

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.

gung im Rahmen der Kausalität in Frage kommt.<sup>65</sup> Streitig war die Missachtung ärztlicher Anweisungen zur Behandlung des Verletzten. Da nicht nachzuweisen war, dass die Verletzungsfolgen bei Beachtung der ärztlichen Anweisungen nicht eingetreten wären, wurde der rechtliche Kausalzusammenhang trotz Verschulden des Verletzten als gegeben angesehen. In einer späteren Entscheidung zur Schadensminderung durch Duldung einer Operation geht das BG ebenfalls zunächst davon aus, die Unterlassung der Schadensminderung als Selbstverschulden zu berücksichtigen, erwägt aber auch, die teilweise Entbindung des Schädigers von der Schadensersatzpflicht mit einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu begründen.<sup>66</sup> Eine deutliche Entscheidung, welcher Weg eingeschlagen werden soll, wird nicht getroffen. Letztlich wird der Schaden dergestalt berechnet, dass eine erfolgreiche Operation angenommen und nur die danach voraussichtlich verbleibende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit Grundlage des zu ersetzenden Verdienstaufalles ist.<sup>67</sup> Dieses Urteil tendiert damit zu einer Lösung über die Schadensberechnung.

## bb) Reduzierung des Schadensersatzanspruchs

Auch wenn die Rechtsprechung die unterlassene Schadensminderung als Selbstverschulden und damit als Reduktionsgrund nach Art. 44 Abs. 1 OR ansieht, lässt sie sich bei der Bemessung des Schadensersatzes in der Regel von der Auffassung leiten, dem Geschädigten stehe nur das an Schadensersatz zu, was bei Vornahme aller Schadensminderungsmaßnahmen an Schaden verbleiben würde. So führte das Bundesgericht bereits früh aus, „dass die Entschädigung auf Grundlage des Tatbestandes zu berechnen ist, der sich ergeben würde, wenn dieselbe vorgenommen würde.“<sup>68</sup> Die Herabsetzung des Schadensersatzes um die auf den Geschädigten zurückgehenden Schadensteile wird in der Folgezeit mehrfach bestätigt. So entschied das Gericht, dass der Schaden „nach dem Aussehen zu bestimmen ist, das die Narbe voraussichtlich nach der Operation haben wird“.<sup>69</sup> Im Urteil vom 21.06.2004<sup>70</sup> wird ausgeführt, dass bei der Berechnung des Verdienstaufalleschadens die Schadensminderungspflicht des Geschädigten dergestalt zu berücksichtigen ist, „dass das Invalideneinkommen entsprechend erhöht bzw. bei tatsächlichem Fehlen von Einkommen in der Vergangenheit ein solches aufgrund des vorgängig bestimmten Grades der Erwerbsfähigkeit in die Schadensberechnung eingesetzt wird.“<sup>71</sup> Im Gegenzug wird dem Geschädigten aber das an Schadensersatz zugesprochen, was bei Erfüllung der an ihn gerichteten Verhaltenserwartung als Schaden eingetreten wäre. So

65 BG vom 01.07.1892, BGE 18, S. 548 ff., Haftungsgrundlage war das Fabrik-Haftpflichtgesetz.

66 BGE 28 II S. 216, 223.

67 BGE 28 II S. 216, 224.

68 BGE 28 II S. 216, 224.

69 BGE 81 II S. 512, 515.

70 Az. 4C.3/2004/lma.

71 Urteil des BG vom 21.06.2004, Az. 4c.3/2004/lma, Erw. 1.2.2.

wurde einer Geschädigten Schadensersatz für eine Behinderung des Fortkommens und Genugtuung aufgrund einer entstellenden Narbe im Gesicht auf der Basis der Verletzungsfolgen zugesprochen, die nach einer noch durchzuführenden, vom Gericht als zumutbar erachteten Operation ergeben würden.<sup>72</sup> Gleichzeitig wurde der Schädiger aber verpflichtet, ihr auch die voraussichtlichen Kosten der Operation als Schadensersatz zu leisten.

Die vorstehend angesprochenen Gedanken finden sich auch im Urteil BGE 130 III 182 ff. wieder. Der Klägerin war während einer Pauschalreise ein Koffer mit wertvollem Inhalt abhanden gekommen, für den sie Ersatz vom Veranstalter der Reise verlangte. Über den wertvollen, über das Übliche hinausgehende, Inhalt des Koffers hatte die Klägerin den beklagten Reiseveranstalter nicht informiert. Dies wurde ihr vom Bundesgericht als Selbstverschulden zugerechnet, was zu einer Reduktion des Schadensersatzes nach Art. 44 Abs.1 OR führte. Die Reduktion erfolgte dergestalt, dass nur der übliche Wert des Inhalts eines Reisekoffers ersetzt wurde, weil dieser Verlust im vorgegebenen Fall auch ohne das Selbstverschulden der Klägerin eingetreten wäre.<sup>73</sup>

## b) Verschulden des Geschädigten

Verhältnismäßig geringe Beachtung wird dem Verschulden des Geschädigten hinsichtlich der unterlassenen Schadensminderung geschenkt. In früheren Entscheidungen finden sich noch detaillierte Ausführungen zum Verschulden des Geschädigten. So wurde das Verschulden an der verspäteten Inanspruchnahme ärztlicher Behandlung im Falle eines Bahnmitarbeiters verneint, dem ein Rußpartikel ins Auge geflogen und die Hornhaut verletzt hatte.<sup>74</sup> Dies führte zu einer Infektion des Auges und letztlich zu einer völligen Erblindung des betreffenden Auges. Hätte der Geschädigte noch am Tag der Verletzung einen Arzt aufgesucht, hätte die Infektion möglicherweise vermieden oder eingedämmt und so die Sehkraft erhalten werden können. Das BG war der Auffassung, dass das Eindringen kleiner Stäubchen ins Auge beim Eisenbahnbetrieb häufig vorkomme und meist ohne nachteilige Folgen bleibe.<sup>75</sup> Dass der Geschädigte unter diesen Umständen die Verletzung nicht als solche erkannte und deshalb keinen Arzt aufsuchte, schloss nach Ansicht des BG die Annahme eines Verschuldens aus. Nach der Lebenserfahrung musste er gerade nicht mit einer ernsthaften Verletzung und gravierenden Folgen rechnen, welche die Notwendigkeit einer ärztlichen Behandlung bedingen. In einer späteren Entscheidung bestätigt das Gericht, dass es für den Verschuldensvorwurf darauf ankommt, dass

72 BGE 81 II S. 512, 515.

73 BG vom 26.11.2003, BGE 130 III S. 182, 191 f. Der Beklagte hatte vorgetragen, bei einem Hinweis auf den wertvollen Inhalt des Koffers hätte er diesen beim Gepäcktransport besonders beaufsichtigt und so das Verschwinden des Koffers vermeiden können.

74 BG vom 04.06.1892, BGE 18, S. 263 ff.

75 BGE 18, S. 263, 265 f.

der Geschädigte die Notwendigkeit einer bestimmten Behandlung erkennt.<sup>76</sup> Der Geschädigte hatte sich zur Behandlung seiner Verletzung zunächst nicht ins Spital begeben, was sich negativ auf den weiteren Heilungsverlauf auswirkte. Da ihm vom behandelnden Arzt die Notwendigkeit einer Behandlung im Spital nicht deutlich gemacht wurde und der Geschädigte diese auch selbst nicht erkennen konnte, verneinte das BG ein Verschulden des Geschädigten am verlängerten Heilungsprozess. Dem Verschulden des Geschädigten wurde allerdings keine Beachtung geschenkt, wenn zukünftige Schadensminderungsmaßnahmen streitig waren.<sup>77</sup>

## 5. Zusammenfassung

### a) Zuordnung der Schadensminderung

Die durch das Schrifttum aufgezeigten Möglichkeiten, die Unterlassung schadensmindernder Maßnahmen durch den Geschädigten beim Anspruch auf Schadenersatz zu berücksichtigen, werden auch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwogen. Die unterlassene Schadensminderung als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu behandeln kommt in Betracht, wenn sie ein so grobes Selbstverschulden darstellt, dass der dadurch eingetretene Schaden dem Schädiger nicht mehr zugerechnet werden kann. Unterhalb des groben Verschuldens hat die Rechtsprechung klargestellt, dass der Schadenersatzanspruch nur reduziert wird, wenn der Geschädigte zumutbare Maßnahmen zur Schadensminderung schuldhaft unterlassen hat. Dies tendiert zu einer Anwendung des Art. 44 Abs.1 OR,<sup>78</sup> wobei aber auf die sonst übliche Quotierung des Schadens verzichtet wird und eine an den Überlegungen zur Schadensberechnung orientierte Verteilung des Schadens vorgenommen wird. Die Rechtsprechung ermäßigt den Schadenersatzanspruch um die vermeidbaren Schadensteile, spricht aber im Gegenzug die für die Durchführung der als zumutbar erachteten Schadensminderungsmaßnahmen notwendigen Kosten als Schadenersatz zu. Damit spiegelt der so bemessene Ersatzanspruch die jeweiligen Verantwortungsteile von Schädiger und Geschädigtem wieder: Schadensteile, die der Geschädigte zumutbarerweise hätte vermeiden können, fallen ihm zur Last. Der Schädiger hat dagegen die unvermeidbaren Schadensteile sowie die Kosten zu tragen, die für die Vornahme der zumutbaren Schadensminderungsmaßnahmen anfallen würden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Geschädigte nicht den gesamten vermeidbaren Schadensteil trägt, sondern den um die zur Vermeidung notwendigen Kosten gekürzten vermeidbaren Schadensteil.

76 BGE 18, S. 548, 555.

77 BGE 81 II S. 512 ff.

78 So auch Rey, Haftpflichtrecht, Rn. 561, 401 f.