

Folge leistet, auch wenn sie sich später als nicht für die Heilung förderlich oder sogar falsch herausstellen.<sup>150</sup>

## 2. Kürzung des Schadensersatzanspruchs

### a) Die Vorgabe aus § 254 BGB

Oblag dem Geschädigten unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten und der Zumutbarkeit einer bestimmten Maßnahme die Schadensminderung und hat er diese schuldhaft unterlassen, ist als Rechtsfolge der entstandene Schaden zwischen Schädiger und Geschädigtem aufzuteilen. § 254 Abs. 1 BGB ordnet hierfür an, dass die Aufteilung von den Umständen und insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden überwiegend vom Schädiger oder Geschädigtem verursacht wurde. Auf der ersten Stufe der Abwägung ist damit zu überlegen, wessen Verhalten den Schaden überwiegend verursacht hat<sup>151</sup>, wobei sich die Mitverursachung auch lediglich auf einzelne Schadensposten beziehen kann.<sup>152</sup> Die Abwägung der Verursachungsbeiträge hat zu berücksichtigen, mit welcher Wahrscheinlichkeit das Verhalten von Schädiger oder Geschädigtem zum Schadenseintritt führte oder führen konnte.<sup>153</sup> Je größer die Wahrscheinlichkeit, dass das Verhalten des einen Teils zum Schadenseintritt führt, desto größer ist der entsprechende Anteil am Schaden, der von diesem Teil zu tragen ist.<sup>154</sup>

Auf der zweiten Stufe wird einbezogen, welcher Grad des Verschuldens auf Seiten des Schädigers und des Geschädigten vorliegt, was bei der Abwägung im Regelfall einen geringeren Stellenwert als die beiderseitigen Verursachungsbeiträge hat.<sup>155</sup> Allerdings kann die Schwere des Verschuldens die auf erster Stufe anhand der Verursachungsbeiträge ermittelte Aufteilung des Schadens verändern oder aufheben, wenn ein geringfügiger Verursachungsbeitrag von einem schweren Verschulden begleitet wird.<sup>156</sup> Für das Mitverschulden des Geschädigten an der Verletzung haben sich folgende Kriterien herausgebildet:<sup>157</sup> Bei einem vorsätzlichen Verhalten des Schädigers führt eine fahrlässige Mitverursachung des Schadens durch den Geschädigten nicht zur Aufteilung des Schadensersatzanspruchs.<sup>158</sup> Hat sich dagegen der Geschädigte vorsätzlich selbst geschädigt, erfolgt gegenüber dem nur fahrlässigen

150 Schiemann, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 81.

151 BGH NJW 1998, S. 1137, 1138; BGH NJW-RR 2000, S. 272, 273.

152 Oetker, in: MünchKomm § 254 BGB, Rn. 105; Schiemann, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 111; auch OLG Hamm vom 03.02.1999, AZ: 13 U 66/98, Schaden-Praxis 2000, S. 159 - 161.

153 BGH NJW 1998, S. 1137, 1138; BGH NJW-RR 2000, S. 272, 273.

154 Oetker, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 109; Mertens, in: Soergel, § 254 BGB, Rn. 111.

155 Larenz, Schuldrecht I, S. 549; Oetker, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 110; Mertens, in: Soergel, § 254 BGB, Rn. 111.

156 Oetker, s. Fn. 155.

157 Vgl. dazu Oetker, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 112.

158 RGZ 148, 58; BGH VersR 1964, S. 94, 95; Mertens, in: Soergel, § 254 BGB, Rn. 116.

Fremdschädiger keine Aufteilung des Schadens, der Geschädigte hat seinen Schaden allein zu tragen. Haben sich beide Seiten vorsätzlich verhalten oder ist beiden ein gleiches Maß an Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so richtet sich die Schadensaufteilung nach den Verursachungsbeiträgen. Für die Mitverursachung des Schadens durch unterlassene Schadensminderung wird davon ausgegangen, dass auch bei einer vorsätzlichen Verletzung durch den Schädiger ein nur fahrlässiges Verhalten des Geschädigten die Aufteilung des Schadens nicht hindert.<sup>159</sup>

Für eine schuldhafte Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit wird unter Berufung auf die Urteile des OLG Bremen vom 20.11.1975<sup>160</sup> und des OLG Koblenz vom 05.03.1990<sup>161</sup> vertreten, die Schadenersatzpflicht des Schädigers gänzlich entfallen zu lassen und den vermeidbaren Schaden allein dem Geschädigten zuzuweisen.<sup>162</sup> *Oetker* begründet die Versagung der Ersatzpflicht für vermeidbare Schäden damit, dass § 254 BGB vorschreibe, vorrangig auf die wechselseitigen Verursachungsbeiträge abzustellen und der durch schadensmindernde Maßnahmen vermeidbare Schadensteil regelmäßig vom Gesamtschaden abgrenzbar sei.<sup>163</sup> Es würde dem Zweck der Schadensminderungsobliegenheit widersprechen, den Schädiger auch nur teilweise mit dem vermeidbaren Schaden zu belasten. Nur wenn der vermeidbare Schadensteil vom Gesamtschaden nicht abgrenzbar sei, komme eine Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes aufgrund einer umfassenden Abwägung in Betracht. *Heinrichs* schließt sich dieser Auffassung grundsätzlich an, will aber bei einem groben Verschulden des Schädigers den Ersatzanspruch für den vermeidbaren Schaden nicht vollständig ausschließen, sondern die Höhe des Schadenersatzes nur anhand der Abwägung von Verursachung und Verschulden vornehmen.<sup>164</sup>

Entgegen dieser in der Kommentarliteratur verbreiteten Auffassung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 24.07.2001<sup>165</sup> klargestellt, dass auch bei der unterlassenen Schadensminderung die von § 254 BGB vorgeschriebene Abwägung der Verur-

159 BGH VersR 1964, S. 94, 95; *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 112; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 121.

160 VersR 1976, S. 558, 560.

161 VersR 1991, S. 195.

162 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 107 (so schon *Grunsky* in der Voraufgabe (3. Auflage 1994), § 254 BGB, Rn. 59); *Kuckuck*, in: Erman, § 254 BGB, Rn. 99; *Heinrichs*, in: Palandt, § 254 BGB, Rn. 65. Die Berufung auf das Urteil des OLG Bremen vom 20.11.1975 erscheint bedenklich, da im entschiedenen Fall dem Geschädigten zu allen Ursachen, die zu einer Vergrößerung des Schadens geführt haben, grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen war, wogegen das Verschulden am Unfall auf beiden Seiten als etwa gleich bewertet wurde. Das Gericht verweist mehrmals darauf, dass unter Abwägung der gegenseitigen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge die Geschädigte den durch sie verursachten Mehrschaden selbst zu tragen habe. Allerdings beruft sich das Gericht später auch auf die von *Heinrichs* in Palandt, 34. Aufl., § 254 BGB, Rn. 4a geäußerte Auffassung, der Geschädigte habe den auf unterlassener Schadensminderung beruhenden Mehrschaden immer selbst zu tragen.

163 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 107; in diesem Sinn auch *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 127.

164 *Heinrichs*, in: Palandt, § 254 Rn. 65.

165 BGH NJW 2001, S. 3257 f.; auf die Notwendigkeit einer Abwägung auch bei Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit hinweisend auch BGH VersR 1987, S. 408, 409.

sachungs- und Verschuldensbeiträge vorzunehmen ist und ein genereller Ausschluss des Ersatzanspruches für vermeidbare Schäden nicht mit dem Wortlaut des § 254 BGB vereinbar ist.<sup>166</sup> Ähnlich hatte schon das OLG München mit Urteil vom 23.02.1990<sup>167</sup> entschieden und ebenfalls eine Quotelung des entstandenen Mehrschadens befürwortet. Gestützt wurde dies auf die Tatsache, dass der Schädiger den Geschädigten erst in die Gefahr einer Schadensvergrößerung gebracht hat und § 254 Abs. 2 BGB dieser Situation durch den Verweis auf die in § 254 Abs. 1 BGB vorgegebene Quotelung Rechnung trägt.

#### b) Kürzung nach einer Verletzung der Schadensminderungspflicht bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen

In Rechtsprechung und Literatur herrscht die Auffassung vor, entstandenen Verdienstausschlag in vollem Umfang nicht zu ersetzen, soweit er durch eine Behandlung oder Ersatztätigkeit vermeidbar gewesen wäre. Das OLG Oldenburg lehnte im Jahr 1964 die Ersatzpflicht für den eingetretenen Verdienstausschlag ab, weil die die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Verletzungsfolgen durch eine Heilbehandlung hätten behoben werden können, die Verletzte sich dieser aber nicht unterzogen hatte.<sup>168</sup> Offen bleibt jedoch, ob der wegen der Unterlassung der Behandlung verlängerte Verdienstausschlag dem Schädiger nicht zugerechnet oder ob auf Grundlage des § 254 BGB die Ersatzpflicht ausgeschlossen wird.

Lehnt der Verletzte eine zumutbare Umschulung oder verfügbare Ersatztätigkeit ab und liegt Verschulden auf Seiten des Verletzten vor, so wird das voraussichtlich aus der Ersatztätigkeit erzielbare Einkommen auf den bestehenden Anspruch auf Ersatz des Verdienstausschlags angerechnet.<sup>169</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Rechtsprechung auf die üblicherweise im Rahmen des § 254 BGB vorzunehmende Quotelung des Schadens verzichtet und dem Geschädigten den vermeidbaren Schaden in vollem Umfang zuweist. Der Verursachungs- und Verschuldensbeitrag auf Seiten des Schädigers wird nicht berücksichtigt.

166 BGH NJW 2001, S. 3257, 3258; so auch schon deutlich RGZ 156, 193, 204 f.

167 VersR 1992, S. 192.

168 OLG Oldenburg, VersR 1965, S. 909, 910.

169 Oetker, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 89.