

einem Ausschluss der Schutzwürdigkeit. So kann sich der Verkäufer nach § 444 BGB auf einen vertraglichen Haftungsausschluss nicht berufen, wenn er einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat oder es erwirbt nach §§ 929, 932 II BGB derjenige kein Eigentum, der um die fehlende Verfügungsberechtigung des Veräußerers weiß. Hat der Schädiger also die Verletzung grob schuldhaft herbeigeführt, ist er weniger schutzwürdig, als wenn ihm nur ein leichtes oder gar kein Verschulden zur Last fällt. Lässt sich nach den übrigen objektiven Kriterien die Zumutbarkeit nicht eindeutig bestimmen, kann die Schwere des Fehlverhaltens des Schädigers durchaus herangezogen werden, um eine Entscheidung zu treffen.

2. Subjektive Kriterien der Zumutbarkeit

Die subjektiven Kriterien der Zumutbarkeit fordern die Berücksichtigung persönlicher Umstände, die der gebotenen Schadensminderung entgegenstehen. Sie verwirklichen die durch Treu und Glauben gebotene Einzelfallentscheidung und korrigieren gegebenenfalls das Ergebnis der objektiven Zumutbarkeitsprüfung.

a) Persönliche Lage des Geschädigten

Auf subjektiver Ebene stehen der Zumutbarkeit Umstände entgegen, die der persönlichen Lage des Geschädigten zuzurechnen sind. Erfordert eine Maßnahme der Schadensminderung die längere Abwesenheit des Geschädigten vom Wohnsitz wie z.B. eine auswärtige Umschulung oder eine längere stationäre Heilbehandlung, so sind bestehende Unterhalts- und Betreuungspflichten zu beachten.⁵⁷ Hat der Geschädigte bisher die Versorgung und Betreuung minderjähriger Kinder oder die Pflege kranker oder behinderter Familienangehöriger sichergestellt, so spricht dies gegen die Zumutbarkeit. Denn ihm soll nicht auferlegt werden, familiäre Pflichten im Interesse des Schädigers zurückzustellen. Zumutbar sind derartige Maßnahmen nur dann, wenn eine andere Person diese Pflichten übernimmt und eventuelle Mehrkosten vom Schädiger getragen werden. Umgekehrt ist die Trennung von der Familie ebenfalls unzumutbar, wenn der Geschädigte auf die Pflege oder Unterstützung durch Familienangehörige angewiesen ist und dies auch nicht anderweitig gleichwertig sichergestellt werden kann.

Berücksichtigungsfähig ist auch, wie der Geschädigte zu der ihm angesonnenen Maßnahme steht. Hat er vor einer an sich zumutbaren Behandlung besonders große, nicht ohne weiteres überwindbare Angst, hindert dies die Zumutbarkeit.⁵⁸ Psychische Erkrankungen wie Depressionen und Neurosen, welche die Entscheidungsfä-

57 2. Kap. II. c) cc); 4. Kap. II. 3.

58 RG 139, 131, 135; 3. Kap. II. b) bb); OGH vom 23.05.1985, Az. 8 Ob 29/85;

higkeit des Geschädigten beeinträchtigen stehen der Zumutbarkeit ebenfalls entgegen. Hier ist allerdings auch eine Berücksichtigung beim Verschulden möglich.

b) Glaubens- und Gewissensfreiheit

In der deutschen Literatur wurde bisher nur selten diskutiert, ob als Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu berücksichtigen ist, dass der Geschädigte die notwendige Maßnahme aus Glaubens- oder Gewissensgründen nicht vornehmen will. Bedeutsam wird dies vor allem bei der Zumutbarkeit einer Heilbehandlung sein. Soweit sich die Literatur mit diesem Problem befasst hat, wird Unzumutbarkeit aus Glaubens- und Gewissensgründen abgelehnt.⁵⁹ *Looschelders* zieht zur Begründung eine Parallele zu den Herausforderungsfällen bei der haftungsbegründenden Kausalität.⁶⁰ Dem Schädiger werden auch diejenigen Verletzungen zugerechnet, die sich der Verletzte selbst zugefügt hat, zu diesem Verhalten aber durch den Schädiger herausgefordert wurde und seine Reaktion darauf nicht gänzlich unvorhersehbar und unangemessen war.⁶¹ *Looschelders* erkennt an, dass bei Entscheidungen, die den höchstpersönlichen Bereich des Geschädigten betreffen, eine rein objektive Betrachtung als „unangemessen“ nicht angebracht ist, sondern seine Persönlichkeit und Lebensverhältnisse zu berücksichtigen sind. Die religiös motivierte Entscheidung über die Ablehnung einer Heilbehandlung sei überwiegend durch die persönliche Lebenseinstellung des Geschädigten motiviert und deshalb nicht mehr als Reaktion auf die Verletzung anzusehen. Dagegen hat das OLG Innsbruck⁶² die Zumutbarkeit einer Behandlung und damit die Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit im Falle einer Geschädigten, die den Zeugen Jehovas angehörte und deshalb eine Operation mit Fremdbluttransfusion ablehnte, verneint. Das Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit sei höher einzustufen als das dadurch beeinträchtigte Eigentumsgrundrecht des Schädigers. Diese Entscheidung ist in der Literatur unwidersprochen geblieben.

aa) Herausforderung der Glaubens- und Gewissensentscheidung

Erst die vom Schädiger verursachte Verletzung veranlasst den Geschädigten, über die Durchführung einer Heilbehandlung nach seinen religiösen Überzeugungen und seinem Gewissen zu entscheiden. Den Schädiger betrifft diese Entscheidung nur, weil er aufgrund seines vorangegangenen Verhaltens für den Schaden haftet.

Sind nun im Rahmen der Zumutbarkeit die Interessen beider Seiten gegeneinander abzuwägen, so darf nicht übersehen werden, dass die zugegebenermaßen

59 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 472, *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 80.

60 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 487.

61 BGHZ 57, 25, 28 ff.; 63, 189, 191 ff.; 101, 215, 218 ff.; BGH NJW 1996, 1533, 1534; 2002, 2232, 2233; *Lange/Schiemann*, Schadensersatzrecht, § 3 X 2. c).

62 OLG Innsbruck, 16.08.1994, ZVR 1996/173.

höchstpersönliche Entscheidung des Geschädigten grundrechtlich geschützt ist.⁶³ Die Wertentscheidung der Verfassung ist bei der Auslegung und Anwendung des Privatrechts zu berücksichtigen.⁶⁴ So ist es dem Arbeitnehmer erlaubt, arbeitsvertragliche Pflichten zu verweigern, wenn diese mit seinen religiösen Überzeugungen oder seinem Gewissen nicht zu vereinbaren sind, auch wenn dies für den Arbeitgeber einen zusätzlichen Aufwand bedeutet.⁶⁵

Anders als der Arbeitnehmer, der das mit seinen Überzeugungen nicht zu vereinbarende Arbeitsverhältnis kündigen könnte, hat der Geschädigte keine Möglichkeit, sich dem Konflikt zu entziehen. Folgt man der Auffassung, dass Glaubens- und Gewissensentscheidungen für die Zumutbarkeit unbeachtlich seien, muss er entweder gegen seine Überzeugung handeln oder auf den Ersatz eines Teils des Schadens verzichten. Führt man sich nochmals vor Augen, dass schließlich der Schädiger diesen Konflikt verursacht hat, ist die Stellung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit sogar stärker als im freiwillig eingegangenen Arbeitsverhältnis. Die religiös motivierte Weigerung, sich einer bestimmten Heilbehandlung zu unterziehen, kann daher bei der Zumutbarkeitsprüfung berücksichtigt werden.

bb) Vergleich mit der Berücksichtigung der Schadensanfälligkeit des Geschädigten

Die Berücksichtigung der Glaubens- und Gewissensentscheidung des Geschädigten im Rahmen der Zumutbarkeit passt sich auch in der Linie der Rechtsprechung zur Berücksichtigung einer besonderen Schadensanfälligkeit des Geschädigten ein. Der Schädiger hat den Verletzten so zu nehmen, wie er ist. Eine besondere Schadensanfälligkeit hindert seine Ersatzpflicht nicht, auch wenn die Schäden bei einem vorher gesunden Verletzten nicht eingetreten wären. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Schadensanlage auch allein zum Schaden geführt hätte. Davon kann hier aber nicht die Rede sein. Die Entscheidung des Verletzten führt nur deshalb zu einem Schaden, weil der Geschädigte die Verletzung verursacht hat. Die Schadensanfälligkeit des Verletzten besteht in diesem Fall gerade darin, einzelne Maßnahmen der Schadensminderung abzulehnen, weil sie mit seinem Glauben oder Gewissen nicht zu vereinbaren sind.

- 63 Die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Glaubens- und Gewissensfreiheit erfasst nicht nur, eine bestimmte religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu haben, sondern auch sich zu ihr zu bekennen und nach den damit verbundenen Geboten zu handeln; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 4, Rn. 10, 12; *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 4, Rn. 33 ff.
- 64 *Dürrig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, S. 157, 176 ff.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 9; *Nießen*, Die Wirkung der Grundrechte, S. 112; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.; *Guckelberger*, Drittwirkung, JuS 2003, S. 1151, 1154.
- 65 ArbG Köln vom 18.04.1989, NJW 1991, 1006; LAG Hamm, NZA 2002, 1090, 1091; BAG NJW 2003, 1685, 1687; LAG Schleswig-Holstein vom 22.06.2005m Az. 4 Sa 120/05.

cc) Fazit

Die Berücksichtigung von Glaubens- und Gewissensentscheidungen des Geschädigten bei der Zumutbarkeit schadensmindernder Maßnahmen ist gerechtfertigt und kann zum Nichtbestehen einer entsprechenden Obliegenheit führen. Die eigentliche Schwierigkeit liegt darin zu entscheiden, welche Überzeugungen des Geschädigten als schutzwürdig angesehen werden. Sicher ist nicht die zahlenmäßige Stärke oder die soziale Relevanz einer religiösen Vereinigung relevant.⁶⁶ Vielmehr wird es darauf ankommen, ob die glaubensgeleitete Entscheidung des Geschädigten aus den Geboten seines Glaubens nachvollziehbar ist.⁶⁷

c) Fehlende finanzielle Mittel

Grundsätzlich hat der Schädiger die notwendigen Mittel für eine schadensmindernde Maßnahme vorzustrecken und ist der Geschädigte nur dann zur Vornahme derselben verpflichtet. Eine Ausnahme gilt aber, wenn der Geschädigte über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. In diesem Fall ist es ihm zumutbar, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und sich die Kosten hierfür nachträglich vom Schädiger ersetzen zu lassen. Entsteht ihm durch den Einsatz des eigenen Vermögens ein weiterer Schaden, etwa Zinsausfall, ist dieser ebenfalls vom Schädiger zu tragen.

V. Die Bedeutung des Verschuldens

Steht fest, dass der Verletzte durch eine ihm zumutbare Maßnahme einen Teil des Schadens hätte vermeiden können, verletzt er die Obliegenheit zur Schadensminderung. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass diese Verletzung auch Einfluss auf seinen Ersatzanspruch hat. Die Kürzung des Ersatzanspruchs setzt voraus, dass der Verletzte schuldhaft seine Schadensminderungsobligiegenheit verletzt hat.

1. Der Bezugspunkt des Verschuldens des Geschädigten

In allen drei Rechtsordnungen wurde die Frage aufgeworfen, wie das Verschulden des Geschädigten zu definieren ist. Im Vergleich zu den Voraussetzungen des Fremdverschuldens liegt das Problem in der fehlenden Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Geschädigten. Die in der Vergangenheit unternommenen Versuche, eine

66 BVerfGE 32, 98, 106.

67 *Badura*, Der Schutz von Religion und Weltanschauung, 1989, S. 54; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 4, Rn. 32; *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 4, Rn. 12 ff.