

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 Drittwirkung.<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*, Drittwirkung von Grundrechten, S. 141 ff.

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

95 *Oftringer/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.

Auf zweiter Stufe sind das der Unterlassung der schadensmindernden Maßnahme innewohnende Schadenspotential, die für diese Maßnahme notwendigen Aufwendungen und die auf erster Stufe festgestellten subjektiven Interessen des Verletzten zu gewichten. Dazu ist zunächst die Wahrscheinlichkeit und das erwartete Ausmaß des Schadens mit den zur Vermeidung notwendigen Kosten zu vergleichen und festzustellen, ob die zu beurteilende Maßnahme die notwendigen Aufwendungen wert ist.<sup>100</sup> Ist sie es nicht, soll dem Verletzten die Vornahme freigestellt sein, mithin also eine Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht mehr in Betracht kommen. Anderenfalls ist das Schadenspotential nun den subjektiven Interessen des Verletzten gegenüber zu stellen und zu entscheiden, ob diese höher zu gewichten sind als der zu erwartende Schaden. Nur in diesem Fall soll die Unterlassung der Maßnahmen nicht zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruches führen können.

Ist der Geschädigte nach dem Ergebnis der zweiten Stufe von der Schadensminderung nicht freigestellt, so ist auf der dritten Stufe danach zu fragen, ob die Unterlassung der in Frage stehenden Schadensminderungsmaßnahme zu einem Ergebnis führt, „welches sowohl bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als auch nach den Umständen als unangemessen und den Regeln der Vernunft zuwiderlaufend erscheint.“<sup>101</sup> Wird dies bejaht, so kann die Unterlassung schadensmindernder Maßnahmen zu einer Kürzung des Schadensersatzes führen.

Die Schwierigkeit des beschriebenen Vorgehens liegt darin, an sich als schützenswert angesehen Interessen des Geschädigten mit deren finanziellen Auswirkungen zu gewichten.<sup>102</sup> Das führt zu dem Ergebnis, dass das Interesse des Geschädigten, sich keiner weiteren Operation zu unterziehen oder einen neuen Beruf zu erlernen, finanziell bewertet werden muss. Allerdings lässt die im Vordergrund stehende finanzielle Betrachtung offen, welche Interessen des Geschädigten der Zumutbarkeit schadensmindernder Maßnahmen entgegenstehen können. Hilfreich ist die Klarstellung, dass es keine Verletzung der Schadensminderungspflicht darstellt, wenn der Schaden aus der Unterlassung von Maßnahmen zur Behebung der Verletzung geringer ist als der dafür zu erbringende Aufwand. Dann kann der Schädiger kein schützenswertes Interesse daran haben, dass der Geschädigte den Schaden beheben lässt und die Maßnahme ist als unzumutbar für den Geschädigten anzusehen.

### 3. Zumutbarkeit einer Behandlung zur Heilung oder Besserung der Verletzungsfolgen

Die Verpflichtung des Verletzten, die eingetretene Verletzung behandeln zu lassen, ist unbestritten. Die Behandlung im Spital kann jedoch schon unzumutbar sein,

100 *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 168.

101 *Gehrer*, Von der Schadensminderungspflicht, s. Fn. 4, S. 163; ähnlich *Schaer*, Schadenausgleichssysteme, Rn. 339.

102 Gerade bei der Wiederherstellung der Gesundheit dürfen nicht nur Rentabilitätsüberlegungen maßgebend sein, darauf weist *Roberto*, Haftpflichtrecht, Rn. 811, hin.