

## 2. Zumutbarkeit des verlangten Verhaltens

Das Kriterium der Zumutbarkeit dient dem Ausgleich der gegenläufigen Interessen des Schädigers und des Beschädigten, die zusammen mit den Grundsätzen des redlichen Verkehrs gegeneinander abzuwägen sind. Dabei kommt es im Wesentlichen auf die Umstände des Einzelfalles an.<sup>35</sup> Welchen Interessen der Vorrang einzuräumen ist und Maßnahmen zur Schadensminderung damit als zumutbar zu bewerten sind, ist unter Berücksichtigung der in der Rechtsordnung enthalten Wertvorstellungen zu beurteilen.

### a) Kriterien für die Interessenabwägung

#### aa) Objektive und subjektive Zumutbarkeit

Ausgangspunkt der Interessenabwägung ist die Prüfung der Zumutbarkeit unter objektiven Gesichtspunkten. Dazu ist die im Einzelfall geforderte Maßnahme zur Schadensminderung am Maßstab des verständigen Durchschnittsmenschen zu messen.<sup>36</sup> Ohne Berücksichtigung von besonderen Umständen auf Seiten des Geschädigten ist danach zu fragen, ob ein durchschnittlicher Geschädigter sich entsprechend verhalten hätte. Die durchschnittlichen Erfolgsaussichten und Risiken sind in die Abwägung einzubeziehen.

Ist die geforderte Maßnahme danach objektiv zumutbar, ist anhand der Verhältnisse des Geschädigten zu prüfen, ob auch subjektive Zumutbarkeit gegeben ist.<sup>37</sup> Auf dieser Stufe finden nun alle schützenswürdigen Interessen des Geschädigten Berücksichtigung und werden mit denen des Schädigers abgewogen. Sämtliche Gründe, die aus der Sicht des Geschädigten gegen die von ihm verlangte Schadensminderung sprechen, sind einer Würdigung im Hinblick auf ihre Schutzwürdigkeit gegenüber dem Interesse des Schädigers zu bewerten.

*schauer*, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 38; in diesem Sinne auch OGH vom 23.05.1985, Az. 8 Ob 29/85.

35 OGH vom 25.06.1970, Az. 2 Ob 210/70; vom 01.07.1976, ZVR 1977, Nr. 43; vom 25.05.1977, ZVR 1978, Nr. 45; vom 21.06.1979, ZVR 1980, Nr. 153; vom 08.11.1984, JBl. 1985, S. 426, vom 29.11.1989, JBl. 1990, S. 587; vom 10.05.1989, 2 Ob 2/89; *Reischauer*, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 38.

36 *Hartl*, Die Schadensminderungspflicht, ZVR 1967, S. 29, 30; so wohl auch *Koziol*, Schadensminderungspflicht, JBl. 1972, S. 225, 228; OGH vom 29.11.1989, JBl. 1990, S. 587.

37 *Reischauer*, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 38, der aber in § 1297 ABGB, Rn. 2 darauf hinweist, dass die subjektive Zumutbarkeit an sich dem Fehlen des subjektiven Verschuldens zuzuordnen ist.

## bb) Der Einfluss des Verschuldens

Für die Bestimmung der Zumutbarkeit könnte erwogen werden, den Grad des Verschuldens des Schädigers in die Abwägung einzubeziehen. Hat der Schädiger grob schuldhaft gehandelt, wären seine Interessen geringer zu bewerten als die des Geschädigten. Dieser Gedanke ist beim mitwirkenden Verschulden bei der Herbeiführung der Verletzung erkennbar, wenn ein nur fahrlässiges Mitverschulden des Geschädigten gegenüber der vorsätzlichen Handlung des Schädigers hinsichtlich der Aufteilung des Schadens zurücktritt.<sup>38</sup> Nahezu einhellig wird aber davon ausgegangen, dass die Obliegenheit zur Schadensminderung unabhängig vom Verhalten oder Verschuldensgrad des Schädigers besteht.<sup>39</sup>

Dies legt nahe, die Zumutbarkeit als Reichweite der Schadensminderungsobliegenheit ebenfalls unabhängig vom vorangegangenen Verschulden oder Maß der Verantwortung des Schädigers zu bestimmen. Teilweise wird aber eine Gegenüberstellung der Verantwortung des Schädigers zur Eigenverantwortung des Geschädigten gefordert.<sup>40</sup> Führt man sich vor Augen, dass das Zumutbarkeitsurteil Ergebnis einer Abwägung der widerstreitenden Interessen ist, so würde sich damit die Berücksichtigung des Schädigerverhaltens rechtfertigen. Derartige Erwägungen finden sich in der Rechtspraxis aber nicht.

## cc) Die Bedeutung von Grundrechten

Wichtige Quelle für die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertvorstellungen sind die geltenden verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte, die Grundrechte.<sup>41</sup> Die österreichische Grundrechtsordnung beruht, verfassungsgeschichtlich bedingt, auf einer Vielzahl von Rechtsquellen.<sup>42</sup> Zu den wichtigsten gehören das StGG von 1867, das B-VG sowie die EMRK.

Grundrechte sind konzipiert als Rechte des Bürgers im Verhältnis zum Staat und sollen ihn vor staatlichen Eingriffen schützen.<sup>43</sup> Eine unmittelbare Bindung an Grundrechte besteht somit nur für hoheitliches, staatliches Handeln. Sollen Grundrechte auch in den Rechtsbeziehungen Privater Geltung haben, bedarf es hierfür einer Vermittlung durch gesetzliche Vorschriften.<sup>44</sup> Zusätzlich ist die rechtsprechende

38 S.o. I. 1. c).

39 *Reichert-Facilides*, Zur Schadensminderungspflicht, *VersRundschau* 1973, S. 129, 131; *Reischauer*, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 38; anders nur *Koziol*, Schadensminderungspflicht, *JBl.* 1972, S. 225, 228.

40 *Hartl*, Die Schadensminderungspflicht, *ZVR* 1967, S. 29, 30.

41 *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht, Rn. 1331; *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, Rn. 002, 015; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 18, 693.

42 *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht, Rn. 1339 ff.; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 679 ff.

43 *Loebenstein*, Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, in: FS Strasser, S. 759, 760; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 707.

44 *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 741.

Gewalt gehalten, die Gesetze unter Beachtung der Grundrechte auszulegen und anzuwenden.<sup>45</sup> Grundlage einer grundrechtsorientierten Auslegung der zivilrechtlichen Gesetze ist § 16 ABGB. Dieser stellt fest, dass jeder Mensch über angeborene Rechte verfügt und daher als Person zu betrachten ist. Der Verweis auf die angeborenen Rechte eröffnet § 16 ABGB die Funktion einer Transformationsstelle, über die grundrechtlich gesicherte Positionen des Persönlichkeitsschutzes Bedeutung im Privatrecht gewinnen und einschränkende Wirkung entfalten können.<sup>46</sup>

Über § 16 ABGB sind Grundrechte auch für die Reichweite der Schadensminderungsobliegenheit des Geschädigten bedeutsam. In die für die Beurteilung der Zumutbarkeit notwendige Interessenabwägung haben somit die auf Seiten von Schädiger und Geschädigtem zu beachtenden Grundrechte Eingang zu finden.<sup>47</sup>

Zugunsten des Schädigers fordert das Grundrecht auf Eigentum<sup>48</sup> Beachtung, dass durch die Verpflichtung zum Schadensersatz berührt wird.<sup>49</sup> Der körperlich Verletzte kann dagegen auf eine ganze Reihe grundrechtlicher Verbürgungen verweisen, die der Zumutbarkeit einer vom Schädiger angesonnenen schadensmindernden Maßnahme möglicherweise entgegenstehen. Zu beachten sind insbesondere das Recht auf Leben, Gesundheit und körperlich-geistige Unversehrtheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Freiheit der Berufsausübung.

## b) Ablehnung gebotener medizinischer Behandlung und Nichtvornahme einer Operation

### aa) Allgemeines zur Zumutbarkeit einer Operation

Wann die Unterlassung ärztlicher Behandlung als Unterlassen der gebotenen Schadensminderung anzusehen ist, ist nur für den Fall der Nichtvornahme einer Operation eindeutig geklärt. Nach ständiger, in der Literatur unwidersprochen gebliebener Rechtsprechung ist eine Operation nur dann zumutbar, wenn sie einfach und gefahrlos ist, keine nennenswerten Schmerzen verursacht und sichere Aussicht auf Erfolg

45 Mayer, „Rechtserzeugungszusammenhang“ und „Drittwirkung“ der Grundrechte; JBl. 1990, S. 768. 771; Aicher, in: Rummel, § 16 ABGB, Rn. 34; Posch, in: Schwimann, § 16 ABGB, Rn. 4. Zur Drittwirkung der Grundrechte vgl. auch OGH vom 01.03.1979, Az. 7 Ob 555/79 und Loebenstein, Drittwirkung der Grundrechte, in: FS Strasser, S. 759, 767; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rn. 1331; Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, Rn. 406 ff.; Öhlinger, Verfassungsrecht, Rn. 743.

46 Posch, in: Schwimann, § 16 ABGB, Rn. 3; zur Einschränkung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit durch Grundrechte unter anderem OGH vom 18.12.1992, SZ 65/166.

47 Hiltcher, Rechtsfragen, ZVR 1967, S. 169, 172; Reischauer, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 39.

48 Art. 5 StGG.

49 OLG Innsbruck vom 16.08.1994; ZVR 1996, S. 173.

bietet.<sup>50</sup> So wurde etwa die Vornahme einer Arthrodesen zur Behebung von Schmerzen im Hüftgelenk als unzumutbar angesehen, weil es sich dabei um eine mit heftigen Schmerzen verbundene Operation handelt.<sup>51</sup> Die Zumutbarkeit einer kosmetischen Operation wurde ebenfalls verneint, weil die entstehenden Narben im Gesicht damit nicht vollständig hätten beseitigt werden können. Zusätzlich sind die Dauer eines notwendigen stationären Aufenthalts und einer notwendigen Nachbehandlung zu berücksichtigen.<sup>52</sup> Soweit die anstehende Operation zu einer Verbesserung oder vollständigen Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit führen soll, ist für die Zumutbarkeit auch zu berücksichtigen, ob der Geschädigte nach erfolgreicher Operation tatsächlich eine Erwerbsmöglichkeit hat.<sup>53</sup>

## bb) Berücksichtigung der körperlichen und geistig-seelischen Verfassung des Geschädigten

Ob auch die körperliche und geistig-seelische Verfassung der Verletzten zu berücksichtigen sei, hatte der OGH im Urteil vom 30.05.1974<sup>54</sup> zu entscheiden. Anlass dieses Urteils war ein Verkehrsunfall, bei dem sich der Kläger unter anderem ein schweres Schädelhirntrauma mit einem offenen Schädelbruch im Bereich der Stirn und der vorderen Schädelbasis zugezogen hatte. Nach der zur Versorgung der Verletzung notwendigen Operation verblieben dem Kläger ausgedehnte Narben im Bereich von Stirn, Augenbrauen und Nasenwurzel und ein tiefer und breiter Knochendefekt im Bereich von Stirn und Nasenwurzel. Außerdem entwickelte der Kläger ein frontales psychoorganisches Syndrom mit Einschränkungen des Gefühlslebens, Enthemmung, Antriebsstörung, rascher Ermüdbarkeit und psychischer Verlangsamung. Die verbliebene Entstellung im Gesicht hätte durch Einsetzen einer Plastikplatte im Bereich des Knochendefektes zumindest teilweise behoben werden können. Eine Gewähr für ein komplikationsloses Einheilen der Plastikplatte konnte durch die Ärzte jedoch nicht gegeben werden, vielmehr bestand die Möglichkeit, dass die Plastikplatte beim Kläger starke Kopfschmerzen auslösen würde und schon deshalb wieder entfernt werden müsste. Auch konnten weitere Komplikationen und ein längerer Wundheilungsverlauf nicht ausgeschlossen werden. Der Kläger konnte sich nicht entschließen, diese Operation vornehmen zu lassen, worauf die Beklagte die Zahlung der Verdienstausschüttung ab dem Zeitpunkt der möglichen Vornahme der Operation ablehnte. Der OGH bezweifelte in seinem Urteil bereits die Zumutbarkeit der Operation im Hinblick auf die bestehende Gefahr weiterer Komplikationen und die

50 OGH ZVR 1975, Nr. 145; OGH vom 30.05.1974, Az. 2 Ob 115/74; OGH vom 23.05.1985, Az. 8 Ob 29/85; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I, Rn. 12/101; *Dittrich/Tades*, Praxiskommentar zum ABGB, § 1304 E. 129; *Reischauer*, in: Rummel, § 1304 ABGB, Rn. 39.

51 OGH vom 12.02.1960, Az. 2 Ob 30/60; OGH vom 27.05.1960, 2 Ob 68/60.

52 OGH vom 12.03.1963, SZ 36/37.

53 OGH vom 30.05.1974, Az. 2 Ob 115/74; SZ 47/69.

54 OGH vom 30.05.1974, s. Fn. 53.

unsichere Erfolgsaussicht. Ergänzend wies er darauf hin, dass auch die durch den Unfall reduzierte geistige oder körperliche Verfassung des Verletzten gegen die Zumutbarkeit der schwerwiegenden Operation spricht. Das Bestehen einer Pflicht zur Schadensminderung hätte hier aber schon wegen fehlender Kausalität zwischen der verlangten Operation und der erwarteten Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit abgelehnt werden können: Die Erwerbsunfähigkeit des Geschädigten beruhte im Wesentlichen auf neurologisch-psychiatrischen Einschränkungen, welche mit dieser Operation nicht gebessert oder geheilt werden konnten.

Die Auffassung, die reduzierte körperliche und geistig-seelische Verfassung des Verletzten im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen, hat der OGH in einer späteren Entscheidung bestätigt.<sup>55</sup> Die Verletzte hatte sich bei einem Verkehrsunfall unter anderem einen Bruch des rechten Oberschenkelshaftes zugezogen, der im Krankenhaus mit zwei Operationen mittels eines 13 mm langen Marknagels stabilisiert wurde. Aufgrund der Unfallverletzungen litt die Geschädigte zusätzlich unter Depressionen. In der Folgezeit entzündete sich die Operationswunde, später griff die Entzündung auf den gesamten Oberschenkel über. Durch die behandelnden Ärzte wurde der Verletzte, nachdem anderweitige Behandlungsversuche erfolglos geblieben sind, ein nochmaliger operativer Eingriff empfohlen, um die Entzündungsherde ausräumen zu können. Die Verletzte stimmte dem zunächst zu, verschob dann aber aus Angst die Operation mehrfach um insgesamt 15 Monate. Während dieser Zeit waren wiederholte Krankenhausaufenthalte erforderlich, um die Entzündung zu behandeln. Bei dem letztlich doch durchgeführten Eingriff wurde dann neben einer Ausräumung der Entzündungsherde auch der nicht mehr erforderliche Marknagel entfernt. Dies hätte bei sofortiger Vornahme der Operation später in einer gesonderten Operation erfolgen müssen. Die Beklagte wandte nun hinsichtlich des geltend gemachten Verdienstausfalls ein, dieser sei für die 15 Monate der Verweigerung nicht zu ersetzen, weil die Klägerin insofern der Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei. Die Untergerichte wie auch der OGH verneinten dagegen ein Mitverschulden aufgrund unterlassener Schadensminderung. Der ärztlicherseits empfohlene erneute operative Eingriff sei der Klägerin nicht zumutbar gewesen, da die vorgeschlagene Operation mit erheblichen Schmerzen verbunden gewesen wäre und die damalige geistig-seelische Verfassung der Klägerin erheblich reduziert gewesen sei. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass bei sofortiger Vornahme des Eingriffs die Klägerin sich später hätte noch einer weiteren Operation zur Entfernung des Marknagels unterziehen müssen. War die Operation aber für die Dauer der geistig-seelischen Beeinträchtigungen nicht zumutbar, so ist ein Hinausschieben der Operation auch keine Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung.

Wie diese Beispiele zeigen, berücksichtigt der OGH im Rahmen der Zumutbarkeit, ob die verlangte Maßnahme zur Schadensminderung für den Geschädigten in medizinischer Hinsicht eine besondere Belastung darstellt. Denkbar wäre aber auch, die durch schlechte geistig-seelische Verfassung herabgesetzte Entschlusskraft als Frage des Verschuldens zu behandeln.

### cc) Berücksichtigung von Gewissensentscheidungen

Mit der Frage, ob eine aus Gewissensgründen abgelehnte Bluttransfusion eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit darstellt, befasste sich das OLG Innsbruck in der Entscheidung vom 16.08.1994.<sup>56</sup> Bei der Geschädigten war eine Operation mit Fremdbluttransfusion notwendig, welche diese als Angehörige der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas ablehnte. Die Nichtvornahme der Operation vergrößerte die Schmerzen und verlängerte den Heilungsprozess, so dass der Schädiger eine Kürzung des Schmerzensgeldanspruchs wegen unterlassener Schadensminderung verlangte. Fest stand, dass die Operation an sich nach den Kriterien der Rechtsprechung zumutbar gewesen wäre, was eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit nahe legt. Das in der Ablehnung der Operation zum Ausdruck gekommene Glaubensbekenntnis der Geschädigten erforderte jedoch eine über die bisher anerkannten Kriterien hinausgehende Abwägung. Das OLG Innsbruck erkannte an, dass in die Zumutbarkeitserwägungen unter Anwendung von § 16 ABGB das Grundrecht auf Glauben und Gewissen<sup>57</sup> einzugehen hat. Durch dieses Grundrecht wird auch gewährleistet, nach dem eigenen Glauben und Gewissen zu handeln.<sup>58</sup> Im Ergebnis befand das Gericht die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Geschädigten als höherwertig gegenüber dem ebenfalls grundrechtlich geschützten und durch den Schmerzensgeldanspruch berührten Eigentum des Schädigers und verneinte die subjektive Zumutbarkeit der an sich gebotenen Operation mit Fremdbluttransfusion.

*Korinek/Vonkilch* weisen zusätzlich darauf hin, dass zwischen Schädiger und Geschädigtem eine ungewollte Rechtsbeziehung bestehe, welche den Geschädigten erst zur streitigen Gewissensentscheidung nötige. Es sei das Risiko des Schädigers, auf einen Geschädigten zu treffen, der aus Gewissensgründen gewisse Behandlungsmethoden ablehnt. Für grundrechtlich geschützten Überzeugungen des Geschädigten dürfe nichts anderes gelten als für körperliche Veranlagungen, die den durch die Verletzung verursachten Schaden vergrößern.<sup>59</sup> Grundrechtlich geschützte Überzeugungen sind daher im Rahmen der subjektiven Zumutbarkeit zu berücksichtigen. *Korinek/Vonkilch* halten aber eine Entlastung des Schädigers hinsichtlich des so entstandenen erhöhten Schadens im Wege der Billigkeitsminderung nach § 1306a ABGB für möglich.<sup>60</sup>

56 OLG Innsbruck, ZVR 1996, Nr. 173.

57 Art. 14 StGG, Art. 63 Abs. 2 StV von St. Germain (Staatsvertrag von St. Germain, BGBl 110/1921), Art. 9 EMRK.

58 *Korinek/Vonkilch*, Gewissen contra Schadensminderungspflicht, JBl. 1997, S. 756 f.; *Funk*, Verfassungsrecht, Rn. 449

59 *Korinek/Vonkilch*, a.a.O., 759.

60 *Korinek/Vonkilch*, a.a.O., S. 756, 760 ff.

## dd) Berücksichtigung von finanziellen Überlegungen

In einer langjährigen Rechtsprechung, die vom Schrifttum zunehmend bekämpft wurde,<sup>61</sup> sprach der OGH als Schadensersatz auch Kosten für eine notwendige medizinische Behandlung zu, die der Geschädigte aber nicht in Anspruch zu nehmen gedachte. Diese Rechtsprechung wurde im Jahre 1997 aufgegeben. Der OGH entschied, dass Heilungskosten nur dann zuzusprechen sind, wenn diese bereits tatsächlich entstanden sind und eine vorschussweise Gewährung dann erfolgt, wenn der Geschädigte die Vornahme der Behandlung ernstlich beabsichtigt.<sup>62</sup> Gleichzeitig wies er darauf hin, dass die bei einem Unterlassen der Behandlung verbleibenden Einschränkungen, Schmerzen und Verunstaltungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes oder der Verunstaltungsentschädigung zu berücksichtigen sind. Allenfalls käme eine Kürzung dieser Ansprüche in Betracht, wenn die Nichtvornahme der Behandlung eine schuldhaft Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit darstelle. Von diesen Ausführungen ausgehend wurde nun erwogen, dass dem Geschädigten eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit schwerlich vorgeworfen werden könne, wenn die Kosten für eine zumutbare Heilbehandlung höher wären als die Erhöhung von Schmerzensgeld und Verunstaltungsentschädigung bei ihrer Unterlassung.<sup>63</sup> Die Unterlassung der Heilbehandlung würde ja gerade zu einer geringeren Belastung des Schädigers mit Ersatzansprüchen führen und damit der Schadensminderungsobliegenheit entsprechen. Diese Erwägung wurde letztlich mit folgendem Argument abgelehnt: Die Schadensminderungsobliegenheit ist nicht nur auf die Geringhaltung der finanziellen Aufwendungen zur Schadensbehebung, sondern auch auf die Geringhaltung des Schadens am geschützten Rechtsgut gerichtet. Durch die Unterlassung der Heilbehandlung vergrößert der Geschädigte den Körperschaden, so dass dies bereits eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit darstelle.<sup>64</sup> Finanzielle Erwägungen sollen danach also bei der Bestimmung der Zumutbarkeit keine Rolle spielen. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur Begründung der Zumutbarkeitsprüfung mit der Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen von Schädiger und Geschädigtem. Wird das Interesse des Schädigers an einer möglichst geringen Ersatzleistung nicht berührt, weil das zu leistende Schmerzensgeld geringer ist als die Aufwendungen für eine Heilbehandlung,<sup>65</sup> erscheint ein Interessenausgleich über das Kriterium der Zumutbarkeit überhaupt nicht notwendig. Dem Geschädigten müsste es damit freistehen, ob er die Heilbehandlung vornehmen lässt.

61 Vor allem *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, S. 82; *ders.*, Fiktive Operationskosten, RZ 1986, S. 265 ff.; *ders.*, Kommentar zum EKHG, § 13, Rn. 8; *Reischauer*, in: Rummel, ABGB, § 1325, Rn. 18; *ders.*, Ersatz fiktiver Heilungskosten, VR 1992, S. 72.

62 OGH vom 23.10.1997, ZVR 1998, Nr. 32.

63 *Schwarzenegger/Thunhart*, Was kommt nach den fiktiven Heilungskosten?, ÖJZ 2001, S. 673, 675.

64 *Schwarzenegger/Thunhart*, a.a.O., S. 676.

65 *Huber*, Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten, ZVR 1998, S. 74, 78.



## ee) Zusammenfassung

Als Ausgangspunkt der Zumutbarkeitserwägungen kann die gefestigte und unbestrittene Rechtsprechung dienen, dass eine Operation dann zumutbar ist, wenn sie einfach und gefahrlos ist, keine besonderen Schmerzen verursacht und wahrscheinlich erfolgreich sein wird. Dem über § 16 ABGB zu beachtenden Grundrecht auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit wird damit hinreichend Rechnung getragen. Sonstige medizinische Behandlungen und Therapiemaßnahmen wie Physiotherapie, medikamentöse Behandlung, Gewichtsreduktion etc. sind unter den gleichen Voraussetzungen als zumutbar anzusehen. Sofern sie nicht lebensgefährlich und nicht besonders schmerzhaft sind, spricht im Vergleich zur Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Geschädigten bei einer Operation nichts gegen die Zumutbarkeit.

Die angeführten Kriterien sind unter dem Stichwort „objektive Zumutbarkeit“ zusammenzufassen. Steht die objektive Zumutbarkeit fest, bleibt zu prüfen, ob die schadensmindernde Behandlung auch unter subjektiven Gesichtspunkten zumutbar ist. An dieser Stelle finden die Einstellung des Geschädigten zur Behandlung, seine körperliche und seelische Verfassung und seine sonstigen Lebensumstände Berücksichtigung. Auch vom Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützte Verhaltensweisen sind hier gegen die Interessen des Schädigers abzuwägen.<sup>66</sup>

Erst mit Einbeziehung dieser subjektiven Kriterien ist eine umfassende Abwägung mit den Schädigerinteressen vorzunehmen. Aus der Rechtsprechung des OGH ist ersichtlich, dass innerhalb dieser Abwägung den Interessen des Geschädigten regelmäßig ein größeres Gewicht als den Interessen des Schädigers eingeräumt wird.

## c) Nutzung der verbliebenen Erwerbsfähigkeit

Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit wird im österreichischen Haftpflichtrecht auf verschiedenen Wegen entschädigt. Für die entstehende finanzielle Einbuße wird die konkret berechnete Verdienstausschlagrente zugesprochen, während für die abstrakte Minderung der Erwerbsfähigkeit die sog. abstrakte Rente zusteht.<sup>67</sup> Schadensminderung durch Nutzung der verbliebenen Erwerbsfähigkeit kommt nur für die Verdienstausschlagrente in Betracht, weil nur der konkret berechnete Verdienstausschlag durch eine Erwerbstätigkeit beeinflusst werden kann.<sup>68</sup> Wird eine abstrakte Rente geleistet, ist Schadensminderung nur durch Besserung der bestehenden Einschränkungen durch eine Heilbehandlung möglich.

66 *Korinek/Vonkilch*, Gewissen contra Schadensminderungspflicht, JBl. 1997, S. 756 f.

67 Diese Rente soll die verletzungsbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit und die damit verbundenen Erschwernisse im weiteren Erwerbsleben ausgleichen, auch ohne dass bereits ein Verdienstausschlag eingetreten ist. Sie ist in der Literatur nicht unumstritten, vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht II, S. 134 ff.; *Harrer*, in: *Schwimann*, § 1325 ABGB Rn. 57 m. Nw.

68 *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rn. 12/102.



Erhält der Geschädigte den tatsächlich ausgefallenen Verdienst ersetzt, richtet sich seine Schadensminderungspflicht ganz generell darauf, den Verdienstausschlag gering zu halten. Dieses Gebot besteht nicht generell, sondern nur dann, wenn der Verdienst durch eine zumutbare Tätigkeit erzielt werden kann.<sup>69</sup> Eine Minderung des Ersatzanspruchs kommt in Betracht, wenn dem Schädiger der Beweis gelingt, dass der Verletzte eine konkrete, zumutbare Erwerbsmöglichkeit ausgeschlagen hat, der Nachweis einer abstrakten Erwerbsmöglichkeit etwa in Form von Stellenausschreibungen genügt nicht.<sup>70</sup> Eine andere Beweislastverteilung gilt, wenn die Verletzung ausgeheilt ist und der Verletzte damit in der Lage wäre, wieder seinem früheren Beruf nachzugehen. Dann hat er nachzuweisen, dass er nicht in der Lage war, eine gleichwertige Beschäftigung zu finden.<sup>71</sup> Hierfür reicht es aus, dass sich der Geschädigte regelmäßig beim Arbeitsmarktservice meldet und die dort erteilten Ratschläge befolgt.<sup>72</sup>

#### aa) Zumutbarkeit einer Ersatztätigkeit

Die Zumutbarkeit einer Ersatztätigkeit bestimmt sich nicht allein danach, dass der Verletzte nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten in der Lage ist, diese auszuüben.<sup>73</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, ob die Ersatztätigkeit eine nennenswerte Verschlechterung der sozialen Lebensstellung und der Art des erlernten Berufes bedeutet oder schlechtere Aufstiegschancen als der bisherige Beruf bietet.<sup>74</sup> Eine nur finanzielle Gleichwertigkeit des bisherigen Berufes und der unter Berücksichtigung der verbliebenen Fähigkeiten noch möglichen Ersatztätigkeit soll nicht ausreichend sein.<sup>75</sup> Unter Anwendung der genannten Kriterien hat der OGH auch die Umschulung einer Lehrerin, die mit einer Beförderung zur Schulleiterin rechnen konnte, auf Berufe wie Karteiführerin, Werkstättenschreiberin oder Fakturistin<sup>76</sup> oder die Ersatztätigkeit als Heimarbeiterin für eine Verkäuferin<sup>77</sup> als unzumutbar angesehen.

69 OGH vom 29.10.1964, 2 Ob 319/64, EvBl. 1965, S. 185; vom 01.10.1970, 2 Ob 255/70, ZVR 1971, Nr. 126; vom 25.05.1972, 2 Ob 297/71, EvBl. 1972, S. 605; vom 30.08.1988, 2 Ob 11/88, JBl. 1989, S. 46; vom 20.12.1988, 2 Ob 110/88, ZVR 1989, Nr. 203.

70 Z.B. OGH vom 29.10.1964, 2 Ob 319/64, EvBl. 1965, S. 185; vom 02.07.1979, ZVR 1980, Nr. 154; vom 20.12.1988, 2 Ob 110/88, ZVR 1989, Nr. 203; vom 10.01.2002, 2 Ob 333/01m; *Harrer*, in: Schwimann, § 1325 Rn. 38.

71 OGH vom 01.07.1976, 2 Ob 129/76; vom 14.06.1978, 8 Ob 69/78, SZ 51/91; vom 30.06.1994, 2 Ob 55/94; *Harrer*, in: Schwimann, § 1325 Rn. 38.

72 OGH vom 03.04.1979, ZVR 1980, Nr. 152; OLG Wien vom 25.11.1994, ZVR 1995, Nr. 132. *Harrer*, in: Schwimann, § 1325, Rn 37.

74 *Reischauer*, in: Rummel, ABGB, § 1304, Rn. 40.

75 *Reischauer*, in: Rummel, ABGB, § 1304, Rn. 40.

76 OGH vom 19.06.1973, 8 Ob 100/73.

77 OGH vom 08.10.1976, 2 Ob 176/76.

## bb) Zumutbarkeit einer Umschulung

Verfügt der Geschädigte bisher nicht über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten für eine seinen Einschränkungen angepasste Tätigkeit, kann im Rahmen der Schadensminderung die Teilnahme an einer Umschulung gefordert werden. Umschulungen werden in der Regel als zumutbar erachtet, wenn die angestrebte Tätigkeit ihrerseits zumutbar ist und Aussicht besteht, dass der Geschädigte nach Abschluss der Umschulung eine entsprechende Stelle findet.<sup>78</sup> Das Alter des Geschädigten findet ebenfalls Berücksichtigung. Je älter der Geschädigte ist, desto eher wird ihm eine Umschulung nicht zugemutet.<sup>79</sup> Da jedoch die Rechtsprechung bereits die Zumutbarkeit einer Ersatztätigkeit zugunsten des Geschädigten sehr zurückhaltend beurteilt, wird auch die Zumutbarkeit einer Umschulung eher abgelehnt.<sup>80</sup>

Der Zumutbarkeit einer Umschulung vorgelagert ist die Frage, inwieweit der Geschädigte an den Bemühungen des Schädigers mitwirken muss, zumutbare Möglichkeiten zur Schadensminderung zu ermitteln. Der Schädiger ist hierzu zum Beispiel auf die Auskünfte des Geschädigten zu Ausbildung, Fähigkeiten, gesundheitlichen Einbußen etc. angewiesen.

In der Entscheidung des OGH vom 14.06.1988<sup>81</sup> ging es um den Fall eines Kochs, der bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt wurde und infolge der Verletzung den Geruchssinn vollständig und den Geschmackssinn teilweise eingebüßt hatte und daher in seinem bisherigen Beruf als Koch nicht mehr arbeiten konnte. Der Schädiger drängte auf eine Umschulung des Verletzten und verlangte dazu, dass dieser sich einer Eignungsuntersuchung in einem beruflichen Ausbildungs- und Rehabilitationszentrum unterzieht, um die verbliebenen Fähigkeiten des Verletzten festzustellen und einen geeigneten Umschulungsberuf zu finden. Der Verletzte weigerte sich, an dieser umfassenden, stationären Untersuchung teilzunehmen. Der Schädiger sah darin eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit. Durch das Gericht wurde festgestellt, dass der Verletzte bereits vor der verlangten Eignungsuntersuchung beim Arbeitsmarktservice vorstellig geworden war und dort nach eingehenden Untersuchungen festgestellt wurde, dass bei der geringen Vorbildung des Verletzten kein dem Beruf des Kochs gleichwertiger Umschulungsberuf existiert. Der OGH verneinte daher eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit und verwies darauf, dass der Verletzte nur zur Aufnahme einer zumutbaren Ersatztätigkeit verpflichtet sei. Eine Umschulung sei daher auch nur dann zumutbar, wenn sie zu einer zumutbaren Ersatztätigkeit befähige. Zusätzlich sei auch zu berücksichtigen, ob der Verletzte nach Abschluss der Umschulung einen Arbeitsplatz finden kann. Stehe aber fest, dass für den Verletzten keine zumutbaren Ersatztätigkeiten existieren, so kann er seine Schadensminderungsobliegenheit auch nicht verletzen, wenn er sich einer weiteren Eignungsuntersuchung nicht unterzieht.

78 *Harrer*, in: Schwimann, § 1325, Rn. 37.

79 *Reischauer*, in: Rummel, ABGB, § 1304, Rn. 40.

80 *Reischauer*, in: Rummel, ABGB, § 1304, Rn. 40.

81 OGH vom 14.06.1988, Az. 2 Ob 35/87.

## cc) Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des OGH zur Zumutbarkeit der Ersatztätigkeit ist deutlich von einer Wahrung der Geschädigteninteressen geprägt, wenn sie die finanzielle Gleichwertigkeit einer Ersatztätigkeit nicht ausreichen lässt, sondern den Erhalt des mit der bisherigen Beschäftigung verbundenen sozialen Status und vergleichbare Aufstiegschancen im neuen Beruf fordert. Die Stellung des Geschädigten wird weiter aufgewertet durch die Beweislastverteilung, wenn der Schädiger konkrete Erwerbsmöglichkeiten in der als zumutbar erachteten Ersatztätigkeit nachweisen muss. Diese hohen Anforderungen rechtfertigen die vollständige Anrechnung des Verdienstes aus einer zumutbaren Ersatztätigkeit auf den Schadensersatzanspruch entgegen der Schadensteilung nach § 1304 ABGB, wenn dem Schädiger der geforderte Nachweis gelingen sollte und der Geschädigte die präsentierte Lösung ausschlägt.

### *III. Verletzung der Schadensminderungspflicht*

#### 1. Verschulden

Das Verschulden des Berechtigten muss sich bei der Schadensminderung auf das Unterlassen von zumutbaren Handlungen beziehen, die den Schaden geringer gehalten hätten. Außerhalb der vorsätzlichen Schadensausweitung kommt Verschulden des Geschädigten nur in Betracht, wenn er bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit die zumutbare Möglichkeit zur Schadensminderung kennen musste. Maßstab ist dabei der sorgfältige Durchschnittsmensch.<sup>82</sup> Ein nur leichtgradiges Verschulden bei der Erkennbarkeit schadensmindernder Möglichkeiten soll unbeachtlich sein.<sup>83</sup> Neben der Erkennbarkeit ist auch die Fähigkeit des Geschädigten zu berücksichtigen, entsprechend der Erkenntnis zu handeln. Diese Fähigkeit kann insbesondere bei neurotischen Störungen eingeschränkt sein, wenn sie eine Herabsetzung der Entschlusskraft bedingen. Der OGH hatte sich im Fall eines Geschädigten, der nach einem Auffahrunfall dauerhaft unter Nackenschmerzen litt, mit dieser Frage beschäftigt.<sup>84</sup> Der Geschädigte klagte auch Jahre nach dem an sich harmlosen Auffahrunfall noch über massive, organisch unbegründete Nackenschmerzen, die einzig aus einer neurotischen Fehlhaltung des Geschädigten resultierten. Der OGH stellte fest, dass der Schädiger auch für derartige Unfallfolgen hafte, die Haftung aber durch die Pflicht des Geschädigten begrenzt sei, einsichtsgemäß den Schaden zu begrenzen oder gering zu halten. Ist der Geschädigte gerade aufgrund seiner neurotischen Fehlhaltung nicht in der Lage, seinem schadensverursachenden Verhalten entgegenzusteuern,

82 OGH vom 29.11.1989, JBl. 1990, S. 587; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rn. 12/91; *Dittreich/Tades*, § 1304 ABGB, E 86.

83 *Hartl*, Die Schadensminderungspflicht, ZVR 1967, S. 29, 30, 33.

84 OGH vom 19.05.1994, ZVR 1995, Nr. 92.