

wenn sich dies nicht feststellen lässt, ist § 426 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar.<sup>86</sup> Ebenso kann im Fall schuldhaft unterlassener Schadensminderung verfahren werden, wenn die Verursachungsbeiträge beider Seiten nicht ziffernmäßig feststellbar sind.

### 3. Schadensteilung unter Berücksichtigung fiktiver Herstellungskosten

Fiktive Heilbehandlungskosten sollen auch weiterhin nicht Maßstab für die Bemessung des Schadensersatzes sein. Bestand für den Geschädigten eine Schadensmindeungsobliegenheit für die betreffende Behandlung, wäre bei schuldhaftem Unterlassen der Schaden nach Maßgabe der wechselseitigen Verursachung zu teilen. Dabei könnten die Kosten für die Heilbehandlung berücksichtigt werden.

Der Schädiger hat durch die Verletzung die Erforderlichkeit der Heilbehandlung hervorgerufen und ist daher aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, die Kosten zu tragen. Umgekehrt verursacht der Verletzte durch die Verweigerung der Behandlung zusätzlichen, ggf. noch nicht bezifferbaren, Schaden durch Verdienstausfall oder Pflegebedürftigkeit. Gleichzeitig vermeidet er den Anfall der Behandlungskosten. Würde der Geschädigte seiner Schadensminderungsobliegenheit nachkommen und die Behandlung vornehmen, müsste der Schädiger diese Kosten tragen und wäre zusätzlich mit dem Risiko des Fehlschlagens und damit weiterer Schadensposten belastet.<sup>87</sup> Das bedeutet Folgendes: Die Notwendigkeit der Heilbehandlung bleibt durch den Schädiger verursacht, auch wenn der Geschädigte sie nicht in Anspruch nimmt. Aus der Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit erwachsende Folgeschäden sind durch Schädiger und Geschädigten verursacht. Da der Verursachungsanteil des Schädigers in Höhe der fiktiven Heilbehandlungskosten feststeht, sollte der Geschädigte Schadensersatz mindestens in dieser Höhe erhalten.

Bei dieser Vorgehensweise werden eventuell in Anspruch genommene Sozialleistungsträger nicht über Gebühr belastet, wenn der Geschädigte sich später der Heilbehandlung unterzieht. Der Schadensersatzanspruch ist bisher nur hinsichtlich der Kompensationsleistungen erfüllt. Der Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Restitution durch Heilbehandlung besteht weiter und ist auf den Sozialleistungsträger, der die Heilbehandlung erbringt, übergegangen. Derjenige Sozialleistungsträger, der für den Verdienstausfall des Geschädigten aufzukommen hat, verfügt seinerseits über Instrumente, ihn zur Durchführung schadensmindernder Maßnahmen anzuhalten. Nutzt er diese Möglichkeiten nicht, wird er durch den auf ihn übergegangenen, reduzierten Schadensersatzanspruch nicht belastet.

86 Selb, Mehrheiten von Schuldern und Gläubigern, § 7 IV 3.; Wagner, in: MünchKomm, § 840 BGB, Rn. 13.

87 Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht, S. 262.