

Zu fordern ist daher nicht die absolute Gewissheit über den Erfolg einer Möglichkeit der Schadensminderung, sondern lediglich die nicht fern liegende Wahrscheinlichkeit.

Die Rechtsprechung differenziert hier zwischen medizinischen und sonstigen Maßnahmen. So wird bei einer verlangten Umschulung eine wesentlich geringere Wahrscheinlichkeit der Rückkehr in das Erwerbsleben verlangt als dies beispielsweise bei einer Operation der Fall ist, für die eine Erfolgswahrscheinlichkeit von ca. 90% verlangt wird.<sup>36</sup>

## 2. Zumutbarkeit des verlangten Verhaltens

Die Interessen von Schädiger und Geschädigtem sind bei der Frage der Schadensminderung zuweilen gegenläufig: Der Schädiger will seine Schadensersatzverpflichtung möglichst gering halten, der Geschädigte die Verletzung nach seinen Vorstellungen bewältigen. Dem Schädiger wird daran gelegen sein, dass der Geschädigte alle sich bietenden Möglichkeiten zur Behebung der Verletzung und Vermeidung weiteren Schadens ergreift. Dem steht das grundsätzliche anzuerkennende Selbstbestimmungsrecht des Geschädigten entgegen. Ob und welche Maßnahmen der Geschädigte ergreifen muss, ist eine Frage der Zumutbarkeit. Die griffige Formulierung, dass der Geschädigte im Rahmen der Schadensminderung gehalten sei, alle die Maßnahmen zu ergreifen, „die nach der Auffassung des Lebens ordentlicher und verständiger Mensch ergreifen muss, um Schaden von sich abzuwenden“<sup>37</sup>, ist wenig aussagekräftig und legt nicht offen, welche Kriterien letztlich für die Zumutbarkeit ausschlaggebend waren.

### a) Allgemeines zur Zumutbarkeit

Im Zivilrecht ist der Begriff der Zumutbarkeit unter anderem bekannt aus dem Recht der Leistungsstörungen.<sup>38</sup> Dort dient er dazu, den Schuldner von der Erfüllung der vertraglich begründeten Leistungspflicht zu befreien, wenn diese ihm unzumutbar wäre. Für den Schuldner besteht mit § 275 Abs. 2 S. 1 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Erbringung der Leistung einen Aufwand erfordert, der unter anderem unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. § 275 Abs. 2 S. 2 BGB nimmt hinsichtlich der vom Schuldner zu erbringenden Anstrengungen Bezug auf den Begriff der Zumutbarkeit. Die Zumutbarkeit ist auch das entscheidende Kriterium für § 275 Abs. 3 BGB, der dem Schuldner die Verweigerung einer persönlich zu

36 BGH NJW 1994, S. 1592 ff.

37 BGH NJW 1951, S. 797, 798; anders BGH vom 23.04.2002, Az. X ZR 29/00.

38 §§ 280 ff. BGB. Vgl. dazu *Klausch*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 81 ff, 159 ff.

erbringenden Leistung gestattet. Diese Vorschriften sind Ausdruck von § 242 BGB,<sup>39</sup> der innerhalb des Schuldverhältnisses die Beachtung der Gebote von Treu und Glauben und die Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils fordert.<sup>40</sup>

Die auf § 242 BGB gründende Beschränkung oder Aufhebung von Pflichten wegen Unzumutbarkeit, die für Pflichten aus dem Schuldverhältnis mit § 275 Abs. 2 und 3 BGB eine ausdrückliche Regelung erfahren hat, gilt ebenso für die Obliegenheit zur Schadensminderung.<sup>41</sup> Der Umfang der an den Geschädigten gerichteten Verhaltensanforderung ergibt sich in Anwendung von § 242 BGB aus der Abwägung der Interessen des ersatzberechtigten Geschädigten und des ersatzpflichtigen Schädigers. Die Obliegenheit zur Schadensminderung besteht nur, soweit die in Betracht kommenden Maßnahmen dem Geschädigten auch zumutbar sind.<sup>42</sup> Dies hat zur Folge, dass die Reichweite von Obliegenheiten zur Schadensminderung nicht generell, sondern anhand der konkreten Maßnahme unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist.<sup>43</sup>

Die Obliegenheit des Geschädigten, sich einer medizinischen Behandlung zu unterziehen, den Beruf zu wechseln oder zur Förderung der Heilung Lebensgewohnheiten zu ändern, berührt Interessen, die auch in den Regelungsgehalt der Grundrechte nach Art. 1 – 19 GG fallen. Unbestritten ist, dass Grundrechte ebenfalls im Privatrecht auf das Verhältnis der Bürger untereinander wirken.<sup>44</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG beinhalten die Grundrechte eine objektive Wertordnung, die alle Bereiche des Rechts und damit auch das Privatrecht beeinflusst.<sup>45</sup> Diese Wertordnung ist bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ausfüllung von Generalklauseln zu beachten.<sup>46</sup> Die Geltung der Grundrechte im Privatrecht kann auch mit der aus ihnen abzuleitenden Schutzpflicht des Staates erklärt werden. Eingriffe in Grundrechte habe der Staat nicht nur zu unterlassen, sondern auch dafür zu sorgen, dass dieser Bereich nicht durch andere Personen verletzt wird.<sup>47</sup> Für die auf § 242 BGB gestützte Interessenabwägung ist es daher von Be-

39 *Medicus*, in: Haas u.a., Das neue Schuldrecht, Leistungsstörungenrecht, Rn. 43, 45, 47; *Löwisch*, in: Staudinger, § 275, Rn. 72, 79.

40 Unter anderem *Larenz*, Schuldrecht I, S. 130 ff.; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rn. 171 ff. (dieser nimmt Bezug auf das schutzwürdige Vertrauen); *Roth*, in: MünchKomm, § 242 BGB, Rn. 9 ff, 46 ff.

41 *Scholz*, Der Begriff der Zumutbarkeit, S. 55.

42 Zur Rückführung des Zumutbarkeitsanfordernisses auf § 242 BGB bei der Schadensminderung *Scholz*, Der Begriff der Zumutbarkeit, S. 55.

43 *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 578, zumindest sei aber die Bildung von Fallgruppen mit Wertungskriterien möglich.

44 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 9; *Nießen*, Die Wirkung der Grundrechte, S. 112; *Guckelberger*, Drittwirkung, JuS 2003, S. 1151, 1154; *Teichmann*, in: Soergel, § 242 BGB, Rn. 44 f.

45 BVerfGE 7, 198, 204 f.; 81, 242, 254; 102, 347, 362.

46 *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), FS Nawiasky, S. 157, 176ff.

47 Angedeutet schon in BVerfGE 81, 242, 255; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 37 ff.; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373, 378; *Langner*, Grundrechte zwischen Privaten, S. 237 ff., *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 141 ff.

deutung, ob den auch grundrechtlich geschützten Belangen ein höheres Gewicht beizumessen ist.

Ebenfalls eine Frage der Zumutbarkeit ist, ob der Geschädigte eigene Mittel zur Behebung des Schadens und damit zur Schadensminderung einsetzen muss. Grundsätzlich hat der Geschädigte Anspruch auf sofortigen Schadensersatz und muss daher keine eigenen Mittel einsetzen.<sup>48</sup> Für den Schädiger besteht die Verpflichtung, die voraussichtlichen Kosten zur Behebung des Schadens vorzustrecken.<sup>49</sup> Etwas anderes gilt, wenn nur geringe Aufwendungen erforderlich sind, der Geschädigte diese ohne Schwierigkeiten zunächst abdecken kann und dadurch ein unverhältnismäßig hoher Schaden vermieden wird.<sup>50</sup>

## b) Zumutbarkeit einer medizinischen Behandlung

Unzweifelhaft ist der Verletzte gehalten, sich in medizinische Behandlung zu begeben, wenn die Verletzung nicht nur geringfügig ist.<sup>51</sup> Darin eingeschlossen ist, dass die ärztlichen Anweisungen hinsichtlich Medikamenteneinnahme und Lebensführung zu beachten sind, um den Behandlungserfolg nicht zu gefährden. Ob auch die Behandlung durch einen Heilpraktiker, Homöopathen oder ähnlichen Heilkundigen ausreicht, ist unklar. Durch das RG ist die Behandlung durch einen Homöopathen jedenfalls nicht als Verschulden des Geschädigten bewertet worden<sup>52</sup>, was darauf hin deutet, dass der Geschädigte auch mit einer Behandlung bei einem Angehörigen eines alternativen Heilberufes seine Obliegenheit zur Behandlung der Verletzung erfüllt. In Anbetracht der, wieder zunehmenden, Anerkennung alternativer Heilmethoden sollte die Obliegenheit des Geschädigten dahingehend verstanden werden, sich in eine Behandlung zu begeben, die Aussicht auf baldige Heilung oder Besserung gibt.<sup>53</sup> Zur Behandlung der Verletzungsfolgen ist auch eine stationäre Aufnahme in ein Krankenhaus zumutbar, die damit notwendig verbundenen Beschränkungen haben gegenüber der angestrebten Heilung in den Hintergrund zu treten.<sup>54</sup> Zweifelhaft ist, ob der Geschädigte alle Behandlungsmethoden erdulden muss, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft als geeignet angesehen werden, die Verletzung zu heilen oder zumindest deren Folgen zu mildern.<sup>55</sup> Besonders oft ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgetaucht, ob vom Verletzten im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit auch erwartet werden kann, sich einer Operation zu unterziehen.

48 BGH WM 2002, S. 909, 911; OLG München, VersR 1964, S. 442.

49 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 97; *Kuckuk*, in: Erman, § 254 BGB, Rn. 55;

50 OLG Nürnberg, VersR 1965, S. 246; *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 99.

51 RGZ 60, 147, 149; RGZ 72, 219 f.; BGH VersR 1964, S. 94, 95; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 81.

52 RGZ 139, 131, 135 f.

53 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 80; *Alff*, in: RGRK, § 254 BGB, Rn. 44.

54 RGZ 60, 147, 149 f.

55 Eine dahingehende Aussage findet sich in RGZ 60, 147, 149 f.

## aa) Duldung einer Operation

Zunächst überwog die Ansicht, einer Obliegenheit des Geschädigten, zur Schadensminderung sich auch einer Operation zu unterziehen, „stehe das an sich grundsätzlich anzuerkennende Recht des Verletzten entgegen, frei, nach seinem eigenen Ermessen darüber zu bestimmen, ob er sich einem Eingriff in die Unversehrtheit seines Körpers, als der sich auch die Operation darstellt, unterwerfen will“<sup>56</sup> entgegen. Später wurde angesichts des Fortschritts der medizinischen Wissenschaft eine Operation nicht mehr als generell unzumutbar bewertet.<sup>57</sup>

Im Falle eines verletzten Dekorateurs, dessen rechter kleiner Finger durch eine unrichtige ärztliche Behandlung versteift war, verlangte der Schädiger, dass sich der Verletzte einer Amputation des Fingers unterziehe und so die Erwerbsfähigkeit wiederherstelle. Das RG führte aus, dass das Selbstbestimmungsrecht des Verletzten seine Grenze finden muss, „wo sich seine Ausübung lediglich als Eigensinn oder als rücksichtslose, selbstsüchtige Ausnutzung der Haftung des Schadensersatzpflichtigen darstellt.“<sup>58</sup> Dies ergebe sich aus dem Gebot von Treu und Glauben, das auch die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz beeinflusse.<sup>59</sup> Unter diesen Vorgaben sah das RG eine Operation dann als zumutbar an, wenn sie nach dem Gutachten von Sachverständigen und dem jeweiligen Wissensstand gefahrlos ist, diese nicht mit besonderen Schmerzen verbunden ist und mit Sicherheit eine beträchtliche Besserung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten erwarten lässt sowie der Schädiger sich gegenüber dem Verletzten bereit erklärt, die Kosten zu übernehmen.<sup>60</sup> Die Vornahme einer Operation unter Chloroformnarkose wurde als unzumutbar bezeichnet, weil die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs auch bei höchstmöglicher ärztlicher Sorgfalt nicht ausgeschlossen werden kann. Das Reichsgericht stellte jedoch später auch klar, dass mit dieser Entscheidung kein endgültiger Grundsatz aufgestellt wurde, sondern dass in jedem zu entscheidenden Fall die Gefährlichkeit einer Vollnarkose nach jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft neu zu bewerten ist.<sup>61</sup> Die Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs in einem von 3000-4000 Fällen wurde als hinnehmbar bezeichnet und eine Vollnarkose als zumutbar bewertet, wenn nicht individuelle Umstände des Verletzten die Gefährlichkeit der Operation erhöhen.<sup>62</sup> Diese Kriterien für die Zumutbarkeit wurden in späteren Entscheidungen wiederholt bestätigt<sup>63</sup>, wobei auch darauf hingewiesen wurde, dass die Lage des einzelnen Falles von entscheidender Bedeutung sei.

Die vom RG aufgestellten Grundsätze zur Zumutbarkeit einer Operation wurden von der Rechtsprechung des BGH und der OLG übernommen. Exemplarisch sei

56 RGZ 83, 15, 18.

57 RGZ 129, 398, 399.

58 RGZ 83, 15, 19.

59 Dies ebenfalls betonend RGZ 139, 131, 133.

60 RGZ 15, 18, 19 f.

61 RGZ 139, 131, 134.

62 RGZ s. Fn. 61.

63 RGZ 129, 398 ff.; 139, 131 ff.

hierzu das Urteil des BGH vom 04.11.1986<sup>64</sup> genannt. Der BGH bestätigte hier zum wiederholten Male, dass dem Geschädigten nur eine einfache und gefahrlose Operation zumutbar ist, die überdies nicht mit besonderen Schmerzen verbunden sein darf und sichere Aussicht auf Heilung oder zumindest Besserung bieten muss. Im zu entscheidenden Fall hatte sich beim Geschädigten nach einer Operation des Sprunggelenks eine Knochentzündung entwickelt, welche eine Gelenksversteifung zur Folge hatte. Ihm wurde von allen konsultierten Ärzten empfohlen, sich einer nochmaligen Operation zu unterziehen, um die eingeschränkte Gehfähigkeit zu verbessern. Der BGH sah diese Empfehlung allein als nicht ausreichend an, um die Zumutbarkeit der Operation zu bejahen. Er forderte, dass über die medizinische Indikation hinaus die genannten Kriterien erfüllt sein müssen.

In einer späteren Entscheidung wies der BGH darauf hin, dass auch zu berücksichtigen sei, ob die zu erwartenden Schmerzen während oder nach einer Operation mit Schmerzmitteln auf ein erträgliches Maß reduzierbar sind und ob Nebenwirkungen von den Schmerzmitteln zu erwarten sind.<sup>65</sup>

Ein mit Sicherheit zu erwartender Erfolg einer Operation reicht bei Vorliegen auch der übrigen Zumutbarkeitskriterien überdies nicht aus, um eine entsprechende Obliegenheit des Geschädigten zu begründen, wenn langfristig andere Körperteile geschädigt werden können. Im entschiedenen Fall hätte die Operation zwar die Gehfähigkeit verbessert, jedoch bestand die Gefahr, dass benachbarte Fußgelenke überlastet werden. Dies sei bei den Erwägungen zur Zumutbarkeit zu berücksichtigen.<sup>66</sup>

Zu der vom BGH in ständiger Rechtsprechung geforderten Einfachheit hat das OLG Düsseldorf ausgeführt, dass diese nicht gegeben sei, nur weil die in Frage stehende Operation zum gewöhnlichen Repertoire eines operativ tätigen Orthopäden gehöre und keine übermäßige Geschicklichkeit verlange. Zu berücksichtigen sei auch, ob trotz sorgfältigen Operierens unvorhergesehene Gefahren auftreten können.<sup>67</sup> Bei den Gefahren werden sowohl die unmittelbar mit der Operation verbundenen als auch die Gefahren des Operationsergebnisses zu berücksichtigen sein.<sup>68</sup> Insgesamt ist festzustellen, dass in der Rechtsprechung die Zumutbarkeit einer Operation nur sehr zurückhaltend befürwortet wird. Auch medizinisch indizierte Operationen sind dem Geschädigten gerade im Verhältnis zum Schädiger nicht zumutbar, wenn sie mit Risiken und Nachteilen verbunden sind.<sup>69</sup>

In der Literatur ist die Rechtsprechung zur Zumutbarkeit einer Operation auf breite Zustimmung gestoßen.<sup>70</sup>

64 VersR 1987, S. 408 – 409.

65 BGH vom 15.03.1994, NJW 1994, S. 1592 ff.

66 BGH vom 15.03.1994, NJW 1994, S. 1592 ff.

67 OLG Düsseldorf, VersR 1975, S. 1031, 1032.

68 OLG Oldenburg, VersR 1978, S. 976-977 = NJW 1978 S. 87 – 88.

69 *Grumsky*, Überblick über die Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatzrecht seit 1992, JZ 1997, S. 825, 831 f.; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 83.

70 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 81; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 83; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 474; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 579 f;

## bb) Duldung sonstiger Heilbehandlung

Ausgehend von den Kriterien für die Zumutbarkeit einer Operation hat die Rechtsprechung auch Fälle entschieden, in denen vom Geschädigten die Duldung einer sonstigen Heilbehandlung gefordert wurde.

Maßgebend ist auch hier nicht allein der wahrscheinliche Erfolg der Behandlung. Einbezogen wird, ob nachhaltige Gesundheitsgefahren zu erwarten sind. So wurde es als nicht zumutbar erachtet, dass ein Landwirt ständig eine Augenklappe trägt, um seine Fahrtüchtigkeit wieder herzustellen und so auf eine Ersatzkraft verzichten zu können.<sup>71</sup> Der Geschädigte war an einem Auge schwer verletzt worden. Das auf der Verletzung beruhende Doppelbildsehen, welches seine Fahrtüchtigkeit aufhob, hätte nur durch ständiges Abdecken des verletzten Auges vermieden werden können. Dabei bestand aber die Gefahr, dass sich die Netzhaut des verletzten Auges ablöst und außerdem das gesunde Auge überlastet wird. Diese Gefahren erachtete der BGH für unzumutbar.

Eine psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung zur Überwindung von durch die Verletzung ausgelösten Erkrankungen ist grundsätzlich zumutbar.<sup>72</sup> Dabei ist in die Zumutbarkeitserwägungen einzubeziehen, welche Folgen diese Behandlung für sein weiteres Leben hat. Besteht die Gefahr einer Minderung seiner beruflichen Aussichten, spricht dies gegen die Zumutbarkeit. So entschied das OLG Hamm, dass einem Berufssoldaten eine psychiatrische Behandlung nicht zumutbar ist, wenn er diese seinem Dienstvorgesetzten mitteilen muss und daraus eine Gefährdung seiner militärischen Karriere zu befürchten ist.<sup>73</sup>

## cc) Berücksichtigung von Glaubens- und Gewissensentscheidungen

Ob die Berufung des Geschädigten auf Glaubens- und Gewissensgründe, die durch Art. 4 GG geschützt sind, zur Unzumutbarkeit einer an sich zumutbaren medizinischen Behandlung führt, ist ungeklärt. In der Literatur wird angenommen, dass eine religiös motivierte Verweigerung medizinischer Behandlung eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit darstellt, die Behandlung also zumutbar ist.<sup>74</sup>

*Rixecker*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 3. Kap., Rn. 42; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Bd. 1 Teilbd. 2, S. 578.

71 BGH v. 14.03.1989, VersR 1989, 635 f.

72 Seit RGZ 60, 147, 150, auch OLG Hamm, VersR 1997, S. 374 ff., NZV 1998, S. 413 – 414.

73 NZV 1998, S. 413 – 414.

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

## dd) Verhältnis von Erfolgsaussicht und Zumutbarkeit

Wie bereits dargestellt, ist eine Voraussetzung des Bestehens der Obliegenheit des geschädigten, dass eine Besserung seines Zustandes von der Behandlung zu erwarten ist. Im Rahmen der Zumutbarkeit taucht die Erfolgswahrscheinlichkeit erneut auf. Eine Behandlung ist nur dann zumutbar, wenn sie sichere Aussicht auf Erfolg bietet.

Es ist daher zu differenzieren: Ob den Geschädigten hinsichtlich einer Maßnahme überhaupt eine Obliegenheit trifft, beurteilt sich allein danach, ob eine Möglichkeit besteht, dadurch den Schaden zu mindern. Wird dies bejaht, ist im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen, wie wahrscheinlich die Besserung des Zustandes ist und dies gegen die übrigen Zumutbarkeitskriterien abzuwägen. Eine völlig gefahrlose und schmerzfreie Behandlung kann auch bei geringen Erfolgsaussichten eher zumutbar sein als eine relativ erfolgsträchtige Behandlung mit erheblichen Schmerzen. Zu fragen ist, ob dem Geschädigten die Belastungen einer Behandlung aufgebürdet werden können, wenn deren Erfolg nicht ausreichend sicher ist.

## c) Zumutbarkeit der Verwertung der verbliebenen Erwerbsfähigkeit

### aa) Zumutbare Ersatztätigkeit

Die Reichweite der Obliegenheit des Geschädigten zur Verwertung seiner verbliebenen Arbeitskraft ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Dabei sind Alter, Vorbildung, Kenntnisse, seelische und körperliche Umstellungsfähigkeit sowie Art und Schwere der Verletzung und der verbliebenen Folgen zu berücksichtigen.<sup>75</sup> Auch die Lebensumstände des Verletzten, wie persönliche Bindungen an einen Personenkreis oder einen Ort sind zu würdigen, soweit diese auch bei einer freiwilligen Berufswahl eine Rolle gespielt hätten.<sup>76</sup> Die Kriterien für die Zumutbarkeit einer Ersatztätigkeit wurden in der weiteren Rechtsprechung konkretisiert und ergänzt. Zu berücksichtigen sind die „Persönlichkeit, soziale Lage, bisheriger Lebenskreis, Begabung und Anlagen, Bildungsgang, Kenntnisse und Fähigkeiten, bisherige Erwerbsstellung, gesundheitliche Verhältnisse, Alter, körperliche und seelische Anpassungsfähigkeit, Umstellungsfähigkeit, Art und Schwere der Unfallfolgen, Familie und Wohnort“<sup>77</sup>. Befindet sich der Geschädigte zum Zeitpunkt der Verletzung noch in der Ausbildung und kann er den angestrebten Ausbildungsberuf verletzungsbedingt nicht ausüben, ist für die Zumutbarkeit der Ersatztätigkeit auf den angestrebten Beruf abzustellen. Für einen Verletzten, der sich in der Ausbildung

75 RGZ 160, 119, 121.

76 RGZ 160, 119, 121.

77 BGH vom 25.09.1973, NJW 1974, S. 602, 603; so auch BGH vom 19.06.1984, NJW 1984, S. 2520, 2522 und KG Berlin vom 17.06.1999, Az. 12 U 2463/98.

für einen Handwerksberuf befand, ist es daher nicht zumutbar, nur zur Schadensminderung eine Arbeitsstelle als ungelernte Kraft zu suchen.<sup>78</sup>

Unter Beachtung der in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien wurde die Umschulung einer Diplom-Berufsschullehrerin zur Bürokauffrau als nicht zumutbar erachtet, weil die Berufe schon hinsichtlich der Zugangsvoraussetzungen nicht annähernd gleichwertig seien und auch eine erhebliche Einkommensdifferenz bestehe.<sup>79</sup>

## bb) Umschulung

Steht fest, dass ein Berufswechsel notwendig und nach den genannten Kriterien zumutbar ist und verfügt der Geschädigte nicht über die notwendigen Kenntnisse für eine zumutbare Ersatztätigkeit, umfasst seine Obliegenheit zur Schadensminderung auch, sich einer Umschulung oder einer anderen Bildungsmaßnahme zu unterziehen. Neben der Zumutbarkeit des mit der Umschulung angestrebten Berufszieles ist auch zu berücksichtigen, ob der Schädiger die Mittel für die Umschulung zur Verfügung stellt und zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass der Geschädigte im Anschluss an die Umschulung eine Stellung finden wird.<sup>80</sup> Diese Kriterien wurden von der Rechtsprechung mehrfach bestätigt und konkretisiert.<sup>81</sup> Die Zumutbarkeit einer, auch auswärtigen, Umschulung sei unter Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Verletzten, die Notwendigkeit von Pflege durch Angehörige und die Aussicht auf eine mögliche Minderung des Schadens im neuen Beruf zu bestimmen.<sup>82</sup> Im Gegensatz zur Zumutbarkeitsfrage bei der Duldung einer Operation sei für eine Umschulung keine sichere Aussicht auf Erfolg erforderlich, sondern die bloße Möglichkeit des Erfolges, also die Möglichkeit der Rückkehr in das Arbeitsleben ausreichend.<sup>83</sup> Allerdings sei die Relation zwischen den notwendigen Anstrengungen des Verletzten in der Umschulung und den Erfolgsaussichten zu berücksichtigen.<sup>84</sup> Die Erfolgsaussicht einer Umschulung hat sich danach zu bestimmen, ob der Geschädigte im Anschluss wahrscheinlich eine entsprechende Arbeitsstelle finden wird. Die Einbeziehung der voraussichtlichen Aussichten, eine entsprechende Anstellung zu finden, rechtfertigt sich daraus, dass die Umschulung mit einem erheblichen Einsatz und einer Einschränkung der Lebenssituation des Ge-

78 OLG Frankfurt/M., NZV 1991, S. 188.

79 KG Berlin vom 17.06.1999, Az. 12 U 2463/98.

80 RGZ 160, 119, 122; BGH NJW 1953, S. 1098.

81 RGZ 160, 119, 122; BGH NJW 1953, S. 1098; BGHZ 10, 18, 19 ff.; BGH NJW 1984, S. 354 – 355; BGH NJW 1984, S. 2520 – 2523 (zur gleichgelagerten Problematik beim Schadensersatz für entgangenen Unterhalt an die Witwe); BGH VersR 1991, S. 437 – 438; BGH NJW 1997, S. 3381 – 3383, BGH NJW 1998, S. 3706 – 3707.

82 So auch KG Berlin vom 17.06.1999, Az. 12 U 2463/98.

83 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 476; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 BGB, Rn. 84.

84 Zum ganzen BGHZ 10, 20.

schädigten verbunden ist, der nur abverlangt werden soll, wenn tatsächlich die Aussicht auf Schadensminderung besteht.<sup>85</sup>

### cc) Auswärtige Tätigkeit und Wohnortwechsel

Sind für den Geschädigten an seinem Wohnort oder im näheren Umkreis keine geeigneten Arbeitsplätze verfügbar, kommt unter Umständen eine auswärtige Berufstätigkeit oder auch ein Wohnortwechsel in Betracht. Die Frage der Zumutbarkeit richtet sich nach den persönlichen und familiären Verhältnisse des Geschädigten. Dabei ist zu berücksichtigen, ob der Geschädigte aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes überhaupt in der Lage ist, auf Dauer einen längeren Arbeitsweg zurückzulegen.

Wird dem Geschädigten eine auswärtige Arbeitsstelle angeboten, die von ihrer beruflichen Stellung und den Arbeitsbedingungen den Fähigkeiten des Geschädigten entspricht, ist weiter zu fragen, ob der zurückzulegende Arbeitsweg zumutbar ist. Der BGH einen Arbeitsweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln für den infolge des Unfalls unter Geh- und Stehstörungen leidenden Geschädigten als unzumutbar angesehen.<sup>86</sup> Er verwies den Geschädigten aber darauf, einen Pkw zu benutzen.

Ein Wohnortwechsel ist für den Geschädigten unzumutbar, wenn sein gesundheitlicher Zustand die dauernde Pflege und Betreuung durch Familienangehörige notwendig macht.<sup>87</sup> Auch die persönlichen Bindungen des Verletzten an seinem bisherigen Wohnort können gegen die Zumutbarkeit eines Wohnortwechsels sprechen. Bei den familiären Verhältnissen des Geschädigten ist zu bedenken, ob durch einen Wohnsitzwechsel auch Familienangehörige, insbesondere minderjährige, schulpflichtige Kinder betroffen sind oder bei auswärtiger Tätigkeit die Betreuung und Versorgung der Kinder nicht mehr sichergestellt ist.

Wie auch bei der Umschulung ist in die im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung anzustellende Interessenabwägung einzubeziehen, in welchem Ausmaß der Verdienstaussfall durch eine Beschäftigung am neuen Wohnort gemindert werden kann.<sup>88</sup>

85 BGH VersR 1991, S. 437 = NJW 1991, S. 1412, 1413; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 476 f. gegen die Ansicht von *Grunsky* in: MünchKomm, 3. A., § 254 BGB, Rn. 87, der die Aussicht auf eine Anstellung nach Abschluss der Umschulung für entbehrlich hält.

86 BGH vom 29.09.1998, NJW 1998, S. 3706.

87 BGH VersR 1962, S. 1100, 1101.

88 BGH a.a.O.

dd) Umfang der eigenen Bemühungen und Auskunftspflicht gegenüber dem Schädiger

Der Geschädigte hat sich selbst um die bestmögliche Verwertung seiner verbliebenen Erwerbsfähigkeit zu bemühen.<sup>89</sup> Zur Erlangung einer Arbeitsstelle muss er sich zumindest bei der zuständigen Arbeitsagentur als arbeitssuchend melden und die gebotene Arbeitsvermittlung in Anspruch zu nehmen.<sup>90</sup> Das ist nur ausreichend, wenn er dort zutreffende Angaben über seine beruflichen Fähigkeiten und seine gesundheitlichen Einschränkungen macht. Er erfüllt seine Obliegenheit nicht, wenn er nur die Vermittlung in eine Teilzeitarbeitsstelle wünscht oder seine gesundheitlichen Einschränkungen bewusst übertreibt.<sup>91</sup>

Hat der Verletzte keine Möglichkeit, die verbliebene Arbeitsfähigkeit nutzbringend einzusetzen, kommt eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit nicht in Betracht.<sup>92</sup> Verneint die zuständige Arbeitsagentur wegen der gesundheitlichen Einschränkungen, des Bildungsgrades und der Deutschkenntnisse der Geschädigten die Vermittelbarkeit der Geschädigten, ist damit die fehlende Arbeitsmöglichkeit nachgewiesen.<sup>93</sup>

Zur Verwertung der verbliebenen Arbeitsfähigkeit ist der Geschädigte auch gehalten, den bisherigen Arbeitgeber gerichtlich auf Weiterbeschäftigung in Anspruch zu nehmen, soweit dies Erfolg versprechend erscheint.<sup>94</sup>

Beruft sich der Schädiger auf eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit, so hat er nachzuweisen, dass der Geschädigte im Rahmen des Zumutbaren nicht alles unternommen hat, um seine verbliebene Erwerbsfähigkeit zu verwerten.<sup>95</sup> Im Gegenzug ist jedoch der Geschädigte verpflichtet, den Schädiger über die auch teilweise Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit und die aus seiner Sicht zumutbaren Tätigkeiten zu informieren.<sup>96</sup> Ohne Kenntnis der auf Seiten des Geschädigten relevanten Umstände könne der Schädiger nicht beurteilen, ob und welche Tätigkeiten für den Geschädigten noch in Frage kommen, so dass den Geschädigten eine entsprechende Auskunftspflicht treffe.<sup>97</sup>

89 BGH NJW 1991, S. 1412, 1413; *Rixecker*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 3. Kap., Rn. 45; *Wagner*, in: MünchKomm, §§ 843, 843 BGB, Rn. 31.

90 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 89.

91 BGH NJW 1984, S. 354 zum Fall eines Verletzten, der entgegen der bestehenden Einschränkungen als Schwerbeschädigter mit zwei Unterarmkrücken beim Arbeitsamt vorsprach und nur um Vermittlung einer Halbtagsstelle nachfragte.

92 BGH NJW 1984, S. 2520; 1991, S. 1412, 1413.

93 BGH NJW 1991, S. 1412, 1413.

94 OLG Düsseldorf, VRS 92 (97), S. 166, 170.

95 *Oetker*, in: MünchKomm, § 254 BGB, Rn. 145.

96 BGH VersR 1979, S. 424, 425; NJW 1991, S. 1412, 1413 = VersR 1991, S. 437, 438.

97 So schon RGZ 160, 119, 121.

## 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.<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup>

### 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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> Das setzt voraus, dass die Rechtsordnung eine Pflicht zu einem bestimmten Verhalten enthält und diese rechtswidrig verletzt wurde.<sup>103</sup> 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.