

§ 7 Der Schadensersatz

Weiterführende Literatur: Brox/Walker, Allgem. Schuldrecht, 9. Kapitel; Deutsch, Allgem. Haftungsrecht; ders. Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden, Festschrift für Medicus, 1999, S. 77 ff; Huber; Christian, Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das neue Schuldrecht, S.462 ff; Kramer, Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, 338; Lange, Hermann, Schadensersatz; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Teil; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 7. Teil, Der Inhalt von Schadensersatzansprüchen; Schiemann bei Staudinger; zu §§ 249 ff; Wagner, Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049.

1. Einführung

Ein Schuldverhältnis kann auch zum Inhalt haben, dem Gläubiger Ersatz für einen Schaden zu leisten. Die Schadensersatzpflicht ist -nach der Erfüllung der Leistung- der praktisch zweithäufigste Schuldinhalt des Schuldrechts schlechthin; sie kann in nahezu allen Arten von Schuldverhältnissen auftreten.

Eine Vielzahl von gesetzlichen Anspruchsgrundlagen ordnen an, dass unter bestimmten Voraussetzungen Schaden zu ersetzen ist. Die Rechtsfolge „Schadenersatz“ findet sich z.B. in:

- §§ 280 f, Pflichtverletzung; §§ 437 Zif. 3 i.V.m. 440, 280 f, mangelhafte Erfüllung; §§ 311 Abs. 2 u. 3 i.V.m. 241 Abs. 2, 280 f, Verletzung eines rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis; § 311 Abs. 2, anfängliche Unmöglichkeit.
- §§ 823 ff, unerlaubte Handlungen.

Diese Anspruchsgrundlagen für die Schadensersatzpflicht besagen jedoch nur, dass eine solche Pflicht besteht. Welchen konkreten Inhalt der Schadenersatzanspruch hat, insbesondere welcher Schaden zu ersetzen ist, wie dieser Schaden ermittelt wird, in welcher Weise er zu ersetzen ist (z. B. durch Naturalherstellung oder durch Geld) und welche sonstigen Umstände dabei zu berücksichtigen sind (z. B. Mitverschulden des Geschädigten), behandeln diese gesetzlichen Anspruchsgrundlagen nicht.

Diese Fragen regelt das Gesetz für alle Schadenersatzverpflichtungen, gleichgültig, auf welcher Anspruchsgrundlage sie beruhen, in den §§ 249 – 255.

Die Verpflichtung zum Schadenersatz ist das wichtigste Mittel des Privatrechts für den Ausgleich menschlicher oder technischer Fehlleistungen. Dabei ist Grundgedanke unseres deutschen Schadenersatzrechts der Ausgleich des entstandenen Schadens; das Schadenersatzrecht hat keinen Strafcharakter!

Dadurch unterscheidet sich unser deutsches Schadensersatzrecht deutlich vom angloamerikanischen Rechtskreis. Dort besteht die Möglichkeit, neben dem Schadensersatz auch noch sog. „punitive damages“ geltend zu machen.

Bsp.: Als Beispiel möge ein modernes Märchen aus den USA dienen: „Der Hund in der Mikrowelle“. Verschiedene Quellen berichten (ohne Angabe eines Aktenzeichens) von einer älteren Dame, die einen Hund; wenn er durch Regen nass geworden war, zunächst in die Bratröhre ihres Herdes steckte, um ihn dort bei schwacher Hitze zu trocknen. Als der Herd defekt war, ersetzte sie ihn durch eine Mikrowelle. Nachdem der Hund wieder einmal nass war, steckte sie ihn kurz entschlossen in die Mikrowelle; das überlebte das Tier nicht. Die Dame verklagte den Hersteller der Mikrowelle auf Schadensersatz mit der Begründung, weder in der Bedienungsanleitung, noch am Gerät selbst habe sich ein entsprechender Warnhinweis befunden. Ein Gericht habe ihr die beträchtliche Summe von 100.000 \$ zugesprochen. - Wäre der Fall wahr, sei zur Ehrenrettung der amerikanischen Richter angemerkt, dass die Dame vielleicht 500 \$ als Schadensersatz für den Wert des Hundes und den Rest als „punitive damages“ (übersetzt etwa: Bußzahlung; Entschädigung mit Strafcharakter), quasi für den Mut, den Hersteller für sein „Fehlverhalten“ vor Gericht zu bringen, erhalten hätte.

Neben dem bisher angesprochenen deutschen zivilen Schadenersatzrecht stehen das kollektivistisch organisierte Kranken- und Unfallversicherungsrecht (geregelt im SGB VII), die Private- und die Kfz-Haftpflichtversicherung, die private Kranken- und Sachversicherung sowie das Staatshaftungsrecht (u. a. § 839, Art. 34 GG), das auf den Ausgleich der Folgen hoheitlichen Unrechts abstellt. Auf diese Gebiete soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden.

2. Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht

Fügt jemand einem anderen einen Schaden zu, so ist der Schädiger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn das Gesetz dem Geschädigten eine entsprechende Anspruchsgrundlage einräumt. Eine Schadensersatzpflicht ist dann gegeben, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Verwirklichung eines Haftungstatbestandes (2.1),
- Rechtswidrigkeit (2.2),
- Verantwortlichkeit (2.3).

2.1 Verwirklichung eines Haftungstatbestandes

Verallgemeinernd kann man feststellen: Ein Tatbestand wird verwirklicht, wenn

- eine vertragliche Pflicht (z. B. Leistungsstörung §§ 280, 286, 325, 326) oder ein gesetzlich geschütztes Recht oder Rechtsgut (z. B. bei unerlaubten Handlungen §§ 823 ff) verletzt wird und
- dadurch ein Schaden entsteht.

Somit müssen regelmäßig folgende Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen:

- **Verletzungshandlung,**
- **Schaden** und
- **Kausalzusammenhang** zwischen Verletzungshandlung und Schaden.

Verletzungshandlung ist jedes Tun oder Unterlassen, das zu einer Rechtsverletzung führt. Ein Unterlassen steht dabei dem positiven Tun gleich, wenn eine Rechtspflicht zum Tätigwerden besteht. Eine solche Rechtspflicht kann sich ergeben aus Gesetz (z.B. §§ 1453 ff., 242), aus Vertrag (z.B. Bademeister) oder aus vorangegangenen Tun (z.B. Verursachung einer Gefahrenlage - Baustellen).

Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an Gütern. Neben den Vermögensnachteilen kann auch eine Beeinträchtigung ideeller Rechtsgüter einen Schaden (ideeller Schaden) darstellen. (Zu den unterschiedlichen Schadensarten vgl. unten Zif. 3.2).

Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Schaden bedeutet, dass der Schädiger den entstandenen Schaden verursacht hat und ihm die Schadensfolgen zuzurechnen sind.

2.1.1 Zurechnungszusammenhang

Die Ersatzpflicht setzt voraus, dass der Schaden durch das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis verursacht worden ist. Das Verhalten des Schädigers muss also für den Schaden ursächlich (= kausal) gewesen sein. Der Kausalzusammenhang ist dabei gleichzeitig „**Grund** und **Grenze** der zivilrechtlichen Haftung“ (Palandt/Heinrichs, vor § 249, RdNr. 54)

Dementsprechend muss also streng genommen nochmals differenziert werden zwischen der **haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität**. Bei der haftungsbegründenden Kausalität geht es um die Frage, ob zwischen dem Verhalten des Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutverletzung ein innerer Zusammenhang besteht, wohingegen bei der haftungsausfüllenden Kausalität der Zusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und dem eingetretenen Schaden zu untersuchen ist.

Welche Ursache ist kausal?

- Nach der -an den Ursachenbegriff der Naturwissenschaften und der Logik angelehnten- **Äquivalenztheorie** (Bedingungstheorie) ist **Ursache jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen** (conditio sine qua non). Die Äquivalenztheorie ist geeignet, die Schadensersatzpflicht für solche Schäden auszuschließen, für welche das Verhalten des Schädigers nicht Bedingung war. Sie kann jedoch nicht verhindern, dass dem Schädiger auch die entferntesten Schäden zugerechnet werden müssten. Die Anwendung dieser Theorie im Zivilrecht würde zu einer uferlosen Haftung führen; sie ist im Strafrecht

brauchbar, da dort durch das Verschuldensprinzip eine hinreichende Einschränkung vorhanden ist.

- Nach der **Adäquanztheorie** ist Ursache nur die Bedingung, die mit dem Erfolg in einem adäquaten (angemessenen) Zusammenhang steht. Der BGH (z.B. BGH NJW 05, 1420) formuliert dies wie folgt: das Ereignis muss im allgemeinen und nicht nur nach besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf außer Acht zu lassenden Umständen geeignet sein, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen. Damit werden solche Bedingungen ausgeschlossen, die nur infolge sehr außergewöhnlicher Umstände zu dem Schaden geführt haben. Ursache sind nur Bedingungen, die objektiv vorhersehbar zu diesem Schaden führen konnten. Selbst wenn sich die Gefahr auf äußerst ungewöhnliche Weise verwirklicht, beseitigt das die adäquate Kausalität nicht. So ist zum Beispiel der adäquate Zusammenhang bejaht worden bei einem Impfschaden, bei dem die Schadenswahrscheinlichkeit unter 0,01 % lag (BGH NJW 55, 1876).
- Die auf eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung ausgerichtete Adäquanztheorie wird ergänzt und beschränkt durch die sog. **Lehre vom Normzweck** (vgl. BGH NJW 58,1041; 05, 1420; stRspr.). Nach der Lehre vom Normzweck sind dem Schädiger nur solche von ihm verursachten Schäden zuzurechnen, die innerhalb des Schutzzumfangs der Norm (aber auch der vertraglichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Pflicht) liegen, welche die Schadenersatzpflicht ausspricht. Es geht bei dieser Lehre um die Feststellung der Reichweite der haftungsbegründenden Norm. Gelangt das Verhalten des Täters nicht in die Reichweite der Norm, so fehlt es an der Verwirklichung des Tatbestands und der Täter kann nicht auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.
Besteht beispielsweise eine umfassende Aufklärungspflicht und fehlt es an der erforderlichen Aufklärung, haftet der Aufklärungspflichtige auch dann, wenn sich ein Risiko verwirklicht, über das nicht aufgeklärt zu werden braucht, so bei der Arzthaftung (BGH NJW 91, 2346) oder der Propekthaftung (BGH NJW 95, 1026). Beschränkt sich die Aufklärungspflicht hingegen auf bestimmte Einzelpunkte, entfällt die Haftung, wenn sich ein anderes, als das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht (BGH NJW 92, 555), so bei einer falschen Beratung über Steuervorteile, wenn der Schaden durch Insolvenz des Unternehmens entsteht (BGH NJW-RR 91, 1265).

2.1.2 Einzelfragen zur Kausalität

Die Schadenszurechnung bleibt auch nach der Adäquanztheorie und deren Einschränkungen durch die Normzwecklehre noch recht weit. Die Kausalität wird

regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, dass außer dem zum Schadensereignis noch andere Umstände zur Schadensentstehung beigetragen haben.

Ein Kausalzusammenhang bleibt selbst dann erhalten, wenn die **Kausalkette aus mehreren Gliedern** besteht, sofern nur zwischen den einzelnen Gliedern eine adäquate Kausalität gegeben ist.

Bsp.: Unfall \Rightarrow Beinamputation \Rightarrow nach einigen Jahren Sturz wegen zu geringer Standfestigkeit \Rightarrow daraus resultierend: weiterer Körperschaden (BHG NJW 02, 504).

Ein Kausalzusammenhang kann auch vorliegen, wenn Schadensfolgen durch **besondere Anlagen des Verletzten** oder durch eine zum Schaden neigende Konstitution entstehen.

Bsp(e): Ein kreditschädigendes Verhalten trifft einen bereits finanziell gefährdeten Betrieb (vgl. auch § 824 Abs. 1); sog. „Glaskopf“; der Verletzte ist Bluter und dadurch erhöhen sich die Heilungskosten erheblich; anders, wenn es sich um einen ganz außergewöhnlichen Schadensverlauf handelt, z.B. wenn eine geringfügige Ehrverletzung zu einer Gehirnblutung führt (BGH NJW 76, 1143).

Der Schädiger haftet ebenfalls, wenn ein Fehlverhalten eines Dritten zu einem weiter gehenden Schaden führt, **sofern das Eingreifen des Dritten nicht gänzlich außerhalb des regelmäßigen Verlaufs liegt**. Dann ist auch der weitergehende Schaden von dem ersten Schädiger verursacht. Neben ihm haftet der Dritte in der Regel ebenfalls.

Bsp(e): Verkehrsunfall \Rightarrow auf der Fahrt zum Krankenhaus kollidiert der Krankenwagen \Rightarrow Folge: weitere Verletzungen; Verkehrsunfall \Rightarrow fehlerhafte ärztliche Behandlung \Rightarrow dadurch Beinamputation erforderlich.

Aber auch der umgekehrte Fall, bei dem Dritte durch die **Schaffung einer gesteigerten Gefahrenlage** einen Schaden erleiden, ist dem Schädiger zuzurechnen (Zurechnungszusammenhang).

Bsp(e): Kettenunfall: auf einer Straße ereignet sich ein Verkehrsunfall \Rightarrow weitere Fahrzeuge fahren in den Unfall hinein (BGH NJW 65, 1177); ein Fahrradfahrer veranlasst durch leichtsinniges Verhalten einen PKW-Fahrer auszuweichen, dadurch werden 2 Fußgänger getötet.

Unterbrechung des Kausalzusammenhangs heißt, dass in einer Kausalkette zwischen zwei Gliedern kein adäquater Zurechnungszusammenhang mehr besteht. Ein Schaden fällt nicht mehr unter den Schutzzweck einer Norm, wenn er die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellt.

Bsp(e): Aufgrund eines Verkehrsunfalls muss der Geschädigte in ärztliche Behandlung; dabei wird eine andere zur vorzeitigen Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit entdeckt. A beschädigt das Auto des B dieser bringt es in die Werkstatt; dort wird es gestohlen, obwohl es ordnungsgemäß verwahrt war.

2.2 Rechtswidrigkeit

Ein Schadenersatzanspruch setzt voraus, dass die schädigende Handlung rechtswidrig war, der Schädiger also gegen ein rechtliches Gebot verstoßen hat. Bei Vertragsverletzungen (z. B. §§ 280, 286) ist die Rechtswidrigkeit notwendig, obwohl sie in den Vorschriften nicht eigens genannt wird. Bei unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff) wird sie in vielen Bestimmungen - z.B. in § 823 Abs. 1 - sogar ausdrücklich als Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs aufgeführt; sie ist jedoch auch dort erforderlich, wo sie nicht ausdrücklich genannt ist.

An der Rechtswidrigkeit fehlt es, wenn ein Rechtfertigungsgrund für die Verletzungshandlung vorliegt. Als Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere in Betracht:

- Einwilligung,
Bsp(e): Beim Boxen bleiben Verletzungen nicht aus; steigt ein Boxer in den Ring, willigt er im Rahmen der bestehenden Regeln ein, verletzt zu werden. Auch jeder ärztliche Eingriff ist zunächst einmal eine Körperverletzung –selbst wenn er nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt; erst die Einwilligung des Patienten in die Verletzung der körperlichen Integrität beseitigt deren Rechtswidrigkeit.
- Notwehr (§ 227),
- Verteidigungsnotstand (§ 228) und
- Angriffsnotstand (§ 904)

Zur Abgrenzung folgender kleine Fall:

Fall: Der bissige Hund

Passant P sieht, wie unmittelbar vor ihm ein Hund aus einer Hofausfahrt herausstürmt und im Begriff ist, ein kleines Schulmädchen anzufallen. Geistesgegenwärtig reißt P eine Latte aus einem Zaun des Nachbargrundstücks und wehrt den Hund damit erfolgreich ab. Durch das Kampfgetümmel aufmerksam geworden, verlangt der Nachbar N Schadensersatz vom Passanten P. Zu Recht?

Lösungsskizze:

Anspruchsgrundlage: § 823 Abs. 1;

(1) Verletzungshandlung: Eigentum (+);

(2) Schaden: Zaun defekt (+);

(3) Kausalität (+);

Rechtswidrigkeit: § 228 (-), weil „durch sie drohende Gefahr“ (Lattenzaun!), ⇒ § 227 (+).

Merke: Grundsätzlich ist die Erfüllung des Tatbestands (vgl. oben Zif. 2.1) ein Indiz für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit, so dass diese in der Regel nicht besonders geprüft zu werden braucht. Die Rechtswidrigkeit ist aber zu prüfen, wenn sich Anhaltspunkte für einen Rechtfertigungsgrund bei der Verletzungshandlung ergeben.

2.3 Verantwortlichkeit

Dritte Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger ist seine Verantwortlichkeit. Er muss die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung, die kausal zu dem Schaden geführt hat, zu vertreten haben.

Zu vertreten hat der Schädiger in der Regel sein eigenes Verschulden (§ 276), ggfs. hat er auch für das Verhalten von Hilfspersonen einzustehen (§§ 278, 831). Um Wiederholungen zu vermeiden, sei insofern auf Meub, Zivilrecht, SchrAT, § 6 Verantwortlichkeit verwiesen.

Darüber hinaus gibt es - nach besonderen Vorschriften - auch eine Haftung ohne Verschulden (= Gefährdungshaftung), die auf dem Gedanken beruht, dass man den Schaden zu ersetzen hat, der durch eine an sich erlaubte, aber typisch gefährliche Betätigung erwachsen ist.

Bsp(e): Straßenverkehr, § 7 StVG; ArzneimittelG; AtomG; LuftverkehrsG; WasserhaushaltsG.

In diesen Fällen kann eine Untersuchung des „Vertreten müssen“ unterbleiben.

3. Begriff und Arten des Schadens

3.1 Begriff des Schadens

Das BGB sagt nicht, was unter einem Schaden zu verstehen ist. Die h.M. geht von dem **natürlichen Schadensbegriff** aus: Um festzustellen, ob ein Schaden eingetreten ist und welchen Umfang er hat, muss die gegenwärtige Vermögenslage des Geschädigten mit der Lage verglichen werden, wie sie ohne das schädigende Ereignis sein würde. Der Schaden wird also dadurch ermittelt, dass man die **gegenwärtige Lage mit der Lage vergleicht, die ohne das Schadensereignis bestehen würde**. Führt dieser Vergleich zu einem negativen Saldo, dann liegt ein Schaden vor (Differenzhypothese, **Differenztheorie**).

Dieser natürliche Schadensbegriff ist gleichwohl nur der Ausgangspunkt für weitergehende Überlegungen. Im rechtlichen Bereich müssen normative Korrekturen an ihm vorgenommen werden und zwar bei bestimmten Schadensarten.

3.2 Schadensarten

Voraussetzung einer Schadenberechnung ist die Feststellung, welcher Schaden nach der jeweiligen Anspruchsgrundlage zu ersetzen ist. Generell lassen sich folgende Schadensarten unterscheiden:

- Erfüllungs- und Vertrauensschaden (3.2.1),
- Materieller und immaterieller Schaden (3.2.2) und
- Unmittelbarer und mittelbarer Schaden (3.2.3).

3.2.1 Erfüllungs- und Vertrauensschaden

Unterschiede im Ersatz des Schadens macht das BGB zunächst bei Schäden, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr erwachsen.

Erfüllungsschaden (= Erfüllungsinteresse, positives Interesse) ist der Schaden, der dem Geschädigten dadurch entstanden ist, dass der Schädiger nicht geleistet hat. Formulierungen im Gesetz, wonach Schadenersatz statt der Leistung geschuldet wird, sind typisch für den Erfüllungsschaden.

Bsp: § 280 Abs. 3.

Dies bedeutet, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er stehen würde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dies schließt einen möglicherweise entgangenen Gewinn ein.

Bsp: A hat an B ein Auto verkauft, leistet jedoch endgültig nicht. B hätte das Auto mit 2.000 € Gewinn weiterverkaufen können. Diesen seinen Gewinn kann B als Erfüllungsinteresse von A verlangen.

Vertrauensschaden (= Vertrauensinteresse, negatives Interesse) ist der Schaden, der dem Geschädigten daraus erwachsen ist, dass er auf die Gültigkeit eines in Wahrheit ungültigen Rechtsgeschäftes vertraut hat.

Bsp(e): §§ 122, 179, 307, 309, 663 (BGH NJW 84,866).

Dies bedeutet, dass der geschädigte Gläubiger so gestellt werden muss, wie er stehen würde, wenn er mit dem Rechtsgeschäft nie etwas zu tun gehabt hätte.

Bsp: Der Geschädigte kann hier lediglich den Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen die er im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertragschlusses getätigt hat, also z.B. Telefon-, Porto- und Reisekosten verlangen, weil sie ihm ohne das Rechtsgeschäft nicht entstanden wären.

In der Regel ist der Vertrauensschaden geringer als der Erfüllungsschaden. Ausnahmen sind jedoch möglich. In einem solchen Fall ist zu beachten, dass das BGB in einigen Vorschriften den Ersatz des Vertrauensschadens auf den Betrag des Erfüllungsschadens begrenzt, z. B. in § 122.

3.2.2 Materieller und immaterieller Schaden

Diese Unterscheidung ist im Hinblick auf § 253 wichtig, wonach wegen eines immateriellen Schadens im Grundsatz keine Entschädigung in Geld (vgl. Abs. 1) und nur in besonderen, vom Gesetz bestimmten Fällen Schadenersatz in Geld erlangt werden kann (vgl. Abs. 2).

Ein **materieller Schaden** (=Vermögensschaden) liegt vor, wenn ein Schaden an einem vermögenswerten Gut entstanden ist. Einen Vermögenswert haben alle Güter und Sachen, deren Wert in Geld bemessen werden kann.

Bsp(e): Eigentum, Forderungen.

Vergleicht man -unter Zugrundelegung des natürlichen Schadensbegriffes- den Wert des Vermögens ohne das schädigende Ereignis mit dem Wert aufgrund des Schadensereignisses, so ist die Differenz der Schaden (Differenzmethode). Materielle Schäden werden i.d.R. in Geld, können aber auch in Natura ersetzt werden.

Bsp.: Kfz-Mechaniker-Meister M fährt auf ein anderes stehendes Fahrzeug auf. Er hat den entstandenen materiellen Schaden zu ersetzen. Aufgrund seiner Sachkunde ist es ihm gestattet, das Fahrzeug zu reparieren (Ersatz in Natura) und einen verbleibenden merkantilen Minderwert durch Geld zu ersetzen.

Ein **immaterieller Schaden** (=Nichtvermögensschaden) liegt vor, wenn immaterielle Güter wie Körper, Freiheit oder Ehre verletzt werden.

Bsp(e): Seelische Beeinträchtigungen; Körperliche Schmerzen; Ehrverletzungen.

Für immaterielle Schäden kann nach dem Grundsatz des § 253 Abs. 1 prinzipiell kein Schadenersatz in Geld verlangt werden (Ausnahme z.B. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über § 823). Schadenersatz in natura ist nicht ausgeschlossen, jedoch häufig nicht möglich.

Bsp: Ein Geldersatz für den Schmerz über den Verlust eines nahen Angehörigen ist im BGB nicht vorgesehen.

Die Verletzung eines immateriellen Rechtes kann jedoch auch materiellen Schaden zur Folge haben. Für diesen ist Schadenersatz in Geld möglich. Des-

halb stellt § 253 Abs. 2 bestimmte immaterielle Rechtsgutverletzungen, nämlich Körper- und Gesundheitsverletzungen sowie Verletzungen der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung den materiellen Rechtsgutverletzungen hinsichtlich der Rechtsfolge Schadensersatz in Geld gleich.

Bsp: Ein durch Fremdeinwirkung Erblindeter kann Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangen.

Bei den nicht ausdrücklich erwähnten immateriellen Gütern wie Verletzung der Ehre kann jedoch i.d.R. kein Schadensersatz in Geld verlangt werden.

Bsp.: Wenn eine Boulevardzeitschrift behauptet (wie geschehen), Ex-Bundeskanzler Schröder färbe sich die Haare und dies trifft objektiv nicht zu, kann der Bundeskanzler den Verlag auf Unterlassung der Behauptung und presserechtlich auf Widerruf, nicht jedoch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

3.2.3 Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Unmittelbarer Schaden ist der Schaden am verletzten Rechtsgut selbst („Verletzungsschaden“).

Mittelbarer Schaden ist der Folgeschaden, der durch den unmittelbaren Schaden bedingt ist.

Bsp.: Körperverletzung ist unmittelbarer Schaden; die daraus resultierende Erwerbsminderung ist mittelbarer Schaden.

Der mittelbare Schaden ist auch dann zu ersetzen, wenn den Schädiger daran kein Verschulden trifft, da sich das Verschulden (soweit es überhaupt von der Anspruchsnorm gefordert wird, z.B. in § 823) nur auf die Verletzungshandlung zu beziehen braucht.

Wichtigster Fall der mittelbaren Schäden (Folgeschäden) ist der **entgangene Gewinn**. Er ist nach § 252 ebenfalls zu ersetzen. Er spielt sowohl bei Vertragsverletzungen als auch bei unerlaubten Handlungen eine Rolle.

3.3 Art der Schadensberechnung

Bei der Art der Schadensberechnung sind zwei Formen prinzipiell möglich:

- die konkrete Schadensberechnung und
- die abstrakte Schadensberechnung.

Diese Unterscheidung ist insbesondere von Bedeutung, wenn bei der Schadensermittlung hypothetische Abläufe -wie beim entgangenen Gewinn oder bei der Erwerbsminderung- mitberücksichtigt werden müssen.

3.3.1 Konkrete Schadensberechnung

Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu berechnen. Es muss also ermittelt werden, welchen Schaden der Geschädigte tatsächlich erlitten hat. Grundlage ist die tatsächlich eingetretene Vermögenseinbuße oder die ausbleibende Vermögensmehrung. Der Geschädigte kann dabei den Ersatz des gemeinen Wertes, mit anderen Worten: des Wertes, den der zu ersetzende Gegenstand für jedermann hat, verlangen (objektiver Wert). Er kann aber auch nach §§ 249 ff den Wert begehren, den der Gegenstand gerade für ihn hat (subjektiver Wert).

Bsp: Werden aus einer Münzsammlung einige Exponate gestohlen, kann der Geschädigte von dem Dieb oder seiner Versicherung den Wiederbeschaffungswert dieser Münzen verlangen (= objektiver Wert). Stiehlt der Dieb nur eine Münze aus einer vollständigen Serie und ist diese Münze nicht wiederbeschaffbar, ist damit die ganze Serie nicht mehr das wert, was sie ehemals war. Der Geschädigte kann den subjektiven (höheren) Wert verlangen.

Ein besonderer Liebhaber- oder Erinnerungswert (Affektionsinteresse) ist hingegen nicht zu ersetzen, da es sich hierbei um einen immateriellen Schaden handelt, der nicht in Geld ersetzbar ist.

Bei der konkreten Schadensberechnung erfolgt die Berechnung des Schadens nach den besonderen Umständen des Einzelfalls. Verglichen wird z.B. der Vertragspreis mit dem Preis des Deckungsgeschäftes, das der Geschädigte vorgenommen hat. Die Differenz ist der konkrete Schaden. Zu ersetzen ist das volle wirtschaftliche Interesse.

3.3.2 Abstrakte Schadensberechnung

Ausnahmsweise gestattet das Gesetz in einzelnen wichtigen Fällen dem Geschädigten, seinen Schaden abstrakt zu berechnen (vgl. §§ 252 S. 2, 288 Abs. 3, 849 BGB, § 376 Abs. 2 HGB). Bei der abstrakten Schadensberechnung erfolgt die Berechnung des Schadens entsprechend dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ und dem Durchschnittsgewinn. Systematisch handelt es sich hierbei um eine Beweiserleichterung. Sie hat besonders im Handelsverkehr große Bedeutung.

Verglichen wird der Vertragspreis mit dem Marktpreis. Die Differenz ist der abstrakte Schaden. Der Geschädigte wird sie wählen, wenn er einen höheren konkreten Schaden nicht nachweisen kann oder möchte.

Eine wichtige Möglichkeit zur abstrakten Schadensberechnung bietet auch der § 249 Abs. 2. Danach kann der Geschädigte „statt der Herstellung den ... erforderlichen Geldbetrag verlangen“. Der erforderliche Geldbetrag ist zum Beispiel der Betrag, den die Reparatur eines beschädigten Fahrzeuges in einer Fachwerkstätte kosten würde. Diesen Betrag kann der Geschädigte auch dann verlangen, wenn er das Fahrzeug gar nicht reparieren lässt.

3.4 Besonderheiten bei der Schadensberechnung

3.4.1 Vorteilsausgleichung

Es kommt nicht selten vor, dass ein Schadensereignis dem Geschädigten außer Nachteilen auch Vorteile bringt. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall eine vom Geschädigten abgeschlossene private Berufsunfähigkeitsversicherungsrente zur Auszahlung kommt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob diese Vorteile mindernd auf den Ersatzanspruch angerechnet werden sollen. Denn nach der Differenztheorie (s.o. Zif. 3.1) soll der Geschädigte nicht besser gestellt werden, als er ohne das Schadensereignis stehen würde. Zur Verdeutlichung folgender

Fall: Ein unangenehmer Unfallgegner

A ist durch einen von B verursachten Verkehrsunfall schwer verletzt worden. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch des A wendet B ein, dass

- (1) der Lohn vom Arbeitgeber weitergezahlt wurde,
- (2) die Arzt- und Krankenhauskosten von der Krankenversicherung übernommen werden,
- (3) A Leistungen aus seiner privaten Unfallversicherung erhält und
- (4) A wegen seiner künftigen Erwerbsminderung Unterhaltsansprüche gegen seine Ehefrau hat.

Muss A sich die Vorteile anrechnen lassen?

Lösungsskizze:

1. Anspruchsgrundlagen: § 7 StVG, § 823 Abs. 1, (§ 843) BGB. (+)
2. Einwände: Der Gesetzgeber hat den Problemkreis der Vorteilsausgleichung nur in einigen Teilbereichen geregelt z. B. in §§ 255 und 843 Abs. 4; im Übrigen war es Rechtsprechung und Lehre vorbehalten, Lösungsansätze zu entwickeln. Nach der Rspr. (vgl. z.B. BGHZ 8, 325, 329f; 49, 56, 62) wird verlangt, dass die Anrechnung
 - dem Geschädigten zumutbar sein muss,
 - sie dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs entspricht und
 - sie den Schädiger nicht unbillig entlasten darf.Auf unseren Fall angewendet bedeutet das:

- zu (1): Der Lohn, den A von seinem Arbeitgeber bezogen hat, ist nicht Gegenstand des Schadensersatzanspruches des A. Vielmehr geht der Anspruch des A gegen den B aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 6 EFZG auf den Arbeitgeber über, so dass der Arbeitgeber einen abgetretenen Anspruch gegen den Schädiger erhält.
- zu (2): Ähnliches gilt für die Leistungen der Krankenversicherung. Auch sie sind nicht Gegenstand des Schadensersatzanspruches des A. Leistet die Krankenversicherung, so geht der Anspruch des A gegen den B nach § 116 SGB X auf die Versicherung über.
- zu (3): Erlangt der Geschädigte Ansprüche aus einer Lebens- oder Unfallversicherung, so ist dieser Vorteil nicht anrechenbar, weil dies zu dem unzumutbaren Ergebnis führen würde, dass A die Versicherungsbeiträge zugunsten des Schädigers erbracht hätte; er wollte sich aber im eigenen Interesse versichern.
- zu (4): Wird ein erwerbsfähiger Ehegatte verletzt, so stehen die Ansprüche wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit nach § 843 Abs. 1 ihm selbst zu. Nach § 843 Abs. 4 (einer der wenigen Fälle, in denen der Vorteilsausgleich gesetzlich geregelt ist) kann sich der Schädiger nicht darauf berufen, dass A Unterhaltsansprüche gegen seine Ehefrau hat.

Soweit zu unserem Fall.

Die Vorteilsausgleichung entzieht sich nach wie vor einer systematisierenden Darstellung. Tendenziell lässt sich derzeit eher sagen, dass die Anrechnung von Vorteilen eher die Ausnahme als die Regel ist. Nach der Rspr. sind insbesondere solche Vorteile grds. nicht anzurechnen, die der Geschädigte durch eigene, ihm nicht nach § 254 (vgl. unten Zif. 6) obliegende Anstrengungen erworben hat. Zur Verdeutlichung einige Fallgruppen:

- **Leistungen der Sozialversicherung** sind keine anrechenbaren Vorteile; die Ansprüche des Geschädigten gehen kraft Gesetzes auf den Versicherungsträger über.
- Beim Bestehen von **Schadenversicherungen** (z.B. Diebstahlversicherung) sind ebenfalls keine Vorteile anrechenbar; der Ersatzanspruch geht auf den Versicherer über, soweit er Leistungen erbringt.
- Nicht anrechenbar sind ferner Leistungen aufgrund des **Beamtenrechts** (§ 87a BBG, § 52 BRRG)
- **Freiwillige Leistungen Dritter** (z. B. Spenden für Unfallopfer) sind nicht anrechenbare Vorteile, weil sie nach dem Willen des Dritten nur dem Geschädigten zusätzlich zu etwaigen Schadenersatzansprüchen zugute kommen sollen.
- **Anzurechnen** sind z.B. ersparte Aufwendungen (etwa für häusliche Verpflegung bei Krankenhaus- und Rehabaufenthalt) und niedrigere Steuern (BGH NJW 89, 593).

Ein **Sonderfall** der Vorteilsausgleichung regelt § 255. Wer für den Verlust einer Sache (oder eines Rechts) Schadenersatz leisten muss, ist dazu nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die der Geschädigte gegen Dritte hat.

3.4.2 Ersatz neu für alt

Ein Problem der Vorteilsausgleichung ergibt sich auch beim **Ersatz neu für alt**. Wird eine gebrauchte Sache durch eine neue ersetzt oder unter Verwendung von Neuteilen repariert, kann dies zu einer Wertsteigerung führen. Dies kann unter folgenden Voraussetzungen zu einer Minderung der Ersatzpflicht führen:

- (1) Es muss eine messbare Vermögensvermehrung stattgefunden haben.
Bsp(e): Einbau eines generalüberholten Motors; neuer Dachstuhl.
- (2) Die Werterhöhung muss sich bei dem Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirken.
Bsp.: Erneuerung eines älteren abgebrannten Dachstuhls oder Hauses, denn aufgrund der erhöhten Lebensdauer erspart sich der Eigentümer Reparaturen.
- (3) Der Vorteilsausgleich muss dem Geschädigten zumutbar sein.
Bsp: Eine Kfz-Werkstatt hat den Motor eines 5 Jahre alten Pkws mit 150000 km Fahrleistung so mangelhaft repariert, dass es zu einem Kolbenfresser kommt. Die Mängelbeseitigung ist nur durch einen Austauschmotor möglich. Da der Wert des Fahrzeugs sich hierdurch erhöht, ist ein Abzug neu für alt für den Eigentümer hinnehmbar.

3.4.3 Hypothetischer Schadensursachen

Bei dem Einwand der Schadensminderung wegen hypothetischer Schadensursachen (auch „hypothetische“ oder „überholende Kausalität“ genannt) geht es um die Frage, ob ein Schädiger sich darauf berufen kann, der von ihm verursachte Schaden wäre aufgrund eines anderen Ereignisses ohnehin eingetreten. Wir befassen uns also hier mit der Frage, ob der Schädiger für den von ihm verursachten Schaden auch dann haften soll, wenn eine bereits vorhandene oder später eingetretene zweite Ursache (= **Reserveursache**, hypothetische Ursache) den Schaden gleichermaßen herbeigeführt hätte.

Das Problem stellt sich mithin bei folgenden Fallgestaltungen:

- Schon **vor dem Handeln** des Täters ist eine hypothetische Ursache vorhanden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg ebenfalls ganz oder zumindest teilweise herbeigeführt hätte.
Bsp(e): 1. A überfährt B und verletzt ihn tödlich. B war bereits schwer krank und wäre binnen weniger Monate gestorben.

2. **Fall: „Der kläffende Pfiffi“:** Herr H hatte einen Spitz namens „Pfiffi“, den er im Garten hielt. H hatte auch zwei Nachbarn – links Apotheker A und rechts Jäger J. Beide störte das Gekläff von „Pfiffi“ sehr. Apotheker A nahm ein Schnitzel, würzte es mit Arsen und Strychnin und warf es über den Zaun. „Pfiffi“ fraß es mit Behagen. Das Schnitzel war so gewürzt, dass „Pfiffi“ 10 Tage später sterben musste. Am siebten Tag riss Jäger J der Geduldfaden und er erschoss „Pfiffi“. Wer hat Schadenersatz und in welcher Höhe zu leisten, wenn der Wert des Hundes 1.000,- €betrag?

- **Nach dem Handeln** des Täters, das zu dem Schaden führt, tritt eine hypothetische Ursache auf, die den gleichen Schaden bewirkt hätte.

Bsp: Fall: Das beschädigte Auto verbrennt

A verursacht einen Autounfall, wobei das Auto des B beschädigt wird. In der folgenden Nacht brennt die Garage des B ab; das Auto wäre mit verbrannt. Kann B sich darauf berufen?

Bei der „überholenden Kausalität“ handelt es sich jedoch nicht um ein Kausalitätsproblem – denn die hypothetische „Ursache“ ist gerade nicht Ursache für den Erfolg geworden –, sondern um ein **Problem der Schadenberechnung**. Es geht darum, ob die „hypothetische Ursache“ bei der Schadenszurechnung schadensmindernd berücksichtigt werden kann.

Das Gesetz gibt zu diesem Problem keine klare Antwort. § 249 Abs.1 besagt lediglich, dass das schädigende Ereignis nicht hinweggedacht werden kann, nicht hingegen, dass hypothetische Ursachen hinzuzudenken sind. Lediglich in Einzelfällen nimmt das Gesetz Stellung: in §§ 287 S. 2 und 848 ist die Berücksichtigung, in § 844 die Nichtberücksichtigung von Reserveursachen vorgesehen. Rspr. und Lehre haben bisher noch keine allgemein anerkannte Systematisierung gefunden.

Die Berücksichtigung ist umstritten. Sie wird bejaht:

- in den gesetzlichen Fällen der §§ 287 S. 2 und 848 und
- beim Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 S. 2.
Das ist damit zu begründen, dass die Bestimmung auf den Gewinn abstellt, der nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.
- Wenn das Schadenobjekt bereits mit einer Schadensanlage behaftet war. In diesem Fall ist der Wert des Schadensobjekts bereits beeinträchtigt, so dass der dadurch geminderte Wert bei der Berechnung der Schadenhöhe ins Gewicht fällt.

Bsp: Fall „Pfiffi“: Wer hat Schadenersatz und in welcher Höhe zu leisten, wenn der Wert des Hundes 1.000,- €betrag?

⇒ Jäger J: seine Schadensersatzpflicht beschränkt sich auf die durch ihn bedingten Nachteile, also 300,- €, Apotheker A trägt den Rest, also 700,- €

Sie wird verneint, wenn die Schadenersatzpflicht des Schädigers bereits besteht und danach eine hypothetische „Ursache“ auftritt, die denselben Schaden herbeigeführt hätte (BGHZ 29, 215).

Bsp: Fall: Das beschädigte Auto verbrennt (BGH NJW 94, 1000).

Ausgenommen davon werden Folgeschäden, z. B. eine fortwirkende Erwerbsminderung, die bis zum jeweiligen Schadensabschluss zu berücksichtigen sind.

4. Art des Schadenersatzes

Schadenersatz kann in zweierlei Weise geleistet werden:

- durch Naturalherstellung (= Naturalrestitution) oder
- durch Geldersatz.

Dabei gilt der Grundsatz: **Restitution** (Wiederherstellung) **vor Kompensation** (Ausgleich durch Geld).

Naturalrestitution und Geldersatz sind auch nebeneinander möglich, § 251 Abs. 1.

4.1 Naturalherstellung (= Naturalrestitution)

Nach der Grundregel des § 249 Abs. 1 ist der Schuldner verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der ohne das Schadenereignis jetzt bestehen würde. Das Gesetz geht also von dem Grundsatz der Wiederherstellung in Natur aus (Naturalrestitution). Zwar lässt sich in aller Regel der ursprüngliche Zustand objektiv nicht wiederherstellen, denn Geschehenes kann man nicht ungeschehen machen. Das Gesetz bezweckt vielmehr die Herstellung eines wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes.

Bsp(e): Der Schädiger repariert selbst (sofern er hierzu fachkundig ist) oder ein geeigneter Handwerker behebt den Schaden fachgerecht.
Bei der Zerstörung vertretbarer Sachen (da eine Reparatur hier nicht möglich ist): Lieferung von Sache gleicher Art und Güte.
Eine Ehrverletzung muss durch Widerruf ausgeglichen werden.

Das Gesetz bürdet damit dem Schädiger die Mühen, die damit verbunden sind, den alten Zustand so gut es geht wiederherzustellen, auf; der Geschädigte soll sich grundsätzlich nicht mit einer Geldleistung abspeisen lassen müssen.

Dennoch ist die Bedeutung des Grundsatzes der Naturalherstellung in der Praxis eher gering. In der Mehrzahl der Fälle wird Schadenersatz durch Geld geleistet. Von Bedeutung ist die Naturalherstellung vor allem bei immateriellen Schäden, sofern dort wegen § 253 der Geldersatz ausgeschlossen ist; weiterhin ist er bedeutsam zur Beseitigung fortdauernder Beeinträchtigungen.

4.2 Geldersatz

Geldersatz ist die Wiedergutmachung des Schadens durch Geldzahlung. Der Betrag muss dabei so bemessen sein, dass dadurch der Schaden in vollem Umfang ausgeglichen wird.

Im Einzelfall können sowohl Schädiger als auch Geschädigter ein Interesse daran haben, den Schaden nicht durch Naturalrestitution, sondern durch eine Geldleistung auszugleichen, auch wenn die jeweilige Gegenpartei mit dieser Art des Schadenersatzes nicht einverstanden ist. Diesen Interessenstreit lösen §§ 249 Abs. 2 – 251, in dem sie festlegen, wann der Geschädigte Geldersatz verlangen darf oder der Schädiger seine Schadenersatzpflicht durch eine Geldzahlung – sogar gegen den Willen des Geschädigten – erfüllen kann.

4.2.1 Bei Verletzung einer Person oder Sachbeschädigung

In den praktisch wichtigen Fällen der Verletzung einer Person oder der Sachbeschädigung kann der Geschädigte den für die Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrag verlangen, § 249 Abs. 2 S. 1. Zu ersetzen ist der erforderliche Geldbetrag, also die Aufwendungen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für sinnvoll und notwendig erachten durfte (BGH NJW 92,1619).

- Bei **Sachschäden** braucht der Gläubiger ihn nicht einmal zur Wiederherstellung zu verwenden (BGH NJW 03, 2085).
Bsp(e): Verkauft der Geschädigte den beschädigten Pkw unrepariert weiter, beschränkt sich der Ersatzanspruch nicht auf den durch die Beschädigung bedingten Mindererlös zum durchschnittlichen Verkaufspreis des Fahrzeugs in unrepariertem Zustand. Er kann die Kosten der Instandsetzung verlangen (BGH NJW 85, 2469).
Der Geschädigte kann die von einem Sachverständigen normalerweise nach den Preisansätzen einer Markenwerkstatt geschätzten Reparaturkosten selbst dann geltend machen, wenn er die Reparatur

von einer freien Werkstatt, in Schwarzarbeit, selbst oder gar nicht durchführen lässt BGH NJW 03, 2085).

- Bei **Personenschäden** besteht hingegen eine Zweckbindung, so dass die Heilungskosten nachzuweisen sind. Denn sonst könnte der Geschädigte aus einem Körperschaden ein finanzielles Geschäft machen, was unerwünscht ist.

Die Schadensersatzpflicht erstreckt sich auch auf anfallende Mehrwertsteuer, sofern sie tatsächlich angefallen ist, § 249 Abs. 2 S. 2. Von der Ersatzpflicht mit umfasst sind i.d.R. auch kausale Folgeschäden, wie steuerliche Nachteile, höhere Versicherungsprämien, Sachverständigengutachten und Kosten der Rechtsverfolgung, nicht hingegen der Zeitaufwand des Geschädigten selbst.

4.2.2 Nach Aufforderung zur Naturalrestitution und fruchtlosem Fristablauf

Ein Geschädigter wird selten von der Regelung des § 250 Gebrauch machen, da er einerseits nach § 249 S. 2 Geldersatz auch ohne Erklärung verlangen kann und er andererseits – wenn er auf die Naturalherstellung Wert legt – durch die Erklärung seinen Anspruch auf Naturalherstellung verlieren kann, wenn der Schuldner die Frist verstreichen lässt.

4.2.3 Bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution

Wenn Naturalherstellung nicht möglich oder nicht ausreichend ist, muss der Schädiger nach § 251 Abs. 1 von vornherein Ersatz in Geld leisten. Das Gesetz lässt dabei bewusst offen, ob der Geschädigte teilweise Naturalrestitution und - soweit dies nicht möglich ist- Geldersatz verlangt. Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 251 Abs. 1 („Soweit ...“).

§ 251 Abs. 1 ist von besonderer praktischer Bedeutung bezüglich des nicht wiederherstellbaren Teils des Schadens. Bei Kraftfahrzeugunfällen kann der Geschädigte Reparatur des beschädigten Fahrzeugs verlangen (Naturalrestitution, sofern er nicht gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 Geldersatz verlangt) und daneben für die Werteinbuße als Unfallwagen den sog. „merkantilen Minderwert“.

4.2.4 Bei unverhältnismäßig hohen Kosten der Naturalrestitution

Der Schädiger kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Naturalherstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§ 251 Abs. 2). Hier kann der Ersatzpflichtige wählen, ob er in natura oder in Geld leisten will. Der Geschädigte muss die Geldleistung hinnehmen, wenn die Voraussetzungen des § 252 Abs. 2 vorliegen. Das ist nach den Umständen des Einzelfalls zu

ermitteln, wobei die Art der Schädigung, die Belastung des Ersatzpflichtigen und das Interesse des Geschädigten an einer Herstellung in natura zu berücksichtigen sind.

Die Unverhältnismäßigkeit ergibt sich i.d.R. aus einem Vergleich zwischen den Herstellungskosten und dem nach § 251 geschuldeten Geldbetrag. Die Rspr. hat für den praktisch wichtigen Bereich von Kfz-Schäden folgende Faustformel entwickelt: Überschreiten die Reparaturkosten den Wert des Gegenstandes vor dem Unfall um mehr als 30 %, ist die Naturalrestitution unverhältnismäßig (BGH NJW 05, 1108, 1110).

4.2.5 Bei bestimmten immateriellen Schäden

Nach § 253 Abs. 2 kann bei bestimmten immateriellen Schäden, nämlich der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz in Geld verlangt werden.

5. Der ersatzberechtigte Personenkreis

Anspruch auf Ersatz eines Schadens hat nur, wer durch die tatbestandsmäßige Verletzung einer Rechtsnorm selbst an den von dieser Rechtsnorm geschützten Gütern einen Schaden erlitten hat (unmittelbar Geschädigter). Andere Personen haben i.d.R. keine Ansprüche, selbst wenn sie durch das Handeln eines Anderen Nachteile erlitten haben.

Entscheidend für die Ersatzberechtigung ist, ob die in Anspruch genommene Norm eine Schädigung dieser Art an diesem Rechtsgut auch bei dieser Person verhindern sollte.

5.1 Der unmittelbar Geschädigte

Unmittelbar Geschädigter ist der, gegen den sich der schädigende Eingriff unmittelbar auswirkt und in dessen Person die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben sind.

- Bei **vertraglichen und rechtsgeschäftsähnlichen** (vgl. Meub, SchrAT, § 2, 2.5.3.3, 3.2 f, § 20) **Ansprüchen** ist das regelmäßig nur der Gläubiger der verletzten Pflicht selbst.

Bsp(e): Bei Lieferungsverzug oder mangelhafter Lieferung des Verkäufers ist der Käufer unmittelbarer Geschädigter. Rutscht der potentielle Käufer auf der Rolltreppe des Kaufhauses aus und bricht sich

das Bein, kann nur er Ansprüche gegen das Kaufhaus geltend machen.

I.d.R. ergibt sich die Begrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises aus dem Schuldverhältnis; sie führt kaum zu Schwierigkeiten.

Eine gewisse Durchbrechung erfährt dies bei der sog. „Drittchadensliquidation“ (s.u. Zif. 5.3), bei Verträgen zugunsten Dritter und bei „Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ (vgl. Meub, SchrAT, § 21).

- Bei **deliktischen Schädigungen** ist unmittelbar Geschädigter der, dessen Rechtsgüter nach dem Normzweck betroffen sind.

5.2 Der mittelbar Geschädigte

Mittelbar Geschädigter ist der, der erst durch Schädigung des unmittelbar Geschädigten einen Vermögensschaden erleidet.

Der mittelbar Geschädigte hat zwar einen Schaden, in der Regel aber keinen Schadenersatzanspruch, da in seiner Person keine vertraglichen, rechtsgeschäftsähnlichen oder deliktischen Anspruchsgrundlagen erfüllt sind.

Bsp(e): A verletzt B, der längere Zeit krank ist. C, der Arbeitgeber des B kann dadurch termingebundene Arbeiten nicht fertig stellen und muss Verzugschaden bezahlen. - Er hat wegen des Verzugschadens keinen Schadenersatzanspruch gegen A.

Durch eine Körperverletzung fällt der Tanzpartner einer Eiskunstläuferin für längere Zeit aus (BGH NZV 03, 171) – Der Partner kann als unmittelbar Geschädigter selbstverständlich seinen Schaden geltend machen, die Tanzpartnerin als nur mittelbar Geschädigte nicht.

Ordnungspolitisch ist die Nichtberücksichtigung der mittelbar Geschädigten sinnvoll und geboten; denn anderenfalls würde das Schadenersatzrecht ausufern. Gleichwohl finden wir für besonders schutzwürdige mittelbar Geschädigte in §§ 844, 845 zwei wichtige Ausnahmen und zwar für Personen, denen gegenüber ein getöteter Geschädigter Unterhaltspflichten hatte.

Bsp.: A verletzt B tödlich. Die Witwe und die Kinder des B haben gem. §§ 844, 845 Schadenersatzansprüche gegen A.

Ähnliches gilt, wenn durch die Verletzung eines anderen auch im Verhältnis zum mittelbar Betroffenen die Voraussetzungen einer haftungsbegründenden Norm erfüllt werden. So werden mittelbar Geschädigten bei Nervenschockschäden wegen des Todes eines nahen Angehörigen oder der Schädigung der Leibesfrucht durch Verletzung der Mutter eigenständige Schadenersatzansprüche aus § 823 zugebilligt.

In anderen Fällen geht der Schadenersatzanspruch des Geschädigten durch gesetzliche Abtretungsfiktion auf den mittelbar Geschädigten über so z.B. bei der Lohnfortzahlung im

Krankheitsfall gem. § 6 EFZG auf den Arbeitgeber oder wegen der Leistungen der Krankenversicherung gem. § 116 SGB X auf den Versicherungsträger.

5.3 Drittschadensliquidation

Der Grundsatz, wonach der mittelbar Geschädigte keinen Schadensersatz verlangen kann, wird zwar berührt, aber nicht beeinträchtigt durch weitere Fallgruppen, die Rspr. und Lehre unter dem Stichwort der Drittschadensliquidation zusammenfassen. Zwar fallen auch hier Anspruchsberechtigter und Geschädigter auseinander, auch hier liegt bei einer Person eine Verletzungshandlung vor, die aber keinen Schaden hat, während bei einer anderen Person der Schaden eintritt, ohne dass sie einen gesetzlich normierten Anspruch hat. In Abgrenzung zum normalen Fall des mittelbar Geschädigten ist typisch für die Fälle der Drittschadensliquidation, dass es sich um Fälle der Schadensverlagerung handelt, i.d.R. nur vertragliche Ansprüche in Betracht kommen und aus Billigkeits-erwägungen der Schädiger aus dem Schaden keinen Vorteil ziehen soll.

Damit ergeben sich für die Drittschadensliquidation folgende Voraussetzungen:

- (1) Subsidiarität: Als gesetzlich nicht normiertes Rechtinstitut muss die Drittschadensliquidation zurücktreten, wenn der Schaden aufgrund anderer vertraglicher oder gesetzlicher Anspruchsgrundlagen geltend gemacht werden kann.
- (2) Anspruch ohne Schaden: Ein Ersatzberechtigter erfüllt zwar die Tatbestandsvoraussetzungen einer Anspruchsgrundlage, dieser Person ist jedoch kein ersatzfähiger Schaden entstanden.
- (3) Schaden ohne Anspruch: Ein Geschädigter hat zwar einen Schaden, aber keinen Anspruch.
- (4) Zufällige Schadensverlagerung: Der verursachte Schaden muss zufälligerweise von dem Ersatzberechtigten auf den Geschädigten verlagert worden sein.

Als Durchbrechung des Grundsatzes, dass jeder Geschädigte nur seinen eigenen Schaden verlangen kann, muss die Lehre von der Drittschadensliquidation eng angewandt werden. Sie ist im Wesentlichen auf folgende Fallgruppen beschränkt:

- Mittelbare Stellvertretung (vgl. Meub, BGB AT, § 15, Zif. 6).
Der mittelbare Stellvertreter schließt Verträge im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung. Er allein ist Vertragspartei. Verletzt sein Vertragspartner den Vertrag, z. B. durch Verzug, so hat er gegen ihn einen vertraglichen Schadenersatzanspruch, aber keinen Schaden, denn diesen hat der hinter ihm stehende „Vertretene“. Dieser jedoch hat gegen den Schädiger keinen direkten Anspruch, da er nicht dessen Vertragspartner ist und auch andere Anspruchsgrundlagen – etwa §§ 823 ff – nicht erfüllt sind. - Hier kann der mittelbare Stellvertreter den Schaden des „Vertretenen“ in dessen Interesse fordern. Weiterhin ist es zulässig, dass

der mittelbare Stellvertreter den „Vertretenen“ ermächtigt, den Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen.

- Kommissionär, § 383 HGB
Hier gilt das soeben Besprochene entsprechend.
- Versendungskauf, § 447
Nach § 447 geht mit der Übergabe der Kaufsache an die i.d.R. vom Verkäufer beauftragte erste Transportperson die Preisgefahr auf den Käufer über. Geht die Kaufsache nun unter, so hat der Verkäufer keinen Schaden, da er den Kaufpreis erhält. Den Schaden hat der Käufer, der die Ware nicht erhält, sie aber bezahlen muss. Der Käufer hat aber keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen den Transporteur. - Der Verkäufer kann als Ersatzberechtigter den Schaden des Käufers gegenüber dem Transportunternehmer geltend machen. Weiterhin kann der Käufer vom Verkäufer (aufgrund des Kaufvertrages i.V.m. § 242) auch die Abtretung des Ersatzanspruches gegen den Transportunternehmer verlangen und dann selbst gegen diesen vorgehen.
Für den praktisch wichtigeren Fall der Einschaltung eines gewerbsmäßigen Frachtführers billigen §§ 421 Abs. 1 S. 2, 425 HGB dem Empfänger einen eigenständigen Anspruch zu, so dass insoweit die Lehre von der Drittschadensliquidation verdrängt wird. Handelt es sich bei dem Versendungskauf um ein Geschäft mit einem Verbraucher, stellt sich das Problem überhaupt nicht, da wegen § 474 Abs. 2 die Ware auf Gefahr des Verkäufers reist, er also Anspruchsinhaber und Geschädigter ist.
- Treuhandverhältnis, Vermächtnisnahme und Obhut für fremde Sachen sind weitere Beispiele für die Drittschadensliquidation (vgl. hierzu z.B. Brox/Walker, Allgem. Schuldrecht, § 29, RdNr. 21 ff).

6. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten am Schaden, § 254

6.1 Bedeutung

Dem Grundgedanken unseres Schadensersatzrechtes entspricht, dass der Schädiger nur den Schaden ersetzen muss, den er selbst herbeigeführt hat. Hat hingegen der Geschädigte oder seine Hilfsperson bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt oder hat er ihn durch sein Verhalten vergrößert, so kann der Schädiger dies dem Ersatzanspruch des Geschädigten gegenüber geltend machen. Diesem Gedanken trägt § 254 Rechnung, in dem er bestimmt, dass es bei einem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob ein Schadensersatzanspruch gemindert wird oder gar gänzlich entfällt.

Bsp(e): Beide an einem Verkehrsunfall Beteiligten sind zu schnell gefahren; der Arbeitgeber hat keine Vorsorge gegen Veruntreuung und Unterschlagung durch Arbeitnehmer getroffen (BGH NJW-RR 04, 45); ein Bauherr beauftragt einen Werkunternehmer, an dessen fachlicher Kompetenz erhebliche Zweifel bestehen (BGH NJW-RR 05,265, 267); ein mitwirkendes Verschulden wird auch angenommen, wenn sich der Käufer eines Unter-

nehmens keine Bilanz vorlegen lässt oder Angaben vertraut, die mit der Bilanz nicht vereinbar sind (BGB NJW-RR 98,948).

Dabei ist § 254 keine selbstständige Anspruchsgrundlage, sondern lediglich ein von Amts wegen zu berücksichtigender **Einwand** gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Geschädigten. Praktisch ist die in § 254 enthaltene Regelung von herausragender rechtlicher Bedeutung: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten kann nicht nur gegenüber verschuldensabhängigen wie –unabhängigen vertraglichen, quasivertraglichen wie deliktischen Anspruchsgrundlagen des BGB, sondern auch gegenüber allen Schadensersatzansprüchen außerhalb des BGBs eingewandt werden („sofern dort keine Sonderregelungen bestehen, vgl. z.B. § 17 StVG).

6.2 Die Voraussetzungen des § 254

Der Einwand des § 254 ist an das Vorliegen einer der vier folgenden Voraussetzungen geknüpft:

- (1) Verschulden des Geschädigten oder
- (2) Sach- oder Betriebsgefahr auf Seiten des Geschädigten oder
- (3) Selbstgefährdung des Geschädigten oder
- (4) Mitverschulden von Hilfspersonen des Geschädigten.

6.2.1 Verschulden des Geschädigten

Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss „ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt“ haben. Damit ist nicht ein Verschulden des Geschädigten gegenüber einem anderen gemeint! Der Begriff des Verschuldens wird hier vom Gesetzgeber irreführend in einem weiten, untypischen Sinne verwandt. Verschulden i.S.d. § 254 bedeutet nicht -wie üblich- eine vorwerfbare rechtswidrige Verletzung einer Rechtspflicht, sondern die Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden Obliegenheit (Obliegenheitsverletzung). Es handelt sich hier also um ein „Verschulden gegen sich selbst“ (BGH NJW 97, 2234). Es bedeutet mithin, dass dem Geschädigten ein **objektives Fehlverhalten** vorzuwerfen ist.

Die Obliegenheitsverletzung kann in einem **Tun oder Unterlassen** bestehen. Das objektive Fehlverhalten kann **bei oder nach Eintritt** des schädigenden Ereignisses erfolgen.

Bsp: Ein Radfahrer fährt nachts ohne Licht auf der Straße, obwohl dort ein Fahrradweg existiert. Er wird von einem Pkw erfasst und stürzt. Wegen der ernsthaften Verletzungen geht er zunächst nicht zum Arzt. Dadurch vergrößert sich der Schaden. – Sowohl das Fahren ohne Licht, als auch das Nichtbenutzen des Radweges stellen Obliegenheitsverletzungen bei

Eintritt des Schadens dar; der verspätete Arztbesuch ist ein Fehlverhalten nach Eintritt des schädigenden Ereignisses durch Unterlassen.

Zwei Unterlassungsfälle hat der Gesetzgeber ausdrücklich und exemplarisch in § 254 Abs. 2 erwähnt:

- Der Geschädigte hat es unterlassen, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schädiger weder kannte noch kennen musste (1. Alt.) und
Bsp: Nichtbestehen einer Kaskoversicherung bei einer Überführungsfahrt; Schaden von 11.500 € bei Ausfall eines Druckers im Wert von 14.400 € (OLG Hamm NJW-RR 98, 380).
- der Geschädigte hat es unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (2. Alt.).
Bsp(e): Motorradfahrer haben einen Sicherheitshelm zu tragen. - Autofahrer haben einen Sicherheitsgurt beim Fahren anzulegen. - Bei Personenschäden ist der Verletzte verpflichtet, seine Gesundheit und Erwerbsfähigkeit wiederherstellen zu lassen; dazu ist ihm auch eine Operation zumutbar, wenn sie Erfolg versprechend und relativ gefahrlos ist und wenn der Schädiger die Kosten übernimmt. Auch eine Umschulung auf einen anderen Beruf muss er vornehmen, soweit dies möglich ist. - Bei Schadenersatzansprüchen nach §§ 844, 845 müssen (!) die Angehörigen u. U. selbst erwerbstätig werden, soweit dies nach Belastung mit anderen Aufgaben, Gesundheit und Ausbildung möglich ist. - Der geschädigte Kfz-Eigentümer muss innerhalb einer angemessenen Frist entscheiden, ob er den Schaden durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung beseitigen will; tut er dies nicht, gehen die Kosten für ein Ersatzfahrzeug zu seinen Lasten.

Ein Mitverschulden durch Unterlassen ist demnach immer gegeben, wenn der Geschädigte Maßnahmen unterlässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Schadensabwehr oder –minderung ergreifen würde.

Die Obliegenheitsverletzung i.S.d. § 254 setzt Verschuldensfähigkeit voraus (vgl. §§ 827, 828, 276 Abs. 1 S. 2; a.A. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band 1, Allgem. Teil § 35 I 3b). Es widerspräche dem Sinn und Zweck des Minderjährigenschutzes, ein Kleinkind einerseits für deliktsunfähig zu erklären (vgl. § 828 Abs. 1), es andererseits für ein objektives Fehlverhalten in Anspruch nehmen zu wollen. Reißt sich ein 6 Jähriger von der Hand seiner Mutter los, rennt auf die Straße und verursacht dort einen Verkehrsunfall, muss es nach § 828 nicht für den Sachschaden am Fahrzeug haften; ihm andererseits eine Mitverantwortlichkeit für den eigenen Sach- oder Personenschaden über § 254 zuzurechnen, wäre unbillig.

6.2.2 Sach- oder Betriebsgefahr auf Seiten des Geschädigten

Statt des Verschuldens genügt es, dass auf Seiten des Geschädigten eine Sach- oder Betriebsgefahr mitgewirkt hat, für die er unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung einzustehen hat. Dies widerspricht zwar dem Wortlaut des § 254, der vom „Verschulden“ spricht, das aber -wie bereits ausgeführt (vgl. oben Zif. 6.2.1)- als zurechenbares Fehlverhalten zu verstehen ist. Die Einbeziehung der Gefährdungshaftung in den § 254 rechtfertigt sich aus dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken, dass der Schaden so verteilt werden soll, wie er von den Beteiligten zurechenbar verursacht worden ist.

Bsp: A springt beim Überqueren der Straße aus Unachtsamkeit vor das fahrende Auto des B, das schleudert und beschädigt wird. - B muss sich auf seinen Anspruch aus § 823 Abs.1 (über die Spezialvorschrift des § 9 StVG) die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs nach § 7 Abs. 1 StVG anrechnen lassen. (Grenze wäre lediglich: § 7 Abs. 2 StVG, höhere Gewalt!)

Ist der Schädiger aus einem Tatbestand der Gefährdungshaftung schadensersatzpflichtig (z. B. § 7 StVG) und trifft den Geschädigten ein Sach- oder Betriebsgefahr, so ist ebenfalls § 254 verwendbar. Die Anwendung des § 254 in einigen Fällen sogar gesetzlich angeordnet, z.B. § 9 StVG, § 4 HPfIG.

Bsp: A fährt mit seinem Motorrad in die Seite eines aus einer Parklücke herausrollenden Pkws des B.- A muss sich auf seinen Ersatzanspruch aus § 7 StVG, § 823 Abs. 1 sein Mitverschulden gem. § 9 StVG, § 254 anrechnen lassen, denn er hätte bei größerer Aufmerksamkeit ausweichen können.

6.2.3 Selbstgefährdung des Geschädigten

Selbst bei einem Handeln auf eigene Gefahr, mit anderen Worten: einer bewussten Selbstgefährdung des Geschädigten greift nach BGH (BGHZ 34, 355) § 254. Wer sich also z.B. von einem betrunkenen Fahrer mitnehmen lässt und dabei verunfallt, hat nicht nur den Schaden, sondern muss sich seine Selbstgefährdung auch noch anrechnen lassen.

6.2.4 Mitverschulden von Hilfspersonen des Geschädigten

Ein Mitverschulden von gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen des Geschädigten wird diesem ebenfalls zugerechnet (§§ 254 Abs. 2 S. 2, 278), sofern eine schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten besteht.

Außerhalb von Schuldverhältnissen muss sich der Geschädigte im Rahmen des § 254 auch das Handeln seines Verrichtungsgehilfen (§ 831) als mitwirkendes Verschulden zurechnen lassen, sofern er sich nicht nach § 831 Abs. 1 S. 2 entlasten kann.

6.3 Rechtsfolgen des Mitverschuldens

Rechtsfolge des § 254 ist die Teilung des Schadens je nach den Umständen des Einzelfalls. Der Schadenersatzanspruch des Geschädigten kann nach dem Grad der beiderseitigen Mitverursachung und entsprechend dem Maß des beiderseitigen Verschuldens **gemindert** werden oder sogar **ganz entfallen** (bei ganz erheblichem Mitverschulden). Auch eine quotenmäßige Aufteilung kommt in Betracht.

Es ist möglich, dass der Schädiger trotz eines Mitverschuldens des Geschädigten den vollen Schaden zu ersetzen hat, z.B. wenn er vorsätzlich, der Geschädigte aber nur leicht fahrlässig gehandelt hat (BGH NJW 2002, 1335). Andererseits kann auch der umgekehrte Fall eintreten, wonach die Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens gänzlich entfällt, z.B. wenn der Geschädigte vorsätzlich gehandelt hat, den Schädiger jedoch nur eine geringe Sach- oder Betriebsgefahr trifft.