

2. Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten

Den Schadensersatzanspruch des Geschädigten auch auf fiktive Heilbehandlungskosten auszudehnen, wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung abgelehnt.³¹ Zwar ist allein aufgrund von § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch im Fall der KörpERVERLETZUNG ein Ersatz fiktiver Kosten wie bei der Sachbeschädigung denkbar. Allerdings kann hier der Vermögensschaden nicht in gleicher Weise ermittelt werden. Die körperliche Integrität des Geschädigten stellt keinen Vermögenswert an sich dar.³² Ein Vermögensschaden ergibt sich erst aus einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit, dem Bedarf an medizinischer Behandlung oder Pflege. Der Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten würde damit keine Vermögensdifferenz des Geschädigten ausgleichen. Die körperliche Integrität des Geschädigten ist vielmehr ein immaterieller Wert, dessen Beeinträchtigung im Wege des Schmerzensgeldes nach § 253 BGB ausgeglichen wird. Nimmt der Geschädigte eine zur Heilung der Verletzung geeignete Behandlung nicht in Anspruch, sind die deshalb bestehenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Dabei wäre dann aber ebenfalls zu bedenken, dass für den Geschädigten eventuell eine Obliegenheit nach § 254 Abs. 2 BGB zur Vornahme dieser Behandlung bestand.

Eine Berechnung des Schadensersatzes unter der Annahme, der Geschädigte werde die zumutbaren Maßnahmen zur Schadensminderung ergreifen und somit der Ersatz fiktiver Heilbehandlungskosten, wie er in der schweizerischen Literatur vorgeschlagen und vom BG teilweise vorgenommen wird, ist somit im deutschen Haftpflichtrecht nicht möglich. In Betracht kommt allerdings, im Falle einer Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit diese Überlegungen auf der Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen. Dies wird später bei den Rechtsfolgen erörtert werden.

IV. Die Zumutbarkeit der Schadensminderung

Die Obliegenheit des Geschädigten, für die Geringhaltung des Schadens zu sorgen, wird in den verglichenen Rechtsordnungen durch Erwägungen zur Zumutbarkeit eingeschränkt.³³ Den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen ist dies allerdings nicht zu entnehmen. Zumutbarkeitserwägungen wurden vielmehr durch die Rechtsprechung eingeführt und von der Literatur zustimmend aufgenommen.

31 BGHZ 97, 14, 18ff = NJW 1986, 1538; OLG Köln, VersR 2000, 1021 ff.; *Oetker*, in: Münch-Komm, § 249 BGB, Rn. 358; *Kuckuk*, in: Erman, § 249 BGB, Rn. 46; *Rixecker*, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 4. Kap., Rn. 119; *Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 267.

32 *Huber*, Schadensberechnung, S. 263; *Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, S. 2057, 2060.

33 2. Kap. II. 2.; 3. Kap. II. 2.; 4. Kap. II.

„Zumuten“ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch, etwas von einem anderen verlangen zu können.³⁴ Das „Verlangen“ ist dabei in der Regel bereits kritisch gewürdigt in dem Sinn, dass mit dem Verlangen eine besondere Belastung für den Adressaten verbunden ist. Zumutbarkeit drückt die Grenze zwischen dem berechtigten und dem unberechtigten, zu weit gehenden Verlangen aus.³⁵ Die rechtliche Bedeutung des Kriteriums der Zumutbarkeit liegt in der Lösung von Rechtsfragen, die wegen der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen nicht generell geregelt werden können.³⁶ Aufgrund der Mannigfaltigkeit der zu bewertenden Fälle sind Entscheidungen auch nur begrenzt verallgemeinerungsfähig. Möglich ist lediglich, Rahmenvorgaben herauszuarbeiten, die in jedem Einzelfall beachtenswürdig sind.³⁷

Die oftmals in der Rechtsprechung und Literatur zu findende Formulierung, einem Geschädigten seien alle diejenigen Maßnahmen zumutbar, die ein vernünftiger Mensch ergreifen würde, wenn er keinen Schadensersatz zu erwarten hätte, trägt nichts zu Konkretisierung von Zumutbarkeitskriterien bei.³⁸ Denn es wird verkannt, dass erst der Schädiger den Geschädigten in die Gefahr eines Schadens gebracht hat.³⁹ Da die Zumutbarkeit gerade im Einzelfall, im Verhältnis zum Schädiger, beurteilt werden soll, kann die grundsätzlich bestehende Haftpflicht des Schädigers nicht außer Acht gelassen werden.

Die für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer schadensmindernden Maßnahme heranzuziehenden Kriterien lassen sich in zwei Gruppen unterteilen. Die objektiven Kriterien enthalten solche Vorgaben, die allgemein und losgelöst von den Besonderheiten des Einzelfalles Beachtung verlangen.⁴⁰ Zu den subjektiven Kriterien gehören die Umstände, die gerade aus der Sicht des betroffenen Verletzten gegen die Vornahme der schadensmindernden Maßnahme sprechen.

Die Unzumutbarkeit einer Maßnahme hat zur Folge, dass der Schädiger ihre Vornahme nicht vom Geschädigten verlangen kann. Der Geschädigte ist jedoch frei, sie trotz der Unzumutbarkeit zu ergreifen, wenn sie der Behebung des Schadens dient. Die dafür notwendigen Kosten gehören zum ersatzfähigen Schaden und sind vom Schädiger zu tragen. Zusammengefasst schließt die Unzumutbarkeit einer Maßnah-

34 Weber, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit, Juristenjahrbuch 1962/1963, S. 212, 213.

35 Vgl. zur sprachlichen Bedeutung des Wortes *Herrschel*, Zumutbarkeit anderer Arbeit und Sozialprestige, ArbuR 1968, S. 193, 194 f.; *Landolt*, Zumutbarkeitsprinzip, S. 7 ff.

36 Weber, Staudinger, 1961, § 242 BGB, Rn. B 1.

37 Schiemann, in: Staudinger, § 249 BGB, Rn. 80.

38 So auch die deutliche Aussage in BGH von 23.04.2002, Az. X ZR 29/00.

39 Huber, Schadensberechnung, S. 88.

40 Hartl, Schadensminderungspflicht, ZVR 1967, S. 29, 30; Ossenbühl, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, in: Rüthers (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, S. 315, 325; vgl. auch Scholz, Der Begriff der Zumutbarkeit, S. 93, der die objektive Zumutbarkeit als Summe verallgemeinerungsfähiger subjektiver Kriterien ansieht. Die Unterscheidung in objektive und subjektive Kriterien befürwortete auch schon *Herrschel*, Zumutbarkeit anderer Arbeit und Sozialprestige, ArbuR 1968, S. 193, 196 f., ohne dass sich dies bei der Zumutbarkeitsbeurteilung im Rahmen des § 254 BGB bisher durchgesetzt hat.

me eine diesbezügliche Schadensminderungspflicht aus, nicht jedoch die Ersatzpflicht des Schädigers für die dafür aufgewendeten Kosten.

1. Objektive Kriterien der Zumutbarkeit

a) In den untersuchten Rechtsordnungen anerkannte Kriterien

aa) Obliegenheit zur Heilbehandlung

Die meiste Aufmerksamkeit wurde in den verglichenen Rechtsordnungen der Zumutbarkeit einer Operation geschenkt. Übereinstimmend ist diese nur dann zumutbar, wenn sie sichere Aussicht auf Erfolg bietet, einfach und gefahrlos ist und dem Verletzten keine übermäßigen Schmerzen bereitet.⁴¹ Zur Beurteilung dieser Kriterien muss auf medizinische Prognosen zurückgegriffen werden, wie sicher eine Besserung des Zustandes erwartet werden kann oder in welchem Ausmaß Schmerzen zu erwarten sind. Schwierigkeiten treten dann auf, wenn sich Schädiger und Geschädigter auf unterschiedliche medizinische Standpunkte beziehen, die sich in den für die Zumutbarkeit maßgebenden Punkten unterschieden. Da die Beweislast auch für die Zumutbarkeit beim Schädiger liegt,⁴² ist bei gleichem Beweiswert der Gutachten der Nachweis nicht erbracht.

Innerhalb der anerkannten Kriterien ist jedoch eine Gewichtung erforderlich, die aus der griffigen Formel der Rechtsprechung nicht deutlich wird. Erhebliche Schmerzen, die auch mit Schmerzmitteln nicht vermeidbar sind, oder die Gefahr weiterer Gesundheitsschäden durch die Behandlung schließen die Zumutbarkeit in jedem Fall aus. Dagegen besteht kein Grund, eine nur wahrscheinliche, aber nicht sichere Erfolgsaussicht gegen die Zumutbarkeit einzuwenden, wenn der Eingriff risikolos und weitgehend schmerzfrei ist. Gleches gilt für die Einfachheit des Eingriffs.

Diese für die Zumutbarkeit einer Operation entwickelten objektiven Kriterien gelten auch für andere Heilbehandlungen.⁴³ Hier wird es meist nur auf die zu erwartenen Schmerzen ankommen. Die Gefahr weiterer Gesundheitsschäden ist vor allem bei den Nebenwirkungen einer medikamentösen Therapie zu beachten.

41 2. Kap. II. 2. b) aa); 3. Kap. II. b); 4. Kap. II. 3.

42 BGHZ 61, 346, 651; *Rixecker*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 3. Kap., Rn. 77.

43 2. Kap. II. 2. a) bb); 4. Kap. II. 3.

bb) Obliegenheit zum Berufswechsel und zur Umschulung

Ob und welchen Beruf der Geschädigte ergreifen muss, wenn er seiner bisherigen Tätigkeit verletzungsbedingt nicht mehr nachgehen kann,⁴⁴ ist zunächst von seinen verbliebenen körperlichen Fähigkeiten abhängig. Zumutbar sind nur solche Berufe, die diesen angepasst sind und keine Gefahr einer Verschlechterung des Zustandes in sich bergen. Weiter ist die berufliche und soziale Stellung des Geschädigten vor der Verletzung zu berücksichtigen. Einen deutlichen sozialen Abstieg braucht er im Interesse des Schädigers auch dann nicht hinzunehmen, wenn darin die einzige Möglichkeit der Verwertung der verbliebenen Fähigkeit und Reduzierung des Verdienstausfalls besteht.⁴⁵

Für die Zumutbarkeit der Umschulung ist neben der Zumutbarkeit des angestrebten Berufes zu berücksichtigen, wie sicher ein Erfolg zu erwarten ist. Das bedeutet nicht nur den erfolgreichen Abschluss der Umschulung, sondern auch die Chance der Wiedereingliederung in das Erwerbsleben. Hier ist es ausreichend, dass eine reale Chance auf Wiedereingliederung in das Erwerbsleben besteht. Die Ausbildung in einem Beruf, für den auf dem Arbeitsmarkt nur geringe Chancen auf einen Arbeitsplatz bestehen, ist hingegen nicht zumutbar.

b) Kosten der Schadensminderung

Der OGH hat in seiner Entscheidung, mit der die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit fiktiver Heilbehandlungskosten aufgegeben wurde, darauf hingewiesen, dass die bestehen bleibende Verletzung der körperlichen Integrität beim Schmerzensgeldanspruch berücksichtigt wird.⁴⁶ Handelte es sich um eine zumutbare Heilbehandlung und bestand damit eine diesbezügliche Schadensminderungspflicht, so ist das Schmerzensgeld zu kürzen.⁴⁷ Anlässlich der Entscheidung des OGH wurde überlegt, ob die Kürzung des Schmerzensgeldes gerechtfertigt ist, wenn die Aufwendungen für die Heilbehandlung höher wären, als die Erhöhung des Schmerzensgeldes wegen der andauernden Einschränkungen.⁴⁸

Diese Überlegung lässt sich ganz allgemein auf die Obliegenheit zur Schadensminderung übertragen: Soll diese bestehen, wenn die vom Schädiger zu tragenden Aufwendungen höher sind als der dadurch vermeidbare Schaden? Oder ist die verlangte Schadensminderung dann bereits unzumutbar? Dem Interesse des Schädigers,

44 2. Kap. II. 2. c) aa); 3. Kap. II. 2. c) aa); 4. Kap. II. 4.

45 Die Ausübung einer unzumutbaren Tätigkeit bleibt nach der Rechtsprechung bei der Berechnung des Schadensersatzes für Verdienstausfall unberücksichtigt, BGHZ 55, 329, 332; BGH NJW 1974, 602, 603 mit weiteren Nachweisen.

46 OGH vom 23.10.1997, ZVR 19983, Nr. 32.

47 *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I, Rz. 12/101; *Reischauer*, in: Rummel, § 1304, Rz 39; § 1325 Rz. 18.

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

in möglichst geringem Umfang mit dem Schadensersatzanspruch belastet zu werden, trägt der Geschädigte durch Verzicht auf die gegenüber dem vermeidbaren Schaden teurere Heilbehandlung Rechnung. Ein weitergehendes Interesse des Schädigers an der Durchführung der schadensmindernden Maßnahme ist nicht ersichtlich.

In der österreichischen Literatur wird der fehlende Interessenkonflikt zwischen Schädiger und Geschädigtem anerkannt. Gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf die Heilbehandlung wird eingewendet, dass der Geschädigte dann seine Gesundheit bzw. seine körperliche Integrität gegen Geld eintauschen könnte.⁴⁹ Die Möglichkeit einer derartigen Kommerzialisierung würde bedeuten, dass der Geschädigte grenzenlos über seine körperliche Integrität disponieren könne. Nicht berücksichtigt wird dabei jedoch, dass es für den Geschädigten keine von der Beziehung zum Schädiger losgelöste Pflicht gibt, seine körperliche Integrität zu wahren oder wieder herzustellen. Die Obliegenheit zur Schadensminderung besteht nur im Verhältnis zum Schädiger und berührt sein Selbstbestimmungsrecht: Ihm wurde unfreiwillig eine Verletzung zugefügt, und er ist nun gezwungen, zur Heilung oder zur Kompensation ihrer Folgen Maßnahmen zu ergreifen. Zur Wahrung seiner Interessen wird seine Obliegenheit auf das Zumutbare bestimmt, was sich aus einer Abwägung mit dem nur finanziellen Interesse des Schädigers ergibt. Für den Schädiger besteht kein weitergehendes berechtigtes Interesse daran, dass der Geschädigte um eine Wiederherstellung seiner Gesundheit oder Arbeitsfähigkeit bemüht ist, wenn er dadurch nicht zusätzlich mit Ansprüchen belastet wird. Zur Verdeutlichung kann nochmals die Regulierung von Kfz-Schäden herangezogen werden. Gestützt auf § 251 Abs. 1 S. 1 BGB braucht der Schädiger Reparaturkosten und den merkantilen Minderwert nur bis zu einer Grenze von ca. 130% des Zeitwertes des Kfz vor der Beschädigung zu ersetzen.⁵⁰ Andernfalls kann der Schädiger den Ersatz auf die Höhe der Wiederbeschaffungskosten beschränken, also von der Restitution zur Kompensation übergehen. Umgekehrt kann also der Schädiger nicht verlangen, dass Kfz trotzdem reparieren zu lassen. Sein Interesse, nicht mit übermäßigen Schadensersatzforderungen konfrontiert zu werden, wird neben § 254 Abs. 2 BGB auch durch § 251 Abs. 2 BGB geschützt.

In gleicher Weise sind auch für die Frage der Zumutbarkeit einer schadensmindernden Maßnahme nach einer Körperverletzung die Aufwendungen für die Restitution zu den sonst anfallenden Kompensationsleistungen ins Verhältnis zu setzen. Die Zumutbarkeit entfällt bei Maßnahmen, die den Schädiger letztlich stärker finanziell belasten als die Kompensation der verbleibenden Einbuße.⁵¹ Der Verletzte muss sich also beispielsweise einer Heilbehandlung oder Umschulung nicht unterziehen, deren

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

50 U.a. BGHZ 115, 364, 372; BGH NJW 1992, 1618, 1619.

51 So auch Gehrer, Von der Schadensminderungspflicht, in: Collezione Assissta, S. 156, 168.

Kosten letztlich höher sind als der künftige Verdienstausfall. Dabei werden das Alter und die voraussichtliche Dauer der weiteren Erwerbstätigkeit von Bedeutung sein.⁵²

c) Verschulden und Haftungsgrund des Schädigers

Gelegentlich wurde erwogen, bei der Prüfung der Zumutbarkeit auch zu berücksichtigen, aus welchem Grund der Schädiger haftet.⁵³ Diese Überlegung konnte sich bisher nicht durchsetzen⁵⁴ und wurde auch von der Rechtsprechung bisher nicht erworben⁵⁵ oder abgelehnt. Eine echte Begründung für diese Auffassung wird nicht gegeben. Zumeist wird nur pauschal darauf verwiesen, dass anders als beim mitwirkenden Verschulden des Geschädigten an der Verletzung das Verschulden des Schädigers bei einer Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht zu berücksichtigen sei.⁵⁶ Dabei werden zwei Ebenen vermenkt. Die Zumutbarkeit ist entscheidend dafür, ob eine Obliegenheit zur Schadensminderung überhaupt besteht. Erst wenn dies bejaht wird und der Geschädigte diese verletzt, kommt es zu einer Abwägung der Verursachungsbeiträge und subsidiär des Verschuldens, um das Maß der Reduzierung des Schadensersatzes feststellen zu können.

Das Erfordernis der Zumutbarkeit wurde als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben charakterisiert. Nach diesem Prinzip sind die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten eines Rechtsverhältnisses gegeneinander abzuwagen und bestmöglich zum Ausgleich zu bringen. Das Interesse des Schädigers an einer Geringhaltung seiner Belastung mit Schadensersatzansprüchen ist aber um so weniger schutzwürdig, je größer der mit der Ersatzpflicht verbundene Vorwurf ist. Im Falle der Gefährdungshaftung stützt sich der Vorwurf lediglich auf das erlaubte Betreiben einer potentiell gefährlichen Anlage, deren Risiken auch ohne Verschulden an der Verletzung vom Betreiber der Anlage zu tragen sind. Hat der Schädiger dagegen den Geschädigten bewusst und gewollt verletzt, wird ihm der persönliche Vorwurf des Vorsatzes gemacht. Vorsätzliches Verhalten führt auch in anderen Zusammenhängen zu

52 Diese Kriterium ist bei der Frage der Zumutbarkeit einer Umschulung anerkannt, ohne dass auf den Zusammenhang zwischen Kosten und Nutzen der Schadensminderung eingegangen wird, *Brehm*, in: *Hausheer* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Art. 44 OR, Rn. 51; *Reischauer*, in: *Rummel*, § 1304 ABGB, Rn. 40.

53 *Koziol*, Die Schadensminderungspflicht, *JBL* 1972, S. 225, 228, ohne Begründung.

54 Ablehnend *Brehm*, in: *Hausheer* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Art. 44 OR, Rn. 51; *Oftinger/Stark*, *Haftpflichtrecht I*, S. 291; *Reischauer*, in: *Rummel*, § 1304 ABGB, Rn. 38; *Reichert-Facilides*, Zur Schadensminderungspflicht, *VersRundschau* 1973, S. 129, 131; *Lange/Schiemann*, *Schadensersatzrecht*, § 10 X 1.

55 Das schweizerische BG befürwortete dies nur in einer weit zurückliegenden Entscheidung, BGE 60 II S. 226, 229, als es die Zumutbarkeit eines anderen Berufes im Hinblick auf die grobe Fahrlässigkeit des Schädigers verneinte.

56 *Oftinger/Stark*, *Haftpflichtrecht I*, S. 291; BGH *VersR* 1964, S. 94, 95 verweist lediglich auf den RGRK, 11. Aufl. § 254 BGB, Anm. 77, diese Fundstelle bezieht sich auf die Abwägung des Verschuldens beider Teile bei der Teilung des Schadens als Rechtsfolge der Verletzung der Schadensminderungspflicht.

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 schulhaft 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 verwirken 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;