

vollständig. Anders als in der Lösung über Art. 44 Abs. 1 OR wird der Verursachungsbeitrag des Schädigers nicht berücksichtigt und dem Geschädigten generell der gesamte, vermeidbare Schaden aufgebürdet. Das vorangegangene Verhalten des Schädigers kann dann höchstens bei der Frage der Zumutbarkeit einzelner Maßnahmen berücksichtigt werden.

### 3. Schadensminderung als Problem der Schadensberechnung

Die Ermittlung des eingetretenen Schadens geht der Bemessung des Schadensersatzes vor. Nach Feststellung des aus der Verletzung entstandenen Schadens ist der dem Geschädigten zustehende Schadensersatz unter Beachtung der Art. 43, 44 OR zu bemessen.<sup>48</sup> Ein nur leichtes Verschulden des Schädigers, ein besonders großer Schaden,<sup>49</sup> die drohende Notlage des Schädigers bei Verpflichtung zu vollem Schadensersatz<sup>50</sup> oder das Selbstverschulden des Geschädigten<sup>51</sup> sind bei der Schadensersatzbemessung anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Mit Ausnahme des Selbstverschuldens spielen die genannten Reduktionsgründe in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits seit längerem keine Rolle mehr.<sup>52</sup>

Der Berechnung des Schadens liegt ein ökonomischer Schadensbegriff zugrunde. Als Schaden im Rechtssinn, zu unterscheiden von der eigentlichen Verletzung des geschützten Rechtsgutes, sind nur die wirtschaftlich messbaren Folgen der Rechtsgutverletzung anzusehen.<sup>53</sup> Dies ergibt sich aus einem Gegensatz zu den Art. 47, 49 OR, die für Verletzungen des Rechts der Persönlichkeit einen Anspruch auf Genugtuung vorsehen, der unabhängig von wirtschaftlichen Folgen der Rechtsgutverletzung zusteht. Mit Ausnahme von Art. 45, 46 OR, welche den Ersatz einzelner Schadensposten bei Tötung oder Verletzung eines Menschen regeln, enthält das schweizerische Recht keine Bestimmungen, wie der zu ersetzende Schaden zu ermitteln ist. Für die Bestimmung des Schadens wird daher die für das deutsche Recht entwickelte Differenzhypothese herangezogen.<sup>54</sup> Die Einordnung der unterlassenen Schadensminderung als Problem der Schadensberechnung beruht auf der Annahme, dass nur die zur Heilung oder Besserung der Verletzung notwendigen Kosten und

48 *Roberto*, Schadensrecht, S. 270; *Rey*, Haftpflichtrecht, Rn. 395; *Pelloni*, Grobfahrlässigkeit, HAVE 2002, S. 262, 266.

49 *Rey*, Haftpflichtrecht, Rn. 399; *Schnyder* in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), OR I, Art. 44 OR, Rn. 10, 14.

50 Art. 44 Abs. 2 OR.

51 *Rey*, Haftpflichtrecht, Rn. 401 f.

52 *Roberto*, Schadensrecht, S. 275 ff. mit entsprechenden Rechtsprechungsnachweisen.

53 BG vom 21.06.2001, BGE 127 III S. 403, 404.

54 So etwa BG vom 19.01.2001, BGE 127 III S. 73, 76 und BGE 127 III S. 401, 404.

die nicht zu behebenden Folgeschäden ersetzt werden sollen und alle vermeidbaren Auswirkungen keinen Schaden darstellen.<sup>55</sup>

Zur Begründung wird auf Art. 42 Abs. 2 OR verwiesen, wonach bei Unmöglichkeit eines ziffernmäßigen Nachweises des eingetretenen Schadens der Richter den Schaden nach seinem Ermessen zu schätzen und dabei den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ und „die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen“ zu berücksichtigen hat. Die Notwendigkeit, bei der Berechnung des zukünftigen Schadens auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen bedingt auch, das üblicherweise zu erwartende Verhalten des Geschädigten zugrunde zu legen. Das üblicherweise zu erwartende Verhalten entspricht dem, was den Geschädigten bei einer Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR vor einer Reduzierung des Schadensersatzes bewahren würde, also die Vornahme zumutbarer schadensmindernder Maßnahmen.<sup>56</sup> Art. 42 Abs. 2 OR ist sowohl für künftig eintretende als auch bereits eingetretene Schäden anwendbar, wobei die größere Bedeutung aber sicherlich bei den zukünftigen Schäden liegt. Nach *Weber* ist bei der Verortung der Schadensminderungspflicht zu differenzieren: Handelt es sich um bereits eingetretene Schäden, die konkret zu berechnen sind, soll Art. 44 Abs. 1 OR anwendbar sein. Ist dagegen über zukünftige Schäden wie den künftigen Verdienstausfall zu entscheiden, hat dieses im Wege der Schadenberechnung geschehen.<sup>57</sup>

Für die Schadensminderung bedeutet dies folgendes: Der Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese wird nicht die tatsächliche Situation des Geschädigten zugrunde gelegt, sondern die Situation, in der sich der Geschädigte bei Wahrnehmung der zumutbaren Schadensminderungsmaßnahmen befinden würde.<sup>58</sup> Das bedeutet, dass in die Differenzberechnung eine günstigere Vermögenslage einfließt, als sie beim Geschädigten tatsächlich vorliegt. Beispielsweise würde bei einer unterlassenen Heilbehandlung, die zu einer früheren Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit geführt hätte, nur der Verdienstausfall als Schaden anerkannt, der bei Vornahme der Heilbehandlung entstanden wäre. Gleichzeitig wären aber auch die Kosten für die nicht durchgeführte Heilbehandlung an den Geschädigten zu zahlen<sup>59</sup>, denn der Schädiger soll letztlich nicht von der unterlassenen Schadensminderung in der Weise profitieren, dass nur ein geringerer Schadensumfang anerkannt wird und er zusätzlich die Kosten für schadensmindernde Maßnahmen spart. Dies hat also zur Folge, dass dem Geschädigten auf der einen Seite ein Teil des Schadens nicht als ersatzfähig anerkannt wird, er aber auf der anderen Seite „fiktiv“ die Kosten für die unterlassene Schadensminderung erhält.

55 *Schaer*, Schadensausgleichssysteme, S. 114 f.; *Roberto*, Schadensrecht, S. 289: „Schadenspositionen, die bei vernunftgemäßen Verhalten des Geschädigten hätten verhindert werden können, [stellen] von vornherein keinen Schaden im Rechtssinne dar.“

56 *Weber*, Schadensminderungspflicht, in: Koller (Hrsg.), HVT 1999, S. 150; dass nur Zumutbares verlangt werden kann, betont auch *Roberto*, Schadensrecht, S. 294.

57 *Weber*, Schadensminderungspflicht, in: Koller (Hrsg.), HVT 1999, S. 149.

58 BG vom 16.04.1902, BGE 28 II S. 216, 224.

59 BG vom 13.12.1955, BGE 81 II S. 512, 515; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, S. 308.

Der wesentliche Unterschied zu der oben vorgestellten Lösung über den Kausalverlauf liegt darin, dass der Schädiger bei einer Berücksichtigung unterlassener Schadensminderung innerhalb der Schadenberechnung verpflichtet ist, die fiktiven Kosten für die unterlassenen Maßnahmen an den Geschädigten zu leisten.<sup>60</sup>

#### 4. Die Schadensminderung in der Rechtsprechung

##### a) Grundlagen der Schadensminderung und Bestimmung des Ersatzanspruchs

##### aa) Schadensminderung als Selbstverschulden

Geht es um die Berücksichtigung des Selbstverschuldens bei der Verursachung des Schadens, wird in der Rechtsprechung die Zuordnung sowohl zur Kategorie der Kausalität als auch zu der des Selbstverschuldens erwogen. Mit der Entscheidung BGE 107 Ib 155 ff. sah das Bundesgericht das Selbstverschulden der Geschädigten als Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs an. Die Geschädigte begehrte Schadensersatz vom Kanton Zürich aus einer übermäßig langen Prozessdauer, hatte aber nicht alle prozessualen Mittel genutzt, das Gericht zu einer Beschleunigung des Prozesses zu veranlassen. Das Bundesgericht sah die Nichtergreifung der Möglichkeiten zur Prozessbeschleunigung zur Abwehr des Schadens als grobes Selbstverschulden der Geschädigten an und führte aus, dass dieses den Kausalzusammenhang zwischen der beanstandeten Prozessführung und einem eventuellen Schaden der Klägerin unterbrochen hat.<sup>61</sup> In zwei späteren Entscheidungen wurde das Selbstverschulden dagegen nur als Herabsetzungsgrund nach Art. 44 Abs. 1 OR und nicht als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs angesehen.<sup>62</sup> Das BG führte aus, dass „das Verhalten des Geschädigten oder eines Dritten [...] im Normalfall den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verhalten des Schädigers nicht zu beseitigen [vermag], selbst wenn das Verschulden des Geschädigten oder des Dritten dasjenige des Schädigers übersteigt.“<sup>63</sup> Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs komme nur in Betracht, wenn das Selbstverschulden des Geschädigten „derart außerhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war“.<sup>64</sup>

Die Behandlung der unterlassenen Schadensminderung wird ebenfalls zu beiden Kategorien erwogen. Bereits in einer sehr frühen Entscheidung führte das BG aus, dass die vom Verletzten schuldhaft unterlassene Schadensminderung entweder als Herabsetzungsgrund nach Art. 44 OR zu behandeln ist, aber auch eine Berücksichti-

60 Roberto, Schadensrecht, S. 293.

61 BGE 107 Ib S. 155, 159.

62 BGE 116 II S. 519, 524; 116 II S. 689, 694.

63 BGE 116 II S. 519, 524.

64 BGE 116 II S. 519, 524; so auch BGE 116 II S. 689, 694.