

d) Einsatz eigener finanzieller Mittel durch den Geschädigten

Gemäß § 249 Abs. 2 BGB ist vom Schädiger der zur Behebung des Schadens notwendige Geldbetrag als Schadensersatz zu leisten. Das bedeutet, dass der Schädiger sämtliche Kosten für schadensmindernde Maßnahmen zu tragen hat, die vom Geschädigten verlangt werden. Allerdings vergeht zwischen Verletzung und Zahlung des Schadensersatzes an den Geschädigten oft geraume Zeit. Es stellt sich daher die Frage, ob es dem Geschädigten zumutbar ist, notwendige Maßnahmen zunächst selbst zu finanzieren. Die Rechtsprechung bejaht dies, wenn der Geschädigte über die notwendigen Mittel verfügt, wobei aber eine Reserve für Notzeiten nicht aufgebraucht werden muss.⁹⁸ So wurde es als Verletzung der Schadensminderungspflicht angesehen, dass sich der Geschädigte aus vorhandenen Mitteln keinen Pkw angeschafft hat, nachdem er den Weg zu der vom Schädiger vermittelten Stelle verletzungsbedingt nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen konnte.⁹⁹

III. Verletzung der Schadensminderungspflicht

1. Verschulden

a) Verschulden im üblichen Sinn und das Problem des Verschuldens in § 254 BGB

§ 254 BGB fordert ein Verschulden des Geschädigten. Der Begriff des Verschuldens ist im BGB zwar nirgends definiert, ist aber als das in § 276 BGB geregelte Vertretenmüssen des Schuldners zu verstehen.¹⁰⁰ Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soweit zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses nicht eine strengere oder mildere Haftung vereinbart wurde. § 276 BGB legt einen der Umstände fest, unter denen Ereignisse dem Schuldner zugerechnet und Ansprüche begründet werden.¹⁰¹ Die Haftungsnormen der Verschuldenshaftung erwähnen dagegen selbst, dass die Haftung Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt und bedürfen daher des Rückgriffs auf § 276 BGB nicht.

Verschulden bezieht sich üblicherweise auf ein rechtswidriges Verhalten.¹⁰² Das setzt voraus, dass die Rechtsordnung eine Pflicht zu einem bestimmten Verhalten enthält und diese rechtswidrig verletzt wurde.¹⁰³ In den Fällen des § 254 BGB würde eine unveränderte Übernahme des Verschuldensbegriffs bedeuten, dass nur ein Verstoß gegen Rechtspflichten durch den Geschädigten zur Kürzung des Schadensersatzanspruches führen würde. In der Rechtsordnung existiert jedoch keine Pflicht,

98 OLG Celle, VersR 1973, 353; OLG Köln, VersR 1974, 67 f.; BGH NJW 1989, 290, 291.

99 BGH NJW 1998, S. 3706.

100 Larenz, Schuldrecht I, S. 276, 279; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 501.

101 Grundmann, in: MünchKomm, § 276 BGB, Rn. 2.

102 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 501; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Teilbd. 2, S. 63.

103 Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Teilbd. 2, S. 64 ff.

sich selbst nicht zu schädigen. Im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) und der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) steht es jedermann frei, mit seinen Rechtsgütern nach Belieben zu verfahren und diese auch zu schädigen.¹⁰⁴ Fehlt es aber an einer Pflicht, sich selbst und seine Rechtsgüter nicht selbst zu schädigen, würde § 254 BGB bei einem solchen Verständnis des dort geforderten Verschuldens ins Leere laufen.¹⁰⁵ In der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit für das Verschulden liegt daher das Hauptproblem des Verschuldensbegriffs in § 254 BGB. Zu dessen Bewältigung wurden verschiedene Versuche unternommen, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

b) Rechtswidrigkeit der Mitverursachung

Verschiedentlich wurde versucht, eine Rechtspflicht des Geschädigten zur Vermeidung der Mitverursachung des Schadens zu konstruieren. Diese Ansätze unterscheiden sich dahingehend, wem gegenüber die Rechtspflicht zur Nicht-Mitverursachung besteht.

aa) Rechtspflicht gegenüber sich selbst

Die auf die Pflichtenlehre *Christian Wolffs* zurückgehende Auffassung, das Mitverschulden müsse sich auf eine Verletzung von Rechtspflichten gegen sich selbst beziehen, wird heute nicht mehr vertreten. Neben den rechtstheoretischen Bedenken, eine Rechtspflicht gegen sich selbst sei mit dem dualistischen Anspruchssystem des BGB nicht vereinbar¹⁰⁶, sprechen auch die Grundrechte dagegen. Dem Einzelnen ist es danach grundsätzlich selbst überlassen, im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und unter Achtung der Rechte anderer eigene Interessen zu verfolgen, auch wenn dies zu einer Schädigung seiner Rechtsgüter führt. Der Rechtsordnung kommt nicht die Aufgabe zu, die ihr unterworfenen Bürger vor sich selbst zu schützen.¹⁰⁷

bb) Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit

Vereinzelte verpflichtet der Gesetzgeber den Einzelnen zu Schutzmaßnahmen, die nur der Vermeidung von Schäden des Betroffenen dienen. Dazu gehört beispiels-

104 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 114 ff. Ausnahmen, z.B. das Verbot der Selbstverstümmelung nach WStG, die Regelungen des BtMG.

105 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 3.

106 *Mayer-Maly*, Verschulden gegen sich selbst, in: *Medicus/Seiler* (Hrsg.), FS Kaser, S. 229, 231; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rn. 570.

107 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 181 f.

weise die Gurtanlegepflicht nach § 21a Abs. 1 StVO. Derartige Rechtspflichten schränken die Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der allgemeinen Handlungsfreiheit zwar ein, wurden vom Bundesverfassungsgericht aber gebilligt, wenn diese Rechtspflichten aufgrund überwiegender Belange der Allgemeinheit erforderlich sind.¹⁰⁸ Es wurde nun versucht, aus diesen Regelungen eine aus der Sozialbezogenheit des Individuums folgende Rechtspflicht zum Selbstschutz zu begründen.¹⁰⁹ Dies ist aber problematisch, weil gesetzlich normierte Pflichten zum Selbstschutz nur sehr vereinzelt bestehen und daher nicht verallgemeinerungsfähig sind. Auch ließe sich diese Auffassung, die vor allem im Blick auf § 254 Abs. 1 BGB entwickelt wurde, nicht auf die Obliegenheit zur Schadensminderung nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB übertragen.

cc) Rechtspflicht gegenüber dem Schädiger

Eine Rechtspflicht gegenüber dem Schädiger wird zum einen damit begründet, dass dieser nicht mit den Folgen des schädigenden Ereignisses belastet werden soll, die auch durch den Geschädigten verursacht wurden.¹¹⁰ *Venzmer* führt dazu aus, dass die Mitverursachung des Schadens die rechtlich geschützten Interessen des Schädigers verletze, weil dessen Haftung zunächst auf Ersatz des ganzen Schadens gehe.¹¹¹ Diese Ansicht steht im Widerspruch zu der allgemeinen Überzeugung, dass der Schadensersatzanspruch in den Fällen des § 254 BGB nur gemindert entsteht und die Haftung des Schädigers somit von Anfang an nur einen Teil des Schadens umfasst.¹¹² Beim Schädiger verbleibt allenfalls das Risiko, das Mitverschulden des Geschädigten nicht beweisen zu können. An dieses Risiko knüpft *Schwab* an, der die Verpflichtung des Geschädigten zur Vermeidung eigener Schäden daraus ableitet, dass der Schädiger in den Fällen des § 254 BGB in eine missliche Lage gerät, weil der Ausgang eines Haftpflichtprozesses oft ungewiss sei.¹¹³ Ähnliche Beweisschwierigkeiten treffen aber auch den Geschädigten, der für eine erfolgreiche Geltendmachung des Schadensersatzanspruches ebenfalls die Haftungsvoraussetzungen beim Schädiger beweisen muss. Auch der Schädiger ist nicht wegen des Prozessrisikos für den Geschädigten verpflichtet, die Verletzung zu unterlassen. Allein aus dem Prozessrisiko des Schädigers kann damit keine Rechtspflicht abgeleitet werden.

Ein weiterer Ansatz begründet eine Rechtspflicht zum Unterlassen der Selbstschädigung damit, dass man bei einem gefährlichen Verhalten nicht wissen könne, ob es eine Verletzung eigener Rechtsgüter und damit einen eigenen Schaden oder

108 BVerfG vom 24.07.1986, NJW 1987, S. 180.

109 Greger, Mitverschulden und Schadensminderungspflicht, NJW 1985, S. 1133 ff.

110 Venzmer, Mitverursachung, S. 101 f.; Schwab, Einführung, Rn. 171.

111 Venzmer, Mitverursachung, S. 101 f.

112 Diesen Widerspruch zeigt auch Mertens, in: Soergel, § 254 BGB, Rn. 4.

113 Schwab, Einführung, Rn. 171.

eine Verletzung fremder Rechtsgüter verursache.¹¹⁴ Damit würde das Verhalten des Geschädigten zugleich eine Rechtspflicht zur Vermeidung von Fremdschäden verletzen und damit die Voraussetzungen einer Haftungsnorm erfüllen. Die entscheidende Schwäche dieses Ansatzes liegt darin, dass viele selbstschädigende Verhaltensweisen nur Verletzung eigener Rechtsgüter auslösen können. Hat der Geschädigte den Sicherheitsgurt nicht angelegt, so begründet dies keine Gefährdung für andere, sondern nur eine Gefährdung der eigenen Gesundheit. Dasselbe gilt, wenn der Geschädigte allein einen vereisten und nicht gestreuten Parkplatz betritt und dabei zu Schaden kommt.¹¹⁵

Ein dritter Ansatz will in den Schadensminderungsfällen aus § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 3 BGB eine echte Rechtspflicht des Geschädigten zur Schadensminderung ableiten.¹¹⁶ Die Annahme einer echten Rechtspflicht würde einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheiten des Geschädigten darstellen, ohne dass das Interesse des Schädigers dies erfordern würde. Das Interesse des Schädigers erfordert nicht, dass der Geschädigte den Schaden tatsächlich niedrig hält, sondern nur, dass er nicht mit dem entsprechenden Teil des Schadens belastet wird.¹¹⁷ Darüber würde die Annahme einer echten Rechtspflicht nur für den Bereich der Schadensminderung voraussetzen, § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 3 BGB als eine von den übrigen Tatbeständen des § 254 BGB getrennte Tatbestand anzusehen. Dagegen spricht aber schon der klare Wille des Gesetzgebers, der in § 254 BGB einen einheitlichen Tatbestand der Mitverursachung gesehen hat. Die Annahme einer Rechtspflicht aus § 254 Abs. 2 BGB nur für den Bereich der Schadensminderung wurde auch vom BGH abgelehnt.¹¹⁸

c) „Verschulden gegen sich selbst“

Die von *Zitelmann*¹¹⁹ begründete und weit verbreitete Lehre des „Verschuldens gegen sich selbst“ erkennt an, dass für den Geschädigten keine Rechtspflichten bestehen, die ihn zum Unterlassen einer Selbstschädigung anhalten. Das in § 254 BGB geforderte Verschulden bringe die Missbilligung des Verhaltens des Geschädigten zum Ausdruck und sei in einem eigenen Sinn zu verstehen. *Zitelmann* betrachtet es als eine ethische Pflicht des Menschen, sich nicht selbst zu schädigen und missbilligt dieses Verhalten daher vom Interessenstandpunkt dieses Menschen. Das Verschulden, bezogen auf die Verletzung eigener Interessen, unterteilt sich wie beim Fremdverschulden in Vorsatz und Fahrlässigkeit.

114 *Schünemann*, Mitwirkendes Verschulden, VersR 1978, S. 116, 118 f.

115 BGH vom 20.11.1984, NJW 1985, S. 482 – 484.

116 *Esser*, Besprechung von Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, AcP 154 (1955), S. 49, 51; *ders.*, Schuldrecht I, § 47 V.

117 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 189.

118 BGHZ 4, 170, 174; 33, 136, 142f.; BGH NJW 1984, S. 354; so auch *Mertens*, in Soergel, § 254 BGB, Rn. 2.

119 *Zitelmann*, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, S. 151 ff.

Diese Ansicht hat sich in Literatur und Rechtsprechung weit verbreiten können.¹²⁰ Das Mitverschulden wurde in der Folge definiert als Nichteinhaltung der Sorgfalt, die ein „ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“¹²¹. Ob eine Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung vorliegt, hängt davon ab, ob der Geschädigte sich „vom Standpunkt des wohlverstandenen eigenen Interesses ... wie ein vernünftiger Mensch verhalten hat.“¹²² Bezugspunkt des Verschuldens gegen sich selbst ist das für den Schaden mitursächliche Verhalten des Geschädigten, auch wenn es keine Rechtsnorm verletzt hat.

Der Gewinn der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst liegt in der Anerkennung, dass das in § 254 BGB geforderte Verschulden keine Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Geschädigten voraussetzt. Gegen die Lehre von *Zitelmann* ist aber einzuwenden, dass diese nicht erklären kann, warum der Mensch in eigenen Angelegenheiten vernünftig handeln soll. Die in Bezug genommenen ethischen Maßstäbe besitzen keine rechtliche Verbindlichkeit, sondern bedürfen der Transformation durch Rechtsnormen.¹²³ Auch ist problematisch, dass sie nicht erklärt, welche Kriterien dafür herangezogen werden sollen, um dem Geschädigten das Zulassen von Schäden an eigenen Rechtsgütern als unvernünftig vorzuhalten.¹²⁴ Die Beantwortung dieser Frage ist aber notwendig, um die schadensrechtlichen Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigtem voneinander abzugrenzen. Dies wird mit der Frage nach der dabei anzuwendenden Sorgfalt im Ergebnis vermengt.¹²⁵

d) Obliegenheitswidrigkeit als Analogon zur Rechtswidrigkeit

Nach *Looschelders* soll ein der Rechtswidrigkeit des Verhaltens ähnliches Kriterium nicht verzichtbar sein. § 254 BGB weise insoweit die gleiche Struktur wie die Haftungsnormen des bürgerlichen Rechts auf, als die Rechtsfolgen – Kürzung des Schadensersatzanspruches oder Belastung mit Schadensersatzansprüchen – von einem schuldhaften Verhalten des jeweils Belasteten abhängen.¹²⁶ Er plädiert dafür, das für das Vertretenmüssen nach § 276 BGB notwendige rechtswidrige Verhalten durch die normwidrige Mitverursachung des Schadens durch den Geschädigten zu erset-

120 *Heinrichs*, in: Palandt, § 254 BGB, Rn. 1; *Grunsky*, in: MünchKomm, 3.A., § 254 BGB, Rn. 2; so auch *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 3; RGZ 112, 284, 287; 149, 6, 7; 156, 193, 207; BGHZ 3, 49; 57, 145, BGH NJW 1970, S. 946.

121 Z.B. BGHZ 9, 316, 318.

122 *Enneccerus/Nipperdey*, BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 213 V.

123 *Häberlin*, Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, 1924, S. 59; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 200.

124 *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten, S. 33, verweist auf die sog. Dispositionsfälle hin, wenn der Geschädigte sich der erforderlichen Behandlung nicht beim nächstgelegenen Arzt, sondern im Ausland unterzieht, weil er diesen Arzt gut kennt. Ein solches Verhalten wäre sicher eher als nachvollziehbar denn als unvernünftig zu beurteilen.

125 *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 43; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 191.

126 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 200, 207.

zen.¹²⁷ Seiner Auffassung nach liegen die Schwierigkeiten mit dem Verschuldensbegriff des § 254 BGB darin, dass die Ebenen der Rechtswidrigkeit und Schuld nicht klar voneinander getrennt werden.¹²⁸ Das Verschulden im Sinne von § 276 BGB sei in seinem originären Anwendungsbereich, als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs, immer auf ein rechtswidriges Verhalten bezogen. Die Besonderheit des § 254 BGB liegt aber darin, nicht einen Schadensersatzanspruch des Schädigers gegen den Geschädigten zu begründen, sondern allein den Umfang des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten mit seinem Anteil an der Schadensentstehung abzustimmen. Ein Urteil über die Rechtmäßigkeit der Mitverursachung des Schadens enthält § 254 BGB nicht, sondern lediglich Erwartungen an den Geschädigten. Damit kann auch nur die Nichterfüllung dieser Erwartungen Gegenstand des Verschuldens sein, auf welches § 276 BGB unproblematisch angewendet werden kann.¹²⁹

e) Gemeinsamkeiten der dargestellten Ansichten und Stellungnahme

Akzeptiert man die Tatsache, dass eine Rechtspflicht des Geschädigten, den bei sich selbst eintretenden Schaden niedrig zu halten oder zu mindern nicht besteht, kommen nur noch die *Zitelmann*'sche These des Verschuldens gegen sich selbst oder die von *Looschelders* favorisierte Obliegenheitswidrigkeit als Analogon zur Rechtswidrigkeit in Betracht. Gemeinsam ist beiden, dass sie von dem vermuteten Interesse des Geschädigten ausgehen, sich vor weiterem Schaden zu bewahren. Im Verschulden gegen sich selbst findet dies seinen Ausdruck, wenn auf die Sorgfalt Bezug genommen wird, die ein „ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“¹³⁰. Bei *Looschelders* wird dies berücksichtigt, wenn die Verletzung der Obliegenheit – die im eigenen Interesse des mit ihr Belasteten besteht – zum Bezugspunkt des Verschuldens gemacht wird.

Der Bezug auf die vermuteten Interessen des Geschädigten ist auch sinnvoll, wenn es um eine Verletzung einer gerade im eigenen Interesse auferlegten Obliegenheit geht. Insofern ist die Bezeichnung des Verschuldens gegen sich selbst, gegen die eigenen Interessen, auch zutreffend. *Looschelders* macht jedoch nicht allgemein die Interessen des Geschädigten, sondern nur die in § 254 BGB erwartete Interessenwahrung durch den Geschädigten zugunsten des Schädigers zum Bezugspunkt des Verschuldens. Die Weiterentwicklung des Ausgangspunktes von *Zitelmann* durch die Rechtsprechung zu einer Definition des Mitverschuldens, die an die durchschnittlich zu erwartende Sorgfalt für die eigenen Interessen anknüpft, führt

127 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 207, 216; ähnlich *Mertens*, in Soergel, § 254 BGB, Rn. 2, der das Verschulden im Sinne des § 254 BGB als Urteil über die nach § 254 BGB gebotene Sorgfalt und Aufmerksamkeit sieht. In diesem Sinne auch *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten, S. 113 ff., der die Obliegenheitswidrigkeit ebenfalls ein Analogon zur Rechtswidrigkeit versteht, in beiden Fällen läge Normwidrigkeit vor.

128 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 216.

129 So auch *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten, S. 126.

130 Etwa BGHZ 9, 316, 318.

zum gleichen Ergebnis. Der Unterschied besteht darin, dass nach *Looschelders* zunächst die auf § 254 BGB beruhende Verhaltenserwartung an den Geschädigten zu konkretisieren ist, ehe über das Verschulden entschieden wird. Dagegen scheinen in der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst diese beide Ebenen miteinander vermengt zu sein. Die Trennung der Konkretisierung der Verhaltenserwartung vom Verschulden mag transparenter sein, zu anderen Ergebnissen als die Anwendung der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst wird sie aber nicht führen. Für das von § 254 BGB geforderte Verschulden kommt es also darauf an, dass für den Geschädigten zunächst unter Beachtung der Zumutbarkeit eine Obliegenheit zur Schadensminderung bestand.

f) Verschuldensfähigkeit

Anerkannt ist, dass auf das Mitverschulden des § 254 BGB die §§ 827, 828 BGB entsprechend anzuwenden sind.¹³¹ Diese Vorschriften schließen die Verantwortlichkeit des Schädigers für einen Schaden aus oder mindern diese, wenn er bei Verursachung des Schadens minderjährig¹³² oder bewusstlos¹³³ war oder sich in einem die freie Willensbetätigung ausschließenden Zustand¹³⁴ befand. Mit diesen Vorschriften wird die Schadensverantwortung auf Personen beschränkt, von denen zu erwarten ist, dass sie die Gefahr eines Schadens erkennen können und ihr Verhalten danach einrichten. Die Annahme von Mitverschulden setzt somit die Einsichtsfähigkeit des Geschädigten in die Notwendigkeit, sich selbst vor Schaden zu bewahren, voraus.¹³⁵

g) Der Grad des Verschuldens

Das in § 254 BGB geforderte Mitverschulden ist, in Parallele zum Fremdverschulden, in Vorsatz und Fahrlässigkeit zu unterscheiden.¹³⁶ Für das Fremdverschulden kennzeichnet der Vorsatz das Wissen und Wollen der Rechtsgutsverletzung und des Schadens.¹³⁷ Die Verursachung einer Rechtsgutsverletzung ist dagegen nach § 276 Abs. 2 BGB als fahrlässig zu bewerten, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Die erforderliche Sorgfalt hat sich zum einen auf die Erkennbarkeit der Gefahrverwirklichung und deren Rechtswidrigkeit, zum ande-

131 *Larenz*, Schuldrecht I, S. 541; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 554 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 31; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 42.

132 § 828 BGB.

133 § 828 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

134 § 828 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB.

135 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 34.

136 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 31; *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten, S. 126 ff.; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 336 ff.

137 *Grundmann*, in: MünchKomm, § 276 BGB, Rn. 154.

ren auf deren Vermeidung zu richten. Der Sorgfaltsmaßstab ist nach dem jeweiligen Verkehrskreis zu bestimmen.¹³⁸ Subjektive Stärken wie besondere Kenntnisse und Fähigkeiten führen zu einer Verschärfung des Sorgfaltsmaßstabes, wogegen aber subjektive Schwächen keine Milderung bewirken.¹³⁹

Angewendet auf den Vorwurf des Mitverschuldens durch Unterlassen der Schadensminderung bedeutet dies folgendes: Vorsätzliches Unterlassen der Schadensminderung liegt nur vor, wenn der Geschädigte um die Möglichkeit der Abwendung oder Geringhaltung des Schadens weiß und entsprechende Maßnahmen im Bewusstsein seiner Obliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB nicht ergreift. Ein vorsätzliches Verhalten des Geschädigten wird indes nur schwer nachweisbar sein, so dass der Fahrlässigkeit im Bereich des Mitverschuldens die überwiegende Bedeutung zukommt. Nach herrschender Ansicht wird der für das Fremdverschulden geltende objektive Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit auf das Mitverschulden des § 254 BGB übertragen, das geminderte Leistungsvermögen des Geschädigten soll aber Berücksichtigung finden.¹⁴⁰ Die an den Geschädigten zu stellenden Sorgfaltsanforderungen haben sich auf die Erkennbarkeit des Schadenseintritts bzw. der Schadensausweitung und mögliche Gegenmaßnahmen zu beziehen.¹⁴¹ Wird die Erkennbarkeit bejaht, so ist weiter zu berücksichtigen, ob der Geschädigte auch in der Lage war, die entsprechenden Maßnahmen einzuleiten.

Das Verschulden des körperlich Verletzten bei der Schadensminderung wird im Regelfall zurückhaltend beurteilt. So führte das RG beispielsweise aus, dass ein Verschulden des Verletzten nur anzunehmen sei, wenn dieser aus Eigensinn oder beabsichtigter Ausnutzung der Ersatzpflicht des Schädigers schadensmindernde Maßnahmen unterlässt¹⁴² oder die Vornahme einer zumutbaren Operation ohne stichhaltigen Grund verweigert.¹⁴³ Eine Unterlassung der Schadensminderung wird als nicht verschuldet angesehen, wenn zwischen den Ärzten Uneinigkeit über die Gefahren oder Erfolgsaussichten einer Operation besteht, der Verletzte sich aus Angst nicht zu einer Behandlung durchringen kann oder aufgrund einer herabgesetzten Entschlussfähigkeit eine bestimmte Behandlung bisher nicht begonnen hat oder die Notwendigkeit einer Behandlung nicht einsehen konnte.¹⁴⁴ Es wird deutlich, dass die von der Literatur angenommene streng objektive Beurteilung des Mitverschuldens in der Rechtsprechung zur Schadensminderungsobliegenheit nicht die gleiche Bedeutung beigemessen wird und in weitem Umfang auch die subjektiven Fähigkeiten des Verletzten berücksichtigt werden.

138 Grundmann, in: MünchKomm, § 276 BGB, Rn. 54.

139 Grundmann, in: MünchKomm, § 276 BGB, Rn. 56.

140 RGZ 156, 193, 208; Schiemann, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 39; Oetker, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 35.

141 RGZ 156, 193, 206 f.

142 RGZ 83, 15, 19.

143 RGZ 129, 398, 401.

144 Z.B. RGZ 129, 398, 400 f.; 156, 193, 207; OLG Hamm, VersR 1960, S. 859 und VersR 1997, S. 374 ff.; Schiemann, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 115.

h) Verschulden bei Unterlassen der Schadensminderung

Mit dem Verschulden bei der Unterlassung der gebotenen Behandlung einer Verletzung hat sich das RG bereits im Jahr 1937 beschäftigt.¹⁴⁵ Der bei einem Verkehrsunfall an beiden Beinen verletzte minderjährige Kläger wurde durch seinen Vater zunächst nur mit Umschlägen und Salben behandelt. Erst als der Kläger nach über drei Monaten noch nicht wieder gehen konnte, zog der Vater einen Arzt hinzu, der die Einweisung in ein Krankenhaus veranlasste. Dort wurde festgestellt, dass die Knochenbrüche aufgrund der unsachgemäßen Behandlung in Fehlstellung verheilt waren und beim Kläger eine dauerhafte Einschränkung der Gehfähigkeit verbleiben würde. Unter Verweis auf die Unterlassung der gebotenen medizinischen Behandlung verweigerte der Schädiger die Leistung von Schadensersatz für die Einschränkung der Gehfähigkeit. Das RG gab dem Schädiger zwar grundsätzlich Recht, dass es dem Geschädigten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter im Rahmen der Schadensminderung oblag, für geeignete Behandlung der Verletzung zu sorgen. Es erkannte aber an, dass es für den Vater aufgrund der Art und des Aussehens der Verletzung nicht erkennbar war, dass eine ärztliche Behandlung notwendig gewesen wäre. Das Unterlassen wurde daher als nicht schuldhaft angesehen.¹⁴⁶

Voraussetzung des Verschuldens ist damit, dass der Geschädigte die Notwendigkeit einer schadensmindernden Maßnahme erkennt. So wurde es als Verstoß gegen die Schadensminderungsobligiegenheit angesehen, dass ein aufgrund eines Unfalles dienstunfähig gewordener Polizeibeamter nicht durch Einhaltung einer Diät und regelmäßige Bewegung einer Gewichtszunahme um ca. 25% vorgebeugt hatte.¹⁴⁷ Die massive Gewichtszunahme führte zu einer Erkrankung von Herz und Kreislauf und schloss nun auch die Erwerbstätigkeit in einem anderen Beruf als dem eines Polizeibeamten aus. Das Gericht ging davon aus, dass der Geschädigte das Risiko einer übermäßigen Gewichtszunahme und einer Herz-Kreislauf-Erkrankung nach Wegfall seiner beruflichen Tätigkeit hätte erkennen können und ihm auch bekannt gewesen sein musste, dass er dies durch Einhaltung einer Diät und regelmäßige Bewegung hätte vermeiden können.

Wird eine Operation generell als zumutbar erachtet, ist ein Verschulden des Verletzten nicht anzunehmen, wenn die Gefahrlosigkeit oder die Erfolgsaussicht von einem Arzt, dem der Verletzte besonderes Vertrauen schenkt, negativ beurteilt wird.¹⁴⁸ Ein Verschulden sei nur anzunehmen, wenn der Verletzte ohne jeden stichhaltigen Grund die zumutbare Operation ablehnt.¹⁴⁹ Verschulden liegt auch dann nicht vor, wenn der Verletzte den gegebenen Anweisungen des behandelnden Arztes

145 RG vom 21.10.1937, RGZ 156, 193 ff.

146 So RGZ 156, 193, 206 ff.

147 OLG Hamm, VersR 1960, S. 859.

148 RGZ 129, 398, 400 f.

149 RGZ 129, 398, 401.

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

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 hat¹⁵¹, wobei sich die Mitverursachung auch lediglich auf einzelne Schadensposten beziehen kann.¹⁵² Die Abwägung der Verursachungsbeiträge hat zu berücksichtigen, mit welcher Wahrscheinlichkeit das Verhalten von Schädiger oder Geschädigtem zum Schadenseintritt führte oder führen konnte.¹⁵³ 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.¹⁵⁴

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.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ Für das Mitverschulden des Geschädigten an der Verletzung haben sich folgende Kriterien herausgebildet:¹⁵⁷ Bei einem vorsätzlichen Verhalten des Schädigers führt eine fahrlässige Mitverursachung des Schadens durch den Geschädigten nicht zur Aufteilung des Schadensersatzanspruchs.¹⁵⁸ 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.