

einer Obliegenheit zur Schadensminderung Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung, da die Mitverschuldenstatbestände die Schadensminderung nicht explizit erfassen. Dies rechtfertigt, in den Rechtsfolgen von der generellen Schadensteilungsregel nach Verursachungs- und Verschuldensbeiträgen abzuweichen und dem Geschädigten den gesamten vermeidbaren Schadensteil zuzuweisen. Für die schweizerische Rechtsordnung besteht dafür auch ein Bedürfnis, wenn es um den Ersatz zukünftiger Schäden geht. Ist der Umfang der Schadensersatzverpflichtung für zukünftige Schäden durch ein gerichtliches Urteil festgestellt, ist eine nachträgliche Abänderung nur in engen Grenzen längstens für die Dauer von zwei Jahren möglich.⁸⁴

Für das deutsche Recht ist aber an der gemeinsamen Schadenstragung festzuhalten. Nur so wird den gesetzlichen Vorgabe und der ursprünglichen Verantwortung des Schädigers für den Schaden Rechnung getragen.

2. Maßstab der Schadensteilung

§ 254 Abs. 1 BGB gibt vor, dass die Aufteilung des Schadens vorrangig anhand der Verursachungsbeiträge vorzunehmen ist. Eine betragsmäßige Bestimmung, welcher Teil des Schadens auf die unterlassene Schadensminderung zurückgeht, scheint zwar grundsätzlich möglich. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Verursachung der Verletzung durch den Schädiger als Ursache für den Schaden fortwirkt, so dass zunächst zwischen dieser und der Unterlassung des Geschädigten ein Verhältnis gebildet werden müsste. Hinzu kommt, dass in Körperverletzungsfällen meist nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob die dem Geschädigten zugemutete Heilbehandlung oder Umschulung tatsächlich erfolgreich gewesen wäre und zu einer Minderung des Schadens geführt hätte und wie hoch diese ausgefallen wäre. Eine Quotelung des Schadens muss daher im Ungefähren verbleiben und ist nicht selten unmöglich.

§ 1304 ABGB sieht vor, dass Schädiger und Geschädigter den Schaden je zur Hälfte tragen, wenn der Anteil der jeweiligen Verursachungsbeiträge nicht aufgeklärt werden kann. Ebenso ordnet auch § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine Tragung der Gesamtschuld im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen an, wenn gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist. Eine anderweitige gesetzliche Vorgabe ergibt sich im Falle der gemeinsamen Haftung mehrerer Schädiger nach § 840 BGB aus der analogen Anwendung von § 254 BGB.⁸⁵ Bei der Verteilung der Schuld im Innenverhältnis ist maßgebend, inwieweit der einzelne Schädiger den Schaden verursacht hat. Nur

84 Eine erneute gerichtliche Entscheidung ist nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, im materiellen Recht ist eine Abänderungsklage vorgesehen, *Jent-Sørensen*, Materielle Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, SJZ 100 (2004), S. 533, 537. Hiervon macht Art. 46 Abs. 2 OR eine Ausnahme. Für den Fall der Körperverletzung kann der Richter die Abänderung des Urteils für zwei Jahre vorbehalten, wenn im Zeitpunkt der Urteilsfällung die Verletzungsfolgen nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar sind (Rektifikationsvorbehalt), dazu auch *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, S. 323ff.

85 BGHZ 12, 213; 17, 214, 222; 26, 217, 222.

wenn sich dies nicht feststellen lässt, ist § 426 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar.⁸⁶ Ebenso kann im Fall schuldhaft unterlassener Schadensminderung verfahren werden, wenn die Verursachungsbeiträge beider Seiten nicht ziffernmäßig feststellbar sind.

3. Schadensteilung unter Berücksichtigung fiktiver Herstellungskosten

Fiktive Heilbehandlungskosten sollen auch weiterhin nicht Maßstab für die Bemessung des Schadensersatzes sein. Bestand für den Geschädigten eine Schadensminderungsobliegenheit für die betreffende Behandlung, wäre bei schuldhaftem Unterlassen der Schaden nach Maßgabe der wechselseitigen Verursachung zu teilen. Dabei könnten die Kosten für die Heilbehandlung berücksichtigt werden.

Der Schädiger hat durch die Verletzung die Erforderlichkeit der Heilbehandlung hervorgerufen und ist daher aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, die Kosten zu tragen. Umgekehrt verursacht der Verletzte durch die Verweigerung der Behandlung zusätzlichen, ggf. noch nicht bezifferbaren, Schaden durch Verdienstaufschlag oder Pflegebedürftigkeit. Gleichzeitig vermeidet er den Anfall der Behandlungskosten. Würde der Geschädigte seiner Schadensminderungsobliegenheit nachkommen und die Behandlung vornehmen, müsste der Schädiger diese Kosten tragen und wäre zusätzlich mit dem Risiko des Fehlschlagens und damit weiterer Schadensposten belastet.⁸⁷ Das bedeutet Folgendes: Die Notwendigkeit der Heilbehandlung bleibt durch den Schädiger verursacht, auch wenn der Geschädigte sie nicht in Anspruch nimmt. Aus der Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit erwachsende Folgeschäden sind durch Schädiger und Geschädigten verursacht. Da der Verursachungsanteil des Schädigers in Höhe der fiktiven Heilbehandlungskosten feststeht, sollte der Geschädigte Schadensersatz mindestens in dieser Höhe erhalten.

Bei dieser Vorgehensweise werden eventuell in Anspruch genommene Sozialleistungsträger nicht über Gebühr belastet, wenn der Geschädigte sich später der Heilbehandlung unterzieht. Der Schadensersatzanspruch ist bisher nur hinsichtlich der Kompensationsleistungen erfüllt. Der Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Restitution durch Heilbehandlung besteht weiter und ist auf den Sozialleistungsträger, der die Heilbehandlung erbringt, übergegangen. Derjenige Sozialleistungsträger, der für den Verdienstaufschlag des Geschädigten aufzukommen hat, verfügt seinerseits über Instrumente, ihn zur Durchführung schadensmindernder Maßnahmen anzuhalten. Nutzt er diese Möglichkeiten nicht, wird er durch den auf ihn übergegangenen, reduzierten Schadensersatzanspruch nicht belastet.

86 *Selb*, Mehrheiten von Schuldner und Gläubigern, § 7 IV 3.; *Wagner*, in: MünchKomm, § 840 BGB, Rn. 13.

87 *Otfinger/Stark*, Haftpflichtrecht, S. 262.