

Auf zweiter Stufe sind das der Unterlassung der schadensmindernden Maßnahme innewohnende Schadenspotential, die für diese Maßnahme notwendigen Aufwendungen und die auf erster Stufe festgestellten subjektiven Interessen des Verletzten zu gewichten. Dazu ist zunächst die Wahrscheinlichkeit und das erwartete Ausmaß des Schadens mit den zur Vermeidung notwendigen Kosten zu vergleichen und festzustellen, ob die zu beurteilende Maßnahme die notwendigen Aufwendungen wert ist.¹⁰⁰ Ist sie es nicht, soll dem Verletzten die Vornahme freigestellt sein, mithin also eine Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht mehr in Betracht kommen. Anderenfalls ist das Schadenspotential nun den subjektiven Interessen des Verletzten gegenüber zu stellen und zu entscheiden, ob diese höher zu gewichten sind als der zu erwartende Schaden. Nur in diesem Fall soll die Unterlassung der Maßnahmen nicht zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruches führen können.

Ist der Geschädigte nach dem Ergebnis der zweiten Stufe von der Schadensminderung nicht freigestellt, so ist auf der dritten Stufe danach zu fragen, ob die Unterlassung der in Frage stehenden Schadensminderungsmaßnahme zu einem Ergebnis führt, „welches sowohl bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als auch nach den Umständen als unangemessen und den Regeln der Vernunft zuwiderlaufend erscheint.“¹⁰¹ Wird dies bejaht, so kann die Unterlassung schadensmindernder Maßnahmen zu einer Kürzung des Schadensersatzes führen.

Die Schwierigkeit des beschriebenen Vorgehens liegt darin, an sich als schützenswert angesehen Interessen des Geschädigten mit deren finanziellen Auswirkungen zu gewichten.¹⁰² Das führt zu dem Ergebnis, dass das Interesse des Geschädigten, sich keiner weiteren Operation zu unterziehen oder einen neuen Beruf zu erlernen, finanziell bewertet werden muss. Allerdings lässt die im Vordergrund stehende finanzielle Betrachtung offen, welche Interessen des Geschädigten der Zumutbarkeit schadensmindernder Maßnahmen entgegenstehen können. Hilfreich ist die Klarstellung, dass es keine Verletzung der Schadensminderungspflicht darstellt, wenn der Schaden aus der Unterlassung von Maßnahmen zur Behebung der Verletzung geringer ist als der dafür zu erbringende Aufwand. Dann kann der Schädiger kein schützenswertes Interesse daran haben, dass der Geschädigte den Schaden beheben lässt und die Maßnahme ist als unzumutbar für den Geschädigten anzusehen.

3. Zumutbarkeit einer Behandlung zur Heilung oder Besserung der Verletzungsfolgen

Die Verpflichtung des Verletzten, die eingetretene Verletzung behandeln zu lassen, ist unbestritten. Die Behandlung im Spital kann jedoch schon unzumutbar sein,

100 Gehrer, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 168.

101 Gehrer, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 163; ähnlich Schaer, Schadenausgleichssysteme, Rn. 339.

102 Gerade bei der Wiederherstellung der Gesundheit dürfen nicht nur Rentabilitätsüberlegungen maßgebend sein, darauf weist Roberto, Haftpflichtrecht, Rn. 811, hin.

wenn sich der Verletzte um Familienangehörige zu kümmern hat und deren Versorgung bei einer stationären Behandlung des Verletzten nicht sichergestellt ist.¹⁰³ Gegen die Zumutbarkeit kann auch sprechen, dass der Verletzte nicht in der Lage ist, die Kosten für die Krankenhausbehandlung aufzubringen, soweit diese nicht anderweitig getragen werden. Der Schädiger kann in diesem Punkt die Zumutbarkeit allerdings beeinflussen, in dem er die notwendigen Kosten vorschießt.¹⁰⁴

Anerkannt ist auch, dass das alleinige Aufsuchen eines Arztes zur Behandlung der Verletzung nicht ausreichend ist. Der Verletzte hat vielmehr auch den ärztlichen Anordnungen zu folgen, soweit diese selbst zumutbar sind.¹⁰⁵ Für einen am Ellenbogen Schwerverletzten wurde es als zumutbar erachtet, die ärztlicherseits empfohlenen Bewegungsübungen durchzuführen. Zwar hätten diese Bewegungsübungen erhebliche Schmerzen verursacht, jedoch keine „an den Leidensmuth des Verletzten übergroße Anforderungen stellende Zumuthung“ dargestellt.¹⁰⁶

Besondere Beachtung hat in der Rechtsprechung die Zumutbarkeit von Operationen gefunden. So ging es in BGE 28 II 216 ff. um die Frage, ob dem Geschädigten die Amputation eines oder mehrerer Glieder des Zeigefingers der rechten Hand zumutbar sei. Das Bundesgericht stellte die Regel auf, „dass eine schwere, gefährliche oder sehr schmerzhaft Operation oder eine solche, die nur einen verhältnismäßig geringen Erfolg verspricht, dem Verletzten nicht zuzumuten ist und dass auf die persönlichen, insbesondere auch die psychischen Verhältnisse des Verletzten gebührend Rücksicht zu nehmen ist. Dagegen kann die Möglichkeit einer Verbesserung des Zustandes durch eine Operation der Schadensbestimmung dann unbedenklich zu Grunde gelegt werden, wenn der Eingriff nach fachmännischem Befinden einen sichern Erfolg verspricht und nicht mit besondern Gefahren oder Schmerzen verbunden ist.“

BGE 81 II 512, 515 befasste sich mit einer kosmetischen Operationen nach einem Hundebiss ins Gesicht. Der Hundebiss hatte auf der rechten Wange des zweieinhalbjährigen Mädchens eine ca. 4 cm lange, „hypertrophische, keloidartige, verhärtete Narbe“ hinterlassen. Es wurde festgestellt, dass eine kosmetische Operation die Narbe höchstens schmaler und blasser machen, sie aber nicht beseitigen kann. Der Erfolg dieser Operation sei überdies nicht sicher. Für die Bemessung des nach Art. 46 Abs. 1 OR zu leistenden Schadensersatzes, bestehend aus dem Ersatz der Kosten und der Entschädigung für verminderte Arbeitsfähigkeit unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, ging das Bundesgericht davon aus, dass zu erwarten sei, dass sich die Geschädigte der Operation zu gegebener Zeit unterziehen würde. Begründet wurde dies mit der Erwägung, dass diese Operation nicht schmerzhaft sein wird, den Zustand nicht verschlimmern und das Aussehen der Narbe nach Aussage eines Arztes aber verbessern wird.

103 Dies in Erwägung ziehend: BGE 18, S. 548, 550, hier kam es auf die Zumutbarkeit letztlich nicht an, weil kein Verschulden des Verletzten vorlag.

104 Guyer, Die rechtliche Stellung des Verletzten, S. 51.

105 BGE 18, 550, 555 f.; Guyer, Die rechtliche Stellung des Verletzten, S. 54, 58.

106 BGE 18, S. 548, 555.

In der weiteren Rechtsprechung wurden die Kriterien für die Zumutbarkeit einer Operation bestätigt. Vom Geschädigten wird die Durchführung einer Operation nur dann erwartet, wenn diese als gefahrlos anzusehen ist, sichere Aussicht auf Besserung der Verletzungsfolgen bietet und der Schädiger die voraussichtlich anfallenden Kosten vorschießt.¹⁰⁷ Die Anwendung dieser Kriterien vermag jedoch nur eine objektivierte Zumutbarkeit zu begründen. Zusätzlich zu erwägen ist, ob besondere Umstände auf Seiten des Verletzten, wie der psychische Zustand, gegen die Zumutbarkeit der Operation sprechen.¹⁰⁸ Die für die Zumutbarkeit einer Operation entwickelten Kriterien sind auch auf andere medizinische Behandlungen zu übertragen.¹⁰⁹

4. Zumutbarkeit eines Berufswechsels

Soweit die Verletzungsfolgen eine Ausübung der bisherigen Erwerbstätigkeit nur in verminderten Umfang zulassen oder für einen begrenzten Zeitraum unmöglich gemacht haben, sind unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung die Möglichkeiten des Verletzten zu berücksichtigen, den Verdienstaufschlag abzuwenden. Insbesondere selbständig Tätigen kann die Möglichkeit offen stehen, durch eine andere Organisation ihrer Tätigkeit zumindest einen Teil des Verdienstaufschlags zu vermeiden. Als unzumutbar wird es angesehen, dem Verletzten aufzuerlegen, durch vermehrten Arbeitseinsatz nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit den Ausfall auszugleichen.¹¹⁰ Bei einer dauerhaften Minderung der Erwerbsfähigkeit ist ein Wechsel von der bisherigen selbständigen Tätigkeit in ein Angestelltenverhältnis nur dann zumutbar, wenn neben dem so erzielbaren höheren Einkommen auch die Arbeitsbedingungen des Angestelltenverhältnisses für den Verletzten zumutbar sind. Dies wurde im Fall eines selbständigen Grafikers, der nach einem Verkehrsunfall unter den Folgen eines HWS-Schleudertraumas litt, als unzumutbar angesehen. Die Verletzungsfolgen erforderten vielfältige Kompensationsstrategien, wie mehrfache Liege- und Ruhepausen, um zumindest die verbliebene Erwerbsfähigkeit nutzen zu können. Dies wäre vom Verletzten in einem Angestelltenverhältnis wesentlich schwerer zu bewerkstelligen gewesen, so dass die Zumutbarkeit eines Wechsels in ein Angestelltenverhältnis abgelehnt wurde.¹¹¹

Unzweifelhaft ist der Geschädigte aber gehalten, seine verbliebene Erwerbsfähigkeit auch in einer Teilzeitbeschäftigung zu verwerten. Ist ihm dies mangels einer geeigneten Arbeitsstelle nicht möglich, so hat der Schädiger den gesamten Ver-

107 BG vom 30.06.1916, BGE 42 II S. 245, 247; vom 04.02.1931, BGE 57 II S. 61, 68; *Guyer*, Die rechtliche Stellung, S. 76; *Oftringer/Stark*, Haftpflichtrecht I, S. 307; *Schnyder*, in: Honsegg/Vogt/Wiegand (Hrsg.), OR I, Art. 44 OR, Rn. 17; *Brehm*, in: Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 44 OR, Rn. 50.

108 *Guyer*, Die rechtliche Stellung, S. 77.

109 *Oftringer/Stark*, Haftpflichtrecht I, S. 307 f.; *Brehm*, in: Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 44 OR, Rn. 50.

110 BG vom 27.06.1972, BGE 98 II S. 216, 220.

111 BGE vom 22.06.2004, Az. 4C.3/2004/lma.