw.

²⁶ Die Adäquanzbetrachtung führt zudem zu Doppelspurigkeiten mit der Feststellung der natürlichen Kausalität, denn auch diese beruht ja regelmässig nur auf Erfahrungswerten und Wahrscheinlichkeitsaussagen. In der Praxis wird denn auch vielfach nicht klar zwischen Kausalitäts- und Adäquanzprüfung unterschieden, ganz augenfällig in der Rechtsprechung zu den psychischen Schadensfolgen, wo der Nachweis des Kausalzusammenhangs mangels Objektivierbarkeit besonders schwierig ist; dazu MARKUS SCHMID, *Kausalität im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht*, in KOLLER ALFRED (Hrsg.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997*, St. Gallen 1997, S. 197 ff.

²⁷ «Entlastungsgründe sind nichts anderes als Gründe der Inadäquanz, mithin negative Voraussetzungen des Kausal- bzw. Verantwortlichkeitszusammenhangs, indirekt wird damit also auch die Adäquanzfrage angesprochen»; so der Studienbericht für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, S. 48.

²⁸ Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass der Entlastungsvorgang kein schuldhaftes Verhalten erfordere, eine Ansicht, die auch dem Vorentwurf für ein neues Haftpflichtrecht zugrunde liegt, der in Art. 16 auf das Verschuldenserfordernis verzichtet und lediglich ein «Verhalten einer dritten oder der geschädigten Person» fordert, das in «offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat».

fahrbereichstheorie erklären. In jedem Schadenfall treffen verschiedene Gefahrenbereiche aufeinander. Das durch den Haftungseingriff geschaffene, spezifische Risiko muss – das der Ansatzpunkt – in den weiteren Verletzungsfolgen nachwirken. Die geforderte Risikoerhöhung fehlt regelmässig, wenn eine Mitursache die Intensität eines Entlastungsgrundes erreicht. Die Risikobereichstheorie bringt aber noch einen weiteren Gesichtspunkt zum Ausdruck. Nicht sämtliche Risiken im Dasein des Geschädigten dürfen dem Schädiger angelastet werden. Auf der einen Seite steht die besondere Gefahrenlage, auf der anderen das **allgemeine Lebensrisiko**²⁹. Aus der Sicht der Gefahrenbereichstheorie ist also entscheidend, ob das schadenvergrössernde Verhalten durch den Verletzungseingriff herausgefordert worden ist³⁰ und ob dem Geschädigten ein Handlungsspielraum verbleibt. Auch die Risikobereichstheorie ist aber keine Zauberformel, doch macht sie die massgebenden Wertungen besser sichtbar.

Der Zurechnungsentscheid erfolgt zwangsläufig nach einem groben Raster, denn er soll lediglich im Sinne einer Triage jene Fälle ausscheiden, für die eine Verantwortlichkeit des Schädigers offensichtlich nicht besteht. Am erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt es, wenn «die Massnahme des Verletzten zwar durch den zum Ersatz verpflichtenden Umstand veranlasst worden war, aber ausserhalb aller diskutablen Dispositionen steht, so dass sie seinem eigenen Risikobereich zuzurechnen ist»³¹. Zur Illustration einige **Beispiele**:

Kaum Probleme bieten die Fälle der vorsätzlichen **Selbstschädigung (Artefakt)**³². Der Geschädigte, der sich einer Heilbehandlung entzieht oder den Heilungsprozess absichtlich stört, im Bestreben, dadurch finanzielle Vorteile zu erlangen, hat die Folgen selber zu tragen³³. Mehr Schwierigkeiten bereiten die **Suizidfälle**. Bilden das Haftungsereignis bzw. die daraus resultierenden Folgen ein wesentliches Motiv des Selbstmordes (sog. Sekundärsuizid), indem der Geschädigte damit nicht fertig wird, hat der Haftpflichtige auch für diese Folgen einzustehen. Hier fehlt es an der nötigen Entscheidungsfreiheit. Über die Hintergründe

²⁹ Grundlegend MÄDRICH MATTHIAS, Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980; vgl. auch DEUTSCH ERWIN, Das «allgemeine Lebensrisiko» als negativer Zurechnungsgrund, VersR 1993, S. 1041 ff.

³⁰ Dies schliesst auch Fehlreaktionen des Geschädigten ein.

³¹ So LANGE, S. 139, der aber auch darauf hinweist, dass die Frage nicht von allzu grosser Bedeutung sei, da man auch über § 254 BGB, der in etwa Art. 44 Abs. 1 OR entspricht, zu einer entsprechenden Kürzung gelange.

³² Sie sind sozusagen der Gegenpol zur Schadenminderungspflicht. Zu den Erscheinungsformen STAAK MICHAEL, Simulation und Selbstschädigung, ZVersWiss 1994, S. 299 ff.

³³ Vgl. dazu auch FRIESE, S. 250 f.; aus der unfallversicherungsrechtlichen Literatur: MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 194 ff.

von seelischen Reaktionen wird man allerdings nie vollends Klarheit haben, so dass der gesuchte Motivationszusammenhang bereits bei der Beurteilung der natürlichen Kausalität thematisiert und dort argumentativ gleich behandelt wird³⁴.

Die Zurechnungsfrage ist auch angesprochen, wenn ein indizierter operativer Eingriff abgelehnt wird und dies erhebliche gesundheitliche oder wirtschaftliche Konsequenzen hat. Auch hier sind aber häufig nicht nur Risikoaspekte abzuwägen, sondern zusätzliche Wertungen vorzunehmen³⁵, die im Rahmen des Zurechnungsentscheides nicht verfügbar sind. Das Unterlassen von schadenmindernden Massnahmen kann gerade auch im **medizinischen Bereich** mit weltanschaulichen oder religiösen Motiven zusammenhängen. Lehnt der Geschädigte einen indizierten medizinischen Eingriff aus diesen Gründen ab, so hat der Haftpflichtige für die Zusatzfolgen nicht mehr einzustehen. Als Beispiel seien die Zeugen Jehovas angeführt, die Bluttransfusionen ablehnen. Die Interessenabwägung hängt hier stark auch von den gesellschaftlichen Anschauungen ab. So wird man eine Abtreibung, auch wenn sie medizinisch geboten ist, nicht verlangen können³⁶. Es darf aber nicht einfach nach Mehrheitsanschauungen gerichtet werden, denn primär gilt es, die Persönlichkeit des Betroffenen zu respektieren.

Im wesentlichen, so das Fazit, können nur Fälle auf der Kausalstufe ausgeschieden werden, in denen der Geschädigte durch ein **krasses Fehlverhalten** die Unfallfolgen verschlimmert. Die Risiken einer völlig unsachgemässen und vernunftwidrigen Handlungsweise liegen ausserhalb des Verantwortungsbereiches des Schädigers. Beispiele sind in der Rechtsprechung nicht allzu häufig anzutreffen. In diese Kategorie gehört ein weit zurückliegender Fall des deutschen Reichsgerichts³⁷. Die Überlegungen in diesem Entscheid kreisen um die Verschlimmerung einer an sich harmlosen, durch einen Hundebiss verursachten Wunde, die der Betroffene mit Schweineschmalz behandelte, daran kratzte und

³⁴ In einem vom LG München entschiedenen Fall (VersR 1955, S. 398) hatten der Verlust des Auges und starke Schmerzen den Verletzten zu einem Selbstmordversuch veranlasst. Das Gericht hat die zusätzlichen Folgen zu Recht dem Schädiger angelastet. Vgl. auch den instruktiven, die Beweisprobleme erhellenden Fall in NJW 1958, S. 1597 f.; vgl. auch SIEGRIST BARBARA, Selbsttötung und Selbsttötungsversuche, Versicherungs-Kurier 1992, insbes. S. 6 f. mit Urteilsnachweisen; BUNDI, S. 291 ff.; RUMO-JUNGO, Leistungskürzung, S. 124 ff., FRIESE, S.189 f., 250; LÜER HANS-JOCHEN, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, Karlsruhe 1969, S. 143 ff.

³⁵ Die Zumutbarkeitsbeurteilung ist hier besonders gefordert. Zur «Operationspflicht» hinten bei Anm. 69.

³⁶ Vgl. den Fall in NJW 1980, S. 1450. Abwegig auch die Ansicht von COEPPICUS ROLF in NJW 1998, XXII, der als Schadenminderungsmassnahme nach einer fehlgeschlagenen Sterilisation die Freigabe zur Adoption vorschlägt. Auf einem anderen Blatt steht freilich, ob die Unterhaltsleistungen ohne weiteres als Schaden anzuerkennen sind.

³⁷ JW 1910, S. 65 f.

erst nach über zehn Tagen von einem Arzt behandeln liess. Während die Zurechnung angesichts des ganzen Bündels von leichtsinnigen Handlungen vom Reichsgericht verneint wurde, hat das Bundesgericht in BGE 18, 263 ff. eine «Unterbrechung des Kausalzusammenhangs» bei einem Kondukteur verneint, dem ein Kohlepartikel ins Auge geflogen war, was zu einer Infektion und zum Verlust der Sehkraft führte³⁸. In zwei Entscheiden hatte sich das Bundesgericht mit dem Problem einer durch Alkoholmissbrauch bedingten Erwerbsunfähigkeit zu befassen. Während das Bundesgericht in BGE 99 II 207 bei einer Witwe, die infolge einer durch Trunksucht und eine Gehirnarteriosklerose ausgelöste bzw. verstärkte Depression ihren Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten konnte, eine Herabsetzung ablehnte³⁹ stellte es sich in BGE 30 II 394 auf den Standpunkt, dass der Kläger für die durch den Alkoholmissbrauch bewirkten «ungünstigen Einwirkungen auf seinen Heilungsprozess selbst verantwortlich» sei⁴⁰.

3. Schadenminderung als massgebender Faktor der Schadensberechnung

Es ist offensichtlich, dass *die Kausalitätstheorien kein wirksames Instrumentarium zur Ausscheidung von Schadenminderungsverstössen* zur Verfügung stellen. Dem Haftpflichtigen werden auch Folgen angelastet, die – jedenfalls bei einer objektiven Betrachtung des Geschehens – vermeidbar oder zumindest ungemessen sind. Diesem unbefriedigenden Ergebnis kann auf Schadensstufe begegnet werden, wenn die Dispositionen des Geschädigten nicht gleichzeitig auch den Schadensumfang bestimmen.

Gegen eine solche Möglichkeit spricht zumindest auf den ersten Blick die **Differenztheorie**, die den Schaden aufgrund einer an sich wertneutralen Betrachtung des Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis definiert⁴¹. Die Umschreibung des Schadens als Differenz zweier Vermögenslagen erweckt den Eindruck, beim Schaden handle es sich um eine rein rechnerische Grösse; etwas

³⁸ Das Bundesgericht kürzte aber die Entschädigung um 2/3, weil es den Geschädigten als «hauptsächlichen Urheber» betrachtete. Um die Beeinträchtigung des Heilungsverlaufs geht es auch in BGE 41 II 684, 48 II 476 und 82 II 33. Der Vorwurf, der Kläger habe durch die vorzeitige bzw. durch sein Verhalten nach der Entlassung die Verletzungsfolgen verschlimmert, konnte in den zitierten Entscheiden aber nicht nachgewiesen werden.

³⁹ Mit der Begründung: «Dans la mesure où ces deux maladies ont été aggravées par le décès du mari, il s'agit d'une conséquence de l'accident dont répent les autres».

⁴⁰ Zur Suchtproblematik aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht BUNDI, S. 294 ff.

⁴¹ Vgl. etwa BGE 116 II 444.

ausserrechtlich Vorgegebenes⁴². Anders als etwa die Widerrechtlichkeit knüpft der Schadensbegriff zwar an ein vorrechtliches Verständnis an, und er lässt sich in eine Rechts- und Tatfrage zerlegen. Was im einzelnen zum Vermögen zählt und wie sich die Existenz und die Höhe des Schadens konstituiert, wenn er nicht unmittelbar als Geldabfluss feststellbar ist, lässt sich ohne **zusätzliche Wertungen** aber nicht bestimmen, wovon ja auch Art. 42 Abs. 2 OR ausgeht. Zur Frage, ob der Schaden normativ oder objektiv zu bestimmen ist oder ob ihm eine Sozialitätsschranke immanent ist⁴³, wird hier nur punktuell Stellung genommen. Zuzustimmen ist diesen Ansichten insofern, als der Schaden nicht als wertfreier Begriff ausgegeben werden darf. Das durch die Differenztheorie zum Ausdruck gebrachte subjektive Schadensverständnis, das zu einer konkreten Schadensberechnung zwingt, entspricht aber zweifellos am besten der gesetzlichen Konzeption und den Grundanliegen des Haftpflichtrechts⁴⁴. Der Standpunkt lässt sich aber nicht durchhalten, denn die gesuchte Vermögensdifferenz beruht nicht durchwegs auf greifbaren Fakten, sondern oft nur auf Annahmen und Prognosen, für welche die Berechnungsmethoden die Regeln und Wertungen bereitstellen müssen⁴⁵. Angesichts der ganz unterschiedlichen Rechtsfolgen ist aber der Versuch abzulehnen, die Zurechnungs-, Berechnungs- und Bemessungsfragen zu einer einheitlichen Denkoperation zu verschmelzen⁴⁶.

In Lehre und Rechtsprechung wird z.T. gefordert, dass nur die «notwendigen» Kosten zu ersetzen seien⁴⁷. Der ausgewiesene Schadensbetrag hätte danach nur Indizfunktion. Für einen solchen Lösungsansatz bietet aber weder das Gesetz,

⁴² Diese Ansicht wird z.T. auch in der Literatur vertreten; z.B. DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2. A. Bern 1982, § 3 Nr. 5.

⁴³ So MERTENS, der mit diesem Konstrukt insbesondere die Schadenminderungspflicht im Visier hat: «Im Rahmen einer Schadenslehre, die den Schaden auf das Subjekt in seiner Individualität bezieht und diesem grundsätzlich die Entscheidung überlässt, wofür es sein Vermögen einsetzt, liegt es nahe, in § 254 Abs. 2 nicht allein die Statuierung einer Pflicht oder Obliegenheit zur Abwehr der Schadensfolgen zu sehen, sondern ihn darüber hinaus als ein zur Einzelinteressenabwägung zwingendes soziales Korrektiv der individuell ausgerichteten Schadensfeststellung zu verstehen und ihn in diesem Sinne als Sozialitätsschranke in den subjektiven Schadensbegriff einzuordnen» (a.a.O., S. 174).

⁴⁴ V.a. das meist als Hauptzweck ausgegebene Ausgleichsprinzip wird damit optimal erfüllt.

⁴⁵ Auch auf die Frage, welchen Gütern und Bedürfnissen überhaupt ein materieller Wert zuzuerkennen ist, lässt sich der Differenztheorie keine Antwort entnehmen, denn sie setzt die monetäre Fassbarkeit bereits voraus.

⁴⁶ Dies ist namentlich der Ansatz von SEROZAN JONA, *Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung*, in *VERANTWORTLICHKEIT IM RECHT*, Bd. 2, Zürich 1981, S. 447 ff., und von SCHAER, *Grundzüge*, Nr. 234 ff.

⁴⁷ So etwa MERZ, *SPR VI/1*, S. 200; STARK EMIL, *Skriptum*, 2. A. Zürich 1988, Nr. 58 und 138, weitere Nachweise bei SCHAER, *Grundzüge* Nr. 315 Anm. 8.

das uneingeschränkt von «Schaden» (Art. 41 OR), von den «entstandenen Kosten» (Art. 45 OR) oder vom «daraus entstehenden Schaden» (Art. 97 OR) spricht, noch die allgemeine Zweckrichtung des Haftpflichtrechts eine Handhabe. Das gänzliche **Fehlen von Tatbestandsrestriktionen**, das dazu zwingt, die faktische Vermögenssituation als Basis der Schadensberechnung zu akzeptieren, vermag zwar nicht durchwegs zu befriedigen. Unser Haftungsrecht kennt nun aber keine dahingehende Einschränkung, wonach nur die erforderlichen Kosten zu ersetzen sind und auch keine anderweitige Verhältnismässigkeitschranke, wie sie etwa die §§ 249 und 251 Abs. 2 BGB vorsehen.

Vereinzelt wird der Passus in **Art. 42 Abs. 2 OR**, wonach der nicht ziffernmässig fassbare Schaden mit Rücksicht auf die «vom Geschädigten getroffenen Massnahmen» zu bestimmen ist, als Hinweis auf die Schadenminderungspflicht gedeutet. Selbstverständlich sind bereits getroffene Schadenminderungsbemühungen zu berücksichtigen; insofern stellt sich das Problem nicht. Fraglich ist aber, ob nebst den getroffenen auch zu treffenden Massnahmen bei der Quantifizierung des Schadens zu berücksichtigen sind. Das ist zu bejahen, denn es wäre unsinnig, den Schaden auf einer Grundlage zu schätzen, die der anschliessenden Schadenminderungsprüfung nicht standhalten und im Rahmen der Schadenersatzbemessung nach einer Korrektur rufen würde. Wenn Art. 44 Abs. 1 OR bestimmt, das Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, nicht zu ersetzen sind, so wird damit implizite auch eine Entscheidung darüber getroffen, welche Nachteile in die Vermögensrekonstruktion einzubeziehen sind. Schadenminderungsüberlegungen können allerdings nur im Rahmen der Schadensfeststellung nach Art. 42 Abs. 2 OR einfließen und dies auch nur, wenn es darum geht, die **zukünftigen Auswirkungen** eines Schadenereignisses abzuschätzen, wie namentlich bei Schäden infolge von Invalidität und Tod⁴⁸.

Kann der Schaden konkret berechnet werden, stehen Bestand und Umfang des Schadens verbindlich fest. Die in **Verletzung der Schadenminderungspflicht** entstandenen Weiterungen können alsdann nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung sanktioniert werden. Man mag diesen Befund bedauern, doch entspricht er der Schadenskonzeption im schweizerischen Haftpflichtrecht, die weder nach dem Entstehungsgrund fragt, noch eine Objektivierung oder anderwei-

⁴⁸ Das bedeutet aber nicht, dass Art. 44 Abs. 1 OR in diesen Fällen gänzlich ausgeschaltet ist. Die Schadenminderungspflicht erfasst nur die im Rahmen des Kalkulationsvorgangs anzustrebenden Hypothesen und nicht die zugrundeliegende Verletzungslage. Hat der Geschädigte durch sein Verhalten die Verletzungsfolgen verschlimmert, etwa durch das Unterlassen einer gebotenen und nicht mehr nachholbaren medizinischen Behandlung, so kann diesem Umstand einzig bei der Schadenersatzbemessung Rechnung getragen werden.

tige normative Konturierung des Schadens zulässt, sondern sämtliche wirtschaftliche Nachteile, soweit sie auf das Haftungsereignis zurückführen, als Schaden begreift.

Aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme – es wurde bereits ausgeführt – erwächst dem Geschädigten die Pflicht bzw. Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten. In Art. 42 Abs. 2 OR ist die Konstruktion eines Pflicht-Sanktions-Schemas allerdings entbehrlich, denn hier dient das Soll-Verhalten als Grundlage der Schadensberechnung und ist nicht Gegenstand einer irgendwie gearteten Missbilligung. Die Schadensberechnung muss einzig dem Standard genügen, den Art. 44 Abs. 1 OR im Sinne einer nachträglichen Kontrolle an den Geschädigten stellen würde. Welche Anforderungen zu stellen sind, wurde bereits vorn in Ziff. II skizziert. Wichtigstes Fazit: Der Geschädigte hat nicht sämtliche erfolversprechenden Massnahmen zu ergreifen, sondern nur solche, die ihm zumutbar sind⁴⁹. Aus haftpflichtrechtlicher Optik ist zu ergänzen, dass der durch das *Fairnessgebot* geforderte Interessenausgleich grundsätzlich nicht vom Haftungsgrund und auch nicht von der Schwere eines allfälligen Verschuldens des Schädigers abhängig ist, denn er *leitet sich aus dem Inhalt und nicht aus dem Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses ab*⁵⁰.

Gerade bei Konstellationen, in denen die Schadenminderungspflicht als Faktor der Schadensberechnung auftritt, sind oft heikle Abwägungsentscheide zu treffen, da die Massnahmen stark in die Persönlichkeitssphäre des Geschädigten eingreifen. Eine erste Gruppe bilden Fragen rund um den **Erwerbsschaden**⁵¹. Unter dem Aspekt der Schadenminderung stellt sich immer wieder die Frage, ob der Geschädigte eine andere Stelle oder einen anderen Beruf ergreifen muss, in dem sich die Behinderung weniger gravierend auswirkt. Unproblematisch verhält es sich, wenn der Geschädigte wie jener in BGE 99 II 214 ff. bereits umgeschult worden ist. Die Erwerbsfähigkeit ist nach den konkreten Umständen bzw. nach

⁴⁹ Es darf also nicht einfach mit einem homo oeconomicus oder der Idealfigur des vernünftig und wirtschaftlich denkenden Menschen referenziert werden.

⁵⁰ Anders aber noch BGE 60 II 229, wie hier aber der leider nur auszugsweise publizierte BGE vom 22.5.1984 (amtl. Publ. BGE 110 II 423; Zusammenfassung in CaseTex Nr. 112). Da sich die Schadenminderungspflicht aus dem Inhalt und nicht aus dem Entstehungsgrund der Schuldverpflichtung ableitet, kann gegen die angenommene Treuepflicht auch nicht eingewendet werden, das Schuldverhältnis sei dem Geschädigten aufgezwungen worden, weshalb keine zusätzlichen Anstrengungen verlangt werden können; in diesem Sinne KOZIOL, Schadensminderungspflicht, 226 f.

⁵¹ Es darf heute wohl als selbstverständlich gelten, das nicht die Behinderung als solche und daher keine medizinisch-abstrakte Bemessung, sondern die durch einen Einkommensvergleich ermittelten Auswirkungen zur Grundlage der Schadensberechnung gemacht werden; vgl. zu den recht erheblichen methodischen Abweichungen, BREHM, BerK, N 70 f. zu Art. 46 OR.

dem hier passenden Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 OR nach den «getroffenen Massnahmen» zu bestimmen. Dabei kann sich ergeben, dass der Geschädigte im neuen Beruf gleich viel⁵² oder sogar mehr verdient, was dann auch noch die Frage nach einer Vorteilsanrechnung auslösen kann⁵³.

Die Zumutbarkeit eines **Stellenwechsels** oder einer **Umschulung** ist grundsätzlich zu bejahen, wenn die ins Auge gefasste Verdienstmöglichkeit nach Art der Tätigkeit, nach der Belastung sowie den damit verbundenen Unannehmlichkeiten in etwa der bisherigen Arbeit entspricht. Adäquat müssen aber auch die Rahmenbedingungen sein, insbesondere der Arbeitsort⁵⁴. Eine wesentliche Rolle spielt auch die soziale Einbindung⁵⁵, denn Behinderten fällt es meist schwerer, soziale Kontakte zu pflegen. Die soziale Integration kann auf der anderen Seite aber gerade durch die berufliche Wiedereingliederung gefördert werden. Besonderes Gewicht ist auf die Eignung der Tätigkeit zu legen und dies nicht nur in praktisch-medizinischer Hinsicht, sondern v.a. im Hinblick darauf, ob der Betroffene die neue Arbeit als sinnvoll akzeptieren kann. Auch hier ist die Zumutbarkeitsprüfung aus der Warte des Geschädigten vorzunehmen, was nicht heisst, dass sie im Belieben des Geschädigten steht. Entscheidend sind ferner das Alter⁵⁶, und über den Wiedereingliederungserfolg entscheiden wesentlich auch die Chancen auf dem Arbeitsmarkt⁵⁷. Zudem kommt eine Umschulung nur in Be-

⁵² So verhielt es sich im zitierten Entscheid. Die Invalidenversicherung hatte den verunfallten Traxführer zum Mechaniker ausgebildet und konnte damit trotz einer medizinisch-theoretischen Invalidität von 30 % eine Einkommenseinbusse vermeiden. Unter dem Gesichtspunkt der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens wurde von einer 10 %igen Erwerbsunfähigkeit ausgegangen.

⁵³ Ein solcher Fall in VersR 1987, S. 1239. Der BGH rechnete den Mehrverdienst nach der Umschulung vom Automechaniker zum Zahntechniker auf die Umschulungskosten an; gleich auch OLG Nürnberg in VersR 1991, S. 1256.; nach KOZIOL, Haftpflichtrecht, Bd. I, AT, 3. A. Wien 1997, S. 420, soll der Geschädigte zwischen der Kostenübernahme und Anrechnung und umgekehrt, Selbsttragung und Nichtanrechnung wählen können; vgl. auch hinten Ziff. III/5.

⁵⁴ Mehr dazu nachstehend bei Anm. 65.

⁵⁵ Kollegenkreis, Kontakt mit Angehörigen.

⁵⁶ In einem bei BREHM, BerK, N 51 zu Art. 44 OR zitierten n.p. Urteil v. 21.6.1957 hat das BGer einen Berufswechsel für einen 66jährigen Briefträger, der ein Bein verloren hatte, abgelehnt. Das ist wohl fraglos richtig und konnte wohl nur diskutiert werden, als Tafel 20 von STAUFFER/SCHAETZLE noch die gelebte Rechnungsgrundlage lieferte! In einem n.p. Entscheid des OLG Hamm v. 29.10.1986 (CaseTex Nr. 669) wurden Umschulungsmassnahmen bei einem 43jährigen Maurergesellen abgelehnt, für einen 44jährigen, in den Ruhestand versetzten Beamten wurde gegenteilig entschieden (BGH in NJW 1984, S. 345); dazu insbesondere auch OMLIN, S. 207 f., 224 ff.

⁵⁷ Im Haftpflichtrecht ist anders als im Sozialversicherungsrecht nicht von einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt auszugehen; dazu RÜEDI, S. 34 ff.

tracht, wenn die Einkommenssituation wesentlich verbessert werden kann⁵⁸. Das Zumutbarkeitsurteil hat auch zu berücksichtigen, dass durch die berufliche Veränderung die soziale Stellung betroffen ist. Der Geschädigte muss sich nicht auf eine Tätigkeit verweisen lassen, die mit einem Verlust an Sozialprestige verbunden ist⁵⁹. Einem Selbständigerwerbstätigen wird man aber grundsätzlich zumuten können, eine adäquate unselbständige Tätigkeit aufzunehmen⁶⁰. Einer Umschulung oder einem Stellenwechsel können selbstverständlich auch invaliditätsbedingte Schwierigkeiten im Wege stehen^{61,62}.

Der Haftpflichtige hat, das ergibt sich zwanglos aus dem Schadensbegriff, die **Umschulungskosten** zu übernehmen und muss diese, sofern die Umschulung nicht von der Invalidenversicherung durchgeführt wird, gegebenenfalls bevorschussen⁶³. Zwar gibt es keine allgemeine Bevorschussungspflicht im Haftpflichtrecht, doch läuft der Haftpflichtige Gefahr, dass er mit dem Schadenminderungseinwand nicht durchdringt, wenn er sich um die Rehabilitation nicht ausreichend bemüht. Der Geschädigte darf aber keinen übertriebenen Aufwand betreiben. Die Massnahmen müssen zweckmässig sein, was im Zeitpunkt der Entschlussfassung zutreffen muss⁶⁴.

Im Gefolge von beruflichen Änderungen kann sich auch ein **Wohnsitzwechsel** aufdrängen. Auch hier stehen die persönlichen Verhältnisse des Geschädigten bei der Zumutbarkeitsbeurteilung im Vordergrund. Der Richter steht vor der schwierigen Aufgabe, die Bedeutung der Wohnsituation für den Geschädigten

⁵⁸ Die erwähnten Kriterien werden so oder ähnlich auch in der Literatur und in weiteren Urteilen vertreten, vgl. z.B. STAUFFER/SCHAETZLE Nr. 672, 676; BREHM, BerK, N 51 zu Art. 44 OR; LANGE, S. 578 f.; GÖBEN, S. 90 ff.; zur sozialversicherungsrechtlichen Praxis, die ähnlich wertet, LOCHER, S. 416 f.; OMLIN, S. 196 ff.; BUNDI, S. 242 ff.; LANDOLT, S. 290 ff.

⁵⁹ So darf nach KELLER, S. 67, von einem höher gestellten Berufsmann nicht verlangt werden, das er niedrigste Arbeit verrichtet. Als zumutbar hat das EVG in einem n.p. Urteil vom 4.5.1987 eine Umschulung vom angelernten Zimmermann zum Stanzer oder Punktschweisser betrachtet, ähnlich auch Entscheid des EVG vom 11.12.1987 (CaseTex Nr. 806), wo eine solche Tätigkeit einem angelernten jugoslawischen Hilfsarbeiter zugemutet wird; vgl. auch RKUV 1987, S. 306 und S. 393.

⁶⁰ In SemJud 1963, S. 509 hat das BGer im umgekehrten Fall einem Verletzten, der sich selbständig gemacht hatte und danach ein höheres Einkommen erzielte, angesichts der grösseren wirtschaftlichen Risiken gleichwohl Schadenersatz zugesprochen.

⁶¹ Dies hat für das Bundesgericht in BGE 89 II 231 bei einem 32jährigen italienischen Landarbeiter gegen eine Umschulung gesprochen.

⁶² Zur Schadenminderung im Bereich des Haushaltschadens ZAK 1984, S. 135 ff.; WUSSOW/KÜPPERSBUSCH, Nr. 147; zur Übernahme von Hausarbeit durch den Ehepartner BGE 110 II 455 f.

⁶³ BGE 60 II 230.

⁶⁴ SCHAER, Grundzüge Nr. 1159, 1187.

nachzuempfinden⁶⁵. Die Frage nach einem Wohnsitz- oder Wohnungswechsel kann sich auch bei anderen Schadensposten stellen, z.B. im Zusammenhang mit den Kosten für ein Spezialfahrzeug oder für bauliche Veränderungen der nicht behinderungsgerechten Wohnung, die ein Invalider durch eine Dislokation vermeiden könnte. In BGE 113 V 22 hatte das EVG zu entscheiden, ob einem IV-Versicherten, der durch den Kauf eines Eigenheims seinen Arbeitsweg verlängert hatte, nur die Amortisations- und Reparaturkosten für den Elektrofahrradstuhl oder ob ihm auch Beiträge für ein Auto zu vergüten sind. In seiner umfangreichen Begründung wies das EVG darauf hin, dass die Schadenminderungspflicht auch aus *grundrechtlichen Überlegungen* nicht allzu restriktiv gehandhabt werden dürfe⁶⁶ und schützte den Anspruch.

Nebst beruflichen kommen auch **medizinische Massnahmen** in Betracht⁶⁷, die zu einer Steigerung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit und damit ebenfalls zur Minderung des Schadens beitragen können. Auch sie bilden die Basis der Schadensberechnung, soweit sie sich auf die künftige Schadensentwicklung auswirken. Haben sich durch die Unterlassung einer medizinischen Behandlung dagegen die Verletzungsfolgen verschlimmert und kann der medizinische Eingriff nicht mehr nachgeholt werden, ist der Schaden, soweit er gemäss den vorstehenden Ausführungen in Ziff. III/2 überhaupt zurechenbar ist, auf der Grundlage des bestehenden Gesundheitszustandes zu berechnen und die Nachlässigkeit unter den Voraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 OR zu sanktionieren⁶⁸.

Besonders heikle Fragen stellen sich, wenn die Leistungsfähigkeit durch eine **Operation** gesteigert werden könnte. Wie für die Umschulungsfrage haben sich auch diesbezüglich Kriterien herausgebildet, über die im Kern kaum Meinungsverschiedenheiten bestehen: Ein operativer Eingriff ist zumutbar, wenn er gefahrlos durchgeführt werden kann, nicht mit besonderen Schmerzen verbunden

⁶⁵ Massgebende Umstände sind die soziale Verankerung des Geschädigten am Wohnort, die familiäre Situation insbesondere das Vorhandensein von Kindern im schulpflichtigen Alter und die Ortsgebundenheit des Partners, das Bewohnen eines Eigenheims; LOCHER, S. 418; BUNDI, S. 248 ff.; OMLIN, S. 206 f.

⁶⁶ Dem Entscheid ist auch aus haftpflichtrechtlicher Sicht zuzustimmen, denn der Geschädigte darf durch die Schadenminderungsmassnahmen nicht diskriminiert werden; es sind ihm die Beweggründe zugestehen, die für die Wohnsitznahme üblicherweise ausschlaggebend sind; vgl. auch die Würdigung dieses Entscheides von MURER, S. 184 ff.

⁶⁷ Dazu auch das Kreisschreiben des BSV über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der IV.

⁶⁸ Das bedeutet, das mit der Quotierung u.U. nur ein Teil des Mehrschadens vom Geschädigten zu tragen ist und via Quotenvorrecht die Kürzung ganz oder teilweise kompensiert werden kann.

ist, zu keiner sichtbaren Entstellung führt und Aussicht auf eine wesentliche Besserung des Zustandes bietet⁶⁹. Am strengsten ist dabei hinsichtlich des Operationsrisikos zu verfahren. Eine Operation, die absolut gefahrlos ist, gibt es allerdings nicht. Auch ist es nicht möglich, die Risikogrenze ein für allemal in Zahlen zu fassen⁷⁰. Man hat sich stets vor Augen zu halten, dass *Leben und Gesundheit gegenüber einem Mehr an Erwerbsfähigkeit absolut vorrangig* sind. In einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid⁷¹ hat das EVG eine Herzoperation angesichts der erheblichen Lebensgefahr als nicht zumutbar taxiert. Der Chirurg schätzte das Risiko des Misslingens auf rund 4 %. Demgegenüber wurde die Chance auf eine volle Wiederherstellung mit 20 % bis 40 % und die Aussicht auf eine fünfzigprozentige Erwerbsfähigkeit mit 70 % bis 90 % veranschlagt. Der Entscheid zeigt eindrücklich, in welchen Zahlenrelationen sich die Zumutbarkeitsüberlegungen bewegen können. In die Überlegungen sind selbstverständlich auch die mit der Ablehnung einer Operation verbundenen Gesundheitsrisiken einzubeziehen⁷². Weniger streng ist mit Bagatelleingriffen zu verfahren⁷³. Zumutbar sind in der Regel auch einfache schönheitschirurgische Nachbehandlungen⁷⁴.

⁶⁹ LANDOLT, S. 228; OFTINGER/STARK, § 6 Nr. 171 ff.; RUMO-JUNGO, Haftpflichtrecht, Nr. 836 ff.; BUNDI, S. 236 ff.; GÖBEN S. 84 ff. jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen.

⁷⁰ Die in Fachkreisen z.T. bestehende Tendenz, Risiken zu bagatellisieren, sowie die Gefahr von Fehleinschätzungen mahnen zur Zurückhaltung; vgl. den krassen Sachverhalt in BGE 113 Ib 425, in dem die Gutachter die Komplikationsrate nach dem Wissensstand im Zeitpunkt des Eingriffs für eine therapeutische Endoskopie zur Entfernung eines Polypen mit 0,3 bis 2,7 % eingeschätzt haben, während das Risiko im Urteilszeitpunkt mit 15 % angegeben wurde.

⁷¹ BGE 105 V 176 betr. KUVG 12 - 12ter.

⁷² Für die Bejahung der Zumutbarkeit genügt es noch nicht, wenn die Operation medizinisch indiziert und dem Verletzten unter Abwägung der Chancen und Risiken von mehreren Ärzten empfohlen worden ist; so zutreffend BGH in DAR 1994, S. 275 ff.

⁷³ Z.B. Amputation eines Fingers oder einer Zehe, die unter Lokalanästhesie durchgeführt werden kann; BGE 28.2, 216 ff.; EVGE 1933, 94 f.

⁷⁴ BGE 81 II 415, der allerdings fragwürdig bzw. überholt in den Heiratschancen die geforderte wirtschaftliche Besserstellung sieht (so auch BGE 48 II 485; andeutungsweise auch BGE 100 II 306). Ein solcher Eingriff kann auch zur Minimierung des immateriellen Schadens führen (so die Prämisse für die Kostenüberwälzung im n.p. BGE i.S. C. c. Clinique de Montchoisi S.A. v. 10.6.1982) und die Schadenminderungsfrage kann sich natürlich umgekehrt auch für die Kostenübernahme stellen, wenn nur eine geringfügige ästhetische Verbesserung durch den kostspieligen Eingriff erreicht werden kann; instruktiv der vieldiskutierte «Narbenfall» BGHZ 63, S. 295 ff.

Nicht zumutbar ist dagegen ein operativer Eingriff zu rein diagnostischen Zwecken⁷⁵.

Ähnliche Massstäbe, wie sie bei Operationen anzulegen sind, gelten auch gegenüber **anderen Heilungsmassnahmen**. Stets gilt der *Grundsatz: je stärker diese in die Persönlichkeit des Geschädigten eingreifen, desto eher wird die Zumutbarkeitsschwelle überschritten*. Grundsätzlich zumutbar ist ein notwendiger Spitalaufenthalt, ebenso auch eine länger dauernde Therapie in einem Rehabilitationszentrum oder die Behandlung in einer psychiatrischen Klinik⁷⁶. Schadenminderungsfragen können sich auch bei der **Verwendung von Hilfsmitteln** stellen: Ist das Tragen einer Brille, eines Hörapparates, eines Stützkorsetts oder einer Prothese zumutbar⁷⁷? Gleich wie die Umschulungskosten hat der Schädiger ganz selbstverständlich auch die Kosten einer medizinischen Behandlung zu übernehmen. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Geschädigte weigert, die Operation vorzunehmen⁷⁸. Zwar handelt es sich um bloss fiktive Kosten, die grundsätzlich im Bereich der Heilungskosten nicht zu ersetzen sind⁷⁹, als eingesparte Kosten aber angerechnet werden müssen, wenn ein geringerer Erwerbsausfall unterstellt wird. Der Geschädigte wird dadurch nicht bereichert, sondern in die Lage versetzt, das Versäumte nachzuholen und den drohenden Einkommensverlust auszugleichen.

Auch beim **Versorgungsschaden** kann die Schadenminderungspflicht als Berechnungsproblem auftreten. Wichtigster Anwendungsfall bildet die «**Arbeitspflicht**» der Versorgten, die dazu beitragen soll, die Versorgungslücke zumindest teilweise durch eine eigene Erwerbstätigkeit zu schliessen. Mit dieser Frage setzte sich das Bundesgericht in BGE 119 II 361 auseinander. Es ging dabei aber nicht um die Frage, ob der Witwe die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zuzumuten sei, sondern darum, ob die tatsächlich aufgenommene Tätigkeit bzw. das dar-

⁷⁵ VAS IX Nr. 72: Lumbalpunktion zur Abklärung unfallfremder Faktoren; zurückhaltend auch MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 253, Anm. 610, S. 304. Die Frage ist haftpflichtrechtlich allerdings auch nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht, sondern unter der in Art. 44 OR aufgeführten «Erschwerung der Stellung des Ersatzpflichtigen» zu würdigen.

⁷⁶ OFTINGER/STARK § 6 Nr. 172 ff.; LANGE, S. 577. Verfehlt die in RGZ 60, S. 149 f. vertretene Ansicht, die Abneigung des Geschädigten gegen eine solche Behandlung habe «völlig in den Hintergrund» zu treten. Auch und gerade bei solchen Massnahmen darf die Einstellung des Geschädigten, die letztlich ja auch über den Behandlungserfolg entscheidet, nicht einfach übergangen werden.

⁷⁷ Zumutbarkeit bejaht: BGE 38 II 239 (Bruchband); SJZ 1957, S. 362 f. Nr. 156 (Brille); EVG 1959, S. 96 f. (Hörapparat), verneint in VersR 1989, S. 635 (lebenslanges Tragen einer Augenklappe zur Vermeidung des Doppelbildsehens).

⁷⁸ Anders aber BGE 42 II 249, wie hier BGE 81 II 515; 39 II 786.

⁷⁹ Die Ansicht ist allerdings umstritten: dazu ROBERTO S. 172 ff.

aus resultierende Einkommen anzurechnen sei oder nicht. Das Bundesgericht lehnte eine Anrechnung mit Blick auf die noch kleinen Kinder⁸⁰ der Witwe ab. Dieser Ansicht ist zuzustimmen⁸¹, denn die Geschädigte verlässt den Rahmen der Differenzrechnung, wenn sie mehr leistet, als ihr zugemutet werden kann. Zu ersetzen ist der Unterhaltsbedarf, der nicht durch zumutbare Eigenleistungen abgewendet werden kann. Ein Arbeitseinsatz, der über das noch Zumutbare hinausgeht, darf nicht angerechnet werden, das verlangt nicht nur eine reziproke Argumentation, sondern die praktische Konsequenz, die mit der gegenteiligen Ansicht verbunden wäre: Dem Geschädigten muss die Möglichkeit belassen werden, durch zusätzliche Anstrengungen zu einem höheren Einkommen zu gelangen und umgekehrt, sich später gegenteilig zu entscheiden. Es darf daher auch nicht der gesamte Erwerb angerechnet werden. Der Lebensstandard soll mit dem Zusatzverdienst nicht einfach erhalten bleiben, sondern durch zusätzliche Anstrengungen durchaus vermehrt werden können. Beim Umfang der Anrechnung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit muss daher sowohl der Höhe der Unterhaltsleistungen als auch der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen werden⁸². Eine flexible Anrechnung erleichtert auch den Zumutbarkeitsentscheid, denn die Grenze zwischen einem zumutbaren und einem darüber hinausgehenden Kräfteinsatz⁸³ lässt sich nicht Messerscharf ziehen. Als massgebende Kriterien sind nebst den bereits erwähnten familiären Verhältnissen, das Alter⁸⁴, die physische und psychische⁸⁵ Konstitution, die soziale Stellung und

⁸⁰ Der bei einem Velounfall verstorbene Zahnarzt B. hinterliess eine 41jährige Ehefrau und Kinder im Alter von 3 und 4 Jahren sowie zwei ältere Kinder aus erster Ehe. Die ursprünglich nicht erwerbstätige Frau hatte nach dem Tod ihres Mannes eine 30 %ige Teilzeitstelle angetreten.

⁸¹ Eingehende Begründung bei WEBER, Kumul, S. 74 ff.; ablehnend STARK EMIL W. in seiner Urteilkritik in AJP 1994, S. 642, der die Fakten über die Zumutbarkeit entscheiden lässt; gegen eine Anrechnung auch LEPA MANFRED, Schmerzengeld – Mitverschulden, Essen 1990, S. 92 f.

⁸² Vgl. den Vorschlag bei WEBER, Kumul, S. 82.

⁸³ Dazu gesellt sich ja noch die hypothetische Frage, ob nicht ohnehin zu einem späteren Zeitpunkt eine Erwerbstätigkeit aufgenommen worden wäre.

⁸⁴ Im Scheidungsrecht, das zumindest als grobe Orientierungshilfe herangezogen werden darf, wird dem haushaltführenden Ehegatten die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht mehr zugemutet, wenn er im Scheidungszeitpunkt das 45. Altersjahr erreicht hat; vgl. BGE 115 II 11.

⁸⁵ Eine Erwerbstätigkeit kann aber auch dazu beitragen, den Schicksalsschlag besser zu verkraften, was in BGE 119 II 366 E. 5 a auch als Hauptmotiv für die Aufnahme der Erwerbstätigkeit angegeben wird.

natürlich v.a. auch die berufliche Ausbildung und die Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen⁸⁶.

Bei Tod des haushaltführenden Ehegatten und es wird sich dabei nach wie vor meist um die Frau handeln, darf den Hinterbliebenen die Übernahme eines Teils der bislang vom Verstorbenen erledigten **Hausarbeiten** zugemutet werden⁸⁷. Der Umfang der anrechenbaren Mithilfe hängt von der beruflichen Belastung, bei Kindern vom Alter, entgegen BGE 101 II 261 und 102 II 93 heute aber nicht mehr vom Geschlecht ab⁸⁸. Zur Schadenminderung können die Hinterbliebenen auch durch eine **Verringerung der Lebenshaltungskosten** beitragen. Die Forderung gerät allerdings leicht in Konflikt mit dem durch den Versorgungsausgleich zu garantierenden Lebensstandard. Abstriche muss sich der Geschädigte grundsätzlich nicht gefallen lassen. So ginge es zu weit, den Umzug in eine billigere Wohnung oder gar der Verkauf des Eigenheims zu fordern. Ein Wohnungswechsel kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn durch den Tod des Partners die Wohnung zu gross geworden ist⁸⁹. Im n.p. Entscheid v. 28.4.1987 i.S. S. c. «National»⁹⁰ hat das Bundesgericht Vermögensumschichtungen zur Erzielung einer höheren Rendite abgelehnt: «Hypothetische Erträge dürfen nur dort in Rechnung gestellt werden, wo die betreffenden Vermögensteile ihrer Natur nach zu einer Investition bestimmt sind und es subjektiv nicht darauf ankommt, wie diese erfolgt. Dabei hat der Richter nicht als Anlageberater zu wirken. In der Regel wird er von den vorhandenen Investitionen ausgehen und nur die tatsächlich anfallenden Beträge berücksichtigen dürfen, es sei denn, das Festhalten an der bisherigen Investition erscheine geradezu als missbräuchlich»⁹¹. Als miss-

⁸⁶ Vgl. dazu auch ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, La perte de soutien, Diss. Bern 1979, S. 83 f. sowie die nahezu gleichlautenden Kriterien im deutschen Recht; LANGE, S. 581 und HAMM, S. 167 ff., 195 ff.

⁸⁷ Dies im Gegensatz zum Invaliditätsfall. Träger der Schadenminderungspflicht ist der Anspruchsberechtigte und dieser ist beim invaliditätsbedingten Haushaltschaden der von der Körperverletzung Betroffene, auch wenn ein Teil der entschädigten Arbeit für Dritte erbracht wird (BGE 99 II 221). Das dogmatisch korrekte Ergebnis vermag allerdings nicht ganz zu befriedigen. Von den Hinterbliebenen darf aber nach dieser Sichtweise nicht verlangt werden, dass sie zum Zwecke der Schadenminderung Angehörige beiziehen.

⁸⁸ Nach der deutschen Rechtsprechung, die sich allerdings an den familienrechtlichen Unterhaltspflichten orientiert, wird eine Mithilfpflicht bei Kindern ab dem 14. Altersjahr bejaht; WUSSOW/KÜPPERSBUSCH, Nr. 264.

⁸⁹ BGE 64 II 430, n.p. BGE vom 28.4.1987, zit. in NZZ Nr. 293 v. 17.12.1987, S. 22. Dies gilt nach BGE 102 II 92 f. selbst dann, wenn bedingt durch die Wohnverhältnisse eine Haushälterin angestellt werden muss; dazu auch BREHM, BerK, N 52 zu Art. 45 OR.

⁹⁰ Zusammenfassung in NZZ Nr. 293 v. 17.12.1987 und CaseTex Nr. 777; vgl. auch den Rückweisungsentscheid des KGer VS in RVJ 1989, S. 294.

⁹¹ Vgl. zur grundsätzlichen Frage, ob Erbschaftserträge überhaupt anrechenbar sind, WEBER, Kumul S. 83 f.

bräuchlich wurde dagegen im gleichen Entscheid taxiert, wenn die Versorgte einen Teil des Nachlasses ausschlägt, denn der «Geschädigte kann sich der Vorteilsanrechnung nicht dadurch entziehen, dass er auf seine Ansprüche verzichtet, um damit in den Genuss grösserer haftpflichtrechtlicher Schadenersatzleistungen zu gelangen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verzicht nachträglich nach Eintritt des Erbfalls, insbesondere bei der Erbteilung erfolgt».

4. Die verbleibenden Fälle für die Schadenersatzbemessung

Steht der Umfang der zurechenbaren Verletzungsfolgen und deren Auswirkungen auf das Vermögen fest, so ist damit das Maximum bestimmt, das der Ersatzpflichtige an den Geschädigten zu leisten hat. Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass den Interessen des Haftpflichtigen durch die Kausalitäts- und Schadensprüfung nicht genügend Rechnung getragen wird. *Der Kausalzusammenhang ignoriert fast sämtliche Tatbeiträge des Geschädigten und der Schadensbegriff orientiert sich mit Ausnahme der zukünftigen Schäden am faktischen Vermögensabfluss.* Mit der Schadenersatzbemessung – darin ist deren Funktion zu sehen – können die **Umstände des Einzelfalles** mitgewürdigt werden, was erlaubt, die Unvollkommenheit und Härte des gefundenen Resultats nach Billigkeitsgesichtspunkten zu korrigieren. *Mit der Trennung von tatbestandsmässiger Haftungsprüfung und Ersatzbemessung wird ein optimaler Ausgleich zwischen auf Rechtssicherheit bedachter Objektivierung und der Individualgerechtigkeit dienender Subjektivierung erreicht.* Die Nachkontrolle vollzieht sich auf der Grundlage von Art. 43 und 44 OR⁹². Die beiden Bestimmungen lassen sich dahin umreissen, dass Art. 44 Abs. 1 OR jene Reduktionsgründe erfasst, die zur Sphäre des Geschädigten gehören, während Art. 43 OR die Gründe aufführt, die ausserhalb seines Verantwortungsbereichs liegen⁹³.

Art. 44 Abs. 1 OR verlangt, dass sich das mitursächliche Verhalten auf die «Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens» ausgewirkt hat. Die vom Ge-

⁹² Diese sind kraft Verweis oder durch gleichlautende Bestimmungen auch in den spezialgesetzlichen Haftungstatbeständen und via Art. 99 Abs. 3 OR auch auf das Vertragsrecht anwendbar.

⁹³ Zur Notwendigkeit einer strikten Unterscheidung der Anwendungsbereiche der beiden Normen WEBER, Zurechnungsprobleme, S. 82. Auch die Rechtsfolge ist unterschiedlich. Während sich die Kürzung in Art. 43 OR an der Gesamtbelastung orientiert und sich für die Bemessung kaum Regeln aufstellen lassen (Billigkeit in Reinkultur), erfasst Art. 44 OR durch die Kausalitätsbindung u.U. nur einzelne Schadensposten. Unterschiede bestehen auch bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Bei echter Solidarität ist eine Reduktion nur bei gemeinsamen Reduktionsgründen möglich, was meist nur bei Kürzungen nach Art. 44 Abs. 1 OR zutrifft. Zur praktischen Bedeutung der Reduktionsgründe ROBERTO, S. 274 ff.

schädigten gesetzte Ursache kann mit dem ganzen oder nur mit einem Teil des Verletzungserfolges in Verbindung stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Mitwirkungsbeitrag vor, nach oder gleichzeitig mit der haftbarmachenden Ursache gesetzt worden ist. Sprachlich ist daher nicht zwangsläufig die zeitliche Abfolge der Ursachenbeiträge gemeint, wie meist angenommen, sondern die unterschiedliche Wirkungsweise der konkurrierenden Ursachen.

Der Zeitpunkt des Schadeneintritts bildet, wie erwähnt, keine taugliche Abgrenzung zu den übrigen Fällen der Mitverursachung. Abzustellen ist auf die haftungsbegründende Rechtsgutsverletzung, die als Zäsur zwischen der Haftungsbegründung und der Haftungsausfüllung steht. Sie ist nicht zwangsläufig mit einem Vermögensverlust verbunden, stellt aber eine **Rechtsbeziehung** her und verändert damit die Rechtslage zwischen dem Haftpflichtigen und dem Geschädigten grundlegend: Sie stehen sich als Gläubiger und Schuldner eines Schuldverhältnisses gegenüber. Daher besteht keine Notwendigkeit mehr, von einem gleichwertigen Pflichtenkreis auszugehen. Die Verantwortlichkeitssphären sind nicht nur nach Risikobereichen zu definieren, wie dies durch die Haftungs- und die Reduktionsgründe in Art. 44 Abs. 1 OR geschieht⁹⁴. Vom Geschädigten kann mehr verlangt werden, nämlich ein aktives Tätigwerden, um die Folgen der geschaffenen Gefährdung zu verhindern. Nach allgemeinen Grundsätzen löst eine Unterlassung aber nur Rechtsfolgen aus, wenn entsprechende Pflichten existieren. Diese ergeben sich aus dem in Art. 2 ZGB verankerten Grundsatz von **Treu und Glauben** (vorne Ziff. II), für dessen Anwendung nicht nur die rechtlich relevante Beziehung⁹⁵ in Form einer **Sonderverbindung** innerhalb der Haftungsausfüllung einwandfrei vorliegt⁹⁶, sondern auch eine prädestinierte Interessenlage.

Die nicht ganz einfache Wertungsarbeit bei der Schadenminderung, die erfordert, dass das mögliche Höchstmass nach dem Kriterium der Zumutbarkeit auf ein angemessenes Mass herabgesetzt wird, ist auch im Rahmen der Schadenersatzbemessung und hier noch vermehrt, nach den konkreten Umständen zu bestimmen. Innerhalb von Art. 44 Abs. 1 OR ist ein **weniger strenger Massstab** anzulegen,

⁹⁴ Zur Frage, für welche Umstände der Geschädigte in Art. 44 Abs. 1 OR noch einzustehen hat, ist hier nur festzuhalten, dass sie nicht in Analogie zu den Haftungsgründen zu bestimmen sind, sondern anhand des Kriteriums der (qualifizierten) Gefahrexponierung, die bei Vorliegen eines Haftungsgrundes gegeben sein kann, aber nicht muss; WEBER, *Zurechnungsprobleme*, S. 79 ff. und gleich nun auch KRÄUCHI THOMAS, *Die konstitutionelle Prädisposition*, Diss. Bern 1998, S. 184 ff.

⁹⁵ BAUMANN, *ZürK*, N 6 und 12 zu Art. 2 ZGB, der den irreführenden Begriff der Sonderverbindung ablehnt und einem erweiterten Anwendungsbereich das Wort redet.

⁹⁶ Dies im Gegensatz zur Mitwirkung bei der Haftungsbegründung, wo auch kein Verstoss gegen das Verbot des «venire contra factum proprium» vorliegt, wie dies da und dort angenommen wird, denn Art. 44 Abs. 1 OR begrenzt den Anspruch dem Grunde nach.

als bei der Schadensberechnung. Gilt es dort Annahmen für den zukünftigen Schaden zu treffen, so hat der Geschädigte auch die Chance durch ein entsprechendes Verhalten, den Schaden zu verhindern. Die nach Art. 44 Abs. 1 OR zu beurteilenden Sachverhalte liegen demgegenüber in der Vergangenheit und der Schaden ist bereits eingetreten. Das erfordert ein anderes Vorgehen. Das Urteil ist vom Standpunkt *ex ante* zu fällen: Nur was für den Geschädigten erkennbar und unter den damaligen Rahmenbedingungen realisierbar war, kommt überhaupt in Betracht.

Da es sich bei der Schadenminderungspflicht um eine blosser Obliegenheit handelt, ist weiter zu prüfen, ob ein schuldhaftes Verhalten erforderlich ist⁹⁷. Dabei kann es sich ohnehin nur in einem übertragenen Sinne um ein **Verschulden** handeln, denn das Verhalten richtet sich ja letztlich gegen den Belasteten und ist somit nicht vorwerfbar. Auch bei der Selbstschädigung kann aber auf die Urteilsfähigkeit nicht verzichtet werden. Für die Schadenminderungspflicht folgt dies schon daraus, dass eine Pflichtverletzung (auch wenn von geringerer Intensität) und damit eine Rechtshandlung, zur Beurteilung ansteht. Erfüllt sein muss aber auch die objektive Seite, die durch die Merkmale Vorsatz und Fahrlässigkeit charakterisiert wird. Dies folgt nicht aus dem Symmetriedenken, das die Schädiger- und Geschädigtenseite dem gleichen Voraussetzungskatalog unterzieht, sondern aus dem für die Schadenminderung elementaren «Zumutbarkeitsfilter». Dieser verlangt auch im Schuldpunkt nach einer Entsprechung. Das dem Geschädigten abverlangte Verhalten muss nicht nur den sozialen und persönlichen Verhältnissen angemessen sein, es muss auch mit den persönlichen Fähigkeiten korrespondieren⁹⁸. Die Zumutbarkeit impliziert bei der Sorgfaltsbeurteilung die Nichtbetätigung einer Anspannung, zu der die Betroffenen nach ihren persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften imstande wären. Während sich die Objektivierung der Sorgfalt auf der Haftungsseite mit dem Funktionieren des Verkehrs rechtfertigen lässt, kann die Überlegung, dass jedermann ein Mindestmass an Fähigkeiten und Eigenschaften aufbringen muss, nicht einfach auf den Geschädigten übertragen werden. Das Risiko der Schadensbeseitigung trägt grundsätzlich der Haftpflichtige. Vom Geschädigten können nur Massnahmen verlangt werden, die er nach seinen persönlichen Verhältnissen erfüllen kann. Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht liegt daher nicht vor, wenn der Geschädigte infolge Unerfahrenheit, Ängstlichkeit, oder etwa mangelnder Intelligenz zu einem solchen Ver-

⁹⁷ Das Verschuldenserfordernis ist auch keineswegs zwingend vorausgesetzt bei den Konkretisierungsfällen von Art. 2 ZGB; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürK, N 590 zu Art. 1 OR.

⁹⁸ In der Anatomie des Sorgfaltsbegriffs entspricht das Gesagte der bei uns wenig gebräuchlichen Unterscheidung zwischen einer Innen- und einer Aussenseite der Sorgfalt; vgl. dazu OSWALD CHRISTOPH, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Diss. Zürich 1988, S. 45 ff.

halten nicht in der Lage ist. Es gibt bei der Schadenminderung also auch den «Entlastungsgrund» des persönlichen Unvermögens, der dem **subjektivierten Fahrlässigkeitsbegriff** zugrunde liegt⁹⁹.

Auch hinsichtlich der Rechtsfolge ergeben sich einige Besonderheiten. Die Schadenminderung betrifft den Zeitraum nach eingetretener Rechtsgutsverletzung, so dass sich die Pflichtwidrigkeit in den überwiegenden Fällen in einer Vergrößerung des Schadens und dort, wo verschiedene Rechtsgüter betroffen sind, nur hinsichtlich einzelner Verletzungsfolgen bemerkbar macht. Die Nachlässigkeit kann aber auch den Schaden erst herbeiführen, so etwa der kleine Kratzer, der sich durch die unsachgemässe Behandlung zur Blutvergiftung ausweitete. Die Kürzung kann sich nur auf den zusätzlich entstandenen Schaden beziehen, da nur zu diesem der notwendige **Kausalbezug** besteht. Bei der Schadenminderung wird der Ersatzanspruch vielfach direkt um den so eruierten Mehrschaden gekürzt und nicht etwa, wie bei der Schadenersatzbemessung üblich, durch eine **Quotierung** auf den Schädiger und Geschädigten aufgeteilt. Dieses Vorgehen, das auch in der Literatur Zustimmung findet¹⁰⁰, ist dann nicht angemessen, wenn der vermeidbare Schaden bereits eingetreten ist. Immerhin sind aus kausaltheoretischer Sicht der Haftpflichtige und der Geschädigte gleichermaßen am Mehrschaden beteiligt und ein gänzlicher Ausschluss der Haftung wäre nur dann angemessen, wenn der Tatbeitrag des Geschädigten eindeutig über-

⁹⁹ Die Frage, für welche Personen der Geschädigte einstehen muss, kann hier ebenfalls nicht vertieft werden. Nach herrschender Lehre hat sich der Geschädigte deren Verhalten – auch hier begegnen wir wieder dem Symmetriedenken – unter den gleichen Voraussetzungen anrechnen zu lassen wie der Haftpflichtige. Zwischen Schädiger und Geschädigtem kann es aber keine Gleichheit der Positionen geben. So hat die Befreiungsmöglichkeit wie sie Art. 55 OR vorsieht, auf der Geschädigtenseite keine Berechtigung. In Art. 44 Abs. 1 OR ist allein massgebend, dass der Geschädigte, der die Obhut über seine Güter anderen überlässt, eine zusätzliche Gefahr schafft, die er im Falle der Realisierung selbst zu tragen hat. Handeln Dritte in Erfüllung der Schadenminderungspflicht, so ist allerdings Art. 101 OR analog anwendbar, da sie als Erfüllungs- und Ausübungsgehilfen handeln. Eine Ausnahme ist aber für die sog. Wiederherstellungsgehilfen zu machen, wie der Arzt, die Reparaturwerkstatt oder der eingeschaltete Rechtsanwalt. Die Schadenminderungspflicht kann sich hier nur auf die Auswahl, Instruktion und Überwachung beziehen. Anders als bei der Haftungsbegründung (Aufsichtsverschulden) wird der Geschädigte durch das Verhalten der gesetzlichen Vertreter belastet, wenn dieses gegen die Schadenminderungspflicht verstösst, da ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt; vgl. zum Ganzen die österreichische und mit der hier vertretenen Meinung nicht übereinstimmende Arbeit von KLETECKA ANDREAS, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, Diss. Wien 1991, zur Schadenminderungspflicht insbes. S. 53 ff.

¹⁰⁰ Die Ansicht wird selbstverständlich von all jenen geteilt, die in der Schadenminderungspflicht ein reines Berechnungsproblem diagnostizieren; so etwa ROBERTO, S. 288 ff.; gleicher Befund in anderen Rechtsordnungen bei STOLL, S. 250 ff.

wiegt¹⁰¹. In den übrigen Fällen ist der Zusatzschaden zu quotieren, wobei keine allzu feinen Abstufungen zu treffen sind. Nebst der Besonderheit, dass die Quotierung in den Schadenminderungsfällen meist nur einzelne Schadenspositionen¹⁰² betrifft, ist auch die unterschiedliche Quotenbildung zu beachten, wenn der Geschädigte gleichzeitig an der Haftungs begründung beteiligt war¹⁰³. Alsdann ist zunächst der in Verletzung der Schadenminderungspflicht zu tragende Anteil abzuziehen und der verbleibende Restbetrag nach der Haftungs(grund)quote auf die Beteiligten zu verlegen.

Nachfolgend noch ein paar **typische Problemlagen**, die sich im Rahmen der Ersatzbemessung nach OR 44 Abs. 1 OR stellen:

Zunächst tauchen auch hier wieder Fälle auf, in denen sich der Geschädigte bei einer Körperverletzung unsachgemäss verhalten hat, die sich aber im Gegensatz zur soeben behandelten Schadensberechnung bereits auf der Schadensebene ausgewirkt haben und daher nur noch eine nachträgliche Leistungskürzung in Frage kommt. Der Geschädigte muss sich, soweit es sich nicht um Bagatellverletzungen handelt, in **ärztliche Behandlung** begeben¹⁰⁴. Dies wurde in BGE 18, 265 dem bereits in Ziff. III/2 erwähnten Bahnangestellten, dem ein Kohlepartikel ins Auge flog, und der sich nicht sofort in ärztliche Behandlung begab, zum Vorwurf gemacht. Grundsätzlich frei steht dem Geschädigten die Arztwahl. Allerdings wird man eine Kostengrenze dort ziehen müssen, wo ein unverhältnismässiger Aufwand betrieben wird. Allein daraus, dass sich der Geschädigte nicht einer schulmedizinischen Behandlung unterzieht, darf man ihm heute mehr noch als früher keinen Vorwurf machen¹⁰⁵. Der Geschädigte braucht auch nicht die billigste Behandlungsmethode zu wählen. Eine Privatbehandlung kann, wenn der Geschädigte nicht persönlich über den entsprechenden Versicherungsschutz verfügt, durch die lange Behandlungszeit oder den Beizug eines Spezialisten indiziert sein, doch kommt ein solcher «Klassenwechsel» nur ausnahmsweise in Betracht. Hinsichtlich der Zumutbarkeit einer medizinischen Behandlung gelten die zur «Operationspflicht» aufgestellten Kriterien¹⁰⁶. Der Geschädigte muss auch das in seiner Macht stehende tun, um möglichst bald wieder gesund zu werden.

¹⁰¹ So auch KOZIOL, Rechtsfolgen, S. 600 f., der aber – entsprechend der deutschen und österreichischen Dogmatik – auch nicht zwischen Berechnungs- und Bemessungsfällen unterscheidet.

¹⁰² Z.B. nur die Mietwagen- oder die Anwaltskosten.

¹⁰³ Zum Unfall ist es z. B. gekommen, weil der Geschädigte die Strasse unvorsichtig überquert hat.

¹⁰⁴ Dazu GÖBEN, S. 81 ff.

¹⁰⁵ Zurückhaltend auch LANGE, S. 577.

¹⁰⁶ Vgl. vorn bei Anm. 69.

Er hat insbesondere die Weisungen des Arztes zu befolgen, soweit sie vernünftig sind¹⁰⁷, und auf die verletzungsbedingte Behinderung angemessen Rücksicht zu nehmen¹⁰⁸.

Bei **Sachschäden** geht es zum einen um die eigentlichen **Rettungshandlungen**, d.h. um Massnahmen, die eine weitere Verschlechterung der betroffenen Sache verhindert hätten. So ist selbstverständlich, dass ein Brand bekämpft werden muss und nicht einfach die Hände in den Schoss gelegt werden dürfen. Ebenso selbstverständlich ist aber auch, dass der Geschädigte nicht Kopf und Kragen riskieren muss um sein Hab und Gut zu retten. Ihm ist auch zuzugestehen, dass er die «Lieblingssachen» vor den Kostbarkeiten in Sicherheit bringt¹⁰⁹. Leistet der Geschädigte überpflichtmässige Anstrengungen, so kann er sich andererseits aber nicht darauf berufen, er wäre dazu nicht verpflichtet gewesen und den potentiellen Schadensbetrag einfordern (hinten Ziff. III/6).

Bei den Sachschäden stehen Fragen rund ums **Auto** im Vordergrund. Der Geschädigte muss sich um eine kostengünstige **Reparatur** bemühen, doch verfügt er meist über keine allzu grossen Beeinflussungsmöglichkeiten. Es kann ihm aber zugemutet werden, dass er sich nach den Kapazitäten oder dem Gang der Arbeit erkundigt. Bei geringfügigen Beschädigungen, ist die Instandstellung aufzuschieben, wenn dadurch die Betriebssicherheit nicht gefährdet ist und Kosten für ein Ersatzfahrzeug eingespart werden können¹¹⁰. Ist zweifelhaft, ob sich eine Reparatur noch lohnt, muss, falls die Reparaturwürdigkeit nicht von einem Versicherungsexperten abgeklärt wird, ein Sachverständiger beigezogen werden. Lässt der Geschädigte ohne vorgängige Abklärungen reparieren und übersteigen die Kosten den Wiederbeschaffungswert, neigen die Gerichte dazu, den Mehrbetrag dem Geschädigten voll zu belasten. Auch hier ist aber, sofern man nicht wie in Deutschland eine Toleranzgrenze einführen will¹¹¹, grundsätzlich zu Quotieren. Bislang ging man auch davon aus, dass der Geschädigte Anspruch auf den Einbau von Neuteilen hat. In letzter Zeit wird als Kostensenkungsmassnahme

¹⁰⁷ Solange der Geschädigte den ärztlichen Rat befolgt, kann ihm auch keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden; anders aber VersR 1966, S. 95 f. hinsichtlich der vom Hausarzt verschriebenen Kurkosten; vgl. auch den unter Art. 61 VVG beurteilten Fall in ZR 97, Nr. 86.

¹⁰⁸ Um eine Verzögerung des Heilungsverlaufs ging es in BGE 41 II 684, 48 II 476 und 82 II 33, wobei der Vorwurf in keinem Fall erhärtet werden konnte.

¹⁰⁹ Dies gilt ganz selbstverständlich für die Haustiere.

¹¹⁰ Besonders reichhaltig in bezug auf die Schadenminderungspflicht bei Autoschäden ist die deutsche Praxis; vgl. VAN BÜHREN, S. 15 ff.; ETZEL/WAGNER, Aktuelle Tendenzen von Mietwagenkosten bei Strassenverkehrsunfällen, DAR 1995, S. 17 ff.

¹¹¹ Diese liegt bei 130% des Marktwerts; zu den vielen Feinheiten bei der Ermittlung dieser Opfergrenze: SANDEN/VÖLTZ, Nr. 73 ff.

und aus ökologischen Gründen die Verwendung von Gebrauchtteilen propagiert¹¹². Sofern solche Ersatzteile der beschädigten Sache qualitativ gleichwertig sind, darf eine dahingehende Schadenminderungspflicht ohne weiteres bejaht werden.

Besonders herausgefordert ist die Schadenminderungspflicht bei der Beurteilung der Angemessenheit von **Mietwagenkosten**¹¹³. Diese sind nur dann geschuldet, wenn keine günstigere und zumutbare Ersatzlösung gefunden werden kann. Allein ein berufliches Bedürfnis genügt entgegen einer verbreiteten Praxis¹¹⁴ als Bedarfsnachweis für ein Mietfahrzeug aber noch nicht. Die Benützung öffentlicher Verkehrsmittel ist jedenfalls dann zumutbar, wenn andere den gleichen Arbeitsweg stets mit der Bahn oder dem Tram zurücklegen. Ist der Bedarf für einen Mietwagen ausgewiesen, besteht Anspruch für die Dauer, die für eine Reparatur oder Neuanschaffung notwendig ist. Der Geschädigte muss sich aber darum bemühen, diese Frist möglichst kurz zu halten. Für die Neuanschaffung eines Fahrzeugs wird eine Frist von 10 bis 14 Tagen als ausreichend angesehen¹¹⁵. Die Schadenminderungspflicht zwingt allerdings nicht zu einer solch starren Limitierung. Die Strenge sollte primär beim Bedarfsnachweis ansetzen, der sich vermehrt zur Prämisse machen sollte, dass ein *zeitweiliger Verzicht auf ein Fahrzeug zumutbar* ist¹¹⁶. Der Schaden kann auch durch die Wahl des Mietfahrzeugs erheblich beeinflusst werden. Anerkennt man, dass die Benützung öffentlicher Verkehrsmittel zumutbar ist, dürfte es nicht schwer fallen, vom Geschädigten namentlich bei einer längeren Mietdauer, auch die Anmietung eines Fahrzeugs einer günstigeren Preisklasse zu verlangen¹¹⁷. Zu beachten ist auch, dass die Mietwagen- zusammen mit den Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen können. Bei einer längeren Mietdauer und grossem Fahrbedarf kann sich ausnahmsweise ein Kauf und späterer Wiederverkauf eines Fahrzeuges auf-

¹¹² Dazu der skeptische REINKING KURT, Kfz-Reparatur mit Gebrauchtteil, DAR 1999, S. 56 ff.

¹¹³ Entsprechend reichhaltig ist auch die Literatur und Praxis, wobei auch hier die deutsche dominiert: Vgl. etwa SANDEN/VÖLTZ, Nr. 246 ff.; LANGE, S. 270 ff.

¹¹⁴ Vgl. HÜTTE, SVZ 1987, S. 328 f.

¹¹⁵ KELLER, S. 109.

¹¹⁶ Pointiert MERZ, SPR VI/1, S. 197: «Der Mensch ist ja nicht gewissermassen als motorisierter Zentaur anzusehen, der – nimmt man ihm die Räder weg – kein ganzer Mensch mehr wär.»

¹¹⁷ Für einen Klassenwechsel, wenn das Fahrzeug lediglich für den Arbeitsweg benützt wird: SANDEN/VÖLTZ, Nr. 263; VersR 1984, S. 1179; vgl. auch BGH NJW 1982, S. 1518 und die Anmerkungen zu diesem Urteil (in dem Mietkosten für einen Porsche von DM 13'712.- zur Debatte standen) von KOLLER, Der Schaden des wohlhabenden Autobesitzers, NJW 1983, S. 16.

drängen¹¹⁸. Wird ein Fahrzeug gewerblich genutzt, hat die geschädigte Person so zu disponieren, dass sich der Wagenausfall am wenigsten bemerkbar macht. Dies kann u.U. auch bedeuten, auf ein Ersatzfahrzeug zu verzichten und den entgangenen Gewinn in Rechnung zu stellen, sofern dieser geringer ist¹¹⁹.

Die vermeidbaren Reparatur- und Mietwagenkosten werden in der Praxis kaum je um eine bestimmte **Quote** gekürzt. Auch hier sollte aber differenziert werden. Da Sachschäden weit weniger in die persönliche Sphäre des Geschädigten eingreifen, ist es durchaus gerechtfertigt, stärker die ökonomischen Aspekte zu gewichten. Gleichwohl dürfen den Geschädigten die Risiken einer unsachgemässen Schadensbeseitigung nicht ohne weiteres vollumfänglich überbunden werden. Hat er nicht wider alle Vernunft gehandelt, ist die angemessene Lösung in der Schadensteilung zu suchen.

Eine besondere Stellung unter den Sachschäden kommt den **Tieren** zu. Diesem Umstand soll zukünftig mit diversen Bestimmungen im privaten und öffentlichen Recht Rechnung getragen werden. So wird vorgeschlagen, Art. 42 OR durch einen dritten Absatz mit folgendem Wortlaut zu ergänzen: «Im Rahmen von Treu und Glauben können Heilungskosten für ein Tier auch dann als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen»¹²⁰. Dies gilt aber bereits nach heutigem Verständnis, das ja nicht allein ökonomische Aspekte bei der Angemessenheitsprüfung zulässt. Wo die Kostengrenze zu ziehen ist, darüber kann aber nur der Einzelfall Aufschluss geben. Jedenfalls kann kein pauschaler Zuschlag zum Marktwert angegeben werden, da dieser bei Tieren eine fragwürdige Referenzgrösse darstellt. Er kann bei einer Hauskatze bei Null liegen, was jedwelche Heilungsversuche ausschliessen würde¹²¹.

Auch die **Anwaltskosten** unterliegen der Schadenminderungskontrolle. Bei den Anwaltskosten handelt es sich nicht um reine Vermögensschäden, sondern um einen Vermögensfolgeschaden. Als Folgeschaden unterliegen die Anwaltskosten

¹¹⁸ Ein solcher wurde in VersR 1987, S. 893 unterstellt, bei Mietwagenkosten von DM 11'500.- (für einen Mercedes 280!) und Reparaturkosten von DM 8'900.-. Allein aus dem Umstand, dass die Mietkosten die Aufwendungen für die Reparatur übersteigen, lässt sich aber noch nichts ableiten, HÜTTE, S. 330.

¹¹⁹ So bei einem Fahrlehrer oder Taxihalter mit geringem Umsatz. Zur Vereinfachung der Schadensabwicklung existieren z.T. Entschädigungsabkommen oder Empfehlungen zwischen den Versicherern und den einzelnen Berufsverbänden, die pauschale Tagessätze vorsehen.

¹²⁰ So der Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zum «Grundsatzartikel Tiere» v. 27.3.1997. In ausländischen Rechtsordnungen sind z.T. entsprechende Bestimmungen bereits seit längerem in Kraft, z.B. § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB.

¹²¹ Zur deutschen Regelung SCHIEMANN, Staudinger Komm., N 27 ff. zu § 251 BGB.

den üblichen Reduktionsgründen gemäss Art. 43 und 44 OR¹²². Es entbehrt nicht der Logik, dass der Geschädigte einen Teil der Anwaltskosten mittragen muss, wenn er das Schadenereignis mitverursacht hat¹²³. Die Besonderheit der Anwaltskosten liegt aber darin, dass deren Umfang ganz wesentlich vom Verhalten der Parteien bei der Schadenerledigung abhängt, so dass die Haftungsgrundquote nicht zwangsläufig auch den Aufteilungsschlüssel für die Anwaltskosten liefert. Gegen die Schadenminderungspflicht verstösst der Geschädigte, wenn er einen Anwalt in einem nicht umstrittenen Bagatellfall beizieht oder wenn ein unnötiger Aufwand betrieben wird¹²⁴. Die gleichen Überlegungen gelten auch für den Beizug von Experten.

Die Schadenminderungspflicht kann auch das Ergreifen von **prozessualen Massnahmen** nahelegen¹²⁵. Der Geschädigte muss sich aber nicht auf einen risikoreichen und aufwendigen Prozess einlassen. Das Ergreifen von Rechtsmitteln ist ausdrücklich im Kaufrecht vorgesehen (Art. 193 OR)¹²⁶. In BGE 107 Ib 158 f. hat das Bundesgericht in einem Verantwortlichkeitsprozess wegen Rechtsverzögerung entschieden, dass ein Schadenersatzanspruch voraussetze, dass der Geschädigte alle zumutbaren Massnahmen ergreife und mit entsprechenden Eingaben ans Gericht auf den drohenden Schaden aufmerksam mache oder bei Erfolglosigkeit mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde auf die Beschleunigung des Verfahrens einwirke. In BGE 110 II 42 f. ist die Haftung abgelehnt worden, weil die Geschädigte den Schaden durch die Erhebung einer Grundbuchberichtigungsklage hätte verhindern können und als Reduktionsgrund hat das Bundesgericht in BGE 84 II 264 gewertet, dass nach dem Verlust von Inhaberpapieren die Massnahmen zur Wiedererlangung unterlassen worden sind.

Die Praxis liefert selbstverständlich viele **weitere Anwendungsbereiche** für die Schadenminderungspflicht. Erwähnt sei etwa noch das Ergreifen von publizistischen Massnahmen¹²⁷ und die Frage der Vorfinanzierung der entstandenen Kosten¹²⁸. Keine Verletzung der Schadenminderungspflicht kann darin erblickt wer-

¹²² BGE 113 II 340.

¹²³ Die Ansicht ist allerdings umstritten; vgl. WEBER STEPHAN, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 1993, S. 13.

¹²⁴ Einzelheiten bei WEBER, a.a.O., S. 11 f.

¹²⁵ Dazu auch LANGE, S. 586 f.

¹²⁶ Entsprechend den Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen bestimmt Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 OR, dass der Käufer im Unterlassungsfall eine Schmälerung seiner Ansprüche hinzunehmen hat.

¹²⁷ ZR 42, Nr. 61

¹²⁸ VAS XIV, Nr. 62; JT 1975 II, S. 369; SJZ 1986, S. 199; VersR 1963, S. 1162.

den, dass der Geschädigte nicht ausreichend versichert ist¹²⁹. Die Frage handelt streng genommen auch nicht mehr von der Schadenminderung, sondern davon, inwieweit präventive Massnahmen vom Geschädigten verlangt werden können (dazu nachstehend Ziff. III/6).

5. Anrechnung überpflichtmässiger Leistungen

Der Geschädigte kann nicht nur weniger tun, als die Schadenminderungspflicht von ihm verlangt, es ist auch möglich, dass er *mehr tut*, also ein überpflichtmässiges Verhalten an den Tag legt. Das Phänomen ist uns bereits bei der Witwe begegnet, die trotz Kleinkindern eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte und sich den Erwerb mit dem bundesgerichtlichen Segen nicht anrechnen lassen musste¹³⁰. Für eine Anrechnung spricht, dass es für die Schadensberechnung unerheblich ist, worauf die Höhe des Schadens zurückführt. Dagegen kann vorgebracht werden, dass die mit unzumutbaren Anstrengungen erzielten Vorteile nicht dem Schädiger zugute kommen sollen: Der Geschädigte braucht nicht in die Tasche des Haftpflichtigen zu sparen¹³¹. Die unterschiedliche Gestalt der Schadenminderungspflicht, die sowohl als Zurechnungs-, Berechnungs- oder Bemessungsfaktor in Erscheinung tritt, lässt aber auch für diesen Problemkreis **keine einheitliche Antwort** zu. Eine *Anrechnung* erfolgt immer dann, wenn der Geschädigte weitere Verletzungsfolgen verhindert. Das Lehrbuchbeispiel liefert die Person, die unter Lebensgefahr Hab und Gut aus dem brennenden Haus rettet. Das gleiche gilt bei der Vornahme einer riskanten Operation. Hier ist zu bedenken, dass ein solcher Eingriff angesichts der aufzuerlegenden Zurückhaltung unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten keineswegs unvernünftig sein muss. Anders verhält es sich, wenn der Geschädigte durch einen ausserordentlichen Arbeitseinsatz mehr leistet, als von ihm verlangt werden kann, wie dies bei der Witwe zutraf, die trotz Kinder einer Erwerbstätigkeit nachging¹³². Auch hier ist zwar im Umfange der Erwerbstätigkeit kein Schaden eingetreten, doch ist dies zumindest für den zukünftigen Schaden nicht zu berücksichtigen, denn bei der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR bestimmt die Schadenminderungspflicht das ins Kalkül zu ziehende Leistungsvermögen. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum

¹²⁹ BGE 103 II 338; BJM 1973, S. 294; 1983, S. 70; dazu auch BREHM, BerK, N 52 f., 64 f. zu Art. 44 OR.

¹³⁰ Vorne bei Anm. 80.

¹³¹ So die herrschende Meinung BREHM, BerK, N 74 zu Art. 46 OR; KUHN ROLF, Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Bern/Stuttgart 1987, S. 140 ff. m.w.Nw.; diese Ansicht überwiegt auch in Deutschland: LANGE, S. 512 f.

¹³² Vgl. bei Anm. 80.

Haushaltschaden¹³³ ist aber auch ein bereits geleisteter Mehreinsatz nicht anzurechnen, auch wenn sich dieses Ergebnis mit dem Wortlaut der Differenztheorie nicht verträgt. Letztlich ist auch bei der Frage der Anrechnung überpflichtmässiger Anstrengungen Wertungsarbeit zu leisten und kann nicht allein auf formale Argumente zurückgegriffen werden¹³⁴.

6. Ersatzfähige Schadenminderungskosten

Sind dem Geschädigten durch Schadenminderungshandlungen Auslagen entstanden, kann er diese vom Haftpflichtigen ersetzt verlangen¹³⁵. Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die getroffenen Massnahmen ihr Ziel verfehlt haben oder die Kosten den übrigen Schaden übersteigen. Dass der Kostenersatz nicht allein vom Erfolg abhängig gemacht werden darf, folgt im Versicherungsvertragsrecht schon aus Art. 70 VVG: «Der Versicherer ist gehalten, dem Anspruchsberechtigten die zum Zwecke der Schadensminderung (Art. 61) nicht offenbar unzweckmässig aufgewendeten Kosten auch dann zu vergüten, wenn die getroffenen Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind». Entscheidend ist, ob der Geschädigte die Vorkehrungen nach Lage der Dinge für erforderlich halten durfte. Dabei ist dem Zeitdruck, der Aufregung und anderen Umständen Rechnung zu tragen, denn vom Geschädigten kann nicht verlangt werden, dass er in jeder Situation «cool» bleibt¹³⁶. *Das Recht auf Kostenersatz geht im übrigen weiter als die Pflicht, schadenmindernd tätig zu werden.* Für offensichtlich unverhältnismässige und zwecklose Rettungsaktionen muss der Haftpflichtige aber nicht einstehen, doch ist auch hier abzuwägen, ob die volle Selbsttragung angemessen ist und darf nicht einfach der auf den Rettungsexzess entfallende Anteil weggestrichen werden. Gleich wie für die Rettungskosten ist auch Ersatz für Schäden zu leisten, die sich der Geschädigte durch die Rettungshandlungen oder deren Fehlschlagen zuzieht.

In Art. 12 des Vorentwurfs zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts werden unter der Marginale «Ergänzende Schadensposten» auch die Kosten von Massnahmen aufgeführt «die von der geschädigten Person nach Treu und Glauben ergriffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren». Man kann

¹³³ Nach Pra 1995 Nr. 172 ist der Haushaltschaden auch zu entschädigen, wenn keine Ersatzkraft eingestellt worden ist.

¹³⁴ Vgl. auch den vieldiskutierten Fahrleherfall BGHZ 55, S. 329, der sich mit dem Nachholen von Fahrstunden auseinandersetzt.

¹³⁵ ROBERTO, S. 296.

¹³⁶ Nach BREHM, BerK, N 9 zu Art. 46 OR muss der Richter «grosszügig urteilen», was nicht heissen soll, dass der Geschädigte «Grosszügigkeit auf Kosten des Haftpflichtigen an den Tag legen» darf.

auch solche Kosten als Schadenminderungskosten bezeichnen, treffender ist aber der Begriff «Schadenverhütungskosten». Die beiden Schadensposten lassen sich nicht immer klar trennen, da der Übergang von der Schadenverhütung zur Schadenminderung fließend sein kann. Gleichwohl besteht ein fundamentaler Unterschied, denn den Geschädigten trifft keine allgemeine Schadenverhütungspflicht¹³⁷. Mangels Kausalität nicht geschuldet sind all jene Auslagen, die dem Geschädigten im Hinblick auf eine bloss mögliche Schädigung entstehen. Dies trifft etwa für das Halten von Reservefahrzeugen¹³⁸ oder für Überwachungsmaßnahmen zu. Gegen die Erstattungsfähigkeit sprechen nicht nur rechtliche¹³⁹, sondern auch praktische Gründe. Zum einen die fast unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Ermittlung des vom Haftpflichtigen zu tragenden Kostenanteils, zum anderen auch die Gefahr der Ausuferung, denn viele Einrichtungen, man denke an Sicherheitsgurten, Türschlösser usw., dienen der Schadensvorsorge und könnten im Schadenfalle mitliquidiert werden. Schadenverhütungskosten sind aber nicht erst zu übernehmen, wenn der Schaden resp. die Verletzung bereits eingetreten ist, es genügt, wenn die *Aufwendungen im Hinblick auf eine konkrete, unmittelbar drohende Gefährdung* getätigt werden. Alsdann sind sowohl das Kausalitätserfordernis, als auch die Widerrechtlichkeit erfüllt¹⁴⁰, so dass der Entschädigung auch nichts im Wege steht. Als Richtschnur und zugleich als weitere Begründung kann genommen werden, ob die Unterlassung der gebotenen Schutzmassnahme dem Geschädigten als Selbstverschulden angerechnet würde¹⁴¹. Die Kostenübernahmepflicht geht allerdings auch hier weiter als die Pflicht zur Schadenverhütung.

¹³⁷ Schadenverhütungskosten haben namentlich in Umwelthaftpflichtfällen grosse Bedeutung, und sie sind nur in engen Grenzen durch die Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt.

¹³⁸ Zu den sog. Reservehaltungskosten ROBERTO, S. 238.

¹³⁹ Nicht überzeugen können Begründungsversuche wie die Anlehnung an die abstrakte Nutzungsentschädigung, der Frustrierungsgedanke, die Geschäftsführung ohne Auftrag; die rechtspolitische Dimension offenlegend dagegen SCHAER, Grundzüge, Nr. 206, der «eine weniger doktrinaire Betrachtungsweise» vorschlägt.

¹⁴⁰ Für letztere genügt die Gefährdung eines Rechtsgutes; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/3, 4. A. Zürich 1991, § 29 Nr. 271 ff.

¹⁴¹ Dieser muss sich nicht gegen bloss abstrakte Schädigungsmöglichkeiten absichern; BGE 97 II 229 f.

IV. Die Rettungspflicht – das Pendant im Privatversicherungsrecht

Das Versicherungsvertragsrecht widmet der Schadenminderungspflicht zwei Artikel – **Art. 61 und 70 VVG** – und dokumentiert damit die grosse Bedeutung, die es dieser Einrede beimisst. Dabei ist heute selbstverständlich, dass die sog. Rettungspflicht, die im Abschnitt über die Schadensversicherung steht, für sämtliche Branchen, namentlich auch für die Personenversicherung gilt¹⁴². Das gleiche müsste ja auch ohne ausdrückliche Bestimmung gelten, denn der Grundsatz von Treu und Glauben gilt fraglos auch im Privatversicherungsrecht und trifft hier auf eine analoge Interessenlage: Auch der Umfang der Versicherungsleistungen hängt wesentlich vom Verhalten des Anspruchsberechtigten ab, während der Versicherer höchstens durch sein Weisungsrecht auf den Schadenverlauf Einfluss nehmen kann.

Die gesetzliche Regelung, die lediglich **dispositiver Natur** ist, wird ergänzt durch verschiedene Klauseln in den **AVB**, die z.T. über die allgemeine Rettungspflicht hinausgehen¹⁴³. In der Kranken- und Unfallversicherung findet sich etwa die Bestimmung, dass «sobald als möglich ein Arzt beizuziehen, für fachgerechte Pflege zu sorgen und den Anordnungen des behandelnden Arztes sowie des Pflegepersonals Folge zu leisten ist». Als besondere Obliegenheit führen die Diebstahlversicherungen an, die «Polizei unverzüglich zu benachrichtigen und eine amtliche Untersuchung zu beantragen» und «alle zur Entdeckung des Täters und zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache geeigneten Massnahmen zu treffen». Zumindest an der Grenze zur Schadenminderungspflicht steht auch das in den AVB der Haftpflichtversicherung anzutreffende Verbot, Entschädigungsansprüche anzuerkennen, abzufinden oder an den Geschädigten sowie Dritten abzutreten¹⁴⁴. Die Schadenminderungspflicht wird im Versicherungsvertragsrecht auch durch weitere Gesetzesbestimmungen ergänzt, so durch die **Anzeigepflicht** von Art. 38 VVG, die dem Versicherer die Möglichkeit verschaffen soll, die notwendigen Abklärungen zu treffen und Schadenminderungsmassnahmen einzuleiten und das in Art. 68 VVG geregelte **Veränderungsverbot**, von dem selbstverständlich Schadenminderungsmassnahmen ausgenommen sind. Eine

¹⁴² Anders aber JAEGER, Nr. 6 zu Art. 61 VVG, der auf die in den Materialien vertretene Ansicht hinweist, wonach die Schadenminderung in der Personenversicherung im Selbsterhaltungstrieb des Menschen aufgehe; dagegen zu Recht: SCHÖNENBERGER, Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschuldens für den Versicherungsnehmer, Diss. Freiburg 1923, S. 169.

¹⁴³ Dazu (deutsches Versicherungsmaterial betreffend) STANGE, S. 71 ff.

¹⁴⁴ Zur Schadenminderungspflicht in der Haftpflichtversicherung: KLINGENBERG, S. 50 ff.; STANGE, S. 74 ff.; BREHM ROLAND, Le contrat d'assurance RC, Basel/Frankfurt a.M. 1997, Nr. 362 f.

Einflussmöglichkeit des Versicherers besteht im Erteilen von Weisungen, und Art. 61 VVG sieht denn auch vor, dass der Geschädigte, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, «über die zu ergreifenden Massregeln die Weisungen des Versicherers einholen und befolgen» muss.

Das VVG kennt keine **Präventionspflichten**, doch erklärt Art 29 Abs. 1 VVG Verabredungen für zulässig, «wonach der Versicherungsnehmer bestimmte Obliegenheiten übernimmt, um die Gefahr zu vermindern oder eine Gefahrserhöhung zu verhüten»¹⁴⁵. Fehlen solche Pflichten, stellt sich die Frage nach dem genauen Zeitpunkt des Entstehens der Rettungspflicht. Nach dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 VVG setzt die Rettungspflicht «nach Eintritt des befürchteten Ereignisses» ein. Der mehrfach verwendete, aber gesetzlich nicht definierte Begriff des «befürchteten Ereignisses» sollte bei der versicherungsvertraglichen Rettungspflicht, gleich wie die Deutung im Haftpflichtrecht, mit dem Verletzungseintritt gleichgesetzt werden¹⁴⁶. Fürs Haftpflichtrecht wurden vorstehend Ziff. III/6 gewisse Präventionspflichten bejaht. Angesichts des Wortlautes von Art. 61 VVG, wonach die Rettungspflicht erst «nach» Eintritt des befürchteten Ereignisses einsetzt¹⁴⁷, aber auch mit Blick auf andere gesetzliche Bestimmungen des VVG, die klar zwischen dem Zeitraum vor und nach Eintritt¹⁴⁸ des Versicherungsfalles unterscheiden, darf eine **Vorerstreckung der Rettungspflicht** im Versicherungsvertragsrecht nur zurückhaltend angenommen werden¹⁴⁹. Es muss geradezu gewiss sein und das für den Versicherten erkennbar, dass es zum Schadenereignis kommt und dieses muss mit einiger Leichtigkeit verhindert werden können. Der Versicherte ist zwar nicht gehalten, Gefahren für die versicherten Gegenstände aufzuspüren, doch soll er einschreiten, wenn diesen ohne weiteres Einhalt geboten werden kann. Eine Rolle spielt auch hier das Argument, dass der

¹⁴⁵ Dazu eingehend DIENER, S. 80 ff.; ROELLI/KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, Allgemeine Bestimmungen, 2. A. Bern 1968, S. 428 ff.

¹⁴⁶ Die versicherungsrechtliche Rettungspflicht lebt also ebenfalls mit der Körperverletzung oder Sachbeschädigung auf, denn auch sie hat zum Ziel, die daraus resultierenden finanziellen Auswirkungen möglichst günstig zu beeinflussen; im Ergebnis gleich auch DIENER, S. 29 ff. Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung in der Haftpflichtversicherung. Hier ist für die Schadenminderungspflicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Schadenersatzverbindlichkeit abzustellen.

¹⁴⁷ Dies im Gegensatz zum deutschen VVG, das in § 62 die Rettungspflicht «bei dem Eintritte des Versicherungsfalles» aufleben lässt und damit (jedenfalls sprachlich) mehr Spielraum zulässt; zum Diskussionsstand der Vorerstreckungstheorie in Deutschland und Oesterreich die Arbeiten von STANGE, S. 18 ff. und SCHERRER, S. 115 ff.

¹⁴⁸ Nebst Art. 29 VVG auch Art. 14 VVG, der die Rechtsfolgen der schuldhaften Herbeiführung des Versicherungsfalles regelt.

¹⁴⁹ Ablehnend SCHAER, Verschulden, S. 187 f.

Versicherte nicht auf seinen Aufwendungen sitzen bleiben soll, wenn er den Schaden verhindert hat und bei dessen Eintritt die Kosten diskussionslos ersetzt erhalten würde.

Auch wenn die versicherungsrechtliche Rettungspflicht von einigen Autoren als echte Rechtspflicht eingestuft wird¹⁵⁰, ist gleich wie im Haftpflichtrecht von einer blossen **Obliegenheit** auszugehen¹⁵¹. Auf die inhaltliche Umschreibung ist nicht näher einzugehen, denn auch hier dreht sich alles um die Zumutbarkeitsprüfung, die in der Formulierung «tunlichst» für Minderung des Schadens zu sorgen, ihre Entsprechung hat. Eine Besonderheit der versicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht stellen die **Weisungseinholungs- und Befolgungspflicht** dar, die den Umfang der Rettungspflicht mitbestimmen. Massnahmen, die der Versicherte auf Geheiss des Versicherten ausführt, können grundsätzlich keinen Pflichtverstoss begründen, er darf sie aber auch nicht blindlings befolgen. Der Versicherte wird u.U. auch entlastet, wenn er erfolglos um Instruktionen nachgesehen hat. Folgen zieht die Verletzung der Rettungspflicht nach Art. 61 Abs. 2 VVG nur nach sich, wenn der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in «nicht zu entschuldigender Weise» verletzt hat. Auch im Versicherungsvertragsrecht ist somit ein **schuldhaftes Handeln bzw. Unterlassen** verlangt. Dass auch das **Kausalitätserfordernis** erfüllt sein muss, wird zum Ausdruck gebracht, wenn Art. 61 Abs. 2 anordnet, die Versicherungsleistung sei «um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheit vermindert hätte». Eine nur teilweise Kürzung ist aber nicht vorgesehen, wird aber von jenen Autoren bejaht, die aus der Verletzung der Schadenminderungspflicht einen verrechenbaren Schadenersatzanspruch ableiten¹⁵². Sie liesse sich aber auch aus der Analogie zu Art. 44 Abs. 1 OR ableiten¹⁵³, was sinnvoll scheint, denn mit dieser Geschmeidigkeit liesse sich die Schadenminderungspflicht in der Praxis besser umsetzen. Da Art. 61 VVG dispositiver Natur ist, können Voraussetzungen und Folgen auch anders geregelt werden. Die Rettungspflicht darf aber durch den Verzicht auf das Kausalitätserfordernis nicht zur reinen Sanktionsnorm umfunktioniert werden¹⁵⁴.

¹⁵⁰ So von DIENER, S. 58 ff.; KOENIG, S. 139, 277; wie hier aber MAURER, Privatversicherungsrecht, S. 345; SCHAER, Verschulden, S. 177.

¹⁵¹ Die Annahme einer echten Rechtspflicht führt zu unlösbaren Problemen, wenn der Anspruchsberechtigte nicht zugleich Vertragspartner, d.h. Versicherungsnehmer ist; der aus der Verletzung resultierende Schadenersatzanspruch müsste dann ja ausservertraglich begründet werden.

¹⁵² DIENER, S. 104.

¹⁵³ A.M. KLINGENBERG, S. 20.

¹⁵⁴ JAEGER, Nr. 32 zu Art. 61 VVG; a.M. aber Koenig, S. 277 f., zurückhaltend aber in SPR VII/2, S. 647.; Diener, S. 67 f.

Inwieweit die **Kosten** von Schadenminderungsbemühungen vom Versicherer zu übernehmen sind, regelt Art. 70 VVG. Die Bestimmung enthält ähnliche Kriterien, wie sie vorn in Ziff. III/6 aufgestellt worden sind. Sie stellt zudem klar, dass die Kosten auch zu übernehmen sind, wenn sie zusammen mit dem Schaden die Garantiesumme übersteigen. Nach Abs. 2 gilt zudem, gleich wie bei der primären Leistungspflicht, bei Unterversicherung die Proportionalregel¹⁵⁵. Auch die Regelung über den Rettungskostenersatz ist frei abänderbar. Allerdings darf die Kostenübernahme nur eingeschränkt werden, wenn korrespondierend auch die Schadenminderungspflicht zurückgenommen wird¹⁵⁶.

V. Eingliederung vor Rente – das Credo im Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht kann ebenfalls auf eine weitläufige Begründung der Schadenminderungspflicht verzichtet werden, denn sie ist als «principe essentiel du droit des assurances, rappelé parfois expressément par la loi»¹⁵⁷ auch dort fest verankert. Zum Ausdruck kommt die Schadenminderungspflicht namentlich im Grundsatz «**Eingliederung vor Rente**», der dahin zu präzisieren ist, dass die Selbsteingliederung vor dem Eingliederungs- und Rentenanspruch steht¹⁵⁸. Nach Maurer ist die Eingliederungsregelung in der Invalidenversicherung gar die «schönste Ausprägung» der Schadenminderungspflicht¹⁵⁹. Nach Art. 10 Abs. 2 und 31 Abs. 1 IVG stehen dem Invaliden Leistungen nur zu, wenn er alles Zumutbare vorgekehrt hat, um die Folgen der Invalidität zu mildern. Richtschnur bildet auch hier die **Zumutbarkeit**¹⁶⁰. Daran anknüpfend bestimmt sich der Invaliditätsgrad durch einen Einkommensvergleich, der nicht das tatsächlich erzielte,

¹⁵⁵ Zum Rettungskostenersatz aus deutscher Optik: STANGE, S. 135 ff.

¹⁵⁶ Diese Kongruenzforderung stellt auch STANGE, S. 261 ff.

¹⁵⁷ BGE 105 V 178; Grundsatzqualität schreibt MEYER-BLASER, S. 131, der Schadenminderungspflicht zu: «Die Schadenminderungspflicht ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, weshalb sie ‚von Haus aus‘ gilt».

¹⁵⁸ BGE 113 V 28: «Nach der Rechtsprechung gilt im Gebiet der Invalidenversicherung ganz allgemein der Grundsatz, dass der Invalide bevor er Leistungen verlangt, alles ihm Zumutbare selber vorzukehren hat, um die Folgen seiner Invalidität bestmöglich zu mildern; deshalb besteht kein Rentenanspruch, wenn der Versicherte selbst ohne Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise in der Lage wäre, ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen (...). Die Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht geht nicht nur dem Renten-, sondern auch dem gesetzlichen Eingliederungsanspruch vor».

¹⁵⁹ MAURER, Privatversicherungsrecht, S. 344.

¹⁶⁰ Zur Bedeutung der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht die im Literaturverzeichnis aufgeführten Arbeiten von LANDOLT und MAURER.

sondern das nach Durchführung von Eingliederungsmassnahmen¹⁶¹ durch eine zumutbare Tätigkeit mögliche Einkommen in die Vergleichsbetrachtung einbezieht. Die Schadenminderungspflicht ist damit bereits Bestandteil des Invaliditätsbegriffs, der sich nicht an der Berufsunfähigkeit, sondern am weiteren Begriff der Erwerbsfähigkeit orientiert. Den gleichen Grundsätzen folgt auch das UVG¹⁶². Ausdruck der Schadenminderungspflicht sind auch viele **weitere Bestimmungen**: Art. 10 Abs. 1 UVG, der die Kostenvergütung für Heilbehandlungen auf «zweckmässige» Anordnungen beschränkt und sich mit dem Gebot der wirtschaftlichen Behandlungsweise nach Art. 54 UVG auch an die Leistungserbringer wendet. Mit aller Deutlichkeit weist auch Art. 33 Abs. 3 MVG auf die Schadenminderungspflicht hin: «Entzieht oder widersetzt sich ein Versicherter einer zumutbaren Eingliederungsmassnahme, die eine wesentliche Verbesserung seiner Erwerbsfähigkeit erwarten lässt, oder trägt er nicht aus eigenem Antrieb soviel zur Verbesserung seiner Erwerbsfähigkeit bei, wie ihm zuzumuten ist, so hat er nur Anspruch auf die Leistungen, die entrichtet werden müssten, wenn die Massnahmen durchgeführt worden wären»¹⁶³. Auch in der **Arbeitslosenversicherung** sind die Versicherungsleistungen an die Bedingung geknüpft, dass sich der Versicherte um eine zumutbare Erwerbsmöglichkeit bemüht und entsprechende Angebote nicht ausschlägt¹⁶⁴¹⁶⁵. In der Krankenversicherung steht die Schadenminderungspflicht hinter dem Effizienzgrundsatz von Art. 32 Abs. 1 KVG¹⁶⁶ und bei den Ergänzungsleistungen hinter der Praxis zur Anrechnung von

¹⁶¹ Zu den beruflichen Eingliederungsmassnahmen LANDOLT, S. 232 ff.; LOCHER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. A. Bern 1997, S. 177 ff.

¹⁶² Art. 18 Abs. 2 UVG; dazu die eingehende Darstellung bei OMLIN, S. 33 ff.

¹⁶³ Vgl. auch Art. 41 Abs. 1 und 4 MVG.

¹⁶⁴ Art. 15 bis 17 AVIG. Der Katalog in Art. 16 Abs. 2 lit. a bis i AVIG beschreibt äusserst ausführlich, welche Tätigkeiten unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgenommen sind; zu den notwendigen Arbeitsbemühungen und zur Zumutbarkeit aus praktischer Sicht: HOFMANN HEIDI, Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Zürich 1998; zur Staatsvertragskonformität von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG, wonach eine Leistungskürzung auch bei leichter Fahrlässigkeit vorgenommen werden kann, BGE 124 V 225 ff. und die Anmerkungen von GABRIELA RIEMER-KAFKA in SZS 1999, S. 71 ff.

¹⁶⁵ Ausdruck der Schadenminderung – so BGE 114 V 59 – ist auch Art. 55 AVIG, wonach der Arbeitnehmer, der Insolvenzenschädigung geltend macht, im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen muss, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren.

¹⁶⁶ Danach müssen die Leistungen, «wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich» sein; dazu MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 51 f., der darauf hinweist, dass sich dies «auch aus dem Grundsatz der Schadenminderungspflicht ableiten» lässt.

bloss hypothetischen Einkommen nach Art. 3 EIG¹⁶⁷. Die Forderung, die Schadenminderungspflicht in einem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts zu verankern, liegt bei der starken Durchdringung der Sozialversicherungserlasse durch diesen Grundsatz nahe¹⁶⁸.

Auch die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht ist keine echte Rechtspflicht, die mit Zwangsmitteln durchgesetzt oder bestraft werden kann. Sie ist vielmehr eine **Last** oder eben eine **Obliegenheit**¹⁶⁹, deren Sanktion in der Verweigerung oder Kürzung des Versicherungsanspruchs¹⁷⁰ besteht oder als Leistungsvoraussetzung direkt deren Umfang bestimmt. Die Schadenminderungspflicht steht im Sozialversicherungsrecht nicht im gleichen Spannungsfeld wie im Haftpflichtrecht. Pendelt sie bei letzterem zwischen dem Ausgleichsprinzip und dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, steht sie im Sozialversicherungsrecht zwischen dem **Recht auf Existenzsicherung** und dem **Grundrechtsschutz**, der durch die Selbsteingliederungslast im öffentlichen Interesse beschränkt wird¹⁷¹. Zumindest theoretisch kann angenommen werden, dass die Abwägung in den beiden Rechtsgebieten nicht gleich verläuft. Im Haftpflichtrecht sind die individuellen Interessen der Beteiligten in die Waagschale zu legen, während das Sozialversicherungsrecht den öffentlichen Anliegen, der möglichst geringen Belastung der Invalidenversicherung Rechnung tragen muss. Angesichts des notwendigen Koordinationsbedarfs zwischen den beiden Rechtsgebieten ist aber gerade auch in der Beurteilung der Schadenminderungspflicht eine möglichst weitgehende **Harmonisierung** anzustreben¹⁷². Zwar können theoretisch durchaus Unterschiede ausgemacht werden, insoweit etwa, als im Haftpflichtrecht ein Billigkeitsentscheid zu fällen ist, der subjektive Momente stärker gewichtet, während das Sozialversicherungsrecht den Besonderheiten des Einzelfalles auch aus Gleichbehandlungsgründen tendenziell weniger Beachtung schenkt. Die Zumutbarkeit, die auch im Sozialversicherungsrecht Kernstück des

¹⁶⁷ LANDOLT, S. 308 ff.

¹⁶⁸ So LOCHER, S. 415.

¹⁶⁹ BGE 113 V 28; MEYER-BLASER, S. 133.

¹⁷⁰ Eine Leistungskürzung oder -verweigerung ist in Art. 7 IVG für den Fall vorgesehen, dass die Invalidität vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt oder verschlimmert worden ist.

¹⁷¹ Die Grundrechtsverträglichkeit wurde im bereits zitierten BGE 113 V 22 und in BGE 115 V 352 im Hinblick auf die Anrechnung des verzehrten Vermögens bei Ergänzungsleistungen geprüft; dazu LOCHER S. 422 ff. und MURER, S. 184 ff.

¹⁷² So auch SCHAEER, Verschulden, S. 177; anders aber (leider) die Praxis zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs: BGE 123 III 110 und 123 V 104; für einen Gleichlauf gerade auch im Bereich der Haftungsausfüllung RUMO-JUNGO, Haftpflicht Nr. 858, 863.

Schadenminderungsurteils bildet, lässt eine allzu starke Objektivierung aber nicht zu¹⁷³, so dass die theoretischen Unebenheiten kaum ins Gewicht fallen. In beiden Bereichen ist zudem vom nahezu gleichen Begriff der Erwerbsunfähigkeit auszugehen, so dass sich Unterschiede v.a. dann ergeben, wenn ein Kürzungsentscheid zu fällen ist. Das Sozialversicherungsrecht schränkt diese Möglichkeit mit dem Minimalerfordernis der vorsätzlichen Schadenszufügung stark ein¹⁷⁴, während das Haftpflichtrecht für die Kürzung keinen bestimmten Verschuldensgrad fordert. Dies entspricht der Forderung, im Sozialversicherungsrecht angesichts der existenzsicherenden Ausrichtung die «weitestgehende, d.h. für den Versicherten vorteilhafteste Zurechnung vorzunehmen»¹⁷⁵.

Aus dem Zusammenspiel von Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht können sich noch weitere Fragen ergeben. Unterlässt etwa der Sozialversicherer Eingliederungsmassnahmen oder führt er diese nur unzureichend durch, so kann ihm dies als Legalzessionar ebenso wie dem Geschädigten als Verletzung der Schadenminderungspflicht entgegengehalten und der **Regressanspruch** entsprechend gekürzt werden¹⁷⁶. Die Frage hat indessen dann keine Bedeutung – und hier zeigt sich nochmals die praktische Relevanz der dogmatischen Einordnung – wenn die Schadenminderungspflicht bereits bei der Schadensberechnung einfließt, da dann der Anspruch dem Grunde nach begrenzt wird¹⁷⁷.

VI. Thesenförmiger Ausklang

Die Schadenminderungspflicht gilt als *allgemeiner Grundsatz* sowohl im Haftpflicht, wie im Privat- und Sozialversicherungsrecht. Sie ist keine Rechtspflicht, sondern bloss *Obliegenheit*, die sich auf den Grundsatz von *Treu und Glauben*

¹⁷³ Vgl. LANDOLT, S. 118 ff.; BGE 121 V 204 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 1 IVG. Die Bestimmung bezieht sich zwar primär auf die Herbeiführung der Invalidität resp. des Unfalles, umfasst aber auch den Verstoss gegen die Schadenminderungspflicht; LOCHER, S. 410, 426. Art. 7 Abs. 1 IVG erwähnt zwar noch die Grobfahrlässigkeit, doch kollidiert die Bestimmung insoweit mit internationalem Recht und hat keine Gültigkeit; vgl. BGE 119 V 171 (vgl. auch den Änderungsvorschlag im Rahmen der 4. IV Revision in BBl 1997 IV, S. 173). Unklar ist, inwieweit andere sozialversicherungsrechtliche Kürzungsbestimmungen, wie z.B. Art. 37 UVG und Art. 65 MVG, die lediglich von der Herbeiführung der Gesundheitsschädigung oder noch enger des Unfalls sprechen, die Schadenminderungsfälle mitabdecken.

¹⁷⁵ SCHAER, Verschulden, S. 177.

¹⁷⁶ So STÖSSEL GERHARD, Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen, Diss. Zürich 1982, S. 72 f.

¹⁷⁷ SCHAER, Grundzüge, Nr. 338, 782.

zurückführen lässt. Die Pflicht ist nicht mit dem objektiv Möglichen gleichzusetzen, sondern durch den Begriff der *Zumutbarkeit* personenbezogen anhand von objektiven und subjektiven Umständen zu konkretisieren.

Im Haftpflichtrecht betrifft die Schadenminderung die Phase der *Haftungsausfüllung*, die sich mit der Zurechnung der Verletzungsfolgen unter dem Gesichtspunkt der Kausalität sowie mit der Schadensberechnung und den Reduktionsgründen befasst. Krasse Verstöße können dabei i.S. einer «*Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*» von der Zurechnung ausgeschlossen werden. Innerhalb der Schadensberechnung ist die Schadenminderungspflicht als Normhypothese bei der Bestimmung des *zukünftigen Schadens* mitzubersichtigen. Als Anwendungsfälle von *Art. 44 Abs. 1 OR* verbleiben all jene Fälle, in denen das Verhalten des Geschädigten weitere Verletzungsfolgen oder überhöhte Restitutionskosten veranlasst hat. Da bei letzteren der Schaden bereits eingetreten ist, rechtfertigt sich die (nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung mögliche) Aufteilung des vermeidbaren Schadens auf den Haftpflichtigen und den Geschädigten gemessen an einem subjektiven Verschuldensbegriff. Die Schadensteilung ermöglicht zudem, die durch den Kürzungsentscheid herbeigeführte «*Unterversorgung*» durch allfällige Versicherungsleistungen via Quotenvorrecht auszugleichen.

Für den hier gewählten Ansatz, der sich nach der *Zurechnungs-Triade* des haftungsausfüllenden Tatbestandes richtet und sich gegen die Ansicht wendet, die Schadenminderungsfälle exklusiv der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung zuzuweisen, sprechen die durch die unterschiedliche Einordnung möglichen *Differenzierungen bei den Rechtsfolgen*, die vom gänzlichen Ausschluss bis hin zur Leistungskürzung reichen und namentlich berücksichtigen, ob ein Vermögensverlust bereits eingetreten ist, oder ob dieser erst droht.

Ähnliche Kriterien wie im Haftpflichtrecht gelten auch für das *Versicherungsvertrags- und das Sozialversicherungsrecht*. Auch wenn sich durch die differierenden gesetzlichen Regelungen keine volle Übereinstimmung erreichen lässt, drängt sich angesichts der bestehenden Verflechtungen der Rechtsgebiete eine möglichst weitgehende *Harmonisierung* auf. Dies wird durch einen Gleichlauf der Wertungen erreicht, der auch einer metamorphen Rechtsfigur wie der Schadenminderungspflicht einheitliche Züge verleiht und einmal mehr belegt, dass (auch) im Recht letztlich die Inhalte und nicht die äussere Form primär massgebend sind.