

Professor Dr. Thomas Riehm
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches
Privatrecht, Zivilverfahrensrecht und
Rechtstheorie



Vorlesung
Gesetzliche Schuldverhältnisse
Sommersemester 2024

Schadensrecht
(§§ 249 ff. BGB)

Inhaltsübersicht*

I.	Grundprinzipien	3
II.	Haftungsausfüllende Kausalität	4
	1. Äquivalenztheorie (Differenzhypothese).....	5
	a) Bestimmung der realen Lage.....	5
	b) Bestimmung der hypothetischen Lage	6
	2. Adäquanztheorie	6
	3. Schutzzweck der Norm (normative Korrekturen der Differenzhypothese).....	6
	4. Einzelfragen	7
	a) Vorteilsausgleichung.....	7
	aa) Kausalität des schädigenden Ereignisses für den Vorteil (Differenzhypothese)	7
	bb) Vereinbarkeit der Anrechnung mit Sinn und Zweck des Schadensersatzes (Fallgruppen)	7
	cc) Durchführung der Vorteilsausgleichung.....	9
	b) Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen.....	9
	c) Drittschadensliquidation	10
	aa) Obligatorische Gefahrentlastung	11
	bb) Obhutsverhältnisse.....	11
	cc) Mittelbare Stellvertretung/Treuhandverhältnisse	12
	dd) Umfang des Schadensersatzes	12
	III. Arten der Ersatzleistung.....	12
	1. Naturalrestitution (§ 249 I, II BGB)	13
	a) Wiederherstellung durch den Schädiger, § 249 I BGB.....	13
	b) Ersatz des erforderlichen Geldbetrages, § 249 II BGB.....	13
	aa) Möglichkeit der Herstellung	14
	bb) Erforderlicher Geldbetrag.....	14
	cc) Dispositionsfreiheit der Geschädigten (Abrechnung auf Gutachtenbasis)	14
	c) Abzug „Neu für Alt“	15
	2. Wertersatz (§ 251 BGB)	16
	a) Voraussetzungen des Wertersatzes	16
	b) Berechnung des Wertes	17
	aa) Sachsubstanzschäden.....	17
	bb) Nichterfüllung vertraglicher Pflichten	17
	cc) Nutzungsausfall	17
	dd) Verdienstausfall.....	19
	ee) Eigene Arbeitsleistung der Geschädigten.....	20
	ff) Vertane Urlaubszeit	21
	gg) Verlust geldwerter Genussmöglichkeiten	21
	3. Entgangener Gewinn (§ 252 BGB)	22
	4. „Kind als Schaden“	22
	5. Schmerzensgeld (§ 253 II BGB)	23
	a) Bestehen eines Schadensersatzanspruches dem Grunde nach	23
	b) Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit.....	23
	c) Bemessung des Schmerzensgeldes	24
	IV. Mitverschulden (§ 254 BGB)	24
	1. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten (§ 254 I BGB)	25
	a) Voraussetzungen der Anrechnung des Mitverschuldens nach § 254 I BGB	25
	aa) Anwendbarkeit des § 254 BGB	25
	bb) Sorgfaltsvorstoß der Geschädigten	25
	cc) Kausalität	25
	dd) „Verschulden“	25
	ee) Rechtsfolgen des mitwirkenden Verschuldens	26
	b) Zurechnung des Mitverschuldens Dritter (§§ 254 II 2, 278 BGB)	27
	c) Mitverschulden bei Mehrheiten von Schädigern	27
	aa) Mittäterschaft, Teilnahme	28
	bb) Nebentäterschaft	28
	cc) Haftungs- oder Zurechnungseinheit.....	29
	dd) Haftung von Alternativtätern (§ 830 I 2 BGB)	30

* Gekürzte Fassung aus *Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV – Delikts- und Schadensrecht*, 3. Aufl. 2022.

2.	Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II 1 BGB).....	30
V.	Besonderheiten des deliktischen Schadensersatzanspruches (§§ 842 ff. BGB)	31
1.	Ansprüche des Verletzten bei Personenschäden (§§ 842 f. BGB)	31
2.	Ansprüche bei Tötung Dritter (§ 844 BGB)	33
3.	Hinterbliebenengeld (§ 844 III BGB)	33
4.	Ansprüche Dritter wegen entgangener gesetzlich geschuldeter Dienste (§ 845 BGB)	34
5.	Ansprüche wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache (§§ 848 ff. BGB)	34
6.	Verjährung des Schadensersatzanspruches und Bereicherungsanspruch (§ 852 BGB)	35
a)	Verjährung des Schadensersatzanspruches (§§ 195, 199 BGB)	35
b)	Bereicherungsanspruch nach Verjährung (§ 852 BGB).....	35

Die §§ 249 ff. BGB regeln den **Inhalt zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche**. Sie gelten nicht nur für alle Schadensersatzansprüche des BGB, sowohl auf vertraglicher als auch auf gesetzlicher Grundlage, sondern auch im Rahmen der zivilrechtlichen Nebengesetze (z.B. StVG, ProdHaftG, AMG, ...). Allerdings bestehen teilweise Modifikationen bzw. Erweiterungen des allgemeinen Schadensersatzrechts, etwa durch die §§ 840 ff. BGB für deliktische Schadensersatzansprüche aus den §§ 823 ff. BGB oder durch die §§ 9 ff. StVG, 5 ff. ProdHaftG für die Anspruchsgrundlagen aus den jeweiligen Nebengesetzen. 1

Für den haftungsausfüllenden Tatbestand empfiehlt sich folgendes **Prüfungsschema**:

1. Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens
 - a) Haftungsausfüllende Kausalität (Differenzhypothese)
 - b) Schutzzweck der Norm (normative Korrekturen der Differenzhypothese)
2. Art der Ersatzleistung: Naturalrestitution oder Wertersatz
3. Kürzung wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB)

I. Grundprinzipien

Das Schadensrecht des BGB ist von einigen Grundprinzipien geprägt, die sich aus einer Zusammenschau der §§ 249 ff. BGB ergeben:¹ 2

- Aus § 249 I BGB folgt zunächst der **Grundsatz der Totalreparation**, d.h. der Schadensersatz umfasst *alle* Folgen, die durch die Pflichtverletzung verursacht wurden, nicht nur „unmittelbare“ oder „vorhersehbare“ Schäden. Die Geschädigte ist in jeder Hinsicht so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten (so dass z.B. auch der entgangene Gewinn nach § 252 BGB ersatzfähig ist). Dabei muss sich auch ein etwa erforderliches **Verschulden** des Schädigers nur auf die Pflichtverletzung (Haftungsbegründung), nicht auf die einzelnen Schadensposten beziehen. 3
- Ebenfalls aus § 249 I BGB, aber genau gegenläufig zum Grundsatz der Totalreparation, folgt das **schadensrechtliche Bereicherungsverbot**, das verhindern soll, dass der Geschädigte aus dem Schadensfall Vorteile zieht. Der Schadensersatz soll m.a.W. nur die tatsächlichen Einbußen der Geschädigten ausgleichen, sie aber nicht besser stellen, als sie ohne das schädigende Ereignis stünde. 4
- Den §§ 249 II 1, 251 II 1, 254 II 1 BGB lässt sich ferner das sog. **Wirtschaftlichkeitspostulat** entnehmen, wonach unter verschiedenen (gleichwertigen) Ersatzmöglichkeiten 5

¹ S. auch Spancken/Schneidenbach, JuS 2012, 298 (299).

grundsätzlich die wirtschaftlichste zu wählen ist.² Der Schädiger schuldet keinen Ersatz für Aufwendungen, die außer Verhältnis zum entsprechenden Nutzen für die Geschädigte stehen.

- 6 • Aus den §§ 249-251 BGB folgt schließlich auch der **Vorrang der Naturalrestitution**, d.h. der Schaden ist so weit wie möglich (und wirtschaftlich) *in Natur* zu beheben, und nur nachrangig durch Wertersatz in Geld.³
- 7 • Zu beachten ist schließlich auch das **Dogma vom Gläubigerinteresse**, wonach die Gläubigerin des Schadensersatzanspruches (d.h. die Geschädigte) grundsätzlich nur ihren eigenen Schaden liquidieren kann.⁴ Schäden Dritter sind nur in Ausnahmefällen (z.B. Drittschadensliquidation oder §§ 844 f. BGB) ersatzfähig. Dieses Dogma ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der §§ 249 ff. BGB, ist aber die konsequente Fortführung der Beschränkung des Rechtsgüterschutzes in § 823 I BGB, da nur so sichergestellt werden kann, dass primäre Vermögensschäden Dritter (nur um diese geht es, denn bei einer eigenen Rechtsgutsverletzung stünde dem Dritten auch ein eigener Deliktsanspruch zu) auch nicht „übers Eck“ ersatzfähig sind.

II. Haftungsausfüllende Kausalität

- 8 Gem. § 249 I BGB ist die Geschädigte so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis (d.h. die Rechtsgutsverletzung, die Verletzung eines Schutzgesetzes, die Pflichtverletzung o.ä.) nicht eingetreten. Dieses Ziel des Schadensersatzes impliziert eine Kausalitätsbetrachtung: Es ist zu fragen, welche Veränderungen auf Seiten der Geschädigten **durch das haftungsbegründende Ereignis hervorgerufen** worden sind. Dabei hat der Schädiger nicht lediglich den *status quo ante* herzustellen, d.h. den Zustand *vor* dem schädigenden Ereignis, sondern die Geschädigte in den Zustand zu versetzen, in dem sie *heute* ohne das schädigende Ereignis stände. Es ist also die gesamte hypothetische Weiterentwicklung auf Seiten der Geschädigten seit dem schädigenden Ereignis mit zu berücksichtigen.⁵
- 9 Diese **haftungsausfüllende Kausalität** wird – wie die haftungsbegründende Kausalität, z.B. im Rahmen von § 823 I BGB⁶ – in drei Stufen ermittelt:
 - Zunächst ist nach der **Äquivalenztheorie** zu untersuchen, für welche Veränderungen an den materiellen und immateriellen Gütern der Geschädigten das haftungsbegründende Ereignis *conditio sine qua non* war. Dies erfolgt mit Hilfe der sog. **Differenzhypothese**.
 - Danach ist eine erste Eingrenzung der berücksichtigungsfähigen Folgen anhand der **Adäquanztheorie** vorzunehmen, d.h. es sind die (äußerst seltenen) Fälle auszuschließen, in denen die Folgen der Pflichtverletzung außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, also auch für einen objektiven, mit allen Umständen vertrauten Beobachter nicht vorhersehbar waren.
 - Abschließend sind die so gewonnenen Ergebnisse ggf. anhand des Schutzzwecks der Norm **normativ zu korrigieren**. Diese Korrekturen können sowohl die „reale Lage“ als auch die „hypothetische Lage“ im Sinne der Differenzhypothese betreffen.

10

² Vgl. etwa Armbrüster, JuS 2007, 408 ff.

³ Vgl. näher unten Rn. 36 ff.

⁴ Vgl. Neuner, JZ 1999, 126 (127); Brand, Schadensersatzrecht, § 4 Rn. 1; zu dessen Durchbrechungen auch Diederichsen NJW 2013, 641 ff.

⁵ Allg. M., vgl. nur MünchKomm/Oetker, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 324.

⁶ Vgl. dazu eingehend Übersicht Deliktsrecht, Rn. 84 ff.

Der **Unterschied zur haftungsbegründenden Kausalität** (bei § 823 I BGB) besteht darin, dass diese die Kausalität zwischen einer Handlung des Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutsverletzung betrifft, während die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Rechtsgutsverletzung und den einzelnen Schadensposten bestehen muss. Nur auf den ersten Kausalzusammenhang muss sich ein etwaiges Verschulden des Schädigers beziehen, und nur insoweit gelten die Beschränkungen des § 823 I BGB auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter. Die Vermögensfolgeschäden einer Rechtsgutsverletzung i.S.v. § 823 I BGB sind selbstverständlich ersatzfähig, auch wenn es sich um Vermögensschäden handelt; weil sie die Folge einer Rechtsgutsverletzung i.S.v. § 823 I BGB sind, sind es gerade keine *reinen* (oder *primären*) Vermögensschäden, deren Ersatz vom BGB-Gesetzgeber ausgeschlossen werden sollte.⁷

1. Äquivalenztheorie (Differenzhypothese)

Die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie wird mit Hilfe der sog. Differenzhypothese bestimmt. Diese besteht aus einem Vergleich der realen Lage der Geschädigten mit der hypothetischen Lage, in der sie sich ohne das schädigende Ereignis befinden würde. 11

a) Bestimmung der realen Lage

Die reale Lage i.S.d. Differenzhypothese ist der aktuelle Bestand der Geschädigten an materiellen und immateriellen Gütern. Es ist also für materielle Güter eine Ermittlung der aktuellen Vermögenslage nötig; auch bei immateriellen Gütern (z.B. Ehre, aber auch Genuss eines Konzerts o.ä.) ist insoweit eine „Bestandsaufnahme“ erforderlich. In diesem Stadium der Prüfung ist **keine Bewertung in Geld erforderlich**, denn der Schadensersatz muss auch seinerseits nicht zwingend in Geld erfolgen; die Naturalrestitution i.S.v. § 249 BGB kann durchaus in der Vornahme einer tatsächlichen Handlung (z.B. Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung) oder eines Rechtsgeschäfts bestehen, nicht nur in einer Geldzahlung.⁸ Die Differenzhypothese ist daher eine noch rein natürliche Betrachtung, die erst in den weiteren Prüfungsschritten einer normativen Bewertung und ggfs. Korrektur unterzogen wird. 12

Der relevante **Zeitpunkt** für die Berechnung ist der Zeitpunkt der **letzten mündlichen Verhandlung**.⁹ Die reale Lage ist zwar zunächst diejenige, die im Zeitpunkt des Schadenseintritts (d.h. eine logische Sekunde danach) bestand, denn hier entsteht der Schadensersatzanspruch. Er umfasst jedoch auch alle späteren Folgeschäden, die aufgrund des haftungsbegründenden Ereignisses adäquat kausal entstanden sind, so dass die reale Lage bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu verfolgen ist. Treten danach weitere Schadensposten ein, so können diese – in den Grenzen der Verjährung, §§ 195, 199 BGB¹⁰ – in einem neuen Verfahren geltend gemacht werden; die Rechtskraft der Erstentscheidung steht nicht entgegen.¹¹

Auch **Vorteile**, die die Geschädigte aufgrund des Schadensereignisses erlangt hat (Ersatzverkauf, Rente, Unterhaltsleistungen, Entgeltfortzahlung, Erbschaft, ...), sind in die Differenzhypothese

⁷ Vgl. dazu Übersicht Deliktsrecht, Rn. 4.

⁸ Vgl. dazu näher unten Rn. 38 ff.

⁹ Vgl. BGH NJW 2020, 1795: Nachträgliche Steigerung von Reparaturkosten; BGH NJW-RR 1997, 402: Nachträgliche Wertsteigerung eines Bauwerks.

¹⁰ Vgl. dazu Grigoleit/Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2021, Systematische Darstellung Verjährungsrecht (Rn. 674 ff.).

¹¹ Vgl. BGHZ 135, 178 (181) = NJW 1997, 1990; BGH NJW 1997, 3019; Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, § 155 Rn. 14 ff.; s. zum Ganzen Brötel JuS 2003, 429 (433).

einzustellen. Erst im Rahmen der normativen Betrachtung (Schutzzweck der Norm) sind die differenzierten Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu beachten.¹²

b) Bestimmung der hypothetischen Lage

- 13** Bei der Ermittlung der hypothetischen Lage ist zu fragen, wie der Bestand der Geschädigten an materiellen und immateriellen Gütern jetzt wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Es ist also das schädigende Ereignis hinwegzudenken und der weitere Gang der Ereignisse bis zum relevanten Zeitpunkt (der letzten mündlichen Verhandlung) hypothetisch weiterzudenken. Diese Formulierung zeigt, dass die Differenzhypothese identisch ist mit der Kausalitätsbetrachtung nach der **Äquivalenztheorie**. Denn es werden der Sache nach genau diejenigen Veränderungen an den materiellen und immateriellen Gütern der Geschädigten berücksichtigt, für welche das schädigende Ereignis *conditio sine qua non* war.

Der **Grundsatz der Totalreparation** bedeutet in diesem Zusammenhang, dass keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der zu berücksichtigenden Folgen des schädigenden Ereignisses vorzunehmen sind. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob der Schädiger die entsprechenden Schadensfolgen vorhersehen konnte oder gar verschuldet hat. Es existiert auch keine Beschränkung auf *unfreiwillige* Opfer; auch Vermögensopfer, die der Geschädigte freiwillig erbracht hat (z.B. die Bezahlung der Werkstattrechnung nach der Reparatur eines beschädigten Autos), sind grundsätzlich ersatzfähige Schadensposten, solange er sie nur ohne das schädigende Ereignis nicht erbracht hätte. Nur in Ausnahmefällen sind insoweit unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm Einschränkungen angebracht.

Die Differenzhypothese darf ferner auch nicht dahingehend missverstanden werden, dass nur *Einbußen* am Bestand an materiellen und immateriellen Gütern (im Sinne eines erlittenen Verlustes) berücksichtigungsfähig wären. Vielmehr ergibt sich aus § 252 BGB unzweifelhaft, dass die hypothetische Lage auch einen etwaigen **Gewinn** umfasst, den der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis hätte erzielen können.¹³

2. Adäquanztheorie

- 14** Die nach der Differenzhypothese ermittelten Schadensposten werden nach h.M. anhand der Adäquanztheorie einer ersten Einschränkung unterzogen.¹⁴ Danach sind solche Schäden, die für einen objektiven Beobachter unvorhersehbar waren, nicht ersatzfähig. Das betrifft völlig unwahrscheinliche Schadensfälle wie z.B. einen Schlaganfall bei der hitzigen Diskussion nach einem Verkehrsunfall oder eine Hirnblutung nach einer geringfügigen Ehrverletzung.¹⁵ Besondere **Schadensanlagen** (z.B. dass die Verletzte die Bluterkrankheit hat) führen jedoch nicht zur Verneinung des Adäquanzzusammenhangs: Diese sind für eine objektiv informierte (allwissende) Beobachterin erkennbar und vorhersehbar.¹⁶

3. Schutzzweck der Norm (normative Korrekturen der Differenzhypothese)

- 15** Die Differenzhypothese im Sinne einer Untersuchung der Kausalität nach der Äquivalenz- und ggfs. Adäquanztheorie führt zu einer wertungsfreien, rein naturwissenschaftlichen Betrachtung der Vermögensentwicklung der Geschädigten, wie sie infolge des schädigenden Ereignisses eingetreten ist. Dieses Ergebnis bedarf in einigen Fällen der **Korrektur anhand normativer**

¹² S. unten Rn. 17 ff.

¹³ Vgl. dazu Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

¹⁴ Vgl. zur Adäquanztheorie und zu der an ihr geübten Kritik näher Übersicht Deliktsrecht, Rn. 92 ff.

¹⁵ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, 83. Auflage 2024, Vor § 249 Rn. 26 f.

¹⁶ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 99; s. auch § 254 II 1 Alt. 1 BGB.

Maßstäbe, d.h. anhand der Wertungen des Schadensersatzrechts und anhand des Schutzzwecks der verletzten Norm, die gelegentlich den Kreis der ersatzfähigen Schadensposten einschränken.¹⁷

Die **Prüfungsprogramme** im Rahmen des „Schutzzwecks der Norm“ sind dabei für die haftungsbegründende und die haftungsausfüllende Kausalität **nicht identisch**. Während bei der haftungsbegründenden Kausalität im Rahmen des § 823 I BGB nach der Verletzung einer Verkehrspflicht (und damit nach spezifisch deliktsrechtlichen Kriterien) gefragt wird, geht es im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität um die allgemeinen Wertungen der §§ 249 ff. BGB und damit in erster Linie um die soeben dargestellten Grundprinzipien des Schadensrechts.¹⁸ Im Einzelnen bestehen hier zahlreiche typische Fragestellungen, auf die im Folgenden näher einzugehen ist.

4. Einzelfragen

Hinsichtlich der allgemeinen Kausalitätsprobleme kann zunächst auf die **Ausführungen zur haftungsbegründenden Kausalität** verwiesen werden.¹⁹ Die dort behandelten Fragen der kumulativen Kausalität, der Beachtlichkeit von Reserveursachen (hypothetische Kausalität) oder der Herausforderungsproblematik können sich im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität in gleicher Weise stellen und werden ebenso behandelt. Einige Kausalitätsfragen – regelmäßig Fragen der **normativen Korrektur der Differenzhypothese** – stellen sich allerdings nur im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität und werden daher im Folgenden gesondert behandelt.

a) Vorteilsausgleichung

Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung betreffen die Frage, inwieweit **Vorteile, die der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses erlangt** hat, bei der Schadensermittlung zu seinen Ungunsten zu berücksichtigen sind.²⁰ Die konsequente Anwendung der Differenzhypothese spricht dabei ebenso wie das schadensrechtliche Bereicherungsverbot für die Anrechnung derartiger Vorteile, da diese die reale Lage zu Gunsten der Geschädigten verändert haben. Im BGB werden erlangte Vorteile allerdings unterschiedlich behandelt: Einige Vorschriften bestimmen ihre Anrechnung zu Lasten der Geschädigten (z.B. §§ 326 II 2, 642 II BGB), andere schließen sie ausdrücklich aus (§§ 843 IV, 844 II, 845 BGB). Ausgehend von dieser vorgefundenen Differenzierung sind auch die ungeregelten Fälle erlangter Vorteile anhand des Zwecks des Schadensersatzes differenzierend zu behandeln.

aa) Kausalität des schädigenden Ereignisses für den Vorteil (Differenzhypothese)

Schon nach der Differenzhypothese ist Voraussetzung jeder Anrechnung von Vorteilen, dass das schädigende Ereignis zugleich auch das vorteilstiftende Ereignis gewesen ist, d.h. der Vorteil muss jedenfalls nach der **Äquivalenztheorie kausal** durch das schadensstiftende Ereignis bedingt sein. Nach der überwiegenden Auffassung kommt es dagegen nicht auf die Adäquanztheorie an, da es nach den Wertungen des Schadensrechts nicht darauf ankommen dürfe, ob der Schädiger einen Vorteil vorhersehen konnte oder nicht: Die Adäquanztheorie soll den Schädiger nur ent-, nicht belasten.²¹

bb) Vereinbarkeit der Anrechnung mit Sinn und Zweck des Schadensersatzes (Fallgruppen)

19

¹⁷ Zum normativen Schadensbegriff vgl. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 24 Rn. 12 ff.

¹⁸ Vgl. soeben Rn. 2 ff.

¹⁹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 98 ff.

²⁰ Vgl. dazu *Brand*, Schadensersatzrecht, § 8 Rn. 9 ff.; *Armbrüster JuS* 2007, 411 (416 ff.) .

²¹ Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Auflage 2023, Rn. 855.

Die Anrechnung darf ferner dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes nicht widersprechen, d.h. sie muss **der Geschädigten zumutbar** sein und darf den **Schädiger nicht unbillig entlasten**; andererseits ist auch das schadensrechtliche **Bereicherungsverbot** zu berücksichtigen, das verhindern soll, dass die Geschädigte aus dem Schadensfall einen Gewinn zieht. Entscheidend ist daher jeweils der Schutzzweck der vorteilsgewährenden Norm bzw. die Zweckbestimmung des Vorteilsgebers.

Zu unterscheiden sind folgende **Fallgruppen**:

- 20 • Vorteile, die **ohne Zutun Dritter oder der Geschädigten** eintreten (z.B. Erbschaft bei Tötung): Diese sind nicht anzurechnen, soweit die Geschädigte diese ohnehin – wenn auch später (sonst fehlt es schon an der Kausalität) – erhalten hätte. Insoweit besteht eine wertungsmäßige Parallele zum rechtmäßigen Alternativverhalten.²² Anzurechnen ist aber der sog. „Verfrühungsvorteil“, d.h. der Vorteil, den die Geschädigte infolge des *früheren* Eintritts des Erbfalles o.ä. erlangt hat.
- 21 • **Eigene Leistungen** der Geschädigten sind an der Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II BGB zu messen: Bleiben ihre Leistungen im Rahmen ihrer Schadensminderungsobliegenheit, so sind die erzielten Vorteile auch anzurechnen.²³ Unternimmt die Geschädigte aber überobligationsmäßige Anstrengungen, so sollen diese dem Schädiger nicht zugutekommen, d.h. eine Anrechnung der dadurch erzielten Vorteile unterbleibt.
- 22 • **Ersparte Aufwendungen** der Geschädigten sind nach dem Gedanken des § 642 II BGB grundsätzlich anzurechnen.
- 23 • Bei Vorteilen **aus Leistungen Dritter** anlässlich des schädigenden Ereignisses ist weiter zu unterscheiden:
 - **Unterhaltsleistungen** Dritter reduzieren nach dem Gedanken des § 843 IV BGB die Schadensersatzverpflichtung nicht.
 - Leistungen eines **Legalzessionars**, auf den infolge seiner Leistung der Anspruch des Geschädigten übergeht (vgl. etwa §§ 6 I EFZG, 116 SGB X, 86 I VVG, 87a BBG), reduzieren die Ersatzpflicht ebenfalls nicht, da die Legalzession den Fortbestand des Ersatzanspruches in Höhe der Leistung des Dritten gerade voraussetzt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Anspruch in der Höhe seiner Leistung nunmehr dem Zessionar zusteht, dem Kläger also die Aktivlegitimation fehlt; denkbar ist allerdings eine gewillkürte Prozessstandschaft.
 - Leistungen einer **privaten Versicherung** beruhen in der Regel auf den Versicherungsbeiträgen der Geschädigten. Sofern nicht ohnehin schon ein Fall der Legalzession nach § 86 VVG vorliegt, ist die Anrechnung jedenfalls ausgeschlossen, damit die Geschädigte den Schaden auch nicht mittelbar über ihre Versicherungsbeiträge tragen muss.²⁴
 - Bei **freiwilligen Drittleistungen** entscheidet die Zwecksetzung des Dritten: Soll die Leistung nach dem Willen des Dritten auch dem Schädiger zugutekommen (z.B. bei Vorschusszahlungen der Haftpflichtversicherung des Schädigers), so liegt eine Drittleistung nach § 267 BGB vor, die den Schadensersatzanspruch gem. § 362 BGB tilgt (der Dritte hat dann evtl. Regressansprüche gegen den Schädiger). Sollte die Leistung nur der Geschädigten

²² Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 110 ff.

²³ Vgl. den „Fahrlehrer-Fall“ BGHZ 55, 329 = Jus 1971, 484.

²⁴ Vgl. auch Armbrüster, NJW 2009, 191.

zugutekommen (zu vermuten etwa bei Unterstützungsleistungen von Angehörigen der Geschädigten), unterbleibt die Anrechnung.²⁵

- Wird eine beschädigte gebrauchte Sache durch eine neue Sache ersetzt (z. B. weil eine Reparatur oder der Erwerb einer gebrauchten Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist) oder werden im Rahmen einer Reparatur neue Ersatzteile an Stelle beschädigter gebrauchter eingebaut, muss sich der Geschädigte den erzielten **Wertvorteil anrechnen lassen (sog. Abzug neu für alt)**, weil kein wertender Grund für die damit verbundene Bereicherung vorhanden ist.²⁶

cc) Durchführung der Vorteilsausgleichung

Die Vorteilsausgleichung wird nur **punktuell** durchgeführt, d.h. die Anrechnung erfolgt nicht am Ende der Schadensersatzrechnung durch eine Gegenüberstellung aller Einbußen und Vorteile, sondern isoliert bei den einzelnen Schadensposten. Eine Anrechnung ist nur bei demjenigen Schadensposten möglich, dem der Vorteil seiner Art nach entspricht, bzw. mit dem der Vorteil **kongruent** ist, gewissermaßen eine „Rechnungseinheit“ darstellt. So sind etwa die ersparten Aufwendungen für Fahrten zur Arbeitsstätte nur auf den unfallbedingten Verdienstausfall anzurechnen, nicht auf andere Schadensposten wie etwa Heilungskosten; Steuervorteile, die der Geschädigte infolge einer betrügerischen Kapitalanlage tatsächlich erlangt hat, sind nur auf die betrugsbedingt ausgefallenen Kapitalerträge anzurechnen.²⁷

Bei **Gleichartigkeit** von Vorteil und Schaden erfolgt die Ausgleichung durch Anrechnung des Vorteils auf den Schaden. Bei **Verschiedenartigkeit** hat der Geschädigte den Vorteil (nach § 242 BGB) Zug um Zug gegen die Schadensersatzleistung herauszugeben.²⁸ Ein eigenständig durchsetzbarer Gegenanspruch des Schädigers ist damit allerdings nicht verbunden.²⁹

b) Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen

Sehr str. ist die Frage, ob der Geschädigte auch Vorsorgeaufwendungen (Vorhaltekosten) von der Schädigerin verlangen kann.³⁰ Hierunter versteht man solche Kosten, die der Geschädigte **bereits vor Eintritt des schädigenden Ereignisses aufgewendet** hat, um sich vor dem (später doch eingetretenen) Schaden zu schützen. Klassische Beispiele sind die Kosten für Überwachungspersonal und -ausrüstung bei Ladendiebstahl,³¹ für die Bereithaltung von Reservefahrzeugen bei öffentlichen Verkehrsbetrieben³² und für den Einsatz von Kontrollpersonal bei der GEMA.³³ Die Ersatzfähigkeit solcher Aufwendungen ist vor allem deshalb problematisch, weil sie nicht im Zusammenhang mit dem konkreten schädigenden Ereignis getätigten wurden. Sie wären in gleicher Weise entstanden, wenn der Schadensfall nicht eingetreten wäre, so dass die **haftungsausfüllende Kausalität zu verneinen** ist. Aus diesem Grund lehnt die wohl überwiegende Lehre eine Ersatzfähigkeit grundsätzlich ab.³⁴

25

²⁵ S. auch BGH MDR 2017, 336.

²⁶ S. etwa BGHZ 30, 29; BGH NJW 2004, 2526; Grüneberg/Grüneberg, BGB Vor § 249 Rn. 97. Näher unten Rn. 47.

²⁷ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, Vor § 249, Rn. 93, 95; s. als weitere Beispiele BGHZ 136, 52 = NJW 1997, 2378; BGH NJW-RR 2004, 79.

²⁸ Vgl. BGHZ 27, 241 (247).

²⁹ Instruktiv und lesenswert BGH, Urt. v. 25.7.2022 – Vla 485/21, Rn. 17 ff.

³⁰ Vgl. dazu Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 6: Big Brother.

³¹ Vgl. BGHZ 75, 230.

³² Vgl. BGHZ 32, 280; OLG Koblenz NJW-RR 2015, 85.

³³ Vgl. BGHZ 17, 376.

³⁴ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 199 ff.; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 VIII 4.

26

Für die Ersatzfähigkeit kann allerdings angeführt werden, dass der Geschädigte ohnehin der **Schadensminderungsobliegenheit** des § 254 II 1 a.E. BGB unterliegt und dieser durch die Vorsorgemaßnahmen gewissermaßen im Voraus nachgekommen ist. Soweit die Vorsorgemaßnahmen tatsächlich zu einer Minderung des Schadens geführt haben, gibt es keinen Grund, die Schädigerin hiervon – letztlich auf Kosten des Geschädigten – profitieren zu lassen. Der *BGH* hat mit dieser Argumentation eine anteilige Ersatzpflicht bei den Kosten für die Bereitstellung eines Reservewagens bejaht,³⁵ wohingegen die Überwachungskosten im Kaufhaus nicht zu einer Minderung des späteren Schadens (durch einen Diebstahl) führen und daher auch nicht ersatzfähig sind.³⁶

c) Drittschadensliquidation

27 Grundsätzlich kann ein Ersatzberechtigter vom Schadensersatzschuldner immer nur den Ersatz seines eigenen Schadens verlangen (**Dogma vom Gläubigerinteresse**³⁷). Jedoch existieren Fälle, bei denen der Schaden nur zufällig nicht beim Ersatzberechtigten, sondern bei einem Dritten eingetreten ist, und diese zufällige Verlagerung des Schadens den Schädiger nicht entlasten soll. Für solche Fälle der **zufälligen Schadensverlagerung** ist das Institut der Drittschadensliquidation anerkannt: Der Ersatzberechtigte kann auf Grund seines Anspruches den fremden Schaden ersetzt verlangen; er ist dann allerdings dem eigentlich Geschädigten (z.B. aus § 285 BGB) zur **Abtretung** dieses Anspruches verpflichtet.

28 Die Drittschadensliquidation ist in folgenden **Fallgruppen** anerkannt:

- Obligatorische Gefahrentlastung
- Obhutsverhältnisse
- Mittelbare Stellvertretung/Treuhandverhältnisse

29 **Charakteristisch** für die anerkannten Fallgruppen ist jeweils, dass ein aus Sicht der Schädigerin unvorhersehbarer Umstand allein auf Grund dogmatischer Argumente zufällig ihre Haftung ausschließt: Sie muss eigentlich mit einer Haftung rechnen und würde ohne sachliche Rechtfertigung von einem Umstand profitieren, der mit dem Haftungsgrund nichts zu tun hat. Daraus ergibt sich auch die Abgrenzung des Instituts der Drittschadensliquidation vom **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte**: Während die Drittschadensliquidation lediglich eine zufällige Entlastung der Schädigerin durch die Verlagerung des Schadens auf einen Dritten verhindern soll und insofern für die Schädigerin **keine zusätzliche Belastung** mit sich bringt, erweitert der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte den Kreis derjenigen Personen, gegenüber denen die Schädigerin nach vertraglichen (und nicht nur nach deliktischen) Grundsätzen haftet, und führt so zu einer **zusätzlichen Belastung der Schädigerin**.³⁸

Über die anerkannten Fallgruppen hinaus ist die h.M. äußerst zurückhaltend gegenüber der Zulassung einer Drittschadensliquidation.³⁹ Denn außerhalb dieser Fallgruppen würde die Liquidation eines Drittschadens praktisch immer zu einer zusätzlichen Belastung der Schädigerin führen, die von diesem Rechtsinstitut gerade nicht gedeckt ist.

³⁵ Vgl. BGHZ 32, 280; BGHZ 70, 199.

³⁶ Vgl. BGHZ 75, 230 (237); s. zum Problem sowie zur Ersatzfähigkeit ausgesetzter Fangprämien *Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 6: Big Brother*.

³⁷ Vgl. oben Rn. 7.

³⁸ Vgl. zum Ganzen eingehend *Neuner*, JZ 1999, 126 ff.

³⁹ Vgl. auch *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (611); s. aber auch *BGH NJW* 2016, 1089 = JuS 2016, 462 zur Anwendung der Drittschadensliquidation bei vertraglicher Abwälzung des Schadens auf einen Dritten.

aa) Obligatorische Gefahrentlastung

In dieser Fallgruppe hat die Eigentümerin einer untergegangenen Sache wegen einer schuldrechtlichen **Gefahrtragungsregel** (z.B. § 447 BGB oder § 326 II BGB, wohl auch § 346 III 1 Nr. 3 BGB) wirtschaftlich keinen Schaden, da die Gegenleistungsgefahr bereits auf den Gläubiger übergegangen ist, ohne dass dieser aber auch Eigentümer (und damit Ersatzberechtigter nach § 823 I BGB) geworden wäre.

30

Beispiel: Verkäuferin V versendet die verkauftete Ware auf Verlangen des (unternehmerischen) Käufers K an diesen. Auf dem Transportweg beschädigt die Spediteurin S schuldhaft die Ware. Zu diesem Zeitpunkt war K weder Besitzer noch Eigentümer der Ware, er hat also keinen Anspruch aus § 823 I BGB. V war zwar noch Eigentümerin (und hat daher einen Anspruch aus § 823 I BGB), sie hat aber keinen Schaden, weil sie wegen § 447 I BGB von K trotz der Beschädigung den vollen Kaufpreis verlangen kann und somit wirtschaftlich betrachtet keine Einbuße erleidet.

In diesen Fällen gewährt die noch h.M. der Eigentümerin die Möglichkeit, den Schaden des Dritten vom Schädiger ersetzt zu verlangen. Eine neuere Ansicht⁴⁰ kommt dagegen nach dem **objektiven Schadensbegriff** zu einem **eigenen Schaden der Eigentümerin**: Ihre Sache sei objektiv untergegangen; dass sie wirtschaftlich letztlich nicht geschädigt sei, weil sie den Kaufpreis dennoch verlangen kann und auf die Sache ohnehin verzichten wollte, spiele im Zusammenhang mit dem Schaden keine Rolle. Schließlich entfiele ein Schaden auch nicht allein deshalb, weil die Eigentümerin einer Sache diese ohnehin in den nächsten Tagen auf den Müll werfen wollte. Die Berücksichtigung der Gefahrentlastung ist in Wahrheit eine Frage der **Vorteilsausgleichung**, die hier versagt wird, weil die Gefahrentlastung nach § 447 I BGB nicht den Zweck verfolgt, dritte Schädiger zu entlasten.⁴¹ Danach ist in diesen Fällen ein **eigener Schaden des Eigentümers** zu bejahen, so dass die Konstruktion der Drittschadensliquidation nicht erforderlich ist.⁴²

31

bb) Obhutsverhältnisse

Wer als berechtigter Besitzer über die Sache einer Dritten einen Vertrag schließt, der zur Obhut über die Sache verpflichtet (z.B. Verwahrung oder Werkvertrag), kann nach h.M. im Falle der Beschädigung der Sache den Schaden der Dritteigentümerin der Sache liquidieren.⁴³

32

Beispiel: Der Mieter M eines Mietwagens stellt diesen während eines Opernbesuches auf einem bewachten Parkplatz ab (Verwahrungsvertrag, §§ 688 ff. BGB⁴⁴). Unter ungeklärten Umständen wird das Auto vom Parkplatz gestohlen. Hier steht der Kfz-Eigentümerin gegen das Bewachungsunternehmen ein eigener Anspruch allenfalls aus § 831 I BGB zu (Verkehrspflicht aufgrund Übernahme), für das sie ein Verschulden des Wachpersonals beweisen muss, und bei dem die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises nach § 831 I 2 BGB besteht. M hat dagegen einen vertraglichen Anspruch aus § 280 I BGB gegen das Bewachungsunternehmen, für den § 278 BGB und die Verschuldensvermutung nach § 280 I 2 BGB gelten.

⁴⁰ Vgl. Larenz Schuldrecht I, § 27 IV b 1, S. 463 f.; Medicus/Lorenz Schuldrecht I, 22. Auflage 2021, Rn. 700.

⁴¹ Vgl. ebenso i.E. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 299 ff.

⁴² Ausführlich hierzu Schlüter, ZfPW 2024, 44 ff.

⁴³ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, Vor § 249 Rn. 109; MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 305; Armbrüster, JuS 2007, 605 (609 f.).

⁴⁴ Vgl. MünchKomm/Hessler, § 688 Rn. 53.

Allerdings wird man in diesen Konstellationen auch häufig einen Vertrag mit Schutzwirkung zu gunsten Dritter annehmen können, auf Grund dessen die Dritte einen eigenen vertraglichen Anspruch hätte.⁴⁵

cc) Mittelbare Stellvertretung/Treuhandverhältnisse

- 33** In den Fällen der mittelbaren Stellvertretung, wo die „Vertreterin“ (z.B. Kommittentin oder Spediteurin) ausschließlich im (wirtschaftlichen) Interesse eines Dritten handelt, kann sie unstreitig den **Schaden des Hintermannes** geltend machen.⁴⁶

Beispiel: Kommissionärin K kauft im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten D auf einer Auktion ein wertvolles Gemälde. Bei dessen Übergabe beschädigt die Verkäuferin V das Bild schulhaft, so dass es restauriert werden muss. Hier hat K zwar einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen V, aber keinen eigenen Schaden, weil sie dem D nach § 384 II Hs. 2 HGB nur dasjenige herausgeben muss, was sie selbst erlangt hat (also das beschädigte Gemälde). D hat dagegen den Schaden, aber keinen eigenen vertraglichen Anspruch (und auch keinen deliktischen, wenn und weil er im Zeitpunkt der Beschädigung noch nicht Eigentümer war).

In diesen Fällen kann die Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse ohne Bedenken hingenommen werden, weil es gerade der Kern der mittelbaren Stellvertretung ist, dass die „Stellvertreterin“ fremde Vermögensinteressen wahrnimmt, und zugleich wegen der klaren Begrenzung der geschützten Personen eine uferlose Ausweitung des Ersatzes primärer Vermögensschäden Dritter (um einen solchen geht es bei D) nicht zu befürchten ist. Gleiches gilt bei Treuhandverhältnissen, wo ein Recht ebenfalls rechtlich einer anderen zusteht als wirtschaftlich. Sofern der Treugeber keinen eigenen Anspruch hat, kann die Treuhänderin daher den Schaden des Treugebers liquidieren.

dd) Umfang des Schadensersatzes

- 34** Problematisch ist bei der Drittschadensliquidation noch, **wie hoch** der zu ersetzenende Schaden ist: Nach einer Meinung soll der ersatzfähige Drittschaden den Schaden nicht überschreiten dürfen, der bei der Anspruchsinhaberin (also ohne die Verlagerung auf den Dritten) entstanden wäre. Nur insoweit liegt nämlich eine zufällige Schadensverlagerung vor; eine Erhöhung des Risikos ist nur unter den Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zulässig.⁴⁷

Allerdings ist dieser fiktive Schaden oft schwer oder gar nicht zu berechnen. Zudem soll es dem Schädiger unstreitig zugutekommen, wenn der Schaden durch die Verlagerung geringer ausfällt. Daher bestimmt die h.M. den Schaden **ausschließlich nach der Person des Dritten**.⁴⁸

III. Arten der Ersatzleistung

- 35** Die §§ 249 ff. BGB sehen zwei Arten der Ersatzleistung vor:

- **Naturalrestitution** (Herstellungsprinzip, § 249 I, II BGB), d.h. das Ziel des Schadensersatzes ist es, den entstandenen Schaden in Natur wiedergutzumachen und das **Integritätsinteresse** der Geschädigten zu befriedigen, ohne dass es auf das Vorliegen einer Vermögenseinbuße ankommt (daher bestehen auch Schadensersatzansprüche bei der Zerstörung von Gegenständen mit nur ideellem Wert).

⁴⁵ Vgl. Puhle Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation, 1982, S. 102 ff., 123 ff.; anders die h.M., vgl. Larenz Schuldrecht I, § 27 IV b 2.

⁴⁶ Vgl. MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 296 ff. m.w.N.; Armbrüster JuS 2007, 605 (609).

⁴⁷ Vgl. z.B. Neuner JZ 1999, 126 (131 f.); a.A. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 298.

⁴⁸ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, Vor § 249 Rn. 107; BGH VersR 1972, 1138 (1140).

- **Wertersatz**, d.h. bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Naturalrestitution soll wenigstens das **Wertinteresse** erhalten werden. Bei Nichtvermögensschäden tritt an die Stelle des Werter satzes (der Null betragen würde) unter den Voraussetzungen des § 253 II BGB eine **billige Entschädigung in Geld**.

Dabei gilt grundsätzlich der **Vorrang der Naturalrestitution**: Ein Wertersatzanspruch kommt nach § 251 I, II BGB nur dann in Betracht, wenn die Naturalrestitution entweder unmöglich, für den Geschädigten ungenügend oder aus Sicht des Schädigers unverhältnismäßig ist. 36

Die Unterscheidung zwischen beiden Formen der Ersatzleistung ist insbesondere für die **Anwendbarkeit des § 253 BGB** von Bedeutung: Im Rahmen der Naturalrestitution (nach § 249 I oder II BGB) ist unerheblich, ob der Schaden ein Vermögensschaden oder ein Nichtvermögensschaden ist; er ist stets in Natur zu beseitigen (wichtiges Beispiel für die Naturalrestitution eines Nichtvermögensschadens ist der Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung). Nur im Rahmen des Werter satzes nach § 251 BGB ist grundsätzlich nach § 253 BGB zu differenzieren, ob es sich um einen Vermögensschaden oder einen Nichtvermögensschaden handelt, weil letzterer den zusätzlichen Voraussetzungen des § 253 II BGB unterliegt.⁴⁹ 37

1. Naturalrestitution (§ 249 I, II BGB)

Die Naturalrestitution besteht in der **Herstellung** des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis jetzt bestünde (hypothetische Lage), und zwar nicht nur vermögensmäßig, sondern in Natur. Geschützt ist mit anderen Worten das Integritätsinteresse der Geschädigten, nicht lediglich ihr Wertinteresse. Auch ein wirtschaftlich wertloser Gegenstand ist danach grundsätzlich wiederzubeschaffen oder wiederherzustellen.⁵⁰ Dies kann auf zwei Wegen geschehen: Durch Wiederherstellung durch den Schädiger, § 249 I BGB oder durch Ersatz des erforderlichen Geldbetrages, den die Geschädigte zur Wiederherstellung aufwenden muss, § 249 II BGB. 38

a) Wiederherstellung durch den Schädiger, § 249 I BGB

Im gesetzlichen Ausgangspunkt – freilich in der Praxis nur in den seltensten Fällen – hat der Schädiger den geschuldeten Zustand nach § 249 I BGB selbst bzw. auf eigene Kosten (z.B. durch Beauftragte, die dann seine Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB sind) herzustellen.⁵¹ Dies ist zum einen möglich, wenn der Schaden lediglich im Verlust eines Geldbetrages liegt (also bei reinen Vermögensschäden), zum anderen häufig bei der Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** in Gestalt eines **Widerrufs** ehrverletzender Äußerungen, sofern dieser geeignet ist, die jeweilige Beeinträchtigung der Ehre zu beseitigen. Naturalrestitution durch den Schädiger liegt auch vor, wenn der Schädiger ein **Rechtsgeschäft vorzunehmen** hat (z.B. auf eine Forderung verzichten oder die Geschädigte von dem Anspruch eines Dritten freistellen muss). Auch der Anspruch auf Vertragsaufhebung (etwa aus *culpa in contrahendo* oder aus § 826 BGB) fällt unter § 249 I BGB.⁵² 39

b) Ersatz des erforderlichen Geldbetrages, § 249 II BGB

Damit die Geschädigte sich bzw. ihre Rechtsgüter nicht noch einmal dem Schädiger anvertrauen muss, kann sie nach § 249 II BGB auch den **erforderlichen Geldbetrag** verlangen, um die Naturalherstellung selbst vorzunehmen (bzw. vornehmen zu lassen). Dies ist **nicht** mit dem Werter satz nach § 251 BGB zu verwechseln: § 249 II BGB regelt genau wie § 249 I BGB die Naturalrestitution; 40

⁴⁹ Vgl. dazu unten Rn. 74 ff.

⁵⁰ Vgl. MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 321.

⁵¹ S. Spancken/Schneidenbach, JuS 2012, 298 (300).

⁵² Vgl. BGHZ 145, 121 = NJW 2001, 436 (438) = JuS 2001, 295; BGH NJW 1998, 302.

es geht also nach wie vor um die Erhaltung des **Integritätsinteresses**, während bei § 251 BGB nur noch das Wertinteresse bewahrt wird. Dementsprechend kommt es auch für § 249 II BGB nicht darauf an, ob der Schaden ein Vermögensschaden ist; auch die Wiedergutmachung eines immateriellen Schadens ohne Vermögenswert kann nach § 249 II BGB zu einem Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Kosten führen (z.B. der Kosten für eine Anzeigenkampagne zur Wiederherstellung des verletzten Rufes⁵³). Die Abgrenzung zum Wertersatz ist im Einzelnen aber gelegentlich kompliziert und umstritten, insbesondere bei der Wiederbeschaffung eines Kfz.⁵⁴

aa) Möglichkeit der Herstellung

- 41** Voraussetzung des Anspruchs aus § 249 II BGB ist aber, dass eine **Wiederherstellung überhaupt möglich** ist (andernfalls gibt es keinen „erforderlichen“ Geldbetrag), d.h. es darf grundsätzlich nur eine „Sachbeschädigung“, keine „Sachzerstörung“ vorliegen.⁵⁵ Die h.M. stellt insoweit darauf ab, ob die Naturalrestitution das Integritätsinteresse der Geschädigten tatsächlich befriedigen kann, für die Geschädigte also **gleichartig und gleichwertig** im Verhältnis zur ursprünglichen Sache ist. Dies kann auch den Ersatz einer unvertretbaren Sache (z.B. eines gebrauchten Kfz) durch eine andere unvertretbare Sache einschließen, sofern diese nur gleichartig (z.B. ein Gebrauchtwagen gleichen Typs) und für die Geschädigte gleichwertig ist, also keine besonderen immateriellen Interessen gerade an der beschädigten Sache bestanden.⁵⁶

bb) Erforderlicher Geldbetrag

- 42** Zu ersetzen ist nach § 249 II BGB nur der zur Herstellung **erforderliche Geldbetrag**. Dieser Beschränkung entnimmt die h.M. das sog. **Wirtschaftlichkeitspostulat**:⁵⁷ Ersatzfähig sind nur diejenigen Kosten, die zur Schadensbehebung objektiv erforderlich sind. Die Erforderlichkeit richtet sich nach dem Maßstab eines „verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen“, so dass nur solche Kosten nach § 249 II BGB zu ersetzen sind, die von diesem Standpunkt aus „zur Behebung des Schadens zweckmäßig und angemessen erscheinen“.⁵⁸ Unter verschiedenen Möglichkeiten zur Schadensbehebung ist danach diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert.

cc) Dispositionsfreiheit der Geschädigten (Abrechnung auf Gutachtenbasis)

- 43** Nach h.M. ist es **nicht** erforderlich, dass der Geldbetrag auch konkret für die Wiederherstellung verwendet wird. Zu ersetzen sind vielmehr – als Mindestbetrag – die **objektiven Reparaturkosten** (auch wenn die Geschädigte den Schaden selbst billiger oder vielleicht gar nicht behebt). Denn nach § 249 II BGB ist nur der „erforderliche“ Geldbetrag zu ersetzen, ohne dass es auf dessen konkrete Verwendung ankäme (sog. **Dispositionsfreiheit** der Geschädigten⁵⁹). Zwar darf die Geschädigte am Schadensfall nicht „verdienen“; aber ihre überobligationsmäßige Eigenleistung soll dem Schädiger nicht zugutekommen.⁶⁰ Dies soll sogar dann gelten, wenn die Geschädigte die

⁵³ Vgl. BGHZ 66, 182 = NJW 1976, 1198; im konkreten Fall allerdings wegen des Vorrangs des presserechtlichen Gegendarstellungsanspruches abgelehnt.

⁵⁴ Vgl. dazu *Systematische Darstellung: Haftung bei Verkehrsunfällen*.

⁵⁵ Vgl. BGHZ 66, 239 (243); MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 365 f. m.w.N.

⁵⁶ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 325 ff.

⁵⁷ Vgl. etwa BGHZ 163, 180 (184) = NJW 2005, 2541; BGH NJW 2006, 2621 (2622); *Brand Schadensersatzrecht*, § 5 Rn. 19; krit. gegenüber der systematischen Einordnung MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 385 ff. m.w.N.

⁵⁸ Vgl. etwa BGHZ 115, 364 (369) = NJW 1992, 302; BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51 (52) (jeweils zur Abgrenzung zwischen Reparatur und Ersatzbeschaffung bei Kfz-Schäden).

⁵⁹ Vgl. Grigoleit/Riehm, *Schuldrecht IV, Fall 8: Sauerei*.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1992, 1618.

Reparatur tatsächlich zu einem günstigeren Preis durchführen lassen konnte.⁶¹ Das gilt aber nicht bei **Personenschäden**, da der menschliche Körper nicht kommerzialisiert werden soll.⁶²

Gehen die tatsächlichen Reparaturkosten über die vorherige Schätzung hinaus, so fallen sie ebenfalls dem Schädiger zur Last; dieser trägt das **Prognoserisiko**. Hauptargument hierfür ist, dass der Schädiger nach § 249 I BGB „eigentlich“ verpflichtet ist, den Schaden selbst zu beheben und es insoweit nur auf den Erfolg ankäme, er also das Prognoserisiko zu tragen hätte. Hieran soll § 249 II BGB nichts ändern. Auch das Risiko einer schuldhaften Verzögerung der Wiederherstellung durch die Werkstatt (**Werkattrisiko**) wird von der h.M. aus dem gleichen Grund dem Schädiger aufgebürdet: Die Wiederherstellung ist die Pflicht des Schädigers; der Geschädigte hat im Rahmen der Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II BGB) lediglich für die sorgfältige Auswahl der Werkstatt einzustehen.⁶³

Nach § 249 II 2 BGB schließt bei Beschädigung einer Sache der erforderliche Geldbetrag die **Umsatzsteuer** nur dann mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist. Damit wird die Dispositionsfreiheit des Geschädigten zwar erhalten, doch die Gefahr einer Überkompensation verringert, denn ein Ersatz „fiktiver“ Umsatzsteuer kommt nicht mehr in Betracht. Bis zum Inkrafttreten dieser Vorschrift war dagegen im Rahmen einer Abrechnung „auf Gutachtenbasis“ auch der Ersatz fiktiver Umsatzsteuer möglich,⁶⁴ was die Gesetzesverfasser als Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot ansahen. Durch diese Regelung billigt der Gesetzgeber incident den Ersatz fiktiver Reparaturkosten, weil *nur* die fiktive Umsatzsteuer nicht ersatzfähig sein soll.⁶⁵

Die Grundsätze zur fiktiven Schadensberechnung gelten über das Deliktsrecht hinaus im Grundsatz auch bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen. Der VII. Zivilsenat des *BGH* hat die Anwendung dieser Grundsätze allerdings speziell für die Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung im Werkvertragsrecht abgelehnt⁶⁶ unter Berufung auf die werkvertraglichen Besonderheiten⁶⁷. Allerdings dürfte nach einer Divergenzanfrage des für das Immobilienkaufrecht zuständigen V. Zivilsenats gem. § 132 III GVG⁶⁸ und einer klarstellenden Antwort des VII. Zivilsenats⁶⁹ nunmehr feststehen, dass die fiktive Schadensberechnung außerhalb des Werkvertragsrechts nach wie vor angewandt werden wird.⁷⁰

c) Abzug „Neu für Alt“

Im Rahmen der Naturalrestitution kann es geschehen, dass der geleistete Ersatz die Geschädigte besser stellt, als sie ohne das schädigende Ereignis stünde. Dies ist etwa bei der Beschaffung einer neuen Ersatzsache an Stelle einer zerstörten gebrauchten Sache der Fall. Dieser Wertzuwachs darf der Geschädigten nicht verbleiben, weil sie vom Zweck des Schadensersatzes – Herstellung des hypothetischen Zustandes ohne das schädigende Ereignis – nicht gedeckt ist (sog.

⁶¹ Vgl. *BGH NJW* 1989, 3009.

⁶² Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 249 Rn. 381; *BGHZ* 97, 14; vgl. *Grigoleit/Riehm*, *Schuldrecht IV, Fall 8: Sauerei*.

⁶³ Vgl. *BGH NJW* 1992, 302 (304); *BGH NJW* 2019, 852.

⁶⁴ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl. 2001, § 251 Rn. 18.

⁶⁵ Fiktiv ist die Umsatzsteuer auch in Fällen der unzulässigen Kombination von fiktiver und konkreter Schadensberechnung. Vgl. *BGH NVZ* 2022, 424: Mit dem Bereicherungsverbot unvereinbares und daher unzulässiges „Rosinenpicken“, wenn der Geschädigte zuerst Ersatz der Nettoreparaturkosten verlangt, dann aber eine Teilreparatur vornehmen lässt und hierfür Ersatz der Umsatzsteuer verlangt.

⁶⁶ *BGHZ* 218, 1 = *NJW* 2018, 1463 = *JuS* 2018, 907; *BGH NJW* 2021, 53.

⁶⁷ Namentlich der Vorschussanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB; eingehend *BGH NJW* 2021, 53 Rn. 18 ff.

⁶⁸ *BGH ZIP* 2020, 1073.

⁶⁹ *BGH NJW* 2021, 53.

⁷⁰ Vgl. *Grigoleit/Riehm*, *Schuldrecht IV*, Rn. 569a.

schadensrechtliches Bereicherungsverbot).⁷¹ Dieser sog. Abzug „Neu für Alt“ wird je nach Art der Naturalrestitution entweder durch eine Zug-um-Zug-Verknüpfung des Wiederherstellungsanspruchs mit einer von der Geschädigten zu erbringenden Ausgleichszahlung (bei § 249 I BGB) oder durch die Verrechnung des Vorteils mit dem Zahlungsanspruch der Geschädigten (bei § 249 II BGB)⁷² vollzogen. Für die Höhe des Abzugs ist entscheidend, inwieweit die Geschädigte von der Werterhöhung profitiert – insbesondere durch eine Verlängerung der Nutzungsdauer.⁷³

2. Wertersatz (§ 251 BGB)

- 48 Ist eine Wiederherstellung in Natur nicht möglich oder nicht genügend, so hat der Schädiger nach § 251 BGB die Geschädigte in Geld zu entschädigen. Eine Entschädigung in Geld ist allerdings nur bei **Vermögensschäden** möglich, d.h. bei Schäden, die sich wirtschaftlich messbar im Vermögen des Geschädigten niedergeschlagen haben. Immaterielle Schäden sind gem. § 253 I BGB nur ersatzfähig, wenn dies gesetzlich bestimmt ist (vgl. §§ 253 II, 651n II BGB, § 21 II 3 AGG); der Geschädigte hat dort einen Anspruch auf „billige“ bzw. „angemessene“ Entschädigung in Geld.⁷⁴

a) Voraussetzungen des Wertersatzes

- 49 Der Wertersatz ist gegenüber der Naturalrestitution nach § 249 BGB **subsidiär**. Nach § 251 BGB kommt er nur in den folgenden Fällen in Betracht:⁷⁵

- Wenn die Naturalherstellung **unmöglich** ist (§ 251 I Alt. 1 BGB). Dies sind insbesondere Fälle des technischen Totalschadens, d.h. der völligen Zerstörung einer unvertretbaren Sache, für die auch kein gleichartiger und gleichwertiger Ersatz beschafft werden kann.⁷⁶
- Wenn die Naturalherstellung **für die Geschädigte ungenügend** ist (§ 251 I Alt. 2 BGB). Dies ist z.B. der Fall, wenn diese unverhältnismäßig lange dauern würde und daher die Geschädigte objektiv kein Interesse daran hat.⁷⁷
- Wenn die Naturalherstellung **für den Schädiger unzumutbar** ist (§ 251 II BGB). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Herstellungsaufwand den Wert der Sache wesentlich übersteigt. Bei dieser Abwägung ist jedoch das Integritätsinteresse der Geschädigten mit zu berücksichtigen, so dass nicht jede kleine Überschreitung des objektiven Wertes gleich zur Anwendung des § 251 II BGB führt. Die Geschädigte kann nämlich ein schützenswertes Interesse daran haben, gerade die beschädigte Sache wiederzuerlangen und nicht nur eine andere, gleichwertige Sache. Für die Reparatur von Kraftfahrzeugen berücksichtigt die Rspr. dies sogar durch einen „Integritätszuschlag“ von 30%.⁷⁸

Eine Sonderregelung gilt insoweit für verletzte Tiere gem. § 251 II 2 BGB: Viele Haustiere haben überhaupt keinen oder nur einen äußerst geringen *wirtschaftlichen* Wert, weil entsprechende Jungtiere kostenlos abgegeben werden; gleichwohl muss der Schädiger ggfs. auch für Tierarztkosten aufkommen, die diesen wirtschaftlichen Wert erheblich überschreiten. In Abweichung von den sonstigen Grundsätzen des § 251 I BGB gewährt der BGH dann, wenn die

⁷¹ Vgl. dazu Grüneberg/Grüneberg, Vor § 249 Rn. 97 ff.

⁷² S. als Beispiel OLG Brandenburg BeckRS 2019, 4958 Rn. 14 ff.

⁷³ Vgl. für entsprechende Anwendung der Grundsätze der aufgedrangten Bereicherung Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 690.

⁷⁴ Vgl. unten Rn. 74ff.

⁷⁵ S. Spancken/Schneidenbach JuS 2012, 298 (301).

⁷⁶ Vgl. dazu oben Rn. 41.

⁷⁷ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 251 Rn. 13.

⁷⁸ Vgl. näher Systematische Darstellung: *Haftung bei Verkehrsunfällen* sowie Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV Fall 8: *Sauerei*.

Behandlungskosten für das Tier trotz des großzügigen Maßstabes von § 251 II 2 BGB als unverhältnismäßig anzusehen sind, nicht lediglich den objektiven Wert des Tieres (der bei Haustieren nahe Null liegen kann), sondern den Betrag, der als gerade noch verhältnismäßig angesehen worden wäre.⁷⁹

b) Berechnung des Wertes

Als Wertersatz nach § 251 BGB können nur **Vermögensschäden** geltend gemacht werden. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zur Naturalrestitution nach § 249 BGB, die auch den Ersatz von Nichtvermögensschäden ermöglicht. Berechnungsgrundlage ist dabei – anders als bei § 249 II BGB – *nicht* der Aufwand zur Wiederherstellung, sondern die bei der Geschädigten eingetretene **Vermögensminderung**,⁸⁰ beide Beträge können, müssen aber nicht identisch sein. Die entscheidende Frage im Rahmen des Wertersatzes nach § 251 BGB ist daher, ob und ggfs. in welcher Höhe ein Vermögensschaden vorliegt.

aa) Sachsubstanzschäden

Bei Sachsubstanzschäden ist danach der **aktuelle Wert der Sache** zu ersetzen, d.h. der Wiederbeschaffungswert einer gleichwertigen Sache. Dies ist der Marktwert, wenn ein solcher ermittelbar ist. Ein bloßes Affektionsinteresse ist im Rahmen des § 251 BGB nicht ersatzfähig, solange dieses nicht seinerseits kommerzialisiert ist und sich im allgemeinen Marktpreis niederschlägt (z.B. bei Sammlerbriefmarken).

bb) Nichterfüllung vertraglicher Pflichten

Bei der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten aus gegenseitigen Verträgen ist im Zweifel davon auszugehen, dass Leistung und Gegenleistung äquivalent waren (**Äquivalenzvermutung**). Der Wert der Gegenleistung ist dann der objektive Mindestschaden. Zudem wird vermutet, dass vertragsbezogene Aufwendungen durch den Vorteil der erwarteten Gegenleistung ausgeglichen worden wären, so dass auch diese beim Scheitern des Vertrags zu ersetzen sind (sog. **Rentabilitätsvermutung**).⁸¹

cc) Nutzungsausfall

Wird eine Sache beschädigt oder vorenthalten⁸², so entgehen der Geschädigten auch die Nutzungen der Sache. Soweit diese sich unmittelbar im Vermögen niederschlagen (z.B. entgangene Mieteinnahmen, Mietkosten für einen Ersatzgegenstand), ist das Vorliegen eines ersatzfähigen Vermögensschadens unproblematisch bzw. sind die entsprechenden Posten bereits als Naturalrestitution ersatzfähig; die Geschädigte hat sich lediglich die ersparten Eigenaufwendungen anrechnen zu lassen. Soweit es aber um die **entgangene Gebrauchsmöglichkeit als solche** geht, d.h. um die rein tatsächliche Annehmlichkeit, die Sache nach Belieben nutzen zu können, kommt eine nachträgliche Naturalrestitution nicht mehr in Betracht. Problematisch ist insoweit, ob es sich um einen Vermögensschaden handelt, der im Wege des Wertersatzes nach § 251 BGB zu

⁷⁹ BGH NJW 2016, 1589 (Rn. 22 ff.). Die Zumutbarkeitsgrenze bestimmt sich dabei nach einer wertenden Betrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls. Vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2023, 804 (805 ff.): Volumfänglicher Ersatz der Tierarztbehandlungskosten i.H.v. 14.801,56 € für ein Pferd mit einem Verkehrswert von ca. 300 €.

⁸⁰ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 251 Rn. 14.

⁸¹ Vgl. z.B. BGH NJW 1999, 2269; sehr lesenswert auch BGH NJW 1999, 3625; s. ferner OLG Köln NJW-RR 1994, 687: Ersatz der Flugkosten, wenn vor Ort entgegen einer Garantie keine Eintrittskarte zur Oscar-Verleihung bereitgestellt wurde; s. dazu auch § 284 BGB.

⁸² Z.B. BGH NJW 2014, 1374 = JuS 2014, 934: Verzug des Bauträgers mit der Übergabe der herzustellenden Eigentumswohnung.

ersetzen ist.⁸³ Teilweise wird insoweit vertreten, es handele sich um einen bloßen immateriellen Schaden, der wegen § 253 I BGB nicht ersatzfähig sei.⁸⁴ Gleichwohl soll es nach h.M. den Schädiger nicht entlasten, wenn die Geschädigte auf die Anmietung eines Ersatzes (die der Schädiger ja voll ersetzen müsste) verzichtet und dafür Bequemlichkeitseinbußen in Kauf nimmt.⁸⁵ Dogmatisch wird die Ersatzfähigkeit des abstrakten Nutzungsausfalls auf zwei verschiedene Arten begründet:

- 54** ● Eine Meinung argumentiert mit dem **Frustrierungsgedanken**: Aufwendungen, die die Geschädigte auf die Sache macht, sind grundsätzlich darauf berechnet, dass sie sich durch die fortlaufende Nutzung der Sache amortisieren. Kann nun wegen der Beschädigung der Sache eine solche Amortisation durch Nutzung zeitweise nicht eintreten, so sind diese Aufwendungen umsonst getätigter, so dass ein abstrakter „Frustrationsschaden“ vorliegt.⁸⁶ Die h.M. lehnt diese Auffassung jedoch grundsätzlich ab, da sie zum einen keinen konkreten Anhaltspunkt für die Schadenshöhe bietet (bzw. diese ausschließlich von den Dispositionen der Geschädigten abhängt), vor allem aber keine Abgrenzungsmöglichkeit gegenüber solchen Frustrationsschäden bietet, die auf einer anderen Schadensursache als der konkreten Sachbeschädigung beruhen:⁸⁷ Auch wenn die Geschädigte selbst im Krankenhaus liegt, kann sie viele ihrer Sachen nicht nutzen; es wäre unhaltbar, ergäbe sich als Konsequenz der Frustrationsslehre, auch insoweit einen ersatzfähigen Vermögensschaden anzunehmen, weil sie all ihre Güter in dieser Zeit nicht nutzen kann.⁸⁸

Die Frustrationsslehre bleibt aber anwendbar, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm gerade auch den Ersatz von frustrierten Aufwendungen fordert, insbesondere beim **Vertrauensschaden** und als (widerlegbare) „**Rentabilitätsvermutung**“ bei der Verletzung von Pflichten aus gegenseitigen Verträgen (vgl. auch §§ 122, 179 II BGB). Sie bildet zudem die dogmatische Grundlage des Anspruches auf Aufwendungersatz aus § 284 BGB.

- 55** ● Die inzwischen h.M. kombiniert die Frustrationsslehre mit dem **Kommerzialisierungsgedanken**: Der Verlust der Nutzungsmöglichkeit als solcher ist dann ersatzfähig, wenn diese „kommerzialisiert“ ist, d.h. wenn die bloße Nutzungsmöglichkeit im Rechtsverkehr mit einem bestimmten Geldbetrag bewertet wird.⁸⁹ Der Schaden ist dann dieser **Marktpreis** (etwa Mietkosten für eine vergleichbare Sache) abzüglich des Unternehmergewinnes und der allgemeinen Betriebskosten des Unternehmers.⁹⁰ Um einer unerträglichen Ausweitung von Schadensersatzansprüchen entgegenzuwirken, stellt die Rechtsprechung aber folgende einschränkende Voraussetzungen auf:

56

⁸³ Vgl. dazu auch Armbrüster, JuS 2007, 411 (415 f.).

⁸⁴ So etwa Lange/Schiemann, Schadensersatz § 6 VII 4b, S. 285.

⁸⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 715 sprechen von einer „Sparsamkeitsprämie“.

⁸⁶ Vgl. Löwe NJW 1964, 701; Kündgen AcP 177 (1977) 1, 26 ff.

⁸⁷ Vgl. Lorenz, Schuldrecht I, § 29 II c.

⁸⁸ Einschränkend insoweit Kündgen AcP 177 (1977) 1, 28.

⁸⁹ Vgl. ausf. Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 8: „Sauerei“.

⁹⁰ Vgl. BGHZ 63, 98 (102).

- (1) Das geschädigte Gut muss ein Wirtschaftsgut „von **allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung**“ sein.⁹¹ Bei bloßen Luxusgütern kann danach kein Nutzungsausfall gewährt werden.⁹²
- (2) Es muss ferner ein Eingriff in den **Gebrauchsgegenstand selbst** vorliegen, d.h. der Nutzung muss ein tatsächliches oder rechtliches Hindernis entgegenstehen, das in der Sache seinen Grund hat (regelmäßig deren Beschädigung). Hieran fehlt es z.B., wenn der Nutzungsausfall auf der Verletzung der Geschädigten beruht.
- (3) Die Nutzungsbeeinträchtigung muss schließlich **fühlbar** geworden sein, d.h. sie muss sich als **tatsächliche Beeinträchtigung** geäußert haben. Daran fehlt es zum einen dann, wenn die Geschädigte in der fraglichen Zeit die Sache ohnehin nicht hätte nutzen können (etwa weil sie selbst im Krankenhaus lag und daher nicht Auto fahren konnte; hier fehlt die sog. hypothetische Nutzungsmöglichkeit) oder wenn sie eine andere Sache stattdessen benutzen konnte, die sonst unbenutzt geblieben wäre (hier fehlt der hypothetische Nutzwille).⁹³

dd) Verdienstausfall

Problematisch ist auch, inwieweit ein Verdienstausfall der Geschädigten einen Vermögensschaden darstellt, der nach § 251 BGB ersatzfähig ist. Insoweit ist zu unterscheiden:

- Bei **unselbständig Beschäftigten** besteht der Verdienstausfall trotz der Entgeltfortzahlung durch die Arbeitgeberin (§ 6 EFZG) in vollem Umfang, da insoweit die Vorteilsausgleichung versagt wird.⁹⁴ Dabei ist der Bruttolohn zugrunde zu legen, da für die Arbeitnehmerin in dieser Zeit auch Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden müssen. Wegen der Legalzession ist der Anspruch insoweit aber von der Arbeitgeberin geltend zu machen, sofern sie die Geschädigte nicht zur Prozessführung ermächtigt (gewillkürte Prozessstandschaft).⁹⁵ 57
- **Selbständige** können ihren Verdienstausfall nur **konkret** nach § 252 BGB als entgangenen Gewinn geltend machen, wobei ihnen die Vermutung des § 252 S. 2 BGB hilft.⁹⁶ 58
- **Arbeitslose** haben zwar keinen konkreten Verdienstausfall; bei ihnen tritt aber bei verletzungsbedingter Arbeitsunfähigkeit gem. § 146 I 1 SGB III eine „Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit“ an die Stelle des Arbeitslosengeldes I, weil sie in der Zeit der Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehen. Diese „Leistungsfortzahlung“ entspricht sachlich der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung nach dem EFZG, so dass nach Auffassung des BGH auch schadensrechtlich das Gleiche gilt: Die Bundesagentur für Arbeit als Legalzessionarin (§ 116 SGB X) kann daher einen (normativen) Erwerbsschaden der Arbeitslosen geltend machen.⁹⁷ Gleiches gilt sogar hinsichtlich des Anspruches auf Bürgergeld aus § 19 SGB II, soweit die Geschädigte infolge der Rechtsgutsverletzung erwerbsunfähig

⁹¹ Vgl. BGHZ 98, 212; insbesondere Kfz, Fahrrad, eigengenutzte Wohnung. An dieser Voraussetzung fehlt es auch bei einem gewerblich genutzten Gut, vgl. BGHZ 220, 270 = BGH NJW 2019, 1064.

⁹² Vgl. etwa OLG Oldenburg NJW-RR 1993, 1437 f.: Privatflugzeug; BGHZ 117, 260 = NJW 1992, 1500: Wohnung, die nicht vom Geschädigten selbst genutzt wird; BGH NJW-RR 2008, 1198: Wohnmobil.

⁹³ S. etwa OLG München BeckRS 2018, 31435: Kein abstrakter Nutzungsersatz für BMW M6 Cabrio, wenn 5er BMW als „Zweitwagen“ in der Zwischenzeit genutzt werden konnte.

⁹⁴ Vgl. oben Rn. 23.

⁹⁵ Beachte auch BGH NJW 2009, 355; BGH VersR 2003, 466: Kein *eigener* Anspruch des Arbeitgebers für die Kosten einer Ersatzkraft, da es insoweit an einer Rechtsgutsverletzung fehlt.

⁹⁶ Vgl. näher unten Rn. 68.

⁹⁷ Vgl. BGH NJW 2008, 2185; zust. Huber, JZ 2008, 1114 ff.

geworden ist, so dass eine der Voraussetzungen für den Bezug von Bürgergeld weggefallen ist.⁹⁸ Zwar erhält die Arbeitslose in diesem Fall eine Erwerbsminderungsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung; zum Ausgleich erhält der Rentenversicherungsträger aber nach § 116 SGB X den Anspruch der Geschädigten gegen den Schädiger. In diesem Fall ist der Vorteil, der in der Erwerbsminderungsrente liegt, in der Schadensbilanz nicht auszugleichen (vergangene Vorteilsausgleichung bei *cessio legis*⁹⁹).

- 60 • Die (vorübergehende) **Einbuße der Arbeitskraft** als solche – d.h. ohne einen daraus resultierenden Verdienstausfall – ist nach h.M. dagegen kein ersatzfähiger Vermögensschaden. Die folgt daraus, dass die Erwerbsfähigkeit als solche nicht in gesicherter Form kommerzialisiert ist.¹⁰⁰ Zudem wird dies mit dem Wortlaut des § 11 StVG begründet, der ausdrücklich auf den Vermögensnachteil *infolge* der Minderung der Erwerbsfähigkeit und nicht auf die Minderung selbst abstellt.¹⁰¹
- 61 • Bei **Hausarbeit** ist demgegenüber inzwischen anerkannt, dass diese einen eigenständigen Beitrag zum Unterhalt der Familie bildet (vgl. auch § 1360 S. 2 BGB). Der Verlust dieser Möglichkeit, zum Unterhalt beizutragen, wird von der Rspr. als **normativer Schaden** betrachtet, mit der Folge, dass derjenige, der keine Hausarbeit mehr leisten kann, eine angemessene Entschädigung (§ 251 BGB) hierfür beanspruchen kann. Der Umfang orientiert sich in etwa an den Kosten einer Haushaltshilfe. Dabei kommt es aber nicht darauf an, ob eine Haushaltshilfe tatsächlich in Anspruch genommen wurde.¹⁰²
- 62 • Bei sog. „**anrüchigem Erwerb**“ (insbesondere bei Einkünften von Prostituierten) wollte der BGH keinen Verdienstausfall gewähren, sondern nur ein „existenzdeckendes Einkommen“, damit nicht über den Schadensersatz die „sittenwidrige“ Verdienstmöglichkeit doch realisiert wird.¹⁰³ Diese Auffassung, die schon zum früheren Recht Bedenken ausgesetzt war,¹⁰⁴ lässt sich seit dem Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes im Jahr 2002 nicht mehr aufrechterhalten. Denn Prostituierten steht nunmehr nach § 1 ProstG grundsätzlich ein durchsetzbarer Entgeltsanspruch zu, der von der Rechtsordnung auch schadensrechtlich zu schützen ist.
- 63 • Bei Erwerb, der unter **Verstoß gegen gesetzliche Verbote** i.S.v. § 134 BGB erzielt worden wäre (z.B. Schwarzarbeit) gewährt dagegen die ganz h.M. keinen ersatzfähigen Verdienstausfall.¹⁰⁵ Denn der gesetzlich verbotene Gewinn darf auch nicht über den „Umweg“ des Schadensersatzes realisiert werden.

ee) Eigene Arbeitsleistung der Geschädigten

Bei eigener Arbeitsleistung, die die Geschädigte im Rahmen der Abwicklung des Schadensfalles aufwendet, sind zwei Fragen zu trennen:

- 64 • Arbeitsleistungen, die der **Behebung des Schadens** dienen (z.B. Eigenarbeit bei der Reparatur des zerstörten Gegenstandes), sind nach der Rspr. dann zu vergüten, wenn sie einen **Märktwert** haben, wenn also die entsprechende Tätigkeit am Markt angeboten wird und von

⁹⁸ Vgl. BGH NJW 2014, 303; BFHE 262, 143 = NJW 2019, 111 Rn. 19

⁹⁹ Vgl. oben Rn. 23.

¹⁰⁰ Vgl. BGH NJW 2014, 303; BGH NJW 2018, 864

¹⁰¹ Vgl. BGHZ 54, 45; BGH NJW 2014, 303; a.A. Würthwein, JZ 2000, 337.

¹⁰² Vgl. BGHZ 50, 304; OLG Hamm NZV 2008, 564 (565 f.); s. zur Behandlung als Erwerbsschaden nach § 842 BGB auch unten Rn. 102.

¹⁰³ Vgl. BGHZ 67, 119.

¹⁰⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1970, 1852; MünchKomm/Oetker, 4. Aufl. 2001, § 252 Rn. 9 ff.

¹⁰⁵ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 252 Rn. 7; BGHZ 67, 119 (12); Medicus/Lorenz Schuldrecht I, Rn. 732.

Dritten gegen Entgelt wahrgenommen werden könnte, und die Geschädigte diese Tätigkeit mit der gleichen Qualität vornimmt.¹⁰⁶ Dies ist bei Reparaturleistungen durch eine qualifizierte Geschädigte der Fall, nicht aber z.B. bei einem erhöhten Zeitaufwand für elterliche Zuwendung, die nicht von einem Dritten wahrgenommen werden könnte.¹⁰⁷

- Der eigene Zeitaufwand zur **Schadensermittlung** und zur **Abwicklung** des Schadensfalles ist dagegen grundsätzlich nicht ersatzfähig.¹⁰⁸ Vielmehr ist § 91 I ZPO insoweit eine vorrangige Erstattungsregelung, die auch in materieller Hinsicht die erstattungsfähigen Kosten auf dasjenige beschränkt, was für eine „zweckentsprechende Rechtsverfolgung [...] notwendig“ ist; hierin liegt eine Parallele zur Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 II 1 BGB.¹⁰⁹

ff) Vertane Urlaubszeit

Die frühere Rspr. wendete den Kommerzialisierungsgedanken¹¹⁰ auch auf Urlaubszeit an, so dass vertane Urlaubszeit dann als Vermögensschaden ersatzfähig war, wenn z.B. ein Urlaubsanspruch der Arbeitnehmerin durch Arbeitsleistung oder die Freizeit einer Selbständigen durch Einstellung einer Ersatzkraft „erkauf“ war.¹¹¹ Die heute h.M. entnimmt allerdings § 651n II BGB, dass es sich bei vertaner Urlaubszeit um einen **Nichtvermögensschaden** handelt, der wegen § 253 I BGB einem Wertersatz nach § 251 BGB grundsätzlich nicht zugänglich ist.¹¹²

Allerdings steht § 253 I BGB einer **Einzelanalogie zu § 651n II BGB** nicht entgegen, so dass bei Verträgen, deren Zweck auf die Vermittlung von Urlaubsfreude gerichtet ist, die Gewährung einer Entschädigung für vertane Urlaubszeit möglich ist. Bei deliktischen Haftungsnormen fehlt es aber an der Rechtsähnlichkeit zu § 651n II BGB, so dass insoweit kein Ersatz vertaner Urlaubszeit in Betracht kommt. Die entgangene Urlaubsfreude kann aber im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung nach § 253 II BGB Berücksichtigung finden.¹¹³

Von einem Schadensersatz für vertane Urlaubszeit zu unterscheiden ist allerdings der Ersatz für **gescheiterte Urlaubsreisen**, etwa wenn eine gebuchte Pauschalreise wegen des Schadensereignisses nicht angetreten werden kann. Diese Reise hat als solche einen Marktwert, der grundsätzlich dem Reisepreis entspricht; zu diesem Preis könnte die Reise nämlich typischerweise weiterverkauft werden, so dass insoweit ein Vermögensschaden besteht.¹¹⁴

gg) Verlust geldwerter Genussmöglichkeiten

Gescheiterte Urlaubsreisen bilden damit einen Unterfall des Verlusts reiner Genussmöglichkeiten, wie er etwa auch bei **verpassten Konzert- oder Theaterbesuchen** vorliegt. Unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution gilt wiederum, dass der Aufwand für eine Nachholung ohne Weiteres ersatzfähig ist (z. B. durch Kauf einer neuen Eintrittskarte für eine andere Vorstellung des gleichen Programmes). Kann der Genuss **nicht nachgeholt** werden, so ist nach zutreffender h. M. ein nach § 251 BGB ersatzfähiger Vermögensschaden anzunehmen, wenn die Genussmöglichkeit konkret und gesichert **kommerzialisiert**¹¹⁵ ist, wie dies etwa durch den Erwerb einer

¹⁰⁶ Vgl. BGHZ 131, 220.

¹⁰⁷ Vgl. BGHZ 106, 28 (31).

¹⁰⁸ Vgl. BGHZ 66, 112; anders bei tatsächlich entstandenen Kosten, etwa für Gutachten zur Ermittlung der Schadensursache.

¹⁰⁹ S. dazu unten Rn. 96 ff.

¹¹⁰ Vgl. soeben Rn. 55.

¹¹¹ Vgl. z.B. BGHZ 63, 98.

¹¹² Vgl. Grüneberg/Grüneberg, § 249 Rn. 70; MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 95.

¹¹³ Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 249 Rn. 71 m.N.; Armbrüster JuS 2007, 508 (509).

¹¹⁴ Vgl. Armbrüster JuS 2007, 508 (509).

¹¹⁵ Vgl. zum Kommerzialisierungsgedanken soeben Rn. 54.

Eintrittskarte im Hinblick auf eine bestimmte Aufführung der Fall ist.¹¹⁶ An einer hinreichend konkreten Kommerzialisierung mangelt es, wenn sich der entgangene Vorteil auf den vorübergehenden Ausfall einer dauerhaften Genussmöglichkeit beschränkt (z. B.: Geschädigte kann ihre Golfmitgliedschaft verletzungsbedingt nicht wahrnehmen).¹¹⁷

3. Entgangener Gewinn (§ 252 BGB)

- 68** Die ausdrückliche Festlegung der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns in § 252 S. 1 BGB hat im Grunde nur klarstellende Bedeutung, da dieser ohnehin von der Naturalherstellung nach § 249 BGB erfasst ist.¹¹⁸ Relevanter ist die **Beweiserleichterung** des § 252 S. 2 BGB: Die Geschädigte muss kein konkretes entgangenes Geschäft mit konkretem Gewinn beweisen, sondern es genügt, wenn sie solche Umstände darlegt (und beweist), die die **Wahrscheinlichkeit** des Gewinns begründen (Ergänzung von § 287 ZPO¹¹⁹). Jedoch kann diese Vermutung (trotz der fiktiven Formulierung „gilt“) **widerlegt** werden, indem der Schädiger beweist, dass außergewöhnliche Umstände hier dazu geführt hätten, dass der Gewinn nicht eingetreten wäre.¹²⁰
- 69** Im **Handelsverkehr** wird im Rahmen der §§ 281-283 BGB auch ohne Nachweis einer konkreten Gewinnaussicht widerleglich vermutet, dass eine eingekaufte Sache zum Marktpreis verkauft werden kann, so dass die Differenz zwischen Einkaufs- und Marktpreis der entgangene Gewinn i.S.v. § 252 BGB ist.¹²¹

4. „Kind als Schaden“¹²²

- 70** Vor allem aus ethischen Gründen wird die Frage diskutiert, ob die Verpflichtung der Eltern zur **Leistung von Unterhalt an ein ungewolltes Kind**, das wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers doch zur Welt kam, ein ersatzfähiger Schaden sein kann.¹²³ Grundlage eines solchen Anspruchs (der Eltern, nicht des Kindes) kann nur eine Verletzung des ärztlichen Behandlungsvertrages sein, jedoch nach h.M. nicht § 823 I BGB, da der Unterhaltsschaden nicht vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst ist.¹²⁴
- 71**
- Die Rspr. bejaht in den Fällen der **ungewollten Schwangerschaft** aufgrund eines Behandlungsfehlers einen Schadensersatzanspruch der Mutter, der die gesamten Unterhaltsaufwendungen sowie ein angemessenes Schmerzensgeld für die schwangerschafts- und geburtsbedingten Beeinträchtigungen umfasst.¹²⁵ Das gilt selbst dann, wenn sich die Eltern zu der Schwangerschaft aufgrund einer fehlerhaften genetischen Beratung des Arztes entschlossen haben und also nicht die Schwangerschaft als solche, sondern nur die genetisch bedingte Behinderung des Kindes ungewollt war; auch insoweit spricht der BGH den gesamten Unterhalt zu (und nicht nur den behinderungsbedingten Mehrbedarf).¹²⁶

72

¹¹⁶ OLG Hamm NJW 1998, 2282; Grüneberg/Grüneberg BGB § 249 Rn. 69; a. A. Martens AcP 209 (2009), 445 (456 ff.).

¹¹⁷ Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Rn. 587.

¹¹⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 727.

¹¹⁹ Vgl. näher Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

¹²⁰ Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 252 Rn. 4.

¹²¹ Vgl. BGHZ 2, 310 (313); BGH NJW 1988, 2234; Grüneberg/Grüneberg § 252 Rn. 6; krit. hinsichtlich der Differenzierung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten MünchKomm/Oetker, § 252 Rn. 48.

¹²² Verwandte Problematik: „Lebensverlängerung als Schaden“. Lesenswert BGH NJW 2019, 1741 = JuS 2019, 577.

¹²³ Vgl. dazu auch Armbrüster, JuS 2007, 508 (509).

¹²⁴ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 22.

¹²⁵ Vgl. BGH NJW 1995, 2407.

¹²⁶ Vgl. BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788.

- Das Gleiche soll auch dann gelten, wenn eine **straflose Abtreibung** (§ 218a StGB) aufgrund eines Behandlungsfehlers **fehlschlägt** oder aufgrund eines Beratungsfehlers **unterbleibt** und das Kind dennoch auf die Welt kommt.¹²⁷ Jedoch ist hier genau zu prüfen, ob der Schwangerschaftsabbruch tatsächlich vorgenommen wurde, um eine Unterhaltspflicht zu vermeiden und nicht aus anderen Gründen (z.B. Schutz des Lebens der Mutter, § 218a II StGB); in letzteren Fällen ist der Unterhaltsschaden regelmäßig nicht vom Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht umfasst und daher nicht ersatzfähig.¹²⁸

Gegen diese Praxis wird eingewandt, dass auf diese Weise eine allgemeine ärztliche Pflicht zur Vermeidung der Geburt bestimmter Kinder angenommen würde, die sich mit dem **Menschenwürdesatz** und der generellen ausnahmslosen **Schutzwicht des Staates für das Leben** (Art. 2 II 1 GG) nicht vereinbaren lässt. Außerdem werde das Lebensrecht und die Menschenwürde des Kindes dadurch missachtet, dass allein seine Existenz zum Anknüpfungspunkt für eine Schadensersatzverpflichtung gemacht wird.¹²⁹ Der BGH hat jedoch an seiner Rechtsprechung trotz dieser Kritik im Wesentlichen festgehalten, da die Belastung der Eltern durch Unterhaltspflichten lediglich aufgrund einer **wirtschaftlichen, wertfreien Betrachtungsweise** festgestellt würde. Nicht die Existenz des Kindes als solche sei damit haftungsauslösend, sondern die Belastung durch die Unterhaltspflicht als wirtschaftliches Faktum. Auch das Kindeswohl sei durch einen derartigen Schadensersatzanspruch nicht gefährdet: Zwar könne das Kind auf diese Weise erfahren, dass es eigentlich ungewollt entstanden ist; andererseits könne gerade in wirtschaftlichen Notlagen der bestehende Schadensersatzanspruch den Eltern erheblich erleichtern, das Kind zu akzeptieren.¹³⁰

5. Schmerzensgeld (§ 253 II BGB)

Der allgemeine Schmerzensgeldanspruch nach § 253 II BGB bildet die wichtigste Ausnahme vom Ausschluss des Ersatzes immaterieller Schäden (§ 253 I BGB). Danach kann im Falle der Verletzung des **Körpers**, der **Gesundheit** oder der **Freiheit** eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden.

a) Bestehen eines Schadensersatzanspruches dem Grunde nach

§ 253 II BGB bildet keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern formt lediglich Schadensersatzansprüche näher aus. Er setzt daher einen Anspruch auf Schadensersatz nach einer anderen Anspruchsgrundlage voraus. Anders als nach der Rechtslage vor dem 1.8.2002 kommt es nicht mehr darauf an, ob sich der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung i.S.d. §§ 823 ff. BGB ergibt. Vielmehr genügt eine Vertragsverletzung (z.B. § 280 I i.V.m. § 241 II BGB) oder ein Anspruch aus Gefährdungshaftung. In den gefährdungshaftungsrechtlichen Spezialgesetzen existieren jeweils – nach der schadensrechtlichen Systematik überflüssige – eigene Regelungen des Schmerzensgeldanspruches, die mit § 253 II BGB inhaltsgleich sind (vgl. etwa §§ 11 S. 2 StVG, 8 S. 2 ProdHaftG, 87 S. 2 AMG).

b) Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld kommt nur für die Verletzung von **Körper, Gesundheit, Fortbewegungsfreiheit und sexueller Entscheidungsfreiheit** in Betracht. In diesen Fällen tritt der

¹²⁷ Vgl. BGHZ 151, 133 = JuS 2002, 1227; BGH NJW 2003, 3411.

¹²⁸ Vgl. BGHZ 143, 389.

¹²⁹ Vgl. insbesondere BVerfGE 88, 203 (296); Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 76 II 1f (S. 383).

¹³⁰ Vgl. BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788 (791 f.), best. durch BVerfG NJW 1998, 519; zust. Losch/Radau NJW 1999, 821.

Anspruch auf billige Entschädigung in Geld aus § 253 II BGB neben den Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten (§ 249 II BGB) und anderer Vermögensschäden (§ 249 I BGB oder § 251 BGB).

- 77** Die Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** ist in § 253 II BGB nicht erwähnt, obwohl die Problematik der immateriellen Entschädigung bei dessen Verletzung dem Gesetzgeber des 2. Schadensrechtsänderungsgesetzes im Jahr 2002 bekannt war.¹³¹ Daher kann diese Vorschrift nach h.M. weder unmittelbar noch analog auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen angewendet werden.¹³² Insoweit bleibt es vielmehr bei dem von der Rechtsprechung praktizierten unmittelbaren Rückgriff auf die Art. 1, 2 GG, aus dem sich bei schwerwiegenden Eingriffen ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld ergibt.¹³³

c) Bemessung des Schmerzensgeldes

- 78** Bei der Bemessung sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, etwa der Verschuldensgrad, die Art der Beeinträchtigung der Geschädigten und auch sonstige Verhaltensweisen des Schädigers (z.B. ein zögerliches Regulierungsverhalten¹³⁴) sowie auch die wirtschaftlichen Verhältnisse von Schädiger und Geschädigter.¹³⁵ Im Einzelnen geht es dabei um folgende **Funktionen des Schmerzensgeldes**:

- Die **Ausgleichsfunktion**, die den Ausgleich der erlittenen Lebensbeeinträchtigung der Geschädigten bezweckt. Sie führt dazu, dass das Schmerzensgeld vom Ausmaß der Beeinträchtigungen, etwa von der Schwere der erlittenen Schmerzen, abhängt.
- Die **Genugtuungsfunktion**, die der Geschädigten eine „Genugtuung“ für das verschaffen soll, was der Schädiger ihr angetan hat. Sie führt dazu, dass bei vorsätzlichen Schädigungen ein höheres Schmerzensgeld zu verhängen ist als bei fahrlässigen Schädigungen; bei der Gefährdungshaftung, wo dem Schädiger kein Fehlverhalten vorwerfbar ist, ist sie demgemäß bedeutungslos.

Die Einbeziehung der Genugtuungsfunktion wird z.T. **kritisiert**, weil sie zu einer Art Privatstrafe führe, die dem Zivilrecht fremd sei.¹³⁶ Gegen diese Kritik wird allerdings zu Recht eingewandt, dass der sachliche Grund für die Genugtuungsfunktion nicht die Bestrafung des Schädigers ist, sondern der Umstand, dass vorsätzliche Eingriffe in die Rechtsgüter der Geschädigten diese stärker erschüttern und belasten als „nur“ fahrlässige Eingriffe.¹³⁷

- Der *BGH* hat schließlich sogar auf den vom Schädiger mit der Rechtsverletzung erzielten Gewinn abgestellt und damit die **Präventionsfunktion** als Gesichtspunkt für die Bemessung des Schmerzensgeldes eingeführt.¹³⁸

IV. Mitverschulden (§ 254 BGB)

79

¹³¹ Vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 24 f.

¹³² Vgl. nur MünchKomm/Oetker, § 253 Rn. 27; Wagner NJW 2002, 2049 (2056 f.); krit. Staudinger/Höpfner, 2021, § 253 Rn. 57.

¹³³ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 63.

¹³⁴ Vgl. OLG Frankfurt NJW 1999, 2447.

¹³⁵ BGHZ 18, 149; BGH BeckRS 2016, 21466 (Rn. 29 ff.). Vgl. auch BGH NJW 2022, 1953: Ablehnung einer taggenauen Schmerzensgeldberechnung.

¹³⁶ Krit. daher etwa Canaris, FS Deutsch, S. 85, 102 ff.; Wagner JZ 2004, 319 (321); Staudinger/Höpfner, 2021, § 253 Rn. 29 ff.; BeckOK/Spindler, 1.11.2023, § 253 Rn. 17.

¹³⁷ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 253 Rn. 13.

¹³⁸ Vgl. BGH NJW 1996, 984 – Caroline von Monaco, gebilligt von BVerfG NJW 2000, 2187; dagegen überzeugend Canaris FS Deutsch, S. 85 ff.: Abschöpfung des Gewinnes über §§ 812 I 1 Alt. 2, 819 I, 285.

Nach § 254 BGB kann die Ersatzpflicht des Schädigers wegen eines Verhaltens der Geschädigten gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein, entweder weil sie selbst zur Entstehung des Schadens (schulhaft) beigetragen hat, oder weil sie nach Eintritt des Schadensfalles gegen ihre Schadensminderungsobliegenheit verstoßen hat.

1. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten (§ 254 I BGB)

Gem. § 254 I BGB hängt bei einem mitwirkenden Verschulden der Geschädigten an der Schadensentstehung der Umfang des Schadensersatzes „von den Umständen“ ab, insbesondere von den jeweiligen **Verursachungsbeiträgen**: Der Schädiger soll den Schaden nur seinem Verantwortungsteil entsprechend ersetzen müssen. § 254 I BGB enthält damit einen elementaren Gerechtigkeitsgrundsatz, der weit über das Schadensrecht hinaus von Bedeutung ist. Lediglich die §§ 122 II, 179 III 1, 442 I, 839 III, 839a II BGB weichen von dieser Grundregel ab und ersetzen sie durch ein starres „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.

a) Voraussetzungen der Anrechnung des Mitverschuldens nach § 254 I BGB

aa) Anwendbarkeit des § 254 BGB

§ 254 BGB ist auf **alle Schadensersatzansprüche** anwendbar, unabhängig davon, ob sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Seine Anwendbarkeit ist aber durch vorrangige Spezialregelungen ausgeschlossen (z.B. §§ 122 II, 179 III, 442 I, 839 III BGB; besonders wichtig: §§ 9, 17 StVG für alle Anspruchsgrundlagen aus dem StVG¹³⁹). Darüber hinaus findet § 254 I BGB auch auf andere Ansprüche Anwendung, die keine Schadensersatzansprüche sind:

- Nach der Rspr. und überwiegenden Lit. ist § 254 BGB auch auf den **Beseitigungsanspruch** aus § 1004 BGB sowie auf den daraus resultierenden Kostenerstattungsanspruch anwendbar.¹⁴⁰
- § 254 BGB wird entsprechend auch im Rahmen des **Gesamtschuldnerausgleiches** zwischen mehreren Schädigern gem. § 840 BGB angewendet.¹⁴¹

bb) Sorgfaltsvorstoß der Geschädigten

Die Geschädigte muss diejenige Aufmerksamkeit und Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren.¹⁴² Dazu gehört insbesondere auch die Einhaltung der allgemein geltenden Rechtsnormen (insbesondere der Verkehrsregeln).

cc) Kausalität

Der Sorgfaltsvorstoß des Geschädigten muss seinerseits **kausal** für die eingetretene Schädigung sein. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der haftungsbegründenden Kausalität.¹⁴³

dd) „Verschulden“

Der Obliegenheitsvorstoß muss **schulhaft**, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig geschehen sein. Nach h.M. ist zudem **Verschuldensfähigkeit** gem. §§ 827, 828 BGB erforderlich.¹⁴⁴ Konsequenterweise wird dann auch § 829 BGB analog gegen die Geschädigte angewendet, wenn diese nicht verschuldensfähig ist, so dass eine Billigkeitsabwägung auch hier eintritt.¹⁴⁵ Z.B. soll die Belastung des

¹³⁹ Vgl. dazu *Systematische Darstellung: Haftung bei Verkehrsunfällen*.

¹⁴⁰ Vgl. BGHZ 135, 235; BGH NJW 1995, 395; abl. Kreissl JZ 1995, 411.

¹⁴¹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 226 f.

¹⁴² Vgl. Grüneberg/*Grüneberg*, § 254 Rn. 8. Zur Zurechnung fremder Sorgfaltsvorstöße s. u. ab Rn. 88.

¹⁴³ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 84 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Larenz Schuldrecht I, § 31 I a; Grüneberg/*Grüneberg*, § 254 Rn. 9.

¹⁴⁵ Vgl. BGHZ 37, 102; MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 34.

Schädigers mit dem vollen Schaden unzumutbar sein, wenn die mitverursachende, aber verschuldenunfähige Geschädigte teilweise Ersatz von der Sozialversicherung erhält. Nach der Gegenmeinung ist § 254 BGB dagegen gerade keine Ausprägung des Verschuldensgrundsatzes, so dass die §§ 827-829 BGB nicht anzuwenden seien; nach dieser Auffassung ist ein Anspruch einer Verschuldensunfähigen unabhängig von den Voraussetzungen der Billigkeitshaftung anteilig zu kürzen, wenn diese den Schaden mitverursacht hat.¹⁴⁶ Freilich ist diese Auffassung mit der Verwendung des Verschuldenskriteriums in § 254 BGB kaum vereinbar.¹⁴⁷

Der *BGH* wendet § 254 I BGB auch beim **Handeln auf eigene Gefahr** an, d.h. wenn sich die Verletzte bewusst selbst gefährdet hat.¹⁴⁸ Nach der Gegenmeinung umfasst dagegen jedenfalls in den Fällen der Gefährdungshaftung schon der Schutzzweck der verletzten Norm die Verletzung nicht,¹⁴⁹ so dass eine Anrechnung nur bei der Verschuldenshaftung möglich ist.

- 85** Über das eigentliche Verschulden hinaus wendet die ganz h.M. § 254 I BGB auch in Fällen (analog) an, in denen die Geschädigte einer **Gefährdungshaftung** unterliegt, z.B. nach § 7 StVG oder § 833 BGB (sog. **mitwirkende Betriebsgefahr** oder Tiergefahr¹⁵⁰). Im Rahmen der jeweiligen Haftungstatbestände (vgl. etwa § 17 II StVG) wird die Mitverursachung durch die Geschädigte unabhängig von deren Verschulden berücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn der Schädiger aus Verschulden haftet.¹⁵¹ Bei „mitwirkender Tiergefahr“ auf Seiten der Geschädigten muss allerdings die Wertung des § 840 III BGB berücksichtigt werden: Bei deren Zusammentreffen mit einer schuldhafte Verletzung erfolgt keine Anrechnung der Tiergefahr, da diese gem. § 840 III BGB subsidiär ist.¹⁵²

ee) Rechtsfolgen des mitwirkenden Verschuldens

- 86** Hat ein „Verschulden“ der Geschädigten zur Schadensentstehung beigetragen, so **mindert** sich die Ersatzpflicht des Geschädigten. Dabei ist primär auf die **Verursachungsbeiträge** abzustellen, d.h. auf das Maß, in dem die jeweiligen objektiven Tatbeiträge kausal für den Verletzungserfolg waren, und erst sekundär auf den jeweiligen Verschuldensgrad. Bei **weit überwiegendem** Verschulden einer Seite (z.B. Vorsatz gegenüber leichter Fahrlässigkeit) kann der Anspruch oder auf der Gegenseite die Anrechnung **völlig ausgeschlossen** sein.¹⁵³
- 87** Ein völliger Haftungsausschluss wird von der Rechtsprechung auch angenommen, wenn sich die Geschädigte bewusst in eine Situation begeben hat, in der ihr die **Eigengefährdung** droht (z.B. bei der Teilnahme an Boxkämpfen oder anderen **besonders gefährlichen Sportarten**¹⁵⁴). Nach a.A. gelten hingegen bei der Teilnahme an schadensträchtigen Sportveranstaltungen (Fußball, Autorennen, ...), wo Rechtsgutsverletzungen auch bei regelgerechtem Verhalten der Beteiligten nie gänzlich ausgeschlossen werden können, bereits **reduzierte Verkehrspflichten**, die den jeweiligen Sportregeln folgen (z.B. den DFB-Fußballregeln). Verletzungen, die bei regelgerechtem

¹⁴⁶ Vgl. etwa *Esser/Schmidt*, § 35 I 3 b (S. 280); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Auflage 2023, Rn. 868 f.; *Staudinger/Höpfner*, 2021, § 254 Rn. 41.

¹⁴⁷ Vgl. *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Rn. 617.

¹⁴⁸ Vgl. *BGH NJW* 1993, 2611; *Brand*, Schadensersatzrecht, § 9 Rn. 19.

¹⁴⁹ Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 84 II 1e und dazu *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1999, 1256.

¹⁵¹ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 14.

¹⁵² Vgl. *OLG Schleswig NJW-RR* 1990, 470; *Grüneberg/Sprau*, § 840 Rn. 12.

¹⁵³ Vgl. dazu etwa *BGH BeckRS* 2013, 11828 (Rn. 19 ff.); *NJW-RR* 2015, 1056 f. (Rn. 10).

¹⁵⁴ Vgl. *BGHZ* 154, 316 (323) = *NJW* 2003, 2018; *BGH NJW-RR* 1995, 857 m.w. Nachw.

Verhalten eintreten, sind nach dieser Auffassung schon nicht vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst, ohne dass es auf ein Mitverschulden noch ankäme.¹⁵⁵

b) Zurechnung des Mitverschuldens Dritter (§§ 254 II 2, 278 BGB)

Gem. § 254 II 2 BGB haftet die Geschädigte auch für das **Mitverschulden ihrer Erfüllungsgehilfen**. 88

Die Verweisung des § 254 II 2 BGB auf § 278 BGB bezieht sich ihrer systematischen Stellung nach nur auf die Schadensminderungsobligation des § 254 II 1 BGB. Es ist aber allgemein anerkannt, dass sie auch auf das mitwirkende Verschulden nach § 254 I BGB anzuwenden ist, also wie ein Absatz 3 zu lesen ist; es handelt sich insoweit um ein Redaktionsversehen.¹⁵⁶

Str. ist, ob die Verweisung auf § 278 BGB eine **Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung** enthält, m.a.W., ob das Tatbestandsmerkmal der „Sonerverbindung“ i.S.v. § 278 BGB vorliegen muss oder nicht.

- Nach einer **Mindermeinung** in der Lit. enthält § 254 II 2 BGB eine **Rechtsfolgenverweisung**; ein bestehendes Schuldverhältnis ist also für die Zurechnung des Verschuldens Dritter nicht erforderlich. Hauptargument hierfür ist, dass der Schädiger auch außerhalb von Sonerverbindungen nicht das Risiko von schuldhafte Obliegenheitsverletzungen aus der Sphäre der Geschädigten tragen soll. Denn auch dann sei die Geschädigte „näher dran“ als der Schädiger. Das Fehlen einer Sonerverbindung sei kein Grund, der eine schärfere Haftung des Schädigers begründen könne.¹⁵⁷
- Nach **h.M.** ist § 254 II 2 BGB dagegen eine **Rechtsgrundverweisung**, wirkt also nur innerhalb bereits bestehender Schuldverhältnisse.¹⁵⁸ Dies wird v.a. mit dem Gleichlauf von Verschulden und Mitverschulden begründet: Nach § 254 I BGB hat die Geschädigte insoweit auf den Schadensersatzanspruch zu verzichten, als sie selbst wegen ihres „Verschuldens“ bzw. der von ihr zu tragenden Betriebsgefahr zum Schadensersatz verpflichtet wäre. Für das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen wie auch ihrer gesetzlichen Vertreter hat sie aber als Schädigerin nur im Rahmen einer Sonerverbindung einzustehen, so dass dies spiegelbildlich auch für das Mitverschulden gelten muss. Allerdings kann nach der Rspr. auch ein deliktisch begründeter Schadensersatzanspruch ein Schuldverhältnis i.S.v. §§ 254 II 2, 278 BGB darstellen, wobei es nur auf die Verwirklichung des Haftungsbegründungstatbestandes ankommt. Bezieht sich ein Mitverschulden einer Hilfsperson auf die Schadensentstehung **nach** diesem Zeitpunkt, so sind die §§ 254 II 2, 278 BGB bereits anwendbar.¹⁵⁹

Die Verweisung des § 254 II 2 BGB wird von der h.M. auch auf **andere Fälle** der Haftung für das Fehlverhalten Dritter erweitert, v.a. auf §§ 31 und 831 BGB.¹⁶⁰

c) Mitverschulden bei Mehrheiten von Schädigern

Recht kompliziert kann die Berechnung des Schadensausgleichs werden, wenn auf Schädigerseite mehrere Personen beteiligt sind. Dies soll an folgendem Beispiel gezeigt werden: A und B verursachen einen Schaden der C.i.H.v. € 12.000. A trifft ein Gesamtverschuldensanteil von 50%, B von 25% und C einen Mitverschuldensanteil von 25%.

¹⁵⁵ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 823 Rn. 896.

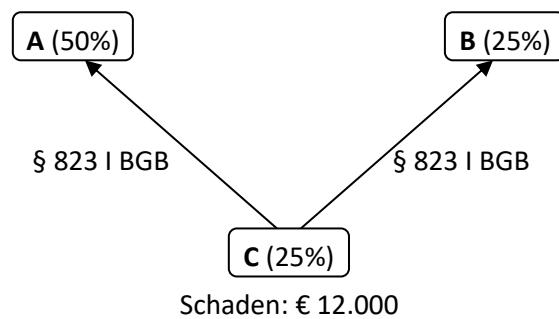
¹⁵⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 754; MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 127 m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. z.B. Lange/Schiemann, Schadensersatz § 10 XI 6; Schlechtriem/Schmidt-Kessel Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2005, Rn. 229.

¹⁵⁸ Vgl. BeckOK/Lorenz, 1.11.2023, § 254 Rn. 41; Staudinger/Höpfner, 2021, § 254 Rn. 95 ff.; Grüneberg/Grüneberg, § 254 Rn. 48; MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 128 f.

¹⁵⁹ BGH BeckRS 2016, 21460 Rn. 38.

¹⁶⁰ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 137 ff.



Die Behandlung des Mitverschuldens variiert je nach der einschlägigen Beteiligungsform:

aa) Mittäterschaft, Teilnahme

- 91 Sind A und B Mittäter gem. § 830 I 1 BGB, so werden ihre Tatbeiträge wechselseitig zugerechnet, d.h. sie werden als eine Person betrachtet und die Summe ihrer Beiträge dem Beitrag der Geschädigten in einer **Gesamtbetrachtung** gegenübergestellt.¹⁶¹ Das Gleiche gilt gem. § 830 II BGB auch bei Anstiftung oder Beihilfe (Teilnahme).

Danach werden im obigen Beispiel die Anteile von A (50%) und B (25%) addiert, so dass beide als Gesamtschuldner (§ 840 BGB) für 75% des Schadens = € 9.000 aufzukommen haben, d.h. die Gesamt-Mitverschuldensquote der C i.H.v. 25% wird vom Gesamtschaden gem. § 254 I BGB abgezogen. Im Innenverhältnis haften A und B nach ihren jeweiligen Anteilen (50% zu 25%, d.h. im Verhältnis 2:1). Von den € 9.000 hat A daher im Ergebnis € 6.000 und B € 3.000 zu tragen. Wer von C über diesen Betrag hinaus in Anspruch genommen wurde, kann vom jeweils anderen Mittäter bzw. Teilnehmer die Differenz nach § 426 BGB verlangen.

bb) Nebentäterschaft

- 92 Bei der Nebentäterschaft, d.h. bei voneinander unabhängigen Tatbeiträgen verschiedener Schädiger, findet keine wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge der Beteiligten statt. Jeder Schädiger wird vielmehr in einer **Einzelbetrachtung** zunächst allein betrachtet und haftet der Geschädigten gegenüber nur nach einer isolierten Abwägung seines Verursachungsbeitrages gegen den der Geschädigten.¹⁶² Dadurch wird sichergestellt, dass kein Schädiger durch die Beteiligung eines weiteren Nebentäters schlechter gestellt wird als er stünde, wenn er den Schaden allein verursacht hätte. Insbesondere muss er selbst bei Insolvenz (oder Unauffindbarkeit) des anderen Nebentäters nur so viel ersetzen, wie er auch ersetzen müsste, wenn der Tatbeitrag des anderen nicht existieren würde.

¹⁶¹ Vgl. Grüneberg/*Grüneberg*, § 254 Rn. 68.

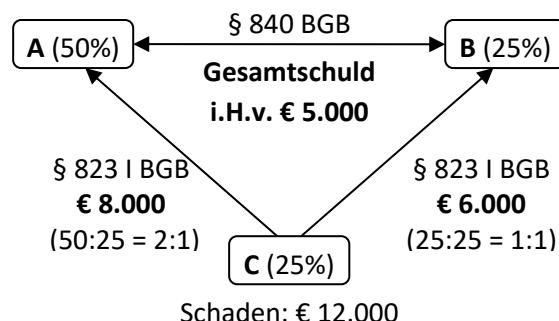
¹⁶² Vgl. BGH NJW 2006, 896; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 82 III 3 a sowie Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 7: „Auf der Flucht“.

Danach kann C hier im Ausgangspunkt von A $\frac{2}{3}$ ihres Schadens (€ 8.000) verlangen, da beide Anteile sich 2:1 verhalten (50:25). Von B kann sie die Hälfte des Schadens (€ 6.000) verlangen, da dessen Verursachungsbeitrag gleich groß ist wie ihr eigener (25:25).

Im Ergebnis darf die Geschädigte bei dieser Vorgehensweise aber weder besser noch schlechter stehen als bei Mittäterschaft, d.h. sie muss insgesamt 75% seines Schadens (€ 9.000) ersetzt erhalten, da ihr eigener Mitverursachungsbeitrag 25 % beträgt. Daher wird die Einzelbetrachtung durch eine **Gesamtbetrachtung modifiziert**, die sämtliche Verursachungsbeiträge berücksichtigt und bestimmt, welcher Betrag der Geschädigten insgesamt zusteht.¹⁶³ Die maximalen Einzelsprüche gegen die einzelnen Schädiger ergeben sich jedoch weiterhin aus der Einzelbetrachtung.

93

Danach kann C entweder A auf € 8.000 in Anspruch nehmen und den Rest (€ 9.000 – € 8.000 = € 1.000) von B verlangen, oder sie nimmt zuerst B auf € 6.000 in Anspruch und verlangt den Rest (€ 9.000 – € 6.000 = € 3.000) von A. Dogmatisch kann dieses Ergebnis durch die Annahme einer **teilweisen Gesamtschuld** erzielt werden: Wenn A die € 8.000 bezahlt, tilgt dies die Schuld des B von ursprünglich € 6.000 gem. § 422 I 1 BGB bis auf einen Restbetrag von € 1.000; wenn B die € 6.000 bezahlt, tilgt dies die Schuld des A von ursprünglich € 8.000 gem. § 422 I 1 BGB bis auf einen Restbetrag von € 3.000. Dies führt zur Annahme einer rechnerischen Gesamtschuld in Höhe von € 5.000 (€ 6.000 – € 1.000 bzw. € 8.000 – € 3.000).¹⁶⁴



cc) Haftungs- oder Zurechnungseinheit

Um Nebentäter handelt es sich nur, wenn die Verursachungsbeiträge der verschiedenen Schädiger aus verschiedenen Richtungen kommend auf das Schadensereignis hingewirkt haben und erst in dem Schadensereignis selbst zusammengetroffen sind.¹⁶⁵ Wenn die Beiträge verschiedener Schädiger aber nach der Anschauung gleichsam „gekapselt“ sind, also gemeinsam *einen* Kaufsbeitrag geleistet haben (z.B. A handelt als Verrichtungsgehilfe des B fehlerhaft, B hat ihn unzureichend überwacht), liegt eine **Haftungseinheit** (auch: **Zurechnungseinheit**) vor. Die beiden Beiträge werden dann einheitlich gewichtet, die beiden Täter haftungsrechtlich wie Mittäter behandelt.¹⁶⁶ Im Beispiel haften A und B also gesamtschuldnerisch auf € 9.000.

94

Typische Beispiele für Haftungseinheiten sind:

- Kfz-Halterin (§ 7 StVG) und Kfz-Führerin (§§ 7, 18 StVG)

¹⁶³ Vgl. BGH NJW 2006, 896; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 82 III 3 a (S. 581).

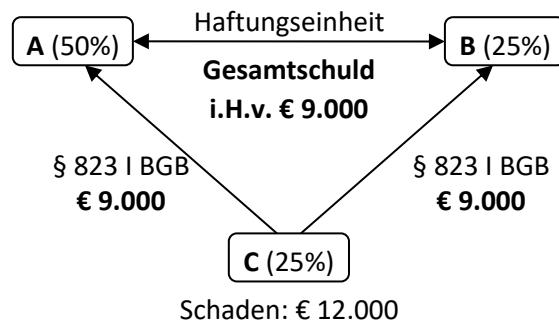
¹⁶⁴ Im Ergebnis ebenso Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 82 III 3 a (S. 582): Suspendierung der Erfüllungswirkung aus § 422 I 1 BGB, soweit und solange der Gesamtbetrag noch nicht getilgt ist; s. auch MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 120 f. mit weiteren dogmatischen Konstruktionsmöglichkeiten.

¹⁶⁵ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 124.

¹⁶⁶ Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 254 Rn. 70; BGH NJW 1996, 2023 (2024).

- Verrichtungsgehilfe (§ 823 I BGB) und Geschäftsherr (§ 831 BGB)
- Jugendliche (§§ 823 I, 828 III BGB) und aufsichtspflichtige Eltern (§ 832 BGB)

Sind daneben andere Nebentäter beteiligt, so wird eine Haftungseinheit wie ein einzelner Nebentäter betrachtet.



dd) Haftung von Alternativtätern (§ 830 I 2 BGB)

- 95 Bei Alternativtätern (§ 830 I 2 BGB) tritt eine gesamtschuldnerische Haftung der Alternativtäter nur in Höhe des geringsten (hypothetischen) Verursachungsbeitrags ein, da die Kausalitätsvermutung nicht weiter reicht.¹⁶⁷

2. Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II 1 BGB)

- 96 § 254 II 1 BGB reduziert den Schadensersatzanspruch, wenn die Geschädigte den Schädiger nicht vor einem besonders hohen Schaden gewarnt hat, oder wenn sie es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.¹⁶⁸ Der Wortlaut des § 254 II 1 BGB verweist zwar auf § 254 I BGB und damit auf die Schadensteilung nach Verursachungsbeiträgen; regelmäßig führt eine Obliegenheitsverletzung nach § 254 II BGB aber zum vollständigen Ausschluss des Ersatzes solcher Schadensposten, die die Geschädigte hätte abwenden bzw. um die sie den Schaden hätte mindern können.¹⁶⁹

- Die Geschädigte hat den Schädiger zunächst vor der Schadensentstehung auf die **Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens** aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte noch kennen musste. Die Norm setzt einen Wissensvorsprung der Geschädigten voraus; kennt auch diese die Gefahr des ungewöhnlich hohen Schadens nicht, muss sie den Schädiger auch nicht darauf aufmerksam machen.¹⁷⁰ Ungewöhnlich hoch ist der Schaden, wenn der Schädiger nach allen Umständen des Falles nicht mit dieser Schadenshöhe rechnen musste.¹⁷¹
- Die Geschädigte trifft ferner eine **Schadensminderungsobliegenheit**, d.h. sie muss alle zuverlässigen Anstrengungen unternehmen, um den Schaden so gering wie möglich zu halten. Das Risiko, dass eine solche Anstrengung fehlschlägt, trägt aber der Schädiger, da die Obliegenheit nur auf die Anstrengung, nicht auf deren Erfolg gerichtet ist. **Vorteile**, die die Geschädigte durch diese obligationsgemäßen Anstrengungen erlangt, muss sie sich nach den

¹⁶⁷ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, § 254 Rn. 71.

¹⁶⁸ Zum dogmatischen Verhältnis beider Vorschriften (§ 254 II 1 als Sonderfall des § 254 I BGB) s. BGH NJW 2020, 766 Rn. 12 ff.

¹⁶⁹ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 108.

¹⁷⁰ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 73 m.w.N.

¹⁷¹ Vgl. etwa BGH NJW 2006, 1426; BGH NJW-RR 2006, 1108 (jeweils zur unterlassenen Wertdeklaration im Transportrecht).

Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen; das gilt jedoch nicht für solche, die sie durch *überobligationsmäßiges* Verhalten erlangt.¹⁷²

Auch im Rahmen von § 254 II BGB haftet die Geschädigte nach **§§ 254 II 2, 278 BGB** für ihre Hilfspersonen und gesetzlichen Vertreter.¹⁷³ Ob man § 254 II 2 BGB hier als Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis sieht, ist unerheblich, da jedenfalls durch den Schadensersatzanspruch ein gesetzliches Schuldverhältnis als Sonderverbindung i.S.v. § 278 BGB entstanden ist. Dies gilt jedoch nur insoweit, als sie sich des Dritten tatsächlich zur *Schadensminderung* bedient, also z.B. nicht dann, wenn sie den Schaden in einer Werkstatt beseitigen lässt (um nach § 249 II BGB den erforderlichen Geldbetrag zu verlangen). Denn die Beseitigung des Schadens obliegt dem Schädiger und nicht der Geschädigten, so dass die Werkstatt nicht im Pflichtenkreis der Geschädigten tätig wird. Diese hat ihrer Schadensminderungsobliegenheit schon durch die Auswahl der günstigsten Werkstatt genügt.¹⁷⁴

V. Besonderheiten des deliktischen Schadensersatzanspruches (§§ 842 ff. BGB)

Für die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung gelten grundsätzlich die §§ 249 ff. BGB, einschließlich des allgemeinen Schmerzensgeldanspruches aus § 253 II BGB. Die §§ 842 ff. BGB enthalten darüber hinaus **Ergänzungen**, die entsprechend ihrer systematischen Stellung nur auf die deliktischen Ansprüche aus den §§ 823 ff. BGB anwendbar sind. Sie gelten also insbesondere nicht für vertragliche Schadensersatzansprüche und Ansprüche aus deliktischen Nebengesetzen wie z.B. dem StVG oder ProdHaftG; in den Sondergesetzen bestehen aber regelmäßig inhaltlich weitgehend übereinstimmende Regelungen (z.B. §§ 7 ff. ProdHaftG, 10 ff. StVG); z.T. werden die §§ 842 ff. BGB ausschnittweise explizit für anwendbar erklärt (z.B. §§ 618 III BGB, 9 II ProdHaftG, 13 II StVG).

1. Ansprüche des Verletzten bei Personenschäden (§§ 842 f. BGB)

Bei Körper- und Gesundheitsverletzung sowie bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts regeln die §§ 842 f. BGB, 11, 13 StVG, 8 f. ProdHaftG die Ansprüche der Geschädigten im Wesentlichen im Einklang mit dem grundlegenden Prinzip der Naturalrestitution. Die genannten Vorschriften enthalten **lediglich konkretisierende Klarstellungen**. Im Einzelnen stehen der Geschädigten bei Personenschäden folgende Schadensposten zu:

- Ersatz der **Heilungskosten**, d.h. der Arzt-, Arznei- und Kurkosten (entspricht im Wesentlichen den Kosten für eine „Naturalrestitution“ i.S.v. § 249 S. 2 BGB). Soweit diese Kosten von einer Kranken- oder Unfallversicherung der Geschädigten übernommen werden, gehen sie gem. § 86 I VVG (für private Versicherungen) bzw. § 116 SGB X (für gesetzliche Versicherungen) auf den jeweiligen Versicherungsträger über, wobei die Geschädigte allerdings vorrangig zu befriedigen ist (vgl. § 86 I 2 VVG bzw. § 116 IV SGB X, sog. Quotenvorrecht¹⁷⁵). Sämtliche Einwendungen des Schädigers, namentlich der Mitverschuldenseinwand, bleiben gem. §§ 412, 404 BGB erhalten. Die Versicherungsleistung mindert insoweit den Schaden nicht (versagte Vorteilsausgleichung¹⁷⁶), führt aber dazu, dass die Geschädigte insoweit nicht mehr aktiv legitimiert ist und also ihren Anspruch nur einklagen kann, „soweit der Anspruch nicht

¹⁷² Vgl. oben Rn. 21.

¹⁷³ Vgl. soeben Rn. 88 f.

¹⁷⁴ Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 31 I c.

¹⁷⁵ Vgl. dazu Armbrüster, NJW 2009, 191.

¹⁷⁶ Vgl. oben Rn. 23.

auf Versicherungsträger übergegangen ist.“ Eine gewillkürte Prozessstandschaft der Geschädigten für ihren Versicherer bleibt aber möglich.¹⁷⁷

- 101 • Zu den Heilungskosten zählt die h.M. auch **Besuchs- und Pflegekosten naher Angehöriger**. Diese sollen grundsätzlich insoweit ersatzfähig sein, als die Besuche bzw. die Betreuungsleistungen medizinisch indiziert sind. In diesem Rahmen werden sie wie andere Heilungskosten ersetzt, d.h. als ob die Angehörigen der Verletzten ihre Aufwendungen (z.B. Fahrtkosten oder Verdienstausfall) in Rechnung gestellt hätten; dass sie aus familiärer Verbundenheit auf eine Erstattung der Aufwendungen verzichten, soll den Schädiger nach dem Gedanken des § 843 IV BGB nicht entlasten (versagte Vorteilsausgleichung¹⁷⁸).¹⁷⁹ Ersatz für die aufgewendete Arbeitszeit (unabhängig von einem anderweitigen Verdienstausfall) können die Angehörigen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen¹⁸⁰ nur verlangen, wenn die Tätigkeit einen Marktwert hat, d.h. wenn sie auch von anderen Personen gegen Entgelt erbracht werden könnte. Bei höchstpersönlichen Betreuungsleistungen, die eine enge Verbundenheit mit der Geschädigten voraussetzen, fehlt es hieran.¹⁸¹
- 102 • Der **Erwerbs-** oder **Verdienstausfall**, wobei auch z.B. (begründete) Aussichten auf eine besser bezahlte Stellung zu berücksichtigen sind (entspricht in etwa § 252 BGB). Erforderlich ist aber, dass der Erwerbsausfall tatsächlich eingetreten oder nach den Umständen zu erwarten ist.¹⁸² Als Erwerbsschaden gilt nach h.M. auch der Ausfall von **Haushaltstätigkeit**, die anderen in Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht geleistet wird, da auch hier eine wirtschaftlich ins Gewicht fallende Arbeitsleistung vorliegt (vgl. die Gleichstellung in § 1360 S. 2 BGB).¹⁸³ Beim Ausfall von Haushaltstätigkeit zur *Eigenversorgung* liegen dagegen „vermehrte Bedürfnisse“ vor (s. sogleich).
- Die Ansprüche wegen Erwerbs- und Verdienstausfall sind nach §§ 843 II BGB, 13 StVG, 9 ProdHaftG in Form einer **Geldrente** zu entrichten, und zwar 3 Monate im Voraus (§ 843 II BGB i.V.m. § 760 BGB).
- 103 • Der Ersatz **vermehrter Bedürfnisse**, also insbesondere bei dauernden Behinderungen der erhöhte Lebensbedarf oder (auch bei vorübergehenden Schädigungen) die Bezahlung einer Haushaltshilfe o.ä. Dieser Schaden kann auch abstrakt berechnet werden, wenn z.B. der Haushalt von Familienmitgliedern in Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht geführt wird (§ 843 IV BGB). Generell können **Unterhaltsleistungen** von Angehörigen der Geschädigten nach § 843 IV BGB den Schädiger nicht im Rahmen der Vorteilsausgleichung entlasten.¹⁸⁴
- 104 • Hinzu kommt das **Schmerzensgeld** nach § 253 II BGB, das in den §§ 842 f. BGB nicht gesondert erwähnt wird.¹⁸⁵

¹⁷⁷ Vgl. OLG Köln NJW-RR 94, 227; Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, VVG § 86 Rn. 33 m.w.N.

¹⁷⁸ Vgl. oben Rn. 23.

¹⁷⁹ Vgl. BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766; BGH NJW 1991, 2340 = JuS 1992, 75; i.E. auch Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 I 1 b (S. 586); s. dazu auch Armbrüster, JuS 2007, 605 (611).

¹⁸⁰ Vgl. oben Rn. 64.

¹⁸¹ Vgl. BGH NJW 1999, 2819.

¹⁸² Vgl. zur Berechnung BGH NJW 1999, 3711; siehe ferner BGHZ 197, 316: Erwerbsschaden entsteht auch, wenn kein Anspruch auf Arbeitsentgelt, sondern ein Anspruch auf Bürgergeld (zum Zeitpunkt der Entscheidung noch Arbeitslosengeld II) infolge der Schädigung entfällt.

¹⁸³ Vgl. BGHZ 50, 304.

¹⁸⁴ Vgl. dazu oben Rn. 23.

¹⁸⁵ Vgl. oben Rn. 74.

2. Ansprüche bei Tötung Dritter (§ 844 BGB)

Nach §§ 844 BGB, 10 StVG, 7 ProdHaftG haben **Dritte**, die mangels eigener Rechtsgutsverletzung keinen Anspruch aus den §§ 823 ff. BGB haben, dennoch einen **eigenen Ersatzanspruch** bei der Tötung einer anderen Person. Die genannten Vorschriften gewähren den Angehörigen also ausnahmsweise einen Anspruch auf den Ersatz reiner (primärer) Vermögensschäden, da diese **keine Verletzung eines eigenen Rechtsguts** im Sinne von § 823 I BGB erlitten haben.¹⁸⁶ Anspruchsgrundlage ist in diesen Fällen § 823 I BGB (oder eine andere deliktische Anspruchsgrundlage) i.V.m. § 844 BGB. Der Tod der anderen Person muss dabei nicht zwingend die ursprünglich haftungsbegründende Rechtsgutsverletzung im Rahmen des § 823 I BGB darstellen. Vielmehr genügt es nach h.M., wenn der Schädiger nach § 823 I BGB für eine (rechtswidrige und schuldhafte) Körperverletzung haftet und der Tod der Verletzten eine dem Schädiger im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zurechenbare Schadensfolge darstellt (z.B. wenn das Opfer wegen bleibender Verletzungsfolgen später Suizid begeht¹⁸⁷); die Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität unterliegt dabei dem reduzierten Beweismaß des § 287 ZPO.¹⁸⁸

- Der Anspruch aus § 844 BGB umfasst zunächst die **Beerdigungskosten** (§§ 844 I BGB, 10 I 2 StVG, 7 I 2 ProdHaftG), falls der Anspruchsteller diese zu tragen hatte (nach § 1968 BGB regelmäßig der Erbe).
- Soweit die Getötete dem Anspruchsteller zum Unterhalt verpflichtet war oder eine solche Verpflichtung später entstanden wäre (z.B. bei Kindern, die im Zeitpunkt des Unfalls bereits gezeugt, aber noch nicht geboren waren), ist der **entgangene Unterhalt** zu ersetzen (§§ 844 II BGB, 10 II StVG, 7 II ProdHaftG). Dabei ist der mutmaßliche durchsetzbare Unterhaltsanspruch unter Berücksichtigung der hypothetischen Einkommensverhältnisse der Getöteten zu Grunde zu legen. Der Schädiger hat grundsätzlich durch eine Geldrente (nach §§ 843 BGB, 13 StVG, 9 ProdHaftG) Ausgleich zu leisten. Die **Mithilfe des Ehegatten im Haushalt** ist nach § 1360 S. 2 BGB ebenfalls eine Unterhaltsleistung, so dass für deren Verlust nach § 844 II BGB, nicht nach § 845 BGB gehaftet wird.¹⁸⁹
- Unter dem Gesichtspunkt der **Vorteilsausgleichung** muss sich der Dritte allerdings anrechnen lassen, was er durch den Unfall erlangt hat. Bei einer Erbschaft ist das zwar **nicht deren Stammwert**, da dieser dem Erben ohnehin (bei einem späteren natürlichen Tod) zugefallen wäre; anrechenbar sind aber diejenigen Vorteile, die er gerade aufgrund des *verfrühten* Erbfalls bis zum mutmaßlichen Erbfall, wie er ohne den Unfall eingetreten wäre, erhalten hat (sog. **Verfrühungsvorteil**).¹⁹⁰

3. Hinterbliebenengeld (§ 844 III BGB)¹⁹¹

Seit 2017 sieht § 844 III BGB einen Anspruch der Angehörigen des unmittelbaren Opfers auf immaterielle Entschädigung (Hinterbliebenengeld) vor, wenn das Opfer getötet wurde. Parallel Vorschriften sehen die gefährdungshaftungsrechtlichen Spezialgesetze in § 10 III StVG und § 7 III ProdHaftG vor.

- Voraussetzung hierfür ist, dass zwischen dem getöteten Opfer und dem Angehörigen ein „**besonderes persönliches Näheverhältnis**“ bestand. Dieses wird gem. § 844 III 2 BGB vermutet, wenn der Hinterbliebene Ehegatte, Lebenspartner, Elternteil oder Kind des Opfers

¹⁸⁶ Vgl. zu diesen Ausnahmen vom Dogma vom Gläubigerinteresse *Diederichsen*, NJW 2013, 641 ff.

¹⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1958, 1579.

¹⁸⁸ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 844 Rn. 13 a.E.

¹⁸⁹ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 II 2 (S. 589); Armbrüster, JuS 2007, 508.

¹⁹⁰ Vgl. Grüneberg/Grüneberg, Vor § 249 Rn. 91 m.N.; Armbrüster, JuS 2007, 411 (416).

¹⁹¹ Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Rn. 643-646.

war. Darüber hinaus können aber auch andere, vergleichbar eng emotional verbundene Personen einen Anspruch aus § 844 III 2 BGB haben.¹⁹²

- Ferner setzt der Anspruch aus § 844 III 1 BGB voraus, dass der Täter gegenüber dem unmittelbaren Opfer einen **Haftungstatbestand nach den §§ 823 ff. BGB** verwirklicht hat. Es genügt allerdings, wenn sich das Verschulden auf die dem Tod vorausgehende Körperverletzung bezieht und der Tod nur dessen (adäquat verursachte) weitere Folge ist.¹⁹³

Der Anspruch steht **unmittelbar den Hinterbliebenen zu**, muss diesen also nicht erst von den Erben des unmittelbaren Opfers abgetreten werden. Anders als die Grundsätze zum Schockschaden¹⁹⁴ besteht der Anspruch auf Hinterbliebenengeld nur im Falle der Tötung des unmittelbaren Opfers. Umgekehrt verlangt § 844 III BGB anders als die Grundsätze zum Schockschaden keine eigene Gesundheitsverletzung des Hinterbliebenen. Wegen dieses unterschiedlichen Anwendungsbereichs und der unterschiedlichen Voraussetzungen bleiben die **Grundsätze über Schockschäden neben dem Anspruch auf Hinterbliebenengeld anwendbar**. Dabei schließen diese die Lücken, wenn die Primärverletzung keine Tötung ist; § 844 III BGB ist insoweit kein Umkehrschluss zu entnehmen. Soweit die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen erfüllt sind, bestehen beide Ansprüche, wobei darauf zu achten ist, dass unterschiedliche immaterielle Aspekte entschädigt werden sollen: Durch den Ersatzanspruch für Schockschäden die eigene (qualifizierte) Gesundheitsverletzung des Hinterbliebenen, durch das Hinterbliebenengeld dessen Leid wegen des Verlusts einer nahestehenden Person.¹⁹⁵

4. Ansprüche Dritter wegen entgangener gesetzlich geschuldeter Dienste (§ 845 BGB)

- 106** Im Falle der Tötung, Verletzung oder Freiheitsberaubung können Dritte nach § 845 BGB auch Ersatz für den **Verlust gesetzlich geschuldeter Dienste** im Haushalt oder Gewerbe verlangen. Allerdings sind *gesetzlich* geschuldete Dienste äußerst selten: Die Dienstleistung unter Ehegatten ist Erfüllung einer Unterhaltpflicht (§ 1360 S. 2 BGB), so dass diese nur im Falle der Tötung nach § 844 II BGB und nie nach § 845 BGB zu ersetzen ist. Damit bleibt für § 845 BGB nur die **Dienstleistungspflicht der Kinder** nach § 1619 BGB (z.B. Pflicht zur Mithilfe auf dem elterlichen Bauernhof).¹⁹⁶ Doch selbst hier geht dem Anspruch der Eltern aus § 845 BGB der des Kindes aus § 842 BGB vor,¹⁹⁷ so dass § 845 BGB nur noch bei der Tötung gesetzlich dienstverpflichteter Kinder relevant ist und damit **nahezu keine praktische Bedeutung mehr** hat.¹⁹⁸

5. Ansprüche wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache (§§ 848 ff. BGB)

- 107** Bestand die unerlaubte Handlung in der Entziehung oder Beschädigung einer Sache, so gelten die nachfolgend beschriebenen Sonderregelungen in den §§ 848 ff. BGB. Bei der Entziehung der Sache durch unerlaubte Handlung (insbesondere Diebstahl und Raub) ist zu beachten, dass das allgemeine Deliktsrecht trotz Bestehens eines EBV wegen § 992 BGB (deliktischer Besitzer) anwendbar ist.

- 108** • Der Schädiger haftet nach § 848 BGB – wie ein Verzugsschuldner nach § 287 S. 2 BGB – auch für den **zufälligen Untergang** oder die zufällige Verschlechterung der Sache, es sei denn, dass diese auch ohne die Entziehung der Sache eingetreten wären. Da er im Rahmen der

¹⁹² Wagner NJW 2017, 2641 (2644).

¹⁹³ Wagner NJW 2017, 2641 (2644).

¹⁹⁴ Dazu Übersicht Deliktsrecht, Rn. 18.

¹⁹⁵ Gleichwohl sind auch beim Hinterbliebenengeld der Ausgleichs- und Genugtuungsgedanke maßgeblich, vgl. BGH NJW 2023, 1438 (1439). Zum Schmerzensgeld s. o. Rn. 79.

¹⁹⁶ Vgl. Grüneberg/Sprau, § 845 Rn. 2.

¹⁹⁷ Vgl. BGHZ 69, 380; Grüneberg/Sprau, § 845 Rn. 8.

¹⁹⁸ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 845 Rn. 3 ff.

haftungsausfüllenden Kausalität ohnehin für Folgeschäden an der Sache haftet, ist die Norm praktisch obsolet.¹⁹⁹

- Den Wert der Ersatzsumme muss der Schädiger nach § 849 BGB vom Zeitpunkt der Bestimmung des zu ersetzenen Wertes an **verzinsen**. Auch insoweit wird er behandelt, als befände er sich im Verzug (*für semper in mora*). 109
- Der Schädiger hat gem. § 850 BGB einen Anspruch auf **Verwendungsersatz** nur nach den §§ 994 ff. BGB, d.h. er kann als bösgläubiger Besitzer Ersatz seiner Verwendungen regelmäßig nur nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen (§ 994 II BGB). Den Verwendungsersatzanspruch kann er gem. § 273 BGB dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers entgegenhalten, sofern er die Sache nicht durch eine *vorsätzliche* unerlaubte Handlung erlangt hat (vgl. § 1000 S. 2 BGB). 110
- Schließlich kann der Schädiger gem. § 851 BGB an den früheren Besitzer der Sache **befreiend leisten**, sofern er hinsichtlich dessen Berechtigung gutgläubig ist (der Eigentümer kann beim früheren Besitzer nach § 816 II BGB Regress nehmen). Nach h.M. gilt dies analog § 935 BGB nicht, wenn die Sache dem Eigentümer **abhandengekommen** ist, da es keinen Unterschied machen könnte, ob der Schädiger den Wert der Sache als Schadensersatz oder als Kaufpreis für die Sache gezahlt hat.²⁰⁰ 111

6. Verjährung des Schadensersatzanspruches und Bereicherungsanspruch (§ 852 BGB)

a) Verjährung des Schadensersatzanspruches (§§ 195, 199 BGB)

Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen der **regelmäßigen Verjährung** nach den §§ 195, 199 BGB, d.h. sie verjähren grundsätzlich in **drei Jahren** ab dem Ende des Jahres, in dem die Verletzte von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen, spätestens in 30 Jahren für Personenschäden bzw. in 10 Jahren für Sachschäden.²⁰¹ Kenntnis vom **Umfang des Schadens** ist dafür nicht erforderlich, so dass die Verjährungsfrist hinsichtlich aller objektiv vorhersehbarer Schadensposten einheitlich abläuft, sobald die Geschädigte weiß, dass ihr *überhaupt* ein Schaden entstanden ist (**Grundsatz der Schadenseinheit**). Bereits in diesem Zeitpunkt ist es ihm möglich und zumutbar, hinsichtlich des Gesamtschadens zumindest eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) zu erheben.²⁰² 112

Für **unvorhersehbare Spätfolgen**, die auch für eine objektive, fachkundige Beobachterin (z.B. einer medizinischen Sachverständigen) nicht voraussehbar waren, verwehrt die Rechtsprechung dem Schädiger allerdings nach Treu und Glauben die Berufung auf die eingetretene Verjährung.²⁰³ Für diese Schäden läuft eine gesonderte dreijährige Verjährungsfrist ab dem Ende des Jahres, in dem die Geschädigte vom Schadenseintritt und dem haftungsausfüllenden Kausalzusammenhang Kenntnis hatte bzw. hätte erlangen müssen.

b) Bereicherungsanspruch nach Verjährung (§ 852 BGB)

Nach Eintritt der Verjährung besteht nach § 852 BGB anstelle des Schadensersatzanspruches ein Bereicherungsanspruch fort. Diese Vorschrift enthält nach h.M. eine **Rechtsfolgenverweisung** 113

¹⁹⁹ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 848 Rn. 2; Meineke JZ 1980, 678; a.A. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 IV (S. 593), die in § 848 BGB eine Haftungserweiterung auch für solche Schäden sehen, die außerhalb des Schutzzwecks des § 823 I BGB liegen.

²⁰⁰ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 IV (S. 593); MünchKomm/Wagner, § 851 Rn. 7.

²⁰¹ Vgl. Grigoleit/Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, Systematische Darstellung Verjährungsrecht (Rn. 661 ff.).

²⁰² Vgl. BGH NJW 1991, 973; BGH NJW 2002, 1414; MünchKomm/Grothe, § 199 Rn. 9 ff.

²⁰³ Vgl. etwa BGH NJW 1991, 973; BGHZ 33, 112 (116) = NJW 1960, 1948.

auf die §§ 818 ff. BGB, so dass es nicht darauf ankommt, ob ein Konditionstatbestand nach den §§ 812 ff. BGB gegeben ist.²⁰⁴ Der Bereicherungsanspruch aus § 852 BGB ist seinen Voraussetzungen nach vielmehr der **ursprüngliche Deliktsanspruch**; lediglich auf der **Rechtsfolgenseite** werden statt den §§ 249 ff. BGB die §§ 818 ff. BGB angewendet, wenn sich der Schädiger mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung beruft.²⁰⁵ Der Schädiger hat also nicht mehr den Schaden des Opfers zu ersetzen, sondern nur noch herauszugeben, was er durch die Schädigung erlangt hat, soweit er noch bereichert ist (§ 818 III BGB).²⁰⁶ Dabei ist bei vorsätzlichen unerlaubten Handlungen die verschärzte Haftung des Bereicherungsschuldners nach den §§ 818 IV, 819, 292 BGB zu berücksichtigen.²⁰⁷

²⁰⁴ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 V 2 (S. 595).

²⁰⁵ Vgl. BGHZ 71, 86.

²⁰⁶ In den sog. „Diesel-Fällen“ ist insoweit streitig, was der Hersteller durch seine unerlaubte Handlung erlangt hat, insbesondere in der Konstellation eines Gebrauchtwagenkaufs vom Vertragshändler. Vgl. dazu eingehend Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Rn. 747 f.

²⁰⁷ Vgl. dazu Grigoleit/Auer, Schuldrecht III – Bereicherungsrecht, Systematische Darstellung *Grundlagen des Bereicherungsrechts* (Rn. 130 ff.).