

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



Vorlesung
Gesetzliche Schuldverhältnisse
Sommersemester 2019

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).....	7
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)	8
cc) Durchführung der Vorteilsausgleichung	8
b) Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen	9
c) Drittschadensliquidation	10
aa) Obligatorische Gefahrentlastung	10
bb) Obhutsverhältnisse	11
cc) Mittelbare Stellvertretung/Treuhandverhältnisse	11
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	13
bb) Erforderlicher Geldbetrag	14
cc) Dispositionsfreiheit des Geschädigten (Abrechnung auf Gutachtenbasis)	14
c) Abzug „Neu für Alt“	14
2. Wertersatz (§ 251 BGB).....	15
a) Voraussetzungen des Wertersatzes.....	15
b) Berechnung des Wertes	15
aa) Sachsubstanzschäden.....	16
bb) Nichterfüllung vertraglicher Pflichten.....	16
cc) Nutzungsausfall	17
dd) Verdienstausschlag.....	18
ee) Eigene Arbeitsleistung des Geschädigten	20
ff) Vertane Urlaubszeit.....	20
gg) Verlust geldwerter Genussmöglichkeiten.....	21
3. Entgangener Gewinn (§ 252 BGB).....	21
4. „Kind als Schaden“	21
5. Schmerzensgeld (§ 253 II BGB).....	22
a) Bestehen eines Schadensersatzanspruches dem Grunde nach.....	22
b) Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit	23
c) Bemessung des Schmerzensgeldes	23
IV. Mitverschulden (§ 254 BGB)	24
1. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten (§ 254 I BGB)	24
a) Voraussetzungen der Anrechnung nach § 254 I BGB.....	24
aa) Anwendbarkeit des § 254 BGB.....	24

* Gekürzte Fassung aus *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV – Delikts- und Schadensrecht, 2. Aufl. 2017.

bb) Sorgfaltsverstoß des Geschädigten	24
cc) Kausalität	25
dd) „Verschulden“	25
ee) Rechtsfolgen des mitwirkenden Verschuldens	25
b) Zurechnung des Mitverschuldens Dritter (§§ 254 II 2, 278 BGB)	26
c) Mitverschulden bei Mehrheiten von Schädigern	27
aa) Mittäterschaft, Teilnahme	27
bb) Nebentäterschaft	27
cc) Haftungs- oder Zurechnungseinheit	28
dd) Haftung von Alternativtätern (§ 830 I 2 BGB)	29
2. Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II 1 BGB)	29
V. Besonderheiten des deliktischen Schadensersatzanspruches (§§ 842 ff. BGB)	30
1. Ansprüche des Verletzten bei Personenschäden (§§ 842 f. BGB)	30
2. Ansprüche Dritter bei Tötung (§ 844 BGB)	32
3. Ansprüche Dritter wegen entgangener gesetzlich geschuldeter Dienste (§ 845 BGB)	32
4. Ansprüche wegen Entziehung oder Beschädigung einer Sache (§§ 848 ff. BGB)	33
5. Verjährung des Schadensersatzanspruches und Bereicherungsanspruch (§ 852 BGB) ...	33
a) Verjährung des Schadensersatzanspruches (§§ 195, 199 BGB)	33
b) Bereicherungsanspruch nach Verjährung (§ 852 BGB)	34

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 Haftungsausfüllungstatbestand 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. Der 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 (Haftungs begründung), nicht auf die einzelnen Schadensposten beziehen. **3**

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

- 4 ● 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 des Geschädigten ausgleichen, ihn aber nicht besser stellen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.
- 5 ● Den §§ 249 II 1, 251 II 1, 254 II 1 BGB lässt sich ferner das sog. **Wirtschaftlichkeitspostulat** entnehmen, wonach unter verschiedenen (gleichwertigen) Ersatzmöglichkeiten grundsätzlich die wirtschaftlichste zu wählen ist.² Der Schädiger schuldet keinen Ersatz für Aufwendungen, die außer Verhältnis zum entsprechenden Nutzen für den Geschädigten 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 der Gläubiger des Schadensersatzanspruches (d.h. der Geschädigte) grundsätzlich nur seinen 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 der 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 des 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 den Geschädigten in den Zustand zu versetzen, in dem er *heute* ohne das schädigende Ereignis stünde. Es ist also die gesamte hypothetische Weiterentwicklung auf Seiten des 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 des 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 auszuschneiden, in de-

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 *Die-derichsen* NJW 2013, 641 ff.

⁵ Allg. M., vgl. nur MünchKomm/Oetker, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 324.

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

nen 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 ggfs. 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.

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

10

1. Äquivalenztheorie (Differenzhypothese)

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

11

a) Bestimmung der realen Lage

Die reale Lage i.S.d. Differenzhypothese ist der aktuelle Bestand des 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 Vorname 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 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

⁷ Vgl. dazu Übersicht Deliktsrecht, Rn. 4.

⁸ Vgl. dazu näher unten Rn. 38 ff.

⁹ Vgl. *BGH NJW-RR 1997, 402*: Nachträgliche Wertsteigerung eines Bauwerks.

Grenzen der Verjährung, §§ 195, 199 BGB¹⁰ – in einem neuen Verfahren geltend gemacht werden; die Rechtskraft der Erstentscheidung steht nicht entgegen.¹¹

Auch **Vorteile**, die der Geschädigte aufgrund des Schadensereignisses erlangt hat (Ersatzverkauf, Rente, Unterhaltsleistungen, Entgeltfortzahlung, Erbschaft, ...), sind in die Differenzhypothese 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 des 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 des 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. ein Schlaganfall bei der hitzigen Diskussion nach einem Verkehrsunfall oder eine Hirnblutung nach einer geringfügigen Ehrverletzung.¹⁵ Besondere **Schadensanlagen** (z.B. dass der Verletzte Bluter ist) führen jedoch nicht zur Verneinung des

¹⁰ Vgl. dazu *Grigoleit/Herresthal* BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2015, Systematische Darstellung Verjährungsrecht (Rn. 511 ff.).

¹¹ Vgl. BGHZ 135, 178 (181) = NJW 1997, 1990; BGH NJW 1997, 3019; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* Zivilprozessrecht, § 153 Rn. 15 ff.; s. zum Ganzen *Brötel* JuS 2003, 429 (433).

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. Palandt/*Grüneberg*, 76. Auflage 2017, Vor § 249 Rn. 26 f.

Adäquanzzusammenhangs: Diese sind für einen objektiv informierten (allwissenden) Beobachter erkennbar und vorhersehbar.¹⁶

3. Schutzzweck der Norm (normative Korrekturen der Differenzhypothese)

Die Differenzhypothese im Sinne einer Untersuchung der Kausalität nach der Äquivalenz- und ggfs. Adäquanztheorie führt zu einer wertungsfreien, rein naturwissenschaftlichen Betrachtung der Vermögensentwicklung des Geschädigten, wie sie infolge des schädigenden Ereignisses eingetreten ist. Dieses Ergebnis bedarf in einigen Fällen der **Korrektur anhand normativer Maßstäbe**, d.h. anhand der Wertungen des Schadensersatzrechts und anhand des Schutzzwecks der verletzten Norm, die gelegentlich den Kreis der ersatzfähigen Schadensposten einschränken.¹⁷

15

Die **Prüfungsprogramme** im Rahmen des „Schutzzwecks der Norm“ dabei sind 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.

16

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 des Geschädigten verändert haben. Im BGB werden erlangte Vorteile unterschiedlich behandelt: Einige Vorschriften bestimmen ihre Anrechnung zu Lasten des 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 unregulierten Fälle erlangter Vorteile anhand des Zwecks des Schadensersatzes differenzierend zu behandeln.

17

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

¹⁷ Zum normativen Schadensbegriff vgl. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 2017, § 23 Rn. 12 ff.

¹⁸ Vgl. soeben Rn. 2 ff.

¹⁹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 98 ff.

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

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

- 18** 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** Die Anrechnung darf ferner dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes nicht widersprechen, d.h. sie muss **dem Geschädigten zumutbar** sein und darf den **Schädiger nicht unbillig entlasten**; andererseits ist auch das schadensrechtliche **Bereicherungsverbot** zu berücksichtigen, das verhindern soll, dass der 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 des Geschädigten** eintreten (z.B. Erbschaft bei Tötung): Diese sind nicht anzurechnen, soweit der 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 der Geschädigte infolge des *früheren* Eintritts des Erbfalles o.ä. erlangt hat.
- 21** ● **Eigene Leistungen** des Geschädigten sind an der Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II BGB zu messen: Bleiben seine Leistungen im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit, so sind die erzielten Vorteile auch anzurechnen.²³ Unternimmt der Geschädigte aber überobligationsmäßige Anstrengungen, so sollen diese dem Schädiger nicht zugute kommen, d.h. eine Anrechnung der dadurch erzielten Vorteile unterbleibt.
- 22** ● **Ersparte Aufwendungen** des 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.

²¹ Vgl. *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 855.

²² Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 110 ff.

²³ Vgl. den „Fahrlehrer-Fall“ BGHZ 55, 329.

- Leistungen einer **privaten Versicherung** beruhen in der Regel auf den Versicherungsbeiträgen des Geschädigten. Sofern nicht ohnehin schon ein Fall der Legalzession nach § 86 VVG vorliegt, ist die Anrechnung jedenfalls ausgeschlossen, damit der Geschädigte den Schaden auch nicht mittelbar über seine Versicherungsbeiträge tragen muss.²⁴
- Bei **freiwilligen Drittleistungen** entscheidet die Zwecksetzung des Dritten: Soll die Leistung nach dem Willen des Dritten auch dem Schädiger zugute kommen (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 dem Geschädigten zugute kommen (zu vermuten etwa bei Unterstützungsleistungen von Angehörigen des Geschädigten), unterbleibt die Anrechnung.²⁵

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 Verdienstausschlag 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.²⁶

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.²⁷

b) Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen

Sehr str. ist die Frage, ob der Geschädigte auch Vorsorgeaufwendungen (Vorhaltekosten) vom Schädiger verlangen kann.²⁸ 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,²⁹ für die Bereithaltung von Reservefahrzeugen bei öffentlichen Verkehrsbetrieben³⁰ und für den Einsatz von Kontrollpersonal bei der GEMA.³¹ Die Ersatzfähigkeit solcher Aufwendungen ist vor allem deshalb problematisch, weil sie nicht im Zusammenhang mit dem konkreten schädigenden Ereignis getätigt wurden. Sie wären in gleicher Weise entstanden, wenn der Schadensfall nicht eingetreten wäre, so dass die **haftungs-**

²⁴ Vgl. auch *Armbrüster* NJW 2009, 191.

²⁵ S. auch *BGH* MDR 2017, 336.

²⁶ Vgl. Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249, Rn. 93, 95; s. als weitere Beispiele *BGHZ* 136, 52 = NJW 1997, 2378; *BGH* NJW-RR 2004, 79.

²⁷ Vgl. *BGHZ* 27, 241 (247).

²⁸ Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 6: *Big Brother*.

²⁹ Vgl. *BGHZ* 75, 230.

³⁰ Vgl. *BGHZ* 32, 280; *OLG Koblenz* NJW-RR 2015, 85.

³¹ Vgl. *BGHZ* 17, 376.

ausfüllende Kausalität zu verneinen ist. Aus diesem Grund lehnt die wohl überwiegende Lehre eine Ersatzfähigkeit grundsätzlich ab.³²

- 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, den Schädiger 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,³³ wohingegen die Überwachungskosten im Kaufhaus nicht zu einer Minderung des späteren Schadens (durch einen Diebstahl) führen und daher auch nicht ersatzfähig sind.³⁴

c) Drittschadensliquidation

- 27 Grundsätzlich kann ein Ersatzberechtigter vom Schadensersatzschuldner immer nur den Ersatz seines eigenen Schadens verlangen (**Dogma vom Gläubigerinteresse**³⁵). 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 des Schädigers unvorhersehbarer Umstand allein auf Grund dogmatischer Argumente zufällig seine Haftung ausschließt: Er 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 des Schädigers durch die Verlagerung des Schadens auf einen Dritten verhindern soll und insofern für den Schädiger **keine zusätzliche Belastung** mit sich bringt, erweitert der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte den Kreis derjenigen Personen, gegenüber denen der Schädiger nach vertraglichen (und nicht nur nach deliktischen) Grundsätzen haftet, und führt so zu einer **zusätzlichen Belastung des Schädigers**.³⁶

³² Vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 199 ff.; Lange/Schiemann Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 VIII 4.

³³ Vgl. BGHZ 32, 280; BGHZ 70, 199.

³⁴ Vgl. BGHZ 75, 230 (237); s. zum Problem sowie zur Ersatzfähigkeit ausgesetzter Fangprämien Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 6: Big Brother.

³⁵ Vgl. oben Rn. 7.

³⁶ Vgl. zum Ganzen eingehend Neuner JZ 1999, 126 ff.

Über die anerkannten Fallgruppen hinaus ist die h.M. äußerst zurückhaltend gegenüber der Zulassung einer Drittschadensliquidation.³⁷ Denn außerhalb dieser Fallgruppen würde die Liquidation eines Drittschadens praktisch immer zu einer zusätzlichen Belastung des Schädigers führen, die von diesem Rechtsinstitut gerade nicht gedeckt ist.

aa) Obligatorische Gefahrentlastung

In dieser Fallgruppe hat der Eigentümer 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: Verkäufer V versendet die verkaufte Ware auf Verlangen des (unternehmerischen) Käufers K an diesen. Auf dem Transportweg beschädigt der Spediteur 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 Eigentümer (und hat daher einen Anspruch aus § 823 I BGB), er hat aber keinen Schaden, weil er wegen § 447 I BGB von K trotz der Beschädigung den vollen Kaufpreis verlangen kann und also wirtschaftlich betrachtet keine Einbuße erleidet.

In diesen Fällen gewährt die noch h.M. dem Eigentümer die Möglichkeit, den Schaden des Dritten vom Schädiger ersetzt zu verlangen. Eine neuere Ansicht³⁸ kommt dagegen nach dem **objektiven Schadensbegriff** zu einem **eigenen Schaden des Eigentümers**: Seine Sache sei objektiv untergegangen; dass er wirtschaftlich letztlich nicht geschädigt sei, weil er den Kaufpreis dennoch verlangen kann und auf die Sache ohnehin verzichten wollte, spiele im Zusammenhang mit dem Schaden keine Rolle. Schließlich entfele ein Schaden auch nicht allein deshalb, weil der Eigentümer 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.³⁹ Danach ist in diesen Fällen ein **eigener Schaden des Eigentümers** zu bejahen, so dass die Konstruktion der Drittschadensliquidation nicht erforderlich ist.

31

bb) Obhutsverhältnisse

Wer als berechtigter Besitzer über die Sache eines 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 des Dritteigentümers der Sache liquidieren.⁴⁰

32

Beispiel: Der Mieter M eines Mietwagens stellt diesen während eines Opernbesuches auf einem bewachten Parkplatz ab (Verwahrungsvertrag, §§ 688 ff. BGB⁴¹). Unter ungeklärten Umständen wird das Auto vom Parkplatz gestohlen. Hier steht dem Kfz-Eigentümer gegen das Bewachungsunternehmen ein eigener Anspruch allenfalls aus § 831 I BGB zu (Verkehrspflicht aufgrund Übernahme), für den er ein Verschulden des Wachmannes beweisen muss, und bei dem die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises nach § 831 I 2 BGB besteht. M hat dagegen einen

³⁷ 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.

³⁸ Vgl. *Larenz* Schuldrecht I, § 27 IV b 1, S. 463 f.; *Medicus/Lorenz* Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 700.

³⁹ Vgl. ebenso i.E. *MünchKomm/Oetker*, § 249 Rn. 299 ff.

⁴⁰ Vgl. *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 109; *MünchKomm/Oetker*, § 249 Rn. 305; *Armbrüster* JuS 2007, 605 (609 f.).

⁴¹ Vgl. *MünchKomm/Henssler*, 6. Auflage 2012, § 688 Rn. 52.

vertraglichen Anspruch aus § 280 I BGB gegen das Bewachungsunternehmen, für den § 278 BGB und die Verschuldensvermutung nach § 280 I 2 BGB gelten.

Allerdings wird man in diesen Konstellationen auch häufig einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte annehmen können, auf Grund dessen der Dritte einen eigenen vertraglichen Anspruch hätte.⁴²

cc) Mittelbare Stellvertretung/Treuhandverhältnisse

- 33 In den Fällen der mittelbaren Stellvertretung, wo der „Vertreter“ (z.B. Kommittent oder Spediteur) ausschließlich im (wirtschaftlichen) Interesse eines Dritten handelt, kann er unstreitig den **Schaden des Hintermannes** geltend machen.⁴³

Beispiel: Kommissionär K kauft im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten D auf einer Auktion ein wertvolles Gemälde. Bei dessen Übergabe beschädigt der Verkäufer V das Bild schuldhaft, so dass es restauriert werden muss. Hier hat K zwar einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen V, aber keinen eigenen Schaden, weil er dem D nach § 384 II HGB nur dasjenige herausgeben muss, was er 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 der „Stellvertreter“ 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 einem anderen zusteht als wirtschaftlich. Sofern der Treugeber keinen eigenen Anspruch hat, kann der Treunehmer daher den Schaden des Treugebers liquidieren.

dd) Umfang des Schadensersatzes

- 34 Problematisch ist bei der Drittschadensliquidation noch, **wie hoch** der zu ersetzende Schaden ist: Nach einer Meinung soll der ersatzfähige Drittschaden den Schaden nicht überschreiten dürfen, der beim Anspruchsinhaber (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.⁴⁴

Allerdings ist dieser fiktive Schaden oft schwer oder gar nicht zu berechnen. Zudem soll es dem Schädiger unstreitig zugute kommen, wenn der Schaden durch die Verlagerung geringer ausfällt. Daher bestimmt die h.M. den Schaden **ausschließlich nach der Person des Dritten**.⁴⁵

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 **Integritätsinter-**

⁴² 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.

⁴³ Vgl. MünchKomm/*Oetker* § 249 Rn. 296 ff. m.w.N.; *Armbrüster* JuS 2007, 605 (609).

⁴⁴ Vgl. z.B. *Neuner* JZ 1999, 126 (131 f.); a.A. MünchKomm/*Oetker*, § 249 Rn. 298.

⁴⁵ Vgl. Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 107; *BGH* VersR 1972, 1138 (1140).

se des 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).

- **Wertersatz**, d.h. bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Naturalrestitution soll wenigstens das **Wertinteresse** erhalten werden. Bei Nichtvermögensschäden tritt an die Stelle des Wertersatzes (der 0 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 Wertersatzes 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.⁴⁶ **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 des Geschädigten, nicht lediglich sein Wertinteresse. Auch ein wirtschaftlich wertloser Gegenstand ist danach grundsätzlich wiederzubeschaffen oder wiederherzustellen.⁴⁷ Dies kann auf zwei Wegen geschehen: Durch Wiederherstellung durch den Schädiger, § 249 I BGB oder durch Ersatz des erforderlichen Geldbetrages, den der 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.⁴⁸ 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 den Geschädigten 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.⁴⁹ **39**

b) Ersatz des erforderlichen Geldbetrages, § 249 II BGB

40

⁴⁶ Vgl. dazu unten Rn. 73 ff.

⁴⁷ Vgl. MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 321.

⁴⁸ S. Spancken/Schneidenbach JuS 2012, 298 (300).

⁴⁹ Vgl. BGHZ 145, 121 = NJW 2001, 436 (438) = JuS 2001, 295; BGH NJW 1998, 302.

Damit der Geschädigte sich bzw. seine Rechtsgüter nicht noch einmal dem Schädiger anvertrauen muss, kann er nach § 249 II BGB auch den **erforderlichen Geldbetrag** verlangen, um die Naturalherstellung selbst vorzunehmen (bzw. vornehmen zu lassen). Dies ist nicht mit dem Wertersatz nach § 251 BGB zu verwechseln: § 249 II BGB regelt genau wie § 249 I BGB die Naturalrestitution; 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 Rufs⁵⁰). Die Abgrenzung zum Wertersatz ist im Einzelnen aber gelegentlich kompliziert und umstritten, insbesondere bei der Wiederbeschaffung eines Kfz.⁵¹

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.⁵² Die h.M. stellt insoweit darauf ab, ob die Naturalrestitution das Integritätsinteresse des Geschädigten tatsächlich befriedigen kann, für den Geschädigten also **gleichartig und gleichwertig** wie die ursprüngliche 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 den Geschädigten gleichwertig ist, also keine besonderen immateriellen Interessen gerade an der beschädigten Sache bestanden.⁵³

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**:⁵⁴ 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“.⁵⁵ Unter verschiedenen Möglichkeiten zur Schadensbehebung ist danach diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert.

cc) Dispositionsfreiheit des 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 der 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

⁵⁰ Vgl. BGHZ 66, 182 = NJW 1976, 1198; im konkreten Fall allerdings wegen des Vorrangs des presserechtlichen Gegendarstellungsanspruches abgelehnt.

⁵¹ Vgl. dazu *Systematische Darstellung: Haftung bei Verkehrsunfällen*.

⁵² Vgl. BGHZ 66, 239 (243); MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 365 f. m.w.N.

⁵³ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 325 ff.

⁵⁴ Vgl. etwa BGHZ 163, 180 (184) = NJW 2005, 2541; BGH NJW 2006, 2621 (2622); Brand Schadensrecht, § 5 Rn. 19; krit. gegenüber der systematischen Einordnung MünchKomm/Oetker, § 249 Rn. 384 ff. m.w.N.

⁵⁵ 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).

dessen konkrete Verwendung ankäme (sog. **Dispositionsfreiheit** des Geschädigten⁵⁶). Zwar darf der Geschädigte am Schadensfall nicht „verdienen“; aber seine überobligationsmäßige Eigenleistung soll dem Schädiger nicht zugute kommen.⁵⁷ Dies soll sogar dann gelten, wenn der Geschädigte die Reparatur tatsächlich zu einem günstigeren Preis durchführen lassen konnte.⁵⁸ Das gilt aber nicht bei **Personenschäden**, da der menschliche Körper nicht kommerzialisiert werden soll.⁵⁹

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 (**Werkstatttrisiko**) 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.⁶⁰

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,⁶¹ was die Gesetzesverfasser als Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot ansahen. Durch diese Regelung billigt der Gesetzgeber inzident den Ersatz fiktiver Reparaturkosten, weil *nur* die fiktive Umsatzsteuer nicht ersatzfähig sein soll.

c) Abzug „Neu für Alt“

Im Rahmen der Naturalrestitution kann es geschehen, dass der geleistete Ersatz den Geschädigten besser stellt, als er 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 dem Geschädigten nicht verbleiben, weil er vom Zweck des Schadensersatzes – Herstellung des hypothetischen Zustandes ohne das schädigende Ereignis – nicht gedeckt ist (sog. **schadensrechtliches Bereicherungsverbot**).⁶² Dieser sog. Abzug „Neu für Alt“ wird je nach Art der Naturalrestitution entweder durch einen Gegenanspruch des Schädigers gegen das Wiederherstellungsverlangen (bei § 249 I BGB) oder durch die Verrechnung des Vorteils mit dem Zahlungsanspruch des Geschädigten (bei § 249 II BGB). Für die Höhe des Abzugs ist entscheidend, inwieweit der Geschädigte von der Werterhöhung profitiert – insbesondere durch eine Verlängerung der Nutzungsdauer.⁶³

⁵⁶ Vgl. *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, *Fall 8: Sauerei*.

⁵⁷ Vgl. *BGH NJW* 1992, 1618.

⁵⁸ Vgl. *BGH NJW* 1989, 3009.

⁵⁹ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 249 Rn. 381; *BGHZ* 97, 14; vgl. *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, *Fall 8: Sauerei*.

⁶⁰ Vgl. *BGH NJW* 1992, 302 (304).

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

⁶² Vgl. dazu *Palandt/Grüneberg*, *Vorb v § 249 Rn. 97 ff.*

⁶³ Vgl. für entsprechende Anwendung der Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung *Medicus/Lorenz* Schuldrecht I, Rn. 690.

2. Wertersatz (§ 251 BGB)

- 47 Ist eine Wiederherstellung in Natur nicht möglich oder nicht genügend, so hat der Schädiger nach § 251 BGB den Geschädigten 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. §§ 651f, 847 BGB); der Geschädigte hat dort einen Anspruch auf billige Entschädigung in Geld.⁶⁴

a) Voraussetzungen des Wertersatzes

- 48 Der Wertersatz ist gegenüber der Naturalrestitution nach § 249 BGB **subsidiär**. Nach § 251 BGB kommt er nur in den folgenden Fällen in Betracht:⁶⁵

- 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.⁶⁶
- Wenn die Naturalherstellung **für den Geschädigten ungenügend** ist (§ 251 I Alt. 2 BGB). Dies ist z.B. der Fall, wenn diese unverhältnismäßig lange dauern würde und daher der Geschädigte objektiv kein Interesse daran hat.⁶⁷
- 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 des Geschädigten mit zu berücksichtigen, so dass nicht jede kleine Überschreitung des objektiven Wertes gleich zur Anwendung des § 251 II BGB führt. Der 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%.⁶⁸

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 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.⁶⁹

b) Berechnung des Wertes

- 49 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

⁶⁴ Vgl. unten Rn. 73 ff.

⁶⁵ S. *Spancken/Schneidenbach* JuS 2012, 298 (301).

⁶⁶ Vgl. dazu oben Rn.41.

⁶⁷ Vgl. MünchKomm/*Oetker*, § 251 Rn. 13.

⁶⁸ Vgl. näher *Systematische Darstellung: Haftung bei Verkehrsunfällen* sowie *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV,, *Fall 8: Sauerei*.

⁶⁹ *BGH* NJW 2016, 1589 (Rn. 22ff.).

II BGB – *nicht* der Aufwand zur Wiederherstellung, sondern die beim Geschädigten eingetretene **Vermögensminderung**;⁷⁰ 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).

50

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 vertragsbezogener Aufwendungen durch den Vorteil der erwarteten Gegenleistung ausgeglichen worden wären, so dass auch diese beim Scheitern des Vertrags zu ersetzen sind (sog. **Rentabilitätsvermutung**).⁷¹

51

cc) Nutzungsausfall

Wird eine Sache beschädigt oder vorenthalten⁷², so entgehen dem 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; der 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 ersetzen ist.⁷³ Teilweise wird insoweit vertreten, es handele sich um einen bloßen immateriellen Schaden, der wegen § 253 I BGB nicht ersatzfähig sei.⁷⁴ Gleichwohl soll es nach h.M. den Schädiger nicht entlasten, wenn der Geschädigte auf die Anmietung eines Ersatzes (die der Schädiger ja voll ersetzen müsste) verzichtet und dafür Bequemlichkeitseinbußen in Kauf nimmt.⁷⁵ Dogmatisch wird die Ersatzfähigkeit des abstrakten Nutzungsausfalls auf zwei verschiedene Arten begründet:

52

- Eine Meinung argumentiert mit dem **Frustrierungsgedanken**: Aufwendungen, die der 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

53

⁷⁰ Vgl. MünchKomm/Oetker, § 251 Rn. 14.

⁷¹ 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.

⁷² Z.B. BGH NJW 2014, 1374 = JuS 2014, 934: Verzug des Bauträgers mit der Übergabe der herzustellenden Eigentumswohnung.

⁷³ Vgl. dazu auch Armbrüster JuS 2007, 411 (415 f.).

⁷⁴ So etwa Lange/Schiemann Schadensersatz § 6 VII 4b, S. 285.

⁷⁵ Vgl. Medicus/Lorenz Schuldrecht I, Rn. 715 sprechen von einer „Sparsamkeitsprämie“.

eine solche Amortisation durch Nutzung zeitweise nicht eintreten, so sind diese Aufwendungen umsonst getätigt, so dass ein abstrakter „Frustrationschaden“ vorliegt.⁷⁶ 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 des Geschädigten abhängt), vor allem aber keine Abgrenzungsmöglichkeit gegenüber solchen Frustrationschäden bietet, die auf einer anderen Schadensursache als der konkreten Sachbeschädigung beruhen:⁷⁷ Auch wenn der Geschädigte selbst im Krankenhaus liegt, kann er viele seiner Sachen nicht nutzen; es wäre unhaltbar, ergäbe sich als Konsequenz der Frustrationslehre, auch insoweit einen ersatzfähigen Vermögensschaden anzunehmen, weil er alle seine Güter in dieser Zeit nicht nutzen kann.⁷⁸

Die Frustrationslehre 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 Aufwendungsersatz aus § 284 BGB.

- 54 ● Die inzwischen h.M. kombiniert die Frustrationslehre 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.⁷⁹ Der Schaden ist dann dieser **Marktpreis** (etwa Mietkosten für eine vergleichbare Sache) abzüglich des Unternehmergewinnes und der allgemeinen Betriebskosten des Unternehmers.⁸⁰ Um einer unerträglichen Ausweitung von Schadensersatzansprüchen entgegenzuwirken, stellt die Rechtsprechung aber folgende einschränkende Voraussetzungen auf:
- 55 (1) Das geschädigte Gut muss ein Wirtschaftsgut „von **allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung**“ sein.⁸¹ Bei bloßen Luxusgütern kann danach kein Nutzungsausfall gewährt werden.⁸²
- (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 des 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 der Geschädigte in der fraglichen Zeit die Sache ohnehin nicht hätte nutzen können (etwa weil er selbst im Krankenhaus lag und daher nicht Auto fahren konnte; hier fehlt die sog. hypothetische Nutzungsmöglichkeit) oder wenn er eine andere Sache stattdessen benutzen konnte, die sonst unbenutzt geblieben wäre (hier fehlt der hypothetische Nutzungswille).

⁷⁶ Vgl. Löwe NJW 1964, 701; Köndgen AcP 177 (1977) 1, 26 ff.

⁷⁷ Vgl. Larenz Schuldrecht I, § 29 II c.

⁷⁸ Einschränkend insoweit Köndgen AcP 177 (1977) 1, 28.

⁷⁹ Vgl. ausf. Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 8: „Sauerei“.

⁸⁰ Vgl. BGHZ 63, 98 (102).

⁸¹ Vgl. BGHZ 98, 212; insbesondere Kfz, Fahrrad, eigengenutzte Wohnung.

⁸² 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.

dd) Verdienstaussfall

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

- Bei **unselbständig Beschäftigten** besteht der Verdienstaussfall trotz der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber (§ 6 EFZG) in vollem Umfang, da insoweit die Vorteilsausgleichung versagt wird.⁸³ Dabei ist der Bruttolohn zugrunde zu legen, da für den Arbeitnehmer in dieser Zeit auch Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden müssen. Wegen der Legalzession ist der Anspruch insoweit aber vom Arbeitgeber geltend zu machen, sofern er den Geschädigten nicht zur Prozessführung ermächtigt (gewillkürte Prozessstandschaft).⁸⁴ **56**
- **Selbständige** können ihren Verdienstaussfall nur **konkret** nach § 252 BGB als entgangenen Gewinn geltend machen, wobei ihnen die Vermutung des § 252 S. 2 BGB hilft.⁸⁵ **57**
- **Arbeitslose** haben zwar keinen konkreten Verdienstaussfall; bei ihnen tritt aber bei verletzungsbedingter Arbeitsunfähigkeit gem. § 126 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 des Arbeitslosen geltend machen.⁸⁶ Gleiches gilt sogar hinsichtlich des Anspruches auf Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) aus § 19 SGB II, soweit der Geschädigte infolge der Rechtsgutsverletzung erwerbsunfähig geworden ist, so dass die Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld II weggefallen sind.⁸⁷ Zwar erhält der Arbeitslose in diesem Fall eine Erwerbsminderungsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung; zum Ausgleich erhält der Rentenversicherungsträger aber nach § 116 SGB X den Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger. Gleiches gilt sogar hinsichtlich des Anspruches auf Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) aus § 19 SGB II, soweit der Geschädigte infolge der Rechtsgutsverletzung erwerbsunfähig geworden ist, so dass die Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld II weggefallen sind.⁸⁸ Zwar erhält der Arbeitslose in diesem Fall eine Erwerbsminderungsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung; zum Ausgleich erhält der Rentenversicherungsträger aber nach § 116 SGB X den Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger. In diesem Fall ist der Vorteil, der in der Erwerbsminderungsrente liegt, in der Schadensbilanz nicht auszugleichen (versagte Vorteilsausgleichung bei *cessio legis*⁸⁹). **58**
- Die (vorübergehende) **Einbuße der Arbeitskraft** als solche – d.h. ohne einen daraus resultierenden Verdienstaussfall – ist nach h.M. dagegen kein ersatzfähiger Vermögensschaden. Die folgt daraus, dass die Erwerbsfähigkeit als solche nicht in gesicherter Form kommerzialisiert ist.⁹⁰ Zudem wird dies mit dem Wortlaut des § 11 StVG begründet, der ausdrücklich **59**

⁸³ Vgl. oben Rn. 23.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Vgl. näher unten Rn. 67.

⁸⁶ Vgl. *BGH NJW* 2008, 2185; zust. *Huber JZ* 2008, 1114 ff.

⁸⁷ Vgl. *BGH NJW* 2014, 303.

⁸⁸ *BGH NJW* 2014, 303.

⁸⁹ Vgl. oben Rn. 23.

⁹⁰ Vgl. *BGH NJW* 2014, 303.

auf den Vermögensnachteil *infolge* der Minderung der Erwerbsfähigkeit und nicht auf die Minderung selbst abstellt.⁹¹

- 60 ● 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.⁹²
- 61 ● Bei sog. „**anrühigem Erwerb**“ (insbesondere bei Einkünften von Prostituierten) wollte der *BGH* keinen Verdienstausschluss gewähren, sondern nur ein „existenzdeckendes Einkommen“, damit nicht über den Schadensersatz die „sittenwidrige“ Verdienstmöglichkeit doch realisiert wird.⁹³ Diese Auffassung, die schon zum früheren Recht Bedenken ausgesetzt war,⁹⁴ lässt sich nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes im Jahr 2002 nicht mehr aufrechterhalten. Denn einer Prostituierten steht nunmehr nach § 1 ProstG grundsätzlich ein durchsetzbarer Anspruch auf ihr Entgelt zu, der von der Rechtsordnung auch schadensrechtlich zu schützen ist.
- 62 ● 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 Verdienstausschluss.⁹⁵ Denn der gesetzlich verbotene Gewinn darf auch nicht über den „Umweg“ des Schadensersatzes realisiert werden.

ee) Eigene Arbeitsleistung des Geschädigten

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

- 63 ● 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 **Marktwert** haben, wenn also die entsprechende Tätigkeit am Markt angeboten wird und von Dritten gegen Entgelt wahrgenommen werden könnte, und der Geschädigte diese Tätigkeit mit der gleichen Qualität vornimmt.⁹⁶ Dies ist bei Reparaturleistungen durch einen qualifizierten Geschädigten der Fall, nicht aber z.B. bei einem erhöhten Zeitaufwand für elterliche Zuwendung, die nicht von einem Dritten wahrgenommen werden könnte.⁹⁷
- 64 ● Der eigene Zeitaufwand zur **Schadensermittlung** und zur **Abwicklung** des Schadensfalles ist dagegen grundsätzlich nicht ersatzfähig.⁹⁸ Vielmehr ist § 91 I ZPO insoweit eine vorrangige Erstattungsregelung, die zugleich die erstattungsfähigen Kosten auf dasjenige beschränkt,

⁹¹ Vgl. BGHZ 54, 45; *BGH NJW* 2014, 303; a.A. *Würthwein JZ* 2000, 337.

⁹² Vgl. BGHZ 50, 304; *OLG Hamm NZV* 2008, 564 (565 f.); s. zur Behandlung als Erwerbsschaden nach § 842 BGB auch unten Rn. 101.

⁹³ Vgl. BGHZ 67, 119.

⁹⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf NJW* 1970, 1852; *MünchKomm/Oetker*, 4. Aufl. 2001, § 252 Rn. 9 ff.

⁹⁵ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 252 Rn. 7; BGHZ 67, 119 (12); *Medicus/Lorenz Schuldrecht I*, Rn. 732.

⁹⁶ Vgl. BGHZ 131, 220.

⁹⁷ Vgl. BGHZ 106, 28 (31).

⁹⁸ Vgl. BGHZ 66, 112; anders bei tatsächlich entstandenen Kosten, etwa für Gutachten zur Ermittlung der Schadensursache.

was für eine „zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig“ ist; hierin liegt eine Parallele zur Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 II 1 BGB.⁹⁹

ff) Vertane Urlaubszeit

Die frühere Rspr. wendete den Kommerzialisierungsgedanken¹⁰⁰ auch auf Urlaubszeit an, so dass vertane Urlaubszeit dann als Vermögensschaden ersatzfähig war, wenn z.B. ein Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers durch Arbeitsleistung oder die Freizeit eines Selbständigen durch Einstellung einer Ersatzkraft „**erkauft**“ war.¹⁰¹ Die heute h.M. entnimmt allerdings § 651f 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.¹⁰²

65

Allerdings steht § 253 I BGB einer **Einzelanalogie zu § 651f II BGB** nicht entgegen, so dass nach 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 § 651f 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.¹⁰³

Von einem Schadensersatz für vertane Urlaubszeit zu unterscheiden ist allerdings der Ersatz für **gescheiterte Urlaubsreisen**, etwa wenn eine gebuchte Pauschalreise wegen des Schadenseignisses 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.¹⁰⁴

gg) Verlust geldwerter Genussmöglichkeiten

Gescheiterte Urlaubsreisen bilden damit einen Unterfall des Verlusts reiner Genussmöglichkeiten, wie er etwa auch bei **verpassten Konzert- oder Theaterbesuchen** vorliegt. Die h.M. wendet hier ebenfalls den Kommerzialisierungsgedanken an:¹⁰⁵ Danach kann wegen des entgangenen immateriellen Genusses Wertersatz gem. § 251 BGB verlangt werden, wenn der Verletzte die Genussmöglichkeit infolge der Verletzung *endgültig* nicht mehr wahrnehmen kann.¹⁰⁶ Ist die Nachholung möglich, so schuldet der Schädiger unstreitig Naturalrestitution in Gestalt der Ermöglichung der Nachholung (z.B. durch Kauf einer neuen Eintrittskarte für eine andere Vorstellung des gleichen Programmes).

66

3. Entgangener Gewinn (§ 252 BGB)

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.¹⁰⁷ Relevanter ist die **Beweiserleichterung** des § 252 S. 2 BGB: Der Geschädigte muss kein konkretes entgangenes Geschäft mit konkretem Gewinn beweisen, sondern es genügt, wenn er solche Umstände darlegt (und beweist), die die **Wahrscheinlichkeit** des Gewinns

67

⁹⁹ S. dazu unten Rn. 95 ff.

¹⁰⁰ Vgl. soeben Rn. 54.

¹⁰¹ Vgl. z.B. BGHZ 63, 98.

¹⁰² Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 249 Rn. 70; MünchKomm/*Oetker* § 249 Rn. 95.

¹⁰³ Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 249 Rn. 71 m.N.; *Armbrüster* JuS 2007, 508 (509).

¹⁰⁴ Vgl. *Armbrüster* JuS 2007, 508 (509); *Brandt* Schadensrecht, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 6 f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu soeben Rn. 54.

¹⁰⁶ Vgl. *OLG Hamm* NJW 1998, 2282; Palandt/*Grüneberg* § 249 Rn. 69.

¹⁰⁷ Vgl. *Medicus/Lorenz* Schuldrecht I, Rn. 727.

begründen (Ergänzung von § 287 ZPO¹⁰⁸). 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.¹⁰⁹

- 68 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.¹¹⁰

4. „Kind als Schaden“

- 69 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.¹¹¹ 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.¹¹²
- 70 • Die Rspr. bejaht in den Fällen der **ungewollten Schwangerschaft** aufgrund eines Behandlungsfehlers ein Schadensersatzanspruch der Mutter, der die gesamten Unterhaltsaufwendungen sowie ein angemessenes Schmerzensgeld für die schwangerschafts- und geburtsbedingten Beeinträchtigungen umfasst.¹¹³ 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).¹¹⁴
- 71 • 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.¹¹⁵ 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 verletzen Vertragspflicht umfasst und daher nicht ersatzfähig.¹¹⁶
- 72 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 **Schutzpflicht 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 alleine seine Existenz zum Anknüpfungspunkt für eine Schadensersatzverpflichtung gemacht wird.¹¹⁷ Der *BGH* hat jedoch an seiner Rechtsprechung trotz

¹⁰⁸ Vgl. näher *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

¹⁰⁹ Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 252 Rn. 4.

¹¹⁰ Vgl. BGHZ 2, 310 (313); *BGH NJW* 1988, 2234; Palandt/*Grüneberg* § 252 Rn. 6; krit. hinsichtlich der Differenzierung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten MünchKomm/*Oetker*, § 252 Rn. 48.

¹¹¹ Vgl. dazu auch *Armbrüster* JuS 2007, 508 (509).

¹¹² Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 22.

¹¹³ Vgl. *BGH NJW* 1995, 2407.

¹¹⁴ Vgl. BGHZ 124, 128 = *NJW* 1994, 788.

¹¹⁵ Vgl. BGHZ 151, 133 = *JuS* 2002, 1227; *BGH NJW* 2003, 3411.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 143, 389.

¹¹⁷ Vgl. insbesondere *BVerfGE* 88, 203 (296); *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 1f (S. 383).

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.¹¹⁸

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. **73**

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). **74**

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 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). **75**

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.¹¹⁹ Daher kann diese Vorschrift nach h.M. weder unmittelbar noch analog auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen angewendet werden.¹²⁰ 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.¹²¹ **76**

c) Bemessung des Schmerzensgeldes

Bei der Bemessung sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, etwa der Verschuldensgrad, die Art der Beeinträchtigung des Geschädigten und auch sonstige Verhaltensweisen des **77**

¹¹⁸ Vgl. BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788 (791 f.), best. durch BVerfG NJW 1998, 519; zust. Losch/Radau NJW 1999, 821.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 24 f.

¹²⁰ Vgl. nur MünchKomm/Oetker, § 253 Rn. 27; Wagner NJW 2002, 2049 (2056 f.); krit. Staudinger/Schiemann, 2017, § 253 Rn. 57.

¹²¹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 63.

Schädigers (z.B. ein zögerliches Regulierungsverhalten¹²²) sowie auch die wirtschaftlichen Verhältnisse von Schädiger und Geschädigtem.¹²³ Im Einzelnen geht es dabei um folgende **Funktionen des Schmerzensgeldes**:

- Die **Ausgleichsfunktion**, die den Ausgleich der erlittenen Lebensbeeinträchtigung des Geschädigten bezweckt. Sie führt dazu, dass das Schmerzensgeld vom Ausmaß der Beeinträchtigungen, etwa von der Schwere der erlittenen Schmerzen, abhängt.
- Die **Genugtuungsfunktion**, die dem Geschädigten eine „Genugtuung“ für das verschaffen soll, was der Schädiger ihm 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.¹²⁴ 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 des Geschädigten diesen stärker erschüttern und belasten als „nur“ fahrlässige Eingriffe.¹²⁵

- Der *BGH* hat schließlich sogar auf den vom Verletzter erzielten Gewinn abgestellt und damit die **Präventionsfunktion** als Gesichtspunkt für die Bemessung des Schmerzensgeldes eingeführt.¹²⁶

IV. Mitverschulden (§ 254 BGB)

- 78** Nach § 254 BGB kann die Ersatzpflicht des Schädigers wegen eines Verhaltens des Geschädigten gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein, entweder weil er selbst zur Entstehung des Schadens (schuldhaft) beigetragen hat, oder weil er nach Eintritt des Schadensfalles gegen seine Schadensminderungsobliegenheit verstoßen hat.

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

- 79** Gem. § 254 I BGB hängt bei einem mitwirkenden Verschulden des 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 nach § 254 I BGB

Voraussetzungen einer Anrechnung des Mitverschuldens nach § 254 I BGB sind

aa) Anwendbarkeit des § 254 BGB

- 80** § 254 BGB ist auf **alle Schadensersatzansprüche** anwendbar, unabhängig davon, ob sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Seine Anwendbarkeit ist aber durch vorrangige Spezialregelungen

¹²² Vgl. *OLG Frankfurt* NJW 1999, 2447.

¹²³ BGHZ 18, 149; *BGH* BeckRS 2016, 21466 (Rn. 29 ff.).

¹²⁴ Krit. daher etwa *Canaris* FS Deutsch, S. 85, 102 ff.; *Wagner* JZ 2004, 319 (321); *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 253 Rn. 29 ff.; *BeckOK/Spindler*, 1.2.2017, § 253 Rn. 16.

¹²⁵ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 253 Rn. 13.

¹²⁶ 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.

ausgeschlossen (z.B. §§ 122 II, 179 III, 442 I, 839 III BGB; besonders wichtig: §§ 9, 17 StVG für alle Anspruchsgrundlagen aus dem StVG¹²⁷). 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.¹²⁸
- § 254 BGB wird entsprechend auch im Rahmen des **Gesamtschuldnerausgleiches** zwischen mehreren Schädigern gem. § 840 BGB angewendet.¹²⁹

bb) Sorgfaltsverstoß des Geschädigten

Der Geschädigte muss diejenige Aufmerksamkeit und Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren.¹³⁰ Dazu gehört insbesondere auch die Einhaltung der allgemein geltenden Rechtsnormen (insbesondere der Verkehrsregeln). Zur Zurechnung fremder Sorgfaltsverstöße siehe unten 3.

81

cc) Kausalität

Der Sorgfaltsverstoß des Geschädigten muss seinerseits mit **kausal** für die eingetretene Schädigung sein. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der haftungsbegründenden Kausalität.¹³¹

82

dd) „Verschulden“

Der Obliegenheitsverstoß muss **schuldhaft**, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig geschehen sein. Nach h.M. ist zudem **Verschuldensfähigkeit** gem. §§ 827, 828 BGB erforderlich.¹³² Konsequenterweise wird dann auch § 829 BGB analog gegen den Geschädigten angewendet, wenn dieser nicht verschuldensfähig ist, so dass eine Billigkeitsabwägung auch hier eintritt.¹³³ Z.B. soll die Belastung des Schädigers mit dem vollen Schaden unzumutbar sein, wenn der mitverursachende, aber verschuldensunfähige 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 eines Verschuldensunfähigen unabhängig von den Voraussetzungen der Billigkeitshaftung anteilig zu kürzen, wenn dieser den Schaden mit verursacht hat.¹³⁴

83

Der BGH wendet § 254 I BGB auch beim **Handeln auf eigene Gefahr** an, d.h. wenn sich der Verletzte bewusst selbst gefährdet hat.¹³⁵ Nach der Gegenmeinung umfasst dagegen jedenfalls in den Fällen der Gefährdungshaftung schon der Schutzzweck der verletzen Norm die Verletzung nicht,¹³⁶ so dass eine Anrechnung nur bei der Verschuldenshaftung möglich ist.

Über das eigentliche Verschulden hinaus wendet die ganz h.M. § 254 I BGB auch in Fällen (analog) an, in denen der Geschädigte einer **Gefährdungshaftung** unterliegt, z.B. nach § 7 StVG oder

84

¹²⁷ Vgl. dazu *Systematische Darstellung: Haftung bei Verkehrsunfällen*.

¹²⁸ Vgl. BGHZ 135, 235; BGH NJW 1995, 395; abl. Kreissl JZ 1995, 411.

¹²⁹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 226 f.

¹³⁰ Vgl. Palandt/Grüneberg § 254 Rn. 8.

¹³¹ Vgl. Übersicht Deliktsrecht, Rn. 84 ff.

¹³² Vgl. Larenz Schuldrecht I, § 31 I a; Palandt/Grüneberg § 254 Rn. 9.

¹³³ Vgl. BGHZ 37, 102; MünchKomm/Oetker, § 254 Rn. 34.

¹³⁴ Vgl. etwa Esser/Schmidt § 35 I 3 b; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 868 f.; Staudinger/Schiemann, 2017, § 254 Rn. 42 f.

¹³⁵ Vgl. BGH NJW 1993, 2611; Brandt Schadensrecht, § 9 Rn. 19.

¹³⁶ Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 84 II 1e und dazu Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

§ 833 BGB (sog. **mitwirkende Betriebsgefahr** oder Tiergefahr¹³⁷). Im Rahmen der jeweiligen Haftungstatbestände (vgl. etwa § 17 II StVG) wird die Mitverursachung durch den Geschädigten unabhängig von dessen Verschulden berücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn der Schädiger aus Verschulden haftet.¹³⁸ Bei „mitwirkender Tiergefahr“ auf Seiten des Geschädigten muss allerdings die Wertung des § 840 III BGB berücksichtigt werden: Beim deren Zusammentreffen mit einer schuldhaften Verletzung erfolgt keine Anrechnung der Tiergefahr, da diese gem. § 840 III BGB subsidiär ist.¹³⁹

ee) Rechtsfolgen des mitwirkenden Verschuldens

- 85** Hat ein „Verschulden“ des 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.¹⁴⁰
- 86** Ein völliger Haftungsausschluss wird von der Rechtsprechung auch angenommen, wenn sich der Geschädigte bewusst in eine Situation begeben hat, in der ihm die **Eigengefährdung** droht (z.B. bei der Teilnahme an Boxkämpfen oder anderen **besonders gefährlichen Sportarten**¹⁴¹). Nach a.A. gelten hingegen bei der Teilnahme an schadensträchtigen Sportveranstaltungen (Fußball, Autorennen, ...), wo Rechtsgutsverletzungen auch bei regelrechtem Verhalten der Beteiligten nie gänzlich ausgeschlossen werden können, bereits **reduzierte Verkehrspflichten**, die den jeweiligen Sportregeln folgen (z.B. den DFB-Fußballregeln). Verletzungen, die bei regelrechtem Verhalten eintreten, sind nach dieser Auffassung schon nicht vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst, ohne dass es auf ein Mitverschulden noch ankäme.¹⁴²

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

- 87** Gem. § 254 II 2 BGB haftet der Geschädigte auch für das **Mitverschulden seiner Erfüllungshilfen**. Die Verweisung des § 254 II 2 BGB auf § 278 BGB bezieht sich ihrer systematischen Stellung nach nur auf die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II 1 BGB. Es ist aber allgemein anerkannt, dass er auch für das mitwirkende Verschulden nach § 254 I BGB anzuwenden ist, also wie ein Absatz 3 zu lesen ist; es handelt sich insoweit um ein Redaktionsversehen.¹⁴³
- 88** Str. ist, ob die Verweisung auf § 278 BGB eine **Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung** enthält, m.a.W. ob das Tatbestandsmerkmal der „Sonderverbindung“ i.S.v. § 278 BGB vorliegen muss oder nicht.
- Nach einer **Mindermeinung** in der Lit. enthält § 254 II 2 BGB eine **Rechtsfolgenverweisung**; ein Schuldverhältnis ist also für die Zurechnung des Erfüllungshilfen bzw. gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich. Hauptargument hierfür ist, dass der Schädiger auch außerhalb von Sonderverbindungen nicht das Risiko von schuldhaften Obliegenheitsverletzungen aus der Sphäre des Geschädigten tragen soll. Denn auch dann sei der Geschädigte „näher dran“

¹³⁷ Vgl. z.B. *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1999, 1256.

¹³⁸ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 14.

¹³⁹ Vgl. *OLG Schleswig* NJW-RR 1990, 470; *Palandt/Sprau* § 840 Rn. 12.

¹⁴⁰ Vgl. dazu etwa *BGH BeckRS* 2013, 11828 (Rn. 19 ff.); *NJW-RR* 2015, 1056 f. (Rn. 10).

¹⁴¹ Vgl. *BGHZ* 154, 316 (323) = *NJW* 2003, 2018; *BGH* *NJW-RR* 1995, 857 m.w. Nachw.

¹⁴² Vgl. *MünchKomm/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 567.

¹⁴³ Vgl. *Medicus/Lorenz Schuldrecht I*, Rn. 754; *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 126 m.w.N.

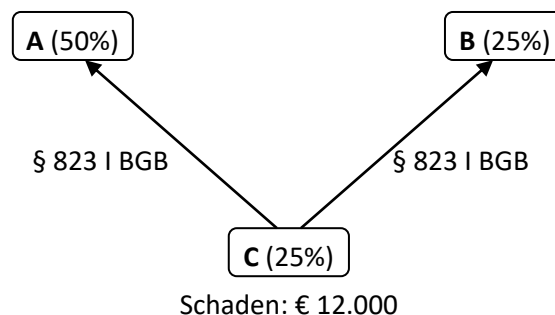
als der Schädiger. Das Fehlen einer Sonderverbindung sei kein Grund, der eine schärfere Haftung des Schädigers begründen könne.¹⁴⁴

- Nach **h.M.** ist § 254 II 2 BGB dagegen eine **Rechtsgrundverweisung**, wirkt also nur innerhalb bereits bestehender Schuldverhältnisse.¹⁴⁵ Dies wird v.a. mit dem Gleichlauf von Verschulden und Mitverschulden begründet: Nach § 254 I BGB hat der Geschädigte insoweit auf den Schadensersatzanspruch zu verzichten, als er selbst wegen seines „Verschuldens“ bzw. seiner Betriebsgefahr zum Schadensersatz verpflichtet wäre. Für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen wie auch seiner gesetzlichen Vertreter hat er aber als Schädiger nur im Rahmen einer Sonderverbindung 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.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷

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 des C i.H.v. € 12.000. A treffe einen Gesamtverschuldensanteil von 50%, B von 25% und C einen Mitverschuldensanteil von 25%. 89



Die Behandlung des Mitverschuldens variiert je nach der einschlägigen Beteiligungsform:

aa) Mittäterschaft, Teilnahme

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 des Geschädigten in einer **Gesamtbetrachtung** gegenübergestellt.¹⁴⁸ Das gleiche gilt gem. § 830 II BGB auch bei Anstiftung oder Beihilfe (Teilnahme). 90

¹⁴⁴ Vgl. z.B. *Lange/Schiemann* Schadensersatz § 10 XI 6; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2005, Rn. 229.

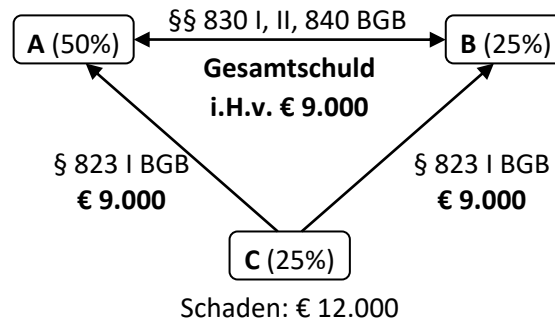
¹⁴⁵ Vgl. *BeckOK/Lorenz*, 1.2.2017, § 254 Rn. 40; *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 254 Rn. 97 ff.; *Palandt/Grüneberg* § 254 Rn. 48; *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 128 f.

¹⁴⁶ *BGH* BeckRS 2016, 21460 Rn. 38.

¹⁴⁷ Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 136 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Palandt/Grüneberg* § 254 Rn. 68.

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 des 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

- 91 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 dem Geschädigten gegenüber nur nach einer isolierten Abwägung seines Verursachungsbeitrages gegen den des Geschädigten.¹⁴⁹ Dadurch wird sichergestellt, dass kein Schädiger durch die Beteiligung eines weiteren Nebentäters schlechter gestellt wird als er stünde, wenn er den Schaden alleine 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.

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

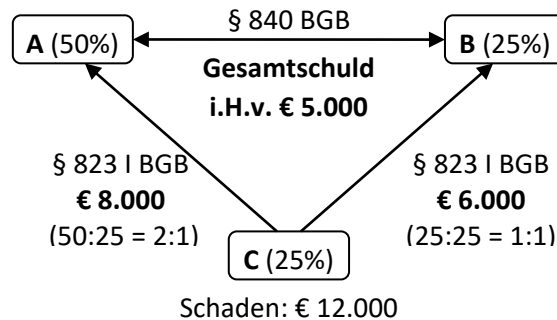
- 92 Im Ergebnis darf der Geschädigte bei dieser Vorgehensweise aber weder besser noch schlechter stehen als bei Mittäterschaft, d.h. er muss insgesamt 75% seines Schadens (€ 9.000) ersetzt erhalten, da sein eigener Mitverursachungsbeitrag 25 % beträgt. Daher wird die Einzelbetrachtung durch eine **Gesamtbetrachtung modifiziert**, die sämtliche Verursachungsbeiträge berücksichtigt und bestimmt, welcher Betrag dem Geschädigten insgesamt zusteht.¹⁵⁰ Die maximalen Einzelansprüche gegen die einzelnen Schädiger ergeben sich jedoch weiterhin aus der Einzelbetrachtung.

Danach kann C entweder den A auf € 8.000 in Anspruch nehmen und den Rest (€ 9.000 – € 8.000 = € 1.000) von B verlangen, oder er 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

¹⁴⁹ Vgl. BGH NJW 2006, 896; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 III 3 a sowie Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 7: „Auf der Flucht“.

¹⁵⁰ Vgl. BGH NJW 2006, 896; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 III 3 a (S. 581).

€ 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).¹⁵¹



cc) Haftungs- oder Zurechnungseinheit

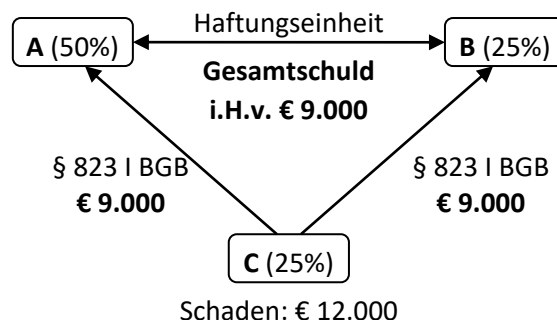
Um Nebentäter handelt es sich nur, wenn die Verursachungsbeiträge der verschiedenen Schädiger aus verschiedenen Richtungen kommend auf das Schadensereignis hingewirkt haben und erst in dem Schadensereignis selbst zusammengetroffen sind.¹⁵² Wenn die Beiträge verschiedener Schädiger aber nach der Anschauung gleichsam „gekapselt“ sind, also gemeinsam *einen* Kausalbeitrag 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.¹⁵³ Im Beispiel haften A und B also gesamtschuldnerisch auf € 9.000.

93

Typische Beispiele für Haftungseinheiten sind:

- Kfz-Halter (§ 7 StVG) und Kfz-Führer (§§ 7, 18 StVG)
- Verrichtungsgehilfe (§ 823 I BGB) und Geschäftsherr (§ 831 BGB)
- Jugendlicher (§§ 823 I, 828 II BGB) und aufsichtspflichtige Eltern (§ 832 BGB)

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



¹⁵¹ 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.

¹⁵² Vgl. *MünchKomm/Oetker*, § 254 Rn. 120.

¹⁵³ Vgl. *Palandt/Grüneberg* § 254 Rn. 70; *BGH NJW* 1996, 2023 (2024).

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

- 94 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.¹⁵⁴

2. Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II 1 BGB)

- 95 § 254 II 1 BGB reduziert den Schadensersatzanspruch, wenn der Geschädigte den Schädiger nicht vor einem besonders hohen Schaden gewarnt hat, oder wenn er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. 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 der Geschädigte hätte abwenden bzw. um die er den Schaden hätte mindern können.¹⁵⁵
- Der 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 des Geschädigten voraus; kennt auch dieser die Gefahr des ungewöhnlich hohen Schadens nicht, muss er den Schädiger auch nicht darauf aufmerksam machen.¹⁵⁶ Ungewöhnlich hoch ist der Schaden, wenn der Schädiger nach allen Umständen des Falles nicht mit dieser Schadenshöhe rechnen musste.¹⁵⁷
 - Den Geschädigten trifft ferner eine **Schadensminderungsobliegenheit**, d.h. er muss alle zumutbaren 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 der Geschädigte durch diese obligationsgemäßen Anstrengungen erlangt, muss er sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen; das gilt jedoch nicht für solche, die er durch *überobligationsmäßiges* Verhalten erlangt.¹⁵⁸
- 96 Auch im Rahmen von § 254 II BGB haftet der Geschädigte nach **§§ 254 II 2, 278 BGB** für seine Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter.¹⁵⁹ 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 er sich des Dritten tatsächlich zur *Schadensminderung* bedient, also z.B. nicht dann, wenn er 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 dem Geschädigten, so dass die Werkstatt nicht im Pflichtenkreis des Geschädigten tätig wird. Dieser hat seiner Schadensminderungsobliegenheit schon durch die Auswahl der günstigsten Werkstatt genügt.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 254 Rn. 71.

¹⁵⁵ Vgl. MünchKomm/*Oetker*, § 254 Rn. 107.

¹⁵⁶ Vgl. MünchKomm/*Oetker*, § 254 Rn. 72 m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. etwa *BGH NJW* 2006, 1426; *BGH NJW-RR* 2006, 1108 (jeweils zur unterlassenen Wertdeklaration im Transportrecht).

¹⁵⁸ Vgl. oben Rn. 21.

¹⁵⁹ Vgl. soeben Rn. 87 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Larenz Schuldrecht I*, § 31 I c.

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 ausschnittsweise explizit für anwendbar erklärt (z.B. §§ 618 III BGB, 9 II ProdHaftG, 13 II StVG).

97

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 des Geschädigten im Wesentlichen im Einklang mit dem grundlegenden Prinzip der Naturalrestitution. Die genannten Vorschriften enthalten **lediglich konkretisierende Klarstellungen**. Im Einzelnen stehen dem Geschädigten bei Personenschäden folgende Schadensposten zu:

98

- 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 des 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 der Geschädigte allerdings vorrangig zu befriedigen ist (vgl. § 86 I 2 VVG bzw. § 116 IV SGB X, sog. Quotenvorrecht¹⁶¹). Sämtliche Einwendungen des Schädigers, namentlich der Mitverschuldenseinwand, bleiben gem. §§ 412, 404 BGB erhalten. Die Versicherungsleistung mindert insoweit den Schaden nicht (versagte Vorteilsausgleichung¹⁶²), führt aber dazu, dass der Geschädigte insoweit nicht mehr aktivlegitimiert ist und also seinen Anspruch nur einklagen kann, „soweit der Anspruch nicht auf Versicherungsträger übergegangen ist.“ Eine gewillkürte Prozessstandschaft des Geschädigten für seinen Versicherer bleibt aber möglich.¹⁶³
- 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 dem Verletzten ihre Aufwendungen (z.B. Fahrtkosten oder Verdienstausschlag) 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 Vorteilsausgleichung¹⁶⁴).¹⁶⁵ Ersatz für die aufgewendete Arbeitszeit (unabhängig von einem anderweitigen Verdienstausschlag) können die Angehörigen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen¹⁶⁶ nur verlangen, wenn die Tätigkeit einen Marktwert hat, d.h. wenn sie auch von anderen Personen gegen Entgelt

99

100

¹⁶¹ Vgl. dazu *Armbrüster* NJW 2009, 191.

¹⁶² Vgl. oben Rn. 23.

¹⁶³ Vgl. *OLG Köln* NJW-RR 94, 227; *Prölss/Martin*, 29. Aufl. 2015, § 67 Rn. 29 a m.w.N.

¹⁶⁴ Vgl. oben Rn. 23.

¹⁶⁵ 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).

¹⁶⁶ Vgl. oben Rn. 63.

erbracht werden könnte. Bei höchstpersönlichen Betreuungsleistungen, die eine enge Verbundenheit mit dem Geschädigten voraussetzen, fehlt es hieran.¹⁶⁷

- 101 ● Der **Erwerbs-** oder **Verdienstaussfall**, 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.¹⁶⁸ 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).¹⁶⁹ Beim Ausfall von Haushaltstätigkeit zur *Eigenversorgung* liegen dagegen „vermehrte Bedürfnisse“ vor (s. sogleich).

Die Ansprüche wegen Erwerbs- und Verdienstaussfall 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).

- 102 ● 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 des Geschädigten nach § 843 IV BGB den Schädiger nicht im Rahmen der Vorteilsausgleichung entlasten.¹⁷⁰
- 103 ● Hinzu kommt das **Schmerzensgeld** nach § 253 II BGB, das in den §§ 842 f. BGB nicht gesondert erwähnt wird.¹⁷¹

2. Ansprüche bei Tötung Dritter (§ 844 BGB)

- 104 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.¹⁷² 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 schuldhaft) Körperverletzung haftet und der Tod des Verletzten eine dem Schädiger im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zurechenbare Schadensfolge darstellt (z.B. wenn das Opfer wegen bleibender Verletzungsfolgen später Selbstmord begeht¹⁷³); die Beurteilung

¹⁶⁷ Vgl. *BGH NJW* 1999, 2819.

¹⁶⁸ Vgl. zur Berechnung *BGH NJW* 1999, 3711; siehe ferner *BGHZ* 197, 316: Erwerbsschaden entsteht auch, wenn kein Anspruch auf Arbeitsentgelt, sondern ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II („Harzt IV“) infolge der Schädigung entfällt.

¹⁶⁹ Vgl. *BGHZ* 50, 304.

¹⁷⁰ Vgl. dazu oben Rn. 23.

¹⁷¹ Vgl. oben Rn. 73.

¹⁷² Vgl. zu diesen Ausnahmen vom Dogma vom Gläubigerinteresse *Diederichsen*, *NJW* 2013, 641 ff.

¹⁷³ Vgl. *BGH NJW* 1958, 1579.

der haftungsausfüllenden Kausalität unterliegt dabei dem reduzierten Beweismaß des § 287 ZPO.¹⁷⁴

- 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 der 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 des 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.¹⁷⁵
- 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**).¹⁷⁶

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

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 Unterhaltspflicht (§ 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).¹⁷⁷ Doch selbst hier geht dem Anspruch der Eltern aus § 845 BGB der des Kindes aus § 842 BGB vor,¹⁷⁸ so dass § 845 BGB nur noch bei der Tötung gesetzlich dienstverpflichteter Kinder relevant ist und damit **nahezu keine praktische Bedeutung mehr** hat.¹⁷⁹

105

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

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.

106

- 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 dieser auch ohne die Entziehung der Sache eingetreten wäre. Da er im Rahmen

107

¹⁷⁴ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 844 Rn. 15 a.E.

¹⁷⁵ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 II 2 (S. 589); Armbrüster, JuS 2007, 508.

¹⁷⁶ Vgl. Palandt/Grüneberg, Vorb. v. § 249 Rn. 91 m.N.; Armbrüster, JuS 2007, 411 (416).

¹⁷⁷ Vgl. Palandt/Sprau § 845 Rn. 2.

¹⁷⁸ Vgl. BGHZ 69, 380; Palandt/Sprau § 845 Rn. 8.

¹⁷⁹ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 845 Rn. 4 ff.

der haftungsausfüllenden Kausalität ohnehin für Folgeschäden an der Sache haftet, ist die Norm praktisch obsolet.¹⁸⁰

- 108** ● Den Wert der Ersatzsumme muss der Schädiger nach § 849 BGB vom Zeitpunkt der Bestimmung des zu ersetzenden Wertes an **verzinsen**. Auch insoweit wird er behandelt, als befände er sich im Verzug (*fur 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 **abhanden gekommen** ist, da es keinen Unterschied machen könne, ob der Schädiger den Wert der Sache als Schadensersatz oder als Kaufpreis für die Sache gezahlt hat.¹⁸¹

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

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

- 111** 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 der Verletzte von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen, spätestens in 30 Jahren für Personenschäden bzw. in 10 Jahren für Sachschäden.¹⁸² Kenntnis vom **Umfang des Schadens** ist dafür nicht erforderlich, so dass die Verjährungsfrist hinsichtlich aller objektiv vorhersehbarer Schadensposten einheitlich abläuft, sobald der Geschädigte weiß, dass ihm *überhaupt* ein Schaden entstanden ist (**Grundsatz der Schadensseinheit**). Bereits in diesem Zeitpunkt ist es ihm möglich und zumutbar, hinsichtlich des Gesamtschadens zumindest eine Feststellungsklage zu erheben.¹⁸³

Für **unvorhersehbare Spätfolgen**, die auch für einen objektiven, fachkundigen Beobachter (z.B. einen medizinischen Sachverständigen) nicht voraussehbar waren, verwehrt die Rechtsprechung dem Schädiger allerdings nach Treu und Glauben die Berufung auf die eingetretene Verjährung.¹⁸⁴ Für diese Schäden läuft eine gesonderte dreijährige Verjährungsfrist ab dem Ende des Jahres, in dem der Geschädigte vom Schadenseintritt und dem haftungsausfüllenden Kausalzusammenhang Kenntnis hatte bzw. hätte erlangen müssen.

b) Bereicherungsanspruch nach Verjährung (§ 852 BGB)

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

¹⁸⁰ Vgl. MünchKomm/Wagner, § 848 Rn. 3 ff.; 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.

¹⁸¹ Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 83 IV (S. 593); MünchKomm/Wagner, § 851 Rn. 7.

¹⁸² Vgl. Grigoleit/Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, Systematische Darstellung Verjährungsrecht (Rn. 661 ff.).

¹⁸³ Vgl. BGH NJW 1991, 973; BGH NJW 2002, 1414; MünchKomm/Grothe, 7. Aufl. 2015, § 199 Rn. 9 ff.

¹⁸⁴ Vgl. etwa BGH NJW 1991, 973; BGHZ 33, 112 (116) = NJW 1960, 1948.

sung auf die §§ 818 ff. BGB, so dass es nicht darauf ankommt, ob ein Kondiktionstatbestandes nach den §§ 812 ff. BGB gegeben ist.¹⁸⁵ Der Bereicherungsanspruch aus § 852 BGB ist seinen Voraussetzungen nach vielmehr der **ursprüngliche Deliktsanspruch**; lediglich auf der **Rechtsfolge** werden statt den §§ 249 ff. BGB die §§ 818 ff. BGB angewendet, wenn sich der Schädiger mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung beruft.¹⁸⁶ 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). Dabei ist bei vorsätzlichen unerlaubten Handlungen die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners nach den §§ 818 IV, 819, 292 BGB zu berücksichtigen.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 83 V 2 (S. 595).

¹⁸⁶ Vgl. BGHZ 71, 86.

¹⁸⁷ Vgl. dazu *Grigoleit/Auer, Schuldrecht III – Bereicherungsrecht, Systematische Darstellung Grundlagen des Bereicherungsrechts* (Rn. 130 ff.).