

## b) Der Einfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben

Das schweizerische Haftpflichtrecht regelt mit Art. 44 Abs. 1 OR nur die Folgen der „Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss“, welche auf die Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Darunter ist die unterlassene Schadensminderung des Geschädigten zu fassen, so dass Art. 44 Abs. 1 OR die gesetzliche Grundlage einer Schadensminderungspflicht des Geschädigten ist. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankerten Grundgedanken auf die Auslegung und Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR ausstrahlen.

Verortet man die Schadensminderung dagegen als Kausalitätsproblem oder als Problem der Schadensberechnung, bedarf es mangels Hinweisen im Gesetz eines Rückgriffs auf das Gebot von Treu und Glauben, um die Berücksichtigung des Verhaltens des Geschädigten zu begründen. Das in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthaltene Gebot von Treu und Glauben gebietet eine „Haltung gegenseitiger Rücksichtnahme“<sup>79</sup>. Zur gegenseitigen Rücksichtnahme gehört, die Leistungspflicht des Schuldners, also des Schädigers, nicht unnötig wachsen zu lassen. Das Gebot von Treu und Glauben begründet somit die Erwartung an den Geschädigten, den Schaden niedrig zu halten.<sup>80</sup>

*Gehrer* geht davon aus, dass die Schadensminderung aber nicht nur eine Erwartung an den Geschädigten ist, sondern der Schädiger dazu ebenso gehalten ist.<sup>81</sup> Zusätzlich habe der Schädiger den Geschädigten bei der Schadensminderung angemessen zu unterstützen.<sup>82</sup> Die Unterstützung des Geschädigten besteht im Hinweis auf die gebotene Schadensminderung, der Aufklärung und Beratung des Geschädigten hinsichtlich notwendiger Schadensminderungsmaßnahmen und deren vorschussweiser Finanzierung. In der Rechtsprechung waren Verpflichtungen des Schädigers zur Aufklärung und Beratung über Schadensminderungsmaßnahmen bisher nicht Gegenstand. Anerkannt ist aber auch in der Rechtsprechung, dass der Schädiger die zur Schadensminderung notwendigen Kosten vorzuschießen hat,<sup>83</sup> was als Beitrag des Schädigers zur Schadensminderung verstanden werden kann.

## II. Voraussetzungen der Schadensminderungspflicht

Zentrales Problem der Schadensminderung ist, welche schadensmindernden Maßnahmen dem Geschädigten zumutbar sind. Zumutbarkeit wird im allgemeinen

79 *Honsell*, in: *Honsell/Vogt/Geiser* (Hrsg.), *Basler Kommentar, ZGB I, Art. 2 ZGB* Rn. 11.

80 BGE 32 II S. 72; *Guyer*, Die rechtliche Stellung des Verletzten, S. 14; *Schaer*, *Verschulden*, in: *Schaer/Duc/Keller*, *Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts*, 1992, S. 15, 17; *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 156, 159; *Weber*, Die Schadensminderungspflicht, in: *Koller* (Hrsg.), *HVT* 1999, S. 133, 139 f.

81 *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 156, 161.

82 *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 156, 163.

83 BG vom 02.07.1935, BGE 61 II S. 130, vom 04.02.1931, BGE 57 II S. 61, 68, *Guhl*, *Obligationenrecht*, S. 75, *Brehm*, in: *Hausheer* (Hrsg.), *Berner Kommentar, Art. 44 OR*, Rn. 50.

Sprachgebrauch als Begrenzung forderbarer Verhaltensweisen verstanden. Im privatrechtlichen Sinne kann der Begriff der Zumutbarkeit formuliert werden als Abgrenzung individueller, miteinander kollidierender Rechtspositionen.<sup>84</sup> Gesetzliche Vorschriften, die an die Zumutbarkeit Rechtsfolgen knüpfen, finden sich im Mietrecht<sup>85</sup>, im Arbeitsrecht<sup>86</sup>, im Ehe- und Unterhaltsrecht<sup>87</sup>. Dagegen findet sich im Haftungsrecht keine Vorschrift, die Rechtsfolgen von der Zumutbarkeit eines Verhaltens abhängig macht.

## 1. Zumutbarkeit als Gebot von Treu und Glauben

Wie bereits ausgeführt, wird die Schadensminderungspflicht des Geschädigten durch das Gebot von Treu und Glauben konkretisiert. Inhalt des Gebotes von Treu und Glauben ist die gegenseitige Rücksichtnahme von Schädiger und Geschädigtem. Daraus ist abzuleiten, dass für die Zumutbarkeit schadensmindernder Maßnahmen nicht allein die Interessen des Schädigers oder des Geschädigten maßgebend sein können, sondern dass ein Ausgleich zwischen diesen herbeizuführen ist. Dies bedingt, dass jede Entscheidung über die Zumutbarkeit eine Einzelfallentscheidung bleiben muss und sich daher die Aufstellung starrer Grundsätze verbietet.<sup>88</sup> Im Interesse der Rechtssicherheit muss jedoch gewährleistet sein, dass den jeweiligen Interessen der Beteiligten in verschiedenen gelagerten Fällen gleiches Gewicht eingeräumt wird.

Von der Rechtsprechung ist teilweise vertreten worden, dass der Geschädigte alles das zur Minderung des Schadens zu tun habe, was ein vernünftiger Mensch in vergleichbarer Lage tun würde, der keinen Anspruch auf Schadensersatz hat.<sup>89</sup> Im Falle einer Körperverletzung wird der Geschädigte, der von keiner Seite Ersatz für seine ausgefallene Arbeitsfähigkeit zu erwarten hat, aus reiner Existenznot Arbeiten verrichten, die er unter normalen Umständen nie verrichtet hätte oder auf an sich notwendige medizinische Behandlungen verzichten, weil ihm die nötigen finanziellen Mittel hierfür fehlen. Diese Definition lässt die Verantwortung des Schädigers für die missliche Lage des Geschädigten außer Acht und orientiert sich allein an einer höchstmöglichen Minderung des Schadens. Damit widerspricht sie aber dem Gebot von Treu und Glauben, welches wechselseitige Rücksichtnahme<sup>90</sup> und eine Abwägung der kollidierenden Interessen fordert. Auch ist zu bedenken, dass nur schwer zu bestimmen sein wird, wie ein vernünftiger Mensch in der Lage des Ver-

84 *Landolt*, Zumutbarkeitsprinzip, S. 10.

85 Art. 264 Abs.1, 266g OR.

86 Art. 321c Abs. 1, 328 Abs. 2 OR.

87 Art. 115, 121 Abs. 1, 125 ZGB.

88 *Weber*, Die Schadensminderungspflicht, in: *Koller* (Hrsg.), HVT 1999, S. 140.

89 BGE 107 I<sup>b</sup> 155, 158, auch BGE 60 II 229, so auch *Guyer*, Die rechtliche Stellung, S. 60 f.

90 *Gehrer*, Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S.160; *Honsell*, in: *Honsell/Vogt/Geiser*, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 2 ZGB, Rn. 295; *Baumann*, in: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Art. 2 ZGB, Rn. 295.

letzten handeln würde. Die Vernunft kann objektiv nicht bestimmt werden, wenn man akzeptiert, dass das Denken und Handeln der Menschen nicht nur durch rationale Überlegungen, sondern auch durch Emotionen beeinflusst wird.<sup>91</sup>

Nicht diskutiert wird dagegen, im Rahmen der Zumutbarkeit auch Grundrechte<sup>92</sup> zu berücksichtigen. Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ist auch in der Schweiz unbestritten und mit Art. 35 BV verfassungsrechtlich verankert. Allerdings bestehen Differenzen, ob es sich um eine unmittelbare oder nur eine mittelbare Wirkung handelt.<sup>93</sup> Die Rechtsprechung tendiert zu einer nur mittelbaren Drittirkung.<sup>94</sup>

Nahezu einheitlich abgelehnt wird eine Berücksichtigung des Verschuldens des Schädigers oder des Haftungsgrundes bei der Bestimmung der Zumutbarkeit schadensmindernder Maßnahmen.<sup>95</sup> Die Verantwortlichkeit für die Verletzung soll keinen Einfluss auf die Zumutbarkeit der Schadensminderung durch den Verletzten haben. Das BG hat lediglich in einer einzelnen Entscheidung eine entgegen gesetzte Auffassung vertreten, als es die Zumutbarkeit eines anderen Berufes unter Berücksichtigung der groben Fahrlässigkeit des Schädigers verneinte.<sup>96</sup>

## 2. Zumutbarkeitserwägungen in einem gestuften Vorgehen

Den Versuch, der Beurteilung der Zumutbarkeit ein einheitliches Schema zugrunde zu legen, hat *Gehrer* unternommen.<sup>97</sup> Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass das Schadensminderungsgebot rechtssystematisch einen Ausfluss des Redlichkeitsgebots, mithin des Gebots von Treu und Glauben darstellt, welches gegenseitige Rücksichtnahme von Schädiger und Geschädigtem verlangt.<sup>98</sup> Für die Reichweite der Schadensminderungspflicht stehen die Interessen des Geschädigten im Vordergrund. Deren Durchsetzung wird nach einer Abwägung mit den Interessen des Schädigers begrenzt. Diese Abwägung erfolgt in drei Stufen.

Auf erster Stufe ist zunächst das beeinträchtigte Rechtsgut zu bestimmen und seine Bedeutung zu bewerten. Die Bedeutung des beeinträchtigten Rechtsgutes ist umso höher einzuschätzen, je mehr Körper und Psyche, finanzielle und soziale Existenz, Beruf und Wohnsitz betroffen sind. Als weniger bedeutsam wird dagegen das Eigentum oder der Besitz an einer Sache angesehen. Die höhere Bedeutung des beeinträchtigten Rechtsgutes bewirkt, dass den subjektiven Interessen des Geschädigten bei der Schadensminderung ein höherer Stellenwert einzuräumen ist.<sup>99</sup>

91 *Gauch*, Die Fehlerwelt der Juristen, in: FS Rey, 2003, S. 543, 550.

92 Art. 7 ff. BV

93 *Egli*, Drittirkung von Grundrechten, S. 141 ff.

94 Z.B. BGE 111 II S. 245, 257; 125 III S. 277, 284.

95 *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, S. 291; *Brehm*, in: *Hausheer* (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 44 OR, Rn. 51; anders noch BG vom 27.06.1934, BGE 60 II S. 226, 229.

96 BG vom 27.06.1934, BGE 60 II S. 226, 229.

97 *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S.160 ff.

98 *Gehrer*, a.a.O.

99 In diesem Sinne auch *Guyer*, Die rechtliche Stellung, S. 20.