

## Pflichtverletzung - Schmerzensgeld

# Rechtsfolge- Schadensersatz §§ 249-254 BGB

1. Grundsätze
2. Begriffe und Arten des Schadens
3. Schadenszurechnung
4. Berechnung des Schadens
5. Naturalrestitution, Wertersatz
6. Vorteilsausgleich
7. Nutzungsentgang
8. Fehlgeschlagene Aufwendungen
9. Urlaub, Freizeit, Arbeitskraft
10. Vorhalte- und Schadensvermeidungskosten
11. Sonstige Wertungen
12. Mitverschulden § 254
13. Kreis der Ersatzberechtigten  
s. auch: Delikt § 823 Abs. 1 BGB,  
Schmerzensgeld § 253 Abs. 2 BGB

Literatur: Klement, Schuldrecht Allgemeiner Teil III, Schadensrecht, 1996; Lange, Handbuch des Schuldrecht - Schadensersatz, 2. Auflage 1990.

## 1. Grundsätze des Schadensrechts

### a) Regelungsgegenstand

Als Schadensrecht werden die §§ 249 - 254 BGB bezeichnet. Diese Normen bestimmen Art, Inhalt und Umfang einer Schadensersatzleistung. Sie enthalten selbst keine Anspruchsgrundlage. Die §§ 249 ff. BGB sind also nur anwendbar, wenn ein Anspruch auf Schadensersatz auf der Grundlage einer anderen Vorschrift gegeben ist. Anders formuliert: Die §§ 249 ff. BGB regeln nicht die Haftungsbegründung, sondern die **Haftungsausfüllung**.

Ansprüche auf Schadensersatz, also Regeln der Haftungsbegründung, finden sich im Vertragsrecht (z. B. §§ 122, 179, 280, 325, 326, 463, 538, 635, 651f BGB), im Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB), aber auch im Sachenrecht (§§ 989 BGB), im Familienrecht (§§ 1787, 1833 BGB) und im Erbrecht (§§ 2025, 2138 Abs. 2, 2219 BGB).

### b) Grundsätze des Schadensrechts

#### aa) Schadensausgleich

Das Schadensrecht beruht zunächst auf dem Ausgleichsgedanken. Die Leistung von Schadensersatz soll lediglich entstandene Nachteile ausgleichen, sie hat keinen Strafcharakter und soll auch nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen.

#### bb) Totalreparation

Für die Höhe des Schadensersatzes gilt das Prinzip der Totalreparation. Danach hat der Schädiger unabhängig von dem Grad seines Verschuldens den gesamten Schaden des Geschädigten zu ersetzen.

#### cc) Rechtsfortsetzung

Ferner ist das Schadensrecht vom Gedanken der Rechtsfortsetzung geprägt. Schadensersatzansprüche entstehen (vor allem im Deliktsrecht) aus der Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines Rechtsgutes. Das verletzte Recht/Rechtsgut setzt sich dann im Schadensersatzan-

spruch fort. Daraus folgt, dass der Anspruch in erster Linie auf Naturalrestitution, also auf Wiederherstellung des verletzten Rechts/Rechtsgutes gerichtet ist. Hierdurch erhält der Rechts- bzw. Rechtsgüterschutz Vorrang vor dem bloßen Vermögensschutz.

#### **dd) Präventivfunktion**

Als erwünschte Nebenfolge kommt dem Schadensrecht teilweise auch eine Präventivfunktion zu. Das Wissen um die Verpflichtung zum Schadensersatz soll potentielle Schädiger von der Schädigung abhalten. Hierauf baut vor allem die Ökonomische Analyse des Schadensrechts auf: Die Verpflichtung des Schädigers soll größer sein als die Kosten der Schadensvermeidung wären.

## **2. Begriffe und Arten des Schadens**

### **a) Schaden = unfreiwillige Vermögenseinbuße**

Das BGB selbst enthält keine Definition des Schadens. Unter Schaden wird allgemein jede unfreiwillige Einbuße verstanden, die jemand an seinen rechtlich geschützten Gütern erleidet (eine abweichende Definition findet sich bei Lange, Schadensersatz § 1 II).

### **b) Vermögensschaden (materieller Schaden)**

Vermögensschaden ist eine Einbuße an Gütern, die einen Vermögenswert haben. Der Schaden muss also in Geld messbar sein. Er darf auch nicht der Persönlichkeitssphäre zuzuordnen sein. Man spricht insoweit auch von materiellem Schaden.

*Beispiel: Beschädigung eines Pkws.*

### **c) Nichtvermögensschaden (immaterieller Schaden)**

Nichtvermögensschaden ist die Einbuße an Gütern ohne eigenen Vermögenswert wie z. B. Körper, Gesundheit, Ehre oder Freiheit. Die dadurch entstandenen Kosten (z. B. für einen Krankenhausaufenthalt) sind wiederum in Geld messbar und damit Vermögensschaden.

Nach § 253 Abs. 1 BGB ist Geldersatz grundsätzlich nur für den materiellen Schaden zu leisten, für den immateriellen Schaden nur dann, wenn dies ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist.

Solche gesetzliche Bestimmungen sind:

- § 253 Abs. 2 BGB: Schmerzensgeld kann bei Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsberaubung und Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gefordert werden
- § 651 f Abs. 2 BGB: Entschädigung für entgangene Urlaubsfreude.
- Ferner wird bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 und 2 GG abgeleitet, dass eine Entschädigung des Nichtvermögensschadens verlangt werden kann.

In den übrigen Fällen ist eines der Hauptprobleme des Schadensrechts die Abgrenzung von materiellem und immateriellem Schaden (siehe hierzu unten vor allem: Nutzungsentgang). Naturalrestitution (z. B. Widerruf einer ehrverletzenden Tatsachenbehauptung) ist hingegen immer auch beim immateriellen Schaden zu leisten, sofern diese möglich ist.

### **c) Unmittelbarer und mittelbarer Schaden (Folgeschaden)**

Die nachteiligen Veränderungen, die am verletzten Recht oder Rechtsgut selber eingetreten sind, werden als **unmittelbarer Schaden** bezeichnet. Hierzu gehören z. B.: Kosten für die Reparatur eines beschädigten Pkws; ebenso der merkantile Minderwert, der trotz der Reparatur verbleibt.

**Mittelbare Schäden** oder **Mangelfolgeschäden** sind demgegenüber die durch das schädigende Ereignis an anderen Rechten oder Rechtsgütern verursachten Einbußen, z. B. der entgangene Gewinn oder Nutzungsausfälle. Sie sind in §§ 280, 241 Abs. 2 BGB erfasst. Mangelfolgeschäden werden den Mangelschäden grundsätzlich gleichgestellt (z. B. bei der Verjährung gem. §§ 438 und 634a BGB).

*Beispiel: Aufgrund schlecht reparierter Bremsen wird das Auto demoliert (Mangelschaden) und ein Baum umgefahren (Mangelfolgeschaden).*

#### **d) Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 281 ff. BGB (= positives Interesse)**

Vertragsansprüche: Beruht der Schadensersatzanspruch auf der Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht, so ist der Vertragspartner so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung gestanden hätte. Dementsprechend spricht der Gesetzgeber von "Schadensersatz statt der Leistung" (§§ 281 ff., 311a Abs. 2 BGB), von "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" (§ 651 f Abs. 1 BGB). Dogmatisch wird auch der Begriff "positives Interesse" verwandt. Dieser Schaden umfasst vor allem den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), aber auch die Vertragskosten, die bei Erfüllung ebenso angefallen wären.

#### **e) Vertrauensschaden (negatives Interesse)**

Vertragsähnliche Ansprüche: Beruht der Schadensersatzanspruch hingegen darauf, dass ein angestrebter Vertrag nicht oder nicht den Vorstellungen des Ersatzberechtigten entsprechend zustande gekommen ist, so ist der Ersatzberechtigte so zu stellen, wie er stünde, wenn er auf die Gültigkeit des Vertrages oder die Erklärung des Schädigers nicht vertraut hätte, bzw. wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte. Dementsprechend wird dieser Schaden als **Vertrauensschaden** oder **negatives Interesse** bezeichnet. Zu ersetzen sind Aufwendungen, die im Hinblick auf den Vertrag gemacht wurden, z. B. Reisekosten, Verpackungskosten etc. Meist wird er der Höhe nach begrenzt durch das positive Interesse.

Beispiele für gesetzliche Regelungen des Vertrauensschadens:

- Anspruch gegen den wegen Irrtums nach §§ 119 oder 120 BGB Anfechtenden, § 122 BGB;
- Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenn dieser die fehlende Vertretungsmacht nicht kennt, § 179 Abs. 2 BGB;
- Anspruch wegen Geschlechtsdiskriminierung bei Anbahnung des Arbeitsvertrags, § 611a Abs. 2 BGB - mit Elementen des positiven Interesses ("angemessene Entschädigung in Geld").

### **3. Zurechnung des Schadens**

Eine Schadensersatzpflicht tritt nur ein, wenn dem Schädiger der Schaden zuzurechnen ist. Dabei wird vor allem im Deliktsrecht unterschieden zwischen

- **haftungsbegründender Kausalität** (Kausalität zwischen der Handlung des Schädigers und der Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzung) und
- **haftungsausfüllender Kausalität** (Kausalität zwischen der Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzung und dem eingetretenen Schaden).

Die Schadenszurechnung wird im Deliktsrecht näher erläutert.

## 4. Berechnung des Schadens

### a) Differenzmethode

Die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes wird nach der **Differenzmethode** berechnet: Zu ersetzen ist die Differenz zwischen der Vermögenssituation, die ohne das Schadensereignis bestünde, und derjenigen, die nach der Schädigung besteht. Aufgrund des Prinzips der Totalreparation ist immer der gesamte Schaden auszugleichen. Bei der Beschädigung von Sachen kommt es grundsätzlich auf den objektiven Wert an, die subjektive Wertschätzung des Ersatzberechtigten ist als solche nicht zu berücksichtigen (sog. Affektionsinteresse). Anders ist es jedoch, wenn sich für die Liebhaberei ein Markt gebildet hat (z. B. Oldtimer, Briefmarken), dann bestimmt das Affektionsinteresse den Marktwert und dieser Marktwert ist zu ersetzen.

Probleme bei der Schadensberechnung können sich hinsichtlich der folgenden Aspekte ergeben:

- Zeitpunkt der Bewertung (Schadenseintritt oder letzte mündliche Verhandlung),
- zu beachtenden Größen (Einzelobjekt oder Gesamtvermögen) und
- Höhe der zu bewertenden Posten.

### b) Konkrete und abstrakte Schadensberechnung

Der Schaden bemisst sich grundsätzlich nach der tatsächlich eingetretenen Vermögensminderung und der tatsächlich ausgebliebenen Vermögenmehrung. Er ist also in der Regel **konkret** zu berechnen.

Teilweise ist aber auch eine **abstrakte** Berechnung möglich, die nicht auf die tatsächlich eingetretene Minderung abstellt, sondern auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und den typischen Durchschnittsverlust. Dies ist z. B. der Fall beim Ersatz des entgangenen Gewinns nach **§ 252 S. 2 BGB**. Hier kann der Geschädigte entweder die tatsächlich ausgebliebene Vermögenmehrung geltend machen (konkrete Schadensberechnung), oder aber die ausgebliebene Vermögenmehrung, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingetreten wäre (abstrakte Schadensberechnung). Eine abstrakte Schadensberechnung findet sich auch in § 376 Abs. 2 HGB.

## 5. Art und Weise des Schadensersatzes: Naturalrestitution oder Wertersatz

## a) Naturalrestitution bzw. Kostenersatz, § 249 BGB

### aa) Wiederherstellung durch den Schädiger, § 249 S. 1 BGB oder Ersatz der Herstellungskosten, § 249 S. 2 BGB

Nach § 249 S. 1 BGB hat der Geschädigte einen Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte. Der Schädiger schuldet also die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges. Durch diesen Anspruch wird das Interesse des Geschädigten am Erhalt seiner einzelnen Rechtsgüter, das sog. **Integritätsinteresse**, geschützt.

*Beispiel: Wird ein Kfz beschädigt, so kann Herstellung durch Reparatur oder durch Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs erfolgen (strittig, vgl. Palandt-Heinrichs § 251 Rn 12).*

In der Regel hat der Geschädigte jedoch kein Interesse an der Reparatur durch den Schädiger.


Bei Personen- und Sachschäden wird dem Geschädigten nicht zugemutet, sich oder seine Sache zur Wiederherstellung gerade dem Schädiger anzuvertrauen. Nach § 249 S. 2 BGB kann er den Geldbetrag verlangen, der für die Wiederherstellung erforderlich ist. Da es auch hier um das Interesse des Geschädigten an der Integrität seiner Rechtsgüter geht, handelt es sich auch insofern um Naturalrestitution. Voraussetzung für einen Anspruch auf Ersatz der Herstellungskosten ist deshalb, dass eine Naturalrestitution überhaupt möglich ist. Ist eine Wiederherstellung unmöglich - z. B. bei völliger Zerstörung unvertretbarer Sachen - kommt nur ein Anspruch auf Wertersatz nach § 251 Abs. 1 BGB in Betracht.

### bb) Dispositionsbefugnis des Geschädigten

Der Geschädigte kann den erlangten Betrag frei verwenden (Dispositionsbefugnis des Geschädigten). Hieraus resultieren Probleme: Der Geschädigte kann auf diese Weise **fiktive Kosten** für die Schadensbehebung einsetzen, die ihm noch gar nicht entstanden sind, z. B. Reparaturkosten, und den Gegenstand unrepariert weiterbenutzen.

(1) Daran wird bei **Sachschäden** festgehalten. Denn das Vermögen des Geschädigten ist vermindert, auch wenn er die beschädigte Sache weiter benutzt.

(2) Bei **Gesundheitsschäden** werden fiktive Krankenhaus- oder Operationskosten jedoch nicht ersetzt, wenn der Verletzte die Operation tatsächlich nicht durchführen lässt. Denn das Vermögen des Geschädigten ist nicht gemindert. Das Opfer der nicht durchgeführten Operation ist vielmehr ein immaterielles Gut und für immaterielle Schäden ist nach § 253 BGB grundsätzlich kein Geldersatz zu leisten.

 **Narbenoperation** - BGH 14.1.86 NJW 1986, 1538 = BGHZ 97, 14: *Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen der bei einem vom Erstbeklagten schuldhaft verursachten Verkehrsunfall erlittenen Verletzung auf Schadensersatz in Anspruch. Der Erstbeklagte ist der Fahrer und Halter des PKW, der Zweitbeklagte der Haftpflichtversicherer des Autos. Die Klägerin verlangt die Kosten (10.668 DM gem. Gutachten) für eine Korrektur der Narben am Bauch, die wegen einer unfallbedingten Dünndarmoperation zurückgeblieben sind. Allerdings hat sie sich noch nicht zur Operation entschlossen. Die Beklagten sind auch prinzipiell zur Übernahme der Kosten bereit, jedoch nur, wenn die Klägerin die Operation tatsächlich durchführen lässt.*

Allerdings wird dieser Grundsatz auch bei Personenschäden nicht rein durchgeführt. Der BGH hat einem Verletzten die Kosten für ein Stärkungsmittel zugesprochen, obwohl durch Zeitablauf deren Einnahme nicht mehr sinnvoll war. Begründung: Der Schädiger, der eine Zahlung zurückhält, soll dadurch nicht entlastet werden. Dies ist eine reine Billigkeitsentscheidung (BGH 20.10.57 VersR 1958, 176).

### cc) Erforderlichkeit der Herstellungskosten und Wirtschaftlichkeitspostulat


Nach § 249 S. 2 BGB können Ersatz nur für die Kosten erlangt werden, die zur Herstellung **erforderlich** sind. Erforderlich sind dabei die Aufwendungen, die ein verständiger, wirt-

schaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für notwendig und zweckmäßig halten durfte.


Nimmt der Geschädigte die Herstellung selbst in die Hand und verlangt dann nach § 249 S. 2 BGB die Herstellungskosten vom Schädiger, so ist er gehalten, von den beiden Möglichkeiten der Naturalrestitution (Reparatur oder Ersatzbeschaffung) diejenige zu wählen, die in einer ihm zumutbaren Weise den geringsten Aufwand erfordert, er muss also die wirtschaftlich vernünftige Möglichkeit wählen, sog. **Wirtschaftlichkeitspostulat**.

**< Auto:** Geht es um die Beschädigung eines Kfz, so ist die Reparatur wirtschaftlich unvernünftig, wenn die Reparaturkosten 130% des Wiederbeschaffungswertes übersteigen. Einen Anspruch auf Ersatz von wirtschaftlich unvernünftigen Kosten hat der Geschädigte aber nicht. Ist eine Reparatur teurer als 130% des Wiederbeschaffungswertes, geht sein Anspruch deshalb nur auf Ersatz des Wiederbeschaffungswertes. Grundlage dieses Anspruchs ist nach dem BGH aber weiterhin § 249 S. 2 BGB.

Nach Teilen der Literatur (vgl. Palandt-Heinrichs § 251 Rn 12; Staudinger-Schiemann [1998] § 249 Rn 184) ist die Schadensbeseitigung durch den Kauf eines Gebrauchtwagens keine Naturalrestitution i. S. v. § 249 BGB. Danach stellt sich die Frage, um wieviel die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen dürfen, auch nicht im Rahmen des § 249 S. 2, sondern erst bei der Verhältnismäßigkeit der Herstellungskosten im Sinne von § 251 Abs. 2 BGB. Dort ist aber von den gleichen Grenzen auszugehen. Übersteigen die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert um mehr als 30%, ist die Wiederherstellung unverhältnismäßig. Der Geschädigte hat folglich auch hier nur einen Anspruch auf Ersatz des Wiederbeschaffungswertes - allerdings handelt es sich hierbei dann nicht um Naturalrestitution im Sinne von § 249 BGB, sondern um Wertersatz im Sinne von § 251 BGB. Für die Höhe des geschuldeten Betrags macht dies aber keinen Unterschied.

 **Mercedes 380 SEL** - BGH 15.10.91 NJW 1992, 305 = BGHZ 115, 375: *Bei einem Unfall wurde das Fahrzeug des Klägers, ein fast 8 Jahre alter Mercedes-Benz 380 SEL, erheblich beschädigt. Der von der Beklagten hinzugezogene Gutachter bezifferte die voraussichtlichen Kosten einer Reparatur auf 30.000 DM, den Wiederbeschaffungswert auf 21.000 DM und den Restwert auf 4.000 DM. Der Kläger ließ den Unfallschaden für 34.000 DM beseitigen. Die Beklagte zahlte dem Kläger zunächst die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Restwert (17.000 DM) und später noch einmal 30 % aus diesem Betrag (5.100 DM), insgesamt also 22.100 DM. Der Kläger verlangt weiteren Schadensersatz in Höhe von 5.200 DM. Er meint, die Beklagte sei verpflichtet, ihm 130 % des nicht um den Restwert gekürzten Wiederbeschaffungswertes von 21.000 DM, d.h. 27.300 DM, zu zahlen.*

Mit der Hinnahme einer Überschreitung der Wiederbeschaffungskosten um 30% wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Reparatur das Integritätsinteresse in der Regel stärker befriedigt als eine Neuanschaffung. Der Integritätszuschlag wird nicht nur bei privaten, sondern auch bei gewerblich genutzten Pkw gewährt

 **Taxi** - BGH 8.12.98 NJW 1999, 500: *Die Beklagte stieß bei dem Versuch, auf einer Straße in Berlin nach links in eine Grundstückseinfahrt einzubiegen, mit einem als Taxi betriebenen Pkw der Klägerin zusammen, der ihr auf dem in seiner Fahrtrichtung äußersten rechten Fahrstreifen entgegenkam. Die Klägerin begehrt von der Beklagten vollen Ersatz der Reparaturkosten von 21.603,60 DM (abzüglich bereits gezahlter 7.700 DM). Die Beklagten haben u. a. gemeint, die Klägerin müsse in Anbetracht des sich auf netto 16.521,74 DM belaufenden Wiederbeschaffungswerts und eines Restwerts ihres Taxies von 7.000 DM auf Totalschadensbasis mit der Folge abrechnen, dass ihr über die vorprozessuale Zahlung von 7.700 DM hinaus keine Ansprüche mehr zustünden.*

BGH:

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB und § 7 StVG steht der Klägerin voller Höhe gem. § 249 S. 2 BGB zu, da die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert nur um 26% übersteigen.

Da sich die Erhöhung der Verhältnismäßigkeitsgrenze nur durch das Integritätsinteresse rechtfertigen lässt, wird sie nur vorgenommen, wenn der Geschädigte die Reparatur auch tatsächlich durchführt und den Wagen selbst weiter benutzt (BGH NJW 92, 1619).

Führt der Geschädigte tatsächlich keine Reparatur durch oder übersteigen die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert um mehr als 30%, so kann der Geschädigte nur den Wiederbeschaffungswert verlangen.


< **Andere Sachen:** Diese 130%-Grenze ist von der Rechtsprechung bislang zwar nur bei der Beschädigung von KfZ angewandt worden, sie lässt sich aber auf die Beschädigung anderer Sachen übertragen (vgl. MünchKomm-Grunsky § 249 Rn 7d).

#### **dd) Werkstattkosten und Prognoserisiko**

Der Schädiger haftet auch für die Mehrkosten, die ohne Schuld des Geschädigten durch unsachgemäße Maßnahmen der Werkstatt verursacht wurden. Ebenso trägt er das sog. Prognoserisiko. Er haftet also auch dafür, dass bei der Reparatur weitere Schäden erkennbar werden oder dass sich die Reparatur als sinnlos erweist.

#### **ee) Hausgrundstück**


Bei einem völlig zerstörten **Haus** stellt sich das Problem, ob es isoliert zu sehen ist - dann ist die Herstellung nicht möglich (bei totaler Zerstörung scheidet eine Reparatur aus; da es sich um ein gebrauchtes Haus handelt, ist die Errichtung eines Neubaus kein gleichwertiger Ersatz und auch sonst kann ein solcher nicht beschafft werden) und der Gläubiger kann Wertersatz nach § 251 Abs. 1 BGB verlangen. Ist es als Teil des Grundstücks zu sehen (so die sachenrechtliche Betrachtung, § 94 BGB), dann ist eine "Reparatur" des Grundstücks theoretisch möglich und der Geschädigte könnte die Wiederherstellungskosten gem. § 249 S. 2 BGB verlangen. Allerdings liegt die Obergrenze beim Wertersatz gem. § 251 Abs. 1 BGB. Auf diese Weise relativiert sich die Differenz. Ein Abzug "neu für alt" ist in jedem Fall relevant.

 **Explodierter Tank** - BGH 8.12.87 NJW 1988, 1835 = BGHZ 102, 322 = JuS 1988, 988:  
*Der Beklagte hatte seinen Motor in der Garage des Klägers aufwärmen wollen, weil das Dieselöl wegen Frostes eingedickt war. Er hatte jedoch den Heizlüfter mehrere Stunden laufen lassen, bis der Tank explodierte und das Haus zerstörte. Das Haus stammte aus dem Jahr 1936. Der Kläger verlangte die Wiederherstellungskosten. Die Feuerkasse hatte 271.000 gezahlt, der Kläger verlangt vom Beklagten 50.000 DM mehr.*

Bei einem Hausschaden stellt sich die Frage, ob der Käufer Wiederherstellungskosten als Schadensersatz verlangen kann, wenn er das Grundstück weiter verkauft hat. Denn dann ist eine Reparatur durch den Käufer nicht mehr möglich. Wäre er auf Wertersatz angewiesen, müsste er darlegen, dass er einen höheren Preis erzielt hätte, wenn das Grundstück mangelfrei gewesen wäre.

(1) Im Gegensatz zum Autokauf hatte der BGH bisher angenommen, dass die Reparaturkosten nicht mehr verlangt werden können.

(2) Nunmehr ist eine Anpassung vorgenommen: Ein Herstellungsinteresse des vormaligen Eigentümers ist zwar nicht mehr gegeben. Der Dritterwerber - der die Herstellung noch vornehmen kann - soll die Reparaturkosten jedoch verlangen können, wenn ihm der Anspruch vom Käufer abgetreten worden ist:

 **Setzungsrisse** - BGH 4.5.2001 - V ZR 435/99, NJW 2001, 2250: *Das Land Berlin verkaufte ein Grundstück mit Mietshaus für 878.270 DM an eine KG, die sich verpflichtete, ein in notarieller Form unterbreitetes Kaufangebot einer Mietergemeinschaft anzunehmen. 1993 beabsichtigte die P. GmbH, auf dem ihr gehörenden Nachbargrundstück ein Wohn- und Geschäftshaus mit Tiefgarage zu errichten. Die Arbeiten für Baugrube, Verbau und Unterfangung wurden der Beklagten zu 1 übertragen, die als Subunternehmer die Beklagte zu 2 für die Unterfangungs- und Ankerarbeiten einschaltete. Während der Durchführung der Bauarbeiten zeigten*

sich am benachbarten Mietshaus der Kläger Setzungsrisse, deren Beseitigung nach einem von der P. GmbH veranlassten Sachverständigengutachten 499.560 DM kosten soll. 1997 kauften die Kläger (Mieter des Mietshauses) ihr - beschädigtes - Grundstück von der KG, die den Klägern Ansprüche gegen die Bekl. zu 1 und 2 abtrat. Diese behaupten, die Setzungsrisse seien Folge unsachgemäßer Vertiefungsarbeiten durch die Beklagten, und machen Schadensersatz in Höhe der von dem Gutachter ermittelten Beseitigungskosten geltend.


BGH:

AGL: §§ 398, 823 Abs. 1, Abs. 2, 831 BGB in Verbindung mit § 909 BGB. Die Eigentumsverletzung bzw. die Schutzgesetzverletzung sind gegeben.

Fraglich ist, ob der ursprüngliche Eigentümer Ersatz der Reparaturkosten gem. § 249 S. 2 BGB verlangen konnte, da er das Grundstück nicht mehr reparieren kann. Der BGH hat die Frage bejaht und den Voreigentümer nicht etwa auf Wertersatz gem. § 251 BGB verwiesen. Unter Verweis auf BGH 5. März 1985, VI ZR 204/83, NJW 1985, 2469 (betr. Autoschaden) sieht der BGH es für sinnvoll an, insoweit die Schadensregulierung gleich zu gestalten.

### **b) Wertersatz, § 251 Abs. 1 BGB**

Ist die Herstellung unmöglich oder ungenügend, so kann **Wertersatz in Geld** verlangt werden (§ 251 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch schützt im Gegensatz zu dem Anspruch auf Naturalrestitution - der nach § 249 S. 2 BGB ebenfalls auf eine Geldzahlung gerichtet sein kann - nicht das Interesse an der Integrität der konkreten Rechtsgüter, sondern das Interesse am Erhalt des Wertes des gesamten Vermögens (abstrakt in Geld ausgedrückt). Es geht also um das **Wertinteresse**. Der Unterschied zum Wiederherstellungsinteresse ist dann gering, wenn die Reparaturkosten etwa die Wertdifferenz ausmachen, was häufig der Fall ist (typisch: Autoreparatur). Die Höhe des Wertersatzes bestimmt sich nach dem Marktwert.

 **Torpedoboot Dachs** - BGH 10.7.84 NJW 1984, 2282 = BGHZ 92, 85: *Der Kläger hatte in seiner Wohnung ein Modell des Torpedoboot Dachs, das 2m lang und originalgetreu nachgebaut war. Als sein Freund zu Besuch kam, hob dieser das Modell aus seinem Gestell heraus. Es fiel ihm aus der Hand und zerbrach beim Aufschlag auf den Boden. Der Kläger verlangt 90.000 DM Schadensersatz. Der Freund beruft sich darauf, dass der Materialaufwand für das Modell nur 7.500 DM beträgt.*

### **c) Ersetzungsbefugnis des Schädigers, § 251 Abs. 2 BGB**

Ist die Wiederherstellung zwar möglich und auch genügend, so kann sie dennoch im Einzelfall unverhältnismäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Wiederherstellungskosten den Wert der Sache erheblich übersteigen. § 251 Abs. 2 BGB schützt den Schädiger vor unzumutbaren Belastungen, indem er ihm das Recht gibt, den Geschädigten auf den Ersatz des Wertinteresses zu verweisen, wenn der Herstellungsaufwand unverhältnismäßig ist.

Um zu bestimmen, ob die Herstellung unverhältnismäßig ist, sind ihre Kosten mit dem nach § 251 Abs. 1 BGB zu leistenden Wertinteresse zu vergleichen. Unverhältnismäßig ist die Herstellung, wenn ihre Kosten den Wert der Sache erheblich übersteigen. Bei Kfz-Schäden ist eine Reparatur verhältnismäßig, solange ihre Kosten den Wiederbeschaffungswert des Kfz höchstens um 30% übersteigen (siehe oben). Zu berücksichtigen ist § 251 Abs. 2 S. 2, wonach bei Tieren eine Heilbehandlung nicht schon allein deshalb unverhältnismäßig ist, weil ihre Kosten den Wert des Tieres erheblich übersteigen.

### **d) Ersatz in Geld nach Fristsetzung, § 250 BGB**

Ist der Schädiger zur Wiederherstellung im Sinne von § 249 BGB nicht bereit, kann der Geschädigte ihm eine Frist zur Herstellung setzen und nach Fristablauf Geldersatz verlangen. Damit hat der Geschädigte die Möglichkeit, unabhängig von den Voraussetzungen des § 249 S. 2 BGB oder § 251 BGB zu einem Anspruch auf Geldersatz zu gelangen.


## 6. Vorteilsausgleich

### a) Grundsatz: Anrechnung der Vorteile

Das Schadensereignis löst gelegentlich auch Vermögensvorteile aus (makabres Beispiel ist das reiche Erbe durch den Tod des Ernährers). Diese können dazu führen, dass dem Geschädigten insgesamt rechnerisch kein Schaden entstanden ist.

### b) Ausnahme

Eine Anrechnung der Vorteile auf den Schadensersatzanspruch, die zu dessen Minderung oder Ausschluss führt, erscheint jedoch nicht immer als gerechtfertigt.

 *S zerstört das neue Fahrrad des E, das dieser gerade von seinen Eltern zum Geburtstag geschenkt bekommen hatte. Da E so betrübt ist, kaufen die Eltern ihm gleich ein neues Rad.*

Hier hat E rechnerisch keinen Schaden mehr. Es wäre jedoch unbillig, wenn das zweite Geschenk der Eltern zu einer Entlastung des S führen würde - die Eltern wollten das Rad dem E zukommen lassen, nicht aber dem S.

Vermögensvorteile des Geschädigten, die durch das Schadensereignis ausgelöst werden, sind deshalb nicht immer zu berücksichtigen. Wann sie den Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger mindern, wird vielmehr unter wertenden Überlegungen nach Fallgruppen unterschiedlich entschieden. Die Vorteilsausgleichung ist, wenn sie zum Zuge kommt, keine Aufrechnung (und fällt deshalb nicht unter ein Aufrechnungsverbot, z. B. § 393 BGB).

### c) Gesetzliche Regelungen


Das Gesetz enthält selbst nur einzelne Regelungen zur Vorteilsausgleichung:

- § 642 Abs. 2 BGB ordnet die Anrechnung ersparter Aufwendungen ausdrücklich an.
- Nach § 843 Abs. 4 BGB mindert die Unterhaltspflicht eines anderen gegenüber dem Geschädigten nicht dessen Anspruch gegen den Schädiger.

### d) Wertungen der Rechtsprechung

In allen anderen Fällen ist nach der Rechtsprechung (vgl. BGHZ 54, 269) ein Vorteil nur unter folgenden Voraussetzungen anzurechnen:

#### aa) Adäquat kausaler Zusammenhang zwischen Rechts(guts)verletzung und Vorteil

 **Alleinerbe** - BGH 16.12.75 NJW 76, 747: *Der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte verlangt Unterhaltsrente wegen Minderung seiner Erwerbsfähigkeit. Der Ersatzpflichtige machte geltend, dass bei dem gleichen Unfall der Bruder des Geschädigten getötet worden sei, so dass der Geschädigte erbrechtliche Vorteile habe.*

Hier fehlt es am Kausalzusammenhang, da schädigendes Ereignis allein die Verletzung des Ersatzberechtigten war, nicht aber die Tötung des Bruders.

**bb) Daneben muss die Vorteilsanrechnung aber auch dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf den Schädiger nicht unbillig entlasten.**

**cc) Wertungen und Fallgruppen**

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, kann nur anhand von Wertungen beurteilt werden. Allgemein gültige Kriterien zur Vornahme dieser Wertung sind von der Rechtsprechung bislang nicht entwickelt worden. Es werden jedoch verschiedene Fallgruppen gebildet:

- **Gesetzlicher Forderungsübergang:** Leistet ein Dritter an den Geschädigten, so geht der Schadensersatzanspruch des Geschädigten oft kraft Gesetzes auf den Dritten über (vgl. §§ 67 VVG, 116 ff. SGB X, 127 AFG, 87a BBG, 6 EFZG). Diesen Vorschriften liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Ersatzanspruch des Geschädigten durch die Leistung des Dritten nicht untergeht - sonst könnte er nicht mehr auf den Dritten übergehen. Folglich ist eine Vorteilsanrechnung in diesen Fällen nicht vorzunehmen.
- **Freiwillige** oder vom Geschädigten **erkaufte oder verdiente Leistungen Dritter** (Lohnfortzahlung, Unterhaltsleistung, Versicherungsleistungen, Sozialleistungen etc.) entlasten den Schädiger in der Regel auch dann nicht, wenn kein gesetzlicher Übergang der Forderung des Geschädigten auf den Dritten vorgesehen ist. Entscheidend ist der Zweck der Leistungen, die dem Geschädigten und nicht dem Schädiger zugute kommen sollen.

Anzurechnen sind die Vorteile hingegen dann, wenn sie nach dem erkennbaren Willen des Dritten gerade die Schuld des Schädigers tilgen sollen

*Beispiel: A beschädigt fahrlässig das Auto des B. Der reiche Onkel des A, der weiß, dass A immer knapp bei Kasse ist, zahlt die Reparaturkosten an B, um seinem Neffen etwas Gutes zu tun.*

Die Anrechenbarkeit folgt hier schon aus §§ 362, 267 BGB.

- **Erbschaft:** Wird ein Unterhaltspflichtiger getötet, so hat der Unterhaltsberechtigte gemäß § 844 Abs. 2 BGB bzw. § 10 Abs. 2 StVG einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger. Fraglich ist, ob ein Vorteilsausgleich vorzunehmen ist, wenn der Unterhaltsberechtigte den Getöteten zugleich beerbt hat.

Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 79, 760) ist der *Stammwert* der Erbschaft meist nicht anzurechnen.

Dagegen sind solche ererbten Vermögenswerte auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, die schon zu Lebzeiten des Erblassers dazu bestimmt waren, zur Bestreitung des Unterhalts zu dienen, also auch ohne den Tod zu Unterhaltungszwecken verbraucht worden wären. Hätte der Getötete den Unterhalt hingegen aus seinem laufenden Einkommen bestritten, ist die Erbschaft nicht anzurechnen. Anzurechnen ist die Erbschaft auch insoweit, wie der Getötete ihren "Stamm" oder die Erträge (z. B. Mieteinnahmen eines Hauses) selbst verbraucht hätte.

- **Ersparte Aufwendungen:** Wer z. B. im Krankenhaus liegt und eigene Verpflegungskosten spart, muss sich diese Ersparnis von seinem Anspruch auf Ersatz der Krankenhauskosten abziehen lassen. Dies ergibt sich daraus, dass die Verpflegungskosten auch ohne das schädigende Ereignis angefallen wären und der Geschädigte sie dann selber hätte tragen müssen. Außerdem entspricht die Anrechnung dem Grundgedanken des § 642 Abs. 2 BGB. Ähnlich sind durch das Schadensereignis verursachte Steuervorteile anzurechnen.  
Nicht angerechnet werden hingegen ersparte Mängelkosten, wenn - beim Weiterverkauf - der Abkäufer die ihm zustehenden Mängelrechte nicht geltend macht (BGH NJW 1977, 1819).

- **Wertzuwachs eines Grundstücks:** Bei einem Anspruch auf Ersatz des Verzugs Schadens muss sich der Geschädigte eine während des Verzugs eingetretene Wertsteigerung anrechnen lassen.

Grundstückswert - BGH 16.5.80 NJW 80, 2187: *Durch notariellen Vertrag vom 20.9.72 kaufte der Kläger vom Beklagten ein Grundstück für 130.600 DM, zu seinen Gunsten wurde eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten u.a. über die Wirksamkeit zweier Rücktrittserklärungen des Bekl. vom 3.1.74 und vom 23.5.75 sowie über die Verpflichtung des Kl., die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen. Der Kl. klagte schließlich auf Vertragserfüllung, der Bekl. erhob Widerklage auf Erteilung der Löschungsbewilligung für die Vormerkung. Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Jetzt verlangt der Bekl. Schadensersatz dafür, dass er das Hausgrundstück wegen der verspäteten Löschung der Vormerkung nicht habe anderweitig verkaufen und deshalb einen Kredit in Höhe von 175.000 DM aus dem erzielbaren Kaufpreis (185.000 DM) nicht habe tilgen können. Er verlangt Ersatz der Belastung mit 10% Zinsen, insgesamt 52.974 DM. Der Kl. behauptet, das Grundstück sei inzwischen mindestens 200.000 DM wert, der Bekl. müsse sich diese Wertsteigerung anrechnen lassen.*

- **Eigene Anstrengungen des Geschädigten zur Schadensminderung:** Nicht anzurechnen sind Vorteile, die der Geschädigte aufgrund eigener Anstrengungen erlangt, wenn diese Anstrengungen über das hinausgehen, was von der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB vom Geschädigten verlangt werden kann.

Fahrschule - BGH 16.2.71 - BGHZ 55, 329: *S beschädigt den Fahrschulwagen des G. Während der Reparaturzeit müssen Fahrstunden ausfallen, G entgeht dadurch ein Verdienst in Höhe von 1.570 DM. G holt die ausgefallenen Fahrstunden jedoch außerhalb seiner gewöhnlichen und zumutbaren Arbeitszeit am Abend nach.*

## e) Durchführung des Vorteilsausgleichs

Nach der h. M. (vgl. Palandt vor § 249 Rn 123; kritisch Lange, Schadensersatz § 9 III 12) ist ein Vorteil - sofern er nach den oben dargestellten Grundsätzen anrechenbar ist - nicht mit dem Gesamtbetrag des Schadensersatzanspruchs zu verrechnen, sondern nur mit dem Schadensposten, dem der Vorteil seiner Art nach entspricht - Vorteil und Schaden müssen **kongruent** sein. So sind bei einer Körperverletzung z. B. ersparte häusliche Verpflegungskosten von den Kosten der Heilbehandlung im Krankenhaus abzuziehen, nicht aber vom Verdienstausfallschaden.

Deckungsverkauf   BGH 6.6.97 NJW 1997, 2378 = BGHZ 136, 52: *Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5.12.91 verkauften die Kläger dem Beklagten eine Eigentumswohnung für 175.000 DM, was dem objektiven Verkehrswert entsprach. Nachdem sie die Zahlung zunächst angemahnt und dann den Bekl. mit Schreiben vom 1.4.92 unter Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung erfolglos zur Zahlung des Kaufpreises aufgefordert hatten, beanspruchten sie mit Schreiben vom 22.4.92 Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Am 14.9.92 verkauften sie die Wohnung anderweitig für 220.000 DM. Der objektive Verkehrswert der Eigentumswohnung lag weiterhin bei 175.000 DM. Für den Verkauf mussten sie eine Maklerprovision von 17.000 DM bezahlen. Diese verlangen sie nun von dem Beklagten erstattet. Zusätzlich verlangen sie die Kosten für die Löschung der zugunsten des Bekl. eingetragenen Auflassungsvormerkung in Höhe von 600 DM sowie Steuerberatungskosten für den Deckungsverkauf in Höhe von 950 DM. Der Bekl. macht geltend, die Kl. müssten sich den aus dem Deckungsverkauf erzielten Gewinn auf ihren Schaden anrechnen lassen.*

## 7. Nutzungsentgang

### a) Konkrete Kosten für eine gemietete Ersatzsache

Wird eine Sache beschädigt, so kann der Geschädigte die Sache während der Dauer der Reparatur bzw. bis zur Anschaffung einer Ersatzsache nicht nutzen. Mietet der Geschädigte sich eine Ersatzsache, so kann er die Kosten hierfür aus § 249 S. 2 BGB ersetzt verlangen - die "Herstellung" im Sinne von § 249 BGB umfasst nämlich nicht nur die Reparaturkosten, sondern auch die Kosten für andere Maßnahmen, die zur Herbeiführung des Zustandes erforderlich sind, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde - und ohne die Beschädigung der Sache könnte der Geschädigte diese nutzen. Allerdings sind die Verhältnismäßigkeitsgrenze des § 251 Abs. 2 BGB und die Schadensminderungspflicht des Geschädigten aus § 254 BGB zu beachten.

### b) Fiktive Mietkosten: Materieller oder immaterieller Schaden?

Kann der Geschädigte auch fiktive Mietkosten verlangen, wenn er keinen Mietwagen nimmt?

(1) Ist der abstrakte Nutzungsausfallschaden ein *Vermögensschaden*, so kann der Geschädigte Wertersatz nach § 251 BGB verlangen.

(2) Handelt es sich dagegen um einen *immateriellen Schaden*, gibt es keinen Ersatz. Der Schädiger würde begünstigt.

Es kommt also entscheidend darauf an, ob der abstrakte Nutzungsausfallschaden als Vermögensschaden oder als immaterieller Schaden einzustufen ist.

### c) Begründungsansätze für die Gewährung einer abstrakten Nutzungsentschädigung

Der BGH geht weitgehend davon aus, dass der Entzug der Nutzungsmöglichkeit ein Vermögensschaden ist, für den Ersatz nach § 251 BGB verlangt werden kann. Diese Rechtsprechung wurde zunächst anhand von KfZ-Schäden entwickelt.

#### aa) Kommerzialisierungsgedanke

Die Rechtsprechung begründet diese Einstufung vor allem mit dem Kommerzialisierungsgedanken. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass auch der Gebrauch einer Sache unter Umständen einen Marktwert hat (Miete). Alle Güter, die gegen Geld zu haben sind (kommerzialisieren sind), müssen unabhängig davon, ob es sich um materielle oder immaterielle Güter handelt, in Geld ersetzt werden, wenn sie beeinträchtigt, vernichtet oder entzogen werden. Gegen diesen Ansatz spricht, dass heute fast alle Güter mit Geld erkaufte werden können, der Kommerzialisierungsgedanke würde also zu einer wesentlichen Erweiterung des Vermögensschadens führen und damit die Regelung des § 253 BGB stark einschränken (vgl. zu dieser Kritik Medicus BR Rn 828). Auch der BGH sieht diese Gefahren und beschränkt den Nutzungersatz auf folgende Fälle:

- Es muss sich um ein **Wirtschaftsgut von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung** handeln (so der Große Senat, BGHZ 98, 222). Bejaht hat der BGH dies z. B. bei Pkw (BGHZ 98, 222), Wohnung (BGHZ 98, 222), Fahrrad (BGH NJW-RR 93, 1438); verneint z. B. bei einem *Pelzmantel* (BGH NJW 80, 1459) und einem *Motorboot* (BGHZ 89, 62). Diese Ausnahme von *Luxusgütern* aus dem Nutzungersatz wird von der Literatur z.T. abgelehnt, vgl. hierzu mit Hinweisen auf dogmatische Unstimmigkeiten Medicus BR Rn 829.

- Es muss ein **Eingriff in den Gebrauchsgegenstand** stattgefunden haben, eine Verletzung des Nutzungsberechtigten reicht nicht aus.  
*Beispiel: Wegen einer Körperverletzung muss der Geschädigte im Krankenhaus liegen und kann folglich seinen Pkw nicht nutzen - da hier der Pkw selbst nicht beschädigt wurde, scheidet Schadensersatz wegen Nutzungsausfall aus.*
- Erforderlich ist weiter eine **fühlbare Beeinträchtigung**. Diese liegt nur vor, wenn der Geschädigte die Sache nutzen wollte und konnte.  
*Beispiel: Bei einem Verkehrsunfall wird der Pkw des G beschädigt, G selbst wird so verletzt, dass er eine Zeit bettlägerig ist. Hier liegt zwar ein Eingriff in den Pkw selbst vor, ein Anspruch auf Schadensersatz scheidet jedoch daran, dass G den Pkw gar nicht hätte nutzen können.*

Neben dem Kommerzialisierungsgedanken werden folgende weitere Begründungsansätze vertreten:

#### **bb) Frustrationslehre**

Alle durch das Schadensereignis unnütz gewordenen Aufwendungen sind nach dieser Lehre zu ersetzen. Die Ersatzpflicht wird damit begründet, dass der Geschädigte aufgrund des schädigenden Ereignisses den erwarteten Gegenwert für seine Aufwendungen nicht erhält. Nach dieser Ansicht wäre ein Ersatzanspruch für Nutzungsentgang auch dann zu gewähren, wenn nicht in den Gebrauchsgegenstand selber eingegriffen wird, was zu einer noch weitergehenden Aushöhlung des § 253 BGB führt als der Kommerzialisierungsgedanke. So könnte z. B. der Verletzte während seines Krankenhausaufenthaltes die Miete seiner Wohnung mit allen Nebenkosten ersetzt verlangen. Diese Lehre wird deshalb von der Rechtsprechung und der h. Lit. als zu weitgehend abgelehnt (vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 249 Rn 33).

#### **cc) Normativer Schadensbegriff**

Der Schaden ist durch wertende Überlegungen im Einzelfall zu bestimmen. Da nicht festgelegt wird, welche Wertungen entscheiden, wird der Begriff nicht mehr verwendet (anders noch BGHZ-GS 50, 304).

#### **dd) Ökonomische Analyse**

Die Ökonomische Analyse des Schadensrechts gelangt zu einem umfassenden Schadensbegriff für jedes geldwerte Gut. Die Grenze liegt beim individuellen Affektionsinteresse (Schäfer/Ott, Lehrb. der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. 2000, S. 298 ff.). Bei Tieren ist auch nach der Ökonomischen Analyse der Marktwert entscheidend und nicht das häufig große Affektionsinteresse, das allenfalls im Rahmen der noch zumutbaren Behandlungskosten beachtet werden kann. Nach § 251 Abs. 2 S. 2 BGB werden die Behandlungskosten nicht durch den Marktwert begrenzt.

### **b) Kfz-Ausfall während Reparatur oder bis zur Neuanschaffung**

Der Geschädigte hat einen Anspruch auf Ersatz der tatsächlich entstandenen Mietkosten für ein gleichartiges Kfz. Jedoch sind 10 - 20% ersparte eigene Aufwendungen abzuziehen, da das eigene Auto in dieser Zeit nicht abgenutzt wird. Bei geringem Fahrbedarf (ca. 15 Km/Tag) werden jedoch nur Taxikosten statt Mietwagenkosten ersetzt.



Schon früh hat der BGH eine **abstrakte Nutzungsentschädigung** gewährt, auch wenn kein Mietwagen genommen wurde (BGHZ 40, 345; 56, 212). Sie beträgt heute 50-190 DM pro Tag des Ausfalls (vgl. dazu die Tabelle von Sanden/Danner, abgedruckt in Palandt, Anhang zu § 249 BGB). Erforderlich sind **Nutzungswille** und **Nutzungsmöglichkeit** durch den Ge-


schädigten oder ihm nahestehende Dritte (BGH NJW 1974, 33).

### c) Wohnhaus


Erst in den 80er Jahren wurde die Rechtsprechung zu Kfz-Schäden auf andere Sachen ausgelehnt. Dabei wurde folgende Einschränkung gemacht:

- Es handelt sich um einen deliktischen Eingriff (bei vertraglichen kann der Vertragszweck Modalitäten erfordern).
- **Das Wohnhaus/die Wohnung selber ist beschädigt**, d.h. die Sache ist objektiv nicht oder nur erheblich eingeschränkt nutzbar. Nicht ausreichend ist hingegen, dass der Schädiger aufgrund des schädigenden Ereignisses nicht in der Lage ist, das Haus oder die Wohnung zu nutzen bzw. dass es für ihn wirtschaftlich sinnvoller ist, sein Haus zu vermieten anstatt es selber zu bewohnen (vgl. hierzu BGH NJW 1994, 442).
- Für die Lebenshaltung des Eigentümers ist es wichtig, den Gegenstand ständig verfügbar zu haben. Dies wird bei einem **Wohnhaus** oder einer **Wohnung** angenommen (BGH NJW 1987, 50 und 771), ebenso bei einem **Garagenstellplatz** oder einem **Ferienhaus** (BGH NJW 1986, 427 und 1988, 251).
- Der Eigentümer hätte die Sache in der fraglichen Zeit genutzt.

 **Hanglage**  BGH (GS) 9.7.86 NJW 87, 50 = BGHZ 98, 212 = JuS 1987, 574 = JA 1987, 92 *Frau Karlson ist Eigentümerin eines komfortablen Hauses, das sie selbst bewohnt. Unterhalb ihres Grundstücks errichtet die Fa. Bauregie Reihenhäuser auf einem steil abfallenden Hanggrundstück. Dabei wurde ein Teil des Hangs unsachgemäß abgegraben und hierdurch die Standsicherheit des Hauses von Frau K vorübergehend beeinträchtigt. Deswegen untersagte die Behörde Frau K, das Haus für einen Monat zu benutzen. K verlangt von B 3.000 DM als Ausgleich für die entgangene Gebrauchsmöglichkeit ihres Hauses. Zugrunde gelegt wird der Mietwert des Hauses. B will nichts bezahlen, da K bei Verwandten umsonst gewohnt hat.*

 **Tiefgarage** - BGH 10.10.85 NJW 1986, 427 = BGHZ 96, 124 = JuS 1986, 313: *Die Kläger hatten von der Beklagten Grundstücke erworben. In den Hausbauverträgen hatte sich die Beklagte verpflichtet, eine Tiefgarage zu erstellen. Diese wurde 1978 übergeben. Einige Kläger verweigerten die Abnahme wegen einiger Mängel. Alle benutzten zunächst die Garage. Aufforderungen zur Mängelbeseitigung hatten keinen Erfolg. Die Garage war durch eine Hebebühne zu erreichen. Wegen fehlender Abflussmöglichkeiten staute sich immer Regenwasser. Die Kläger benutzen die Garage seit 1980 nicht mehr und verlangen Nutzungsentschädigung in Höhe von 7.200 DM.*

Allerdings wird man dieses noch vor der Entscheidung des Großen Senats ergangene Urteile nicht verallgemeinern dürfen und etwa auf Garagen im Einfamilienhaus ausdehnen können. Dort wird die Angewiesenheit fehlen, wenn Parkplätze vor der Haustür vorhanden sind.

 **Ferienhausnutzung** - BGH 16.9.87 NJW 1988, 251 = BGHZ 101, 325 = JuS 1988, 485 = JA 1988, 154 = JuS 1989, 879-885: *Der Kläger verlangt von seiner geschiedenen Frau Schadensersatz wegen Verweigerung der Nutzung des ehemals gemeinsamen Ferienhauses, das der Frau nunmehr allein gehört. In der Scheidungsvereinbarung war festgehalten, dass die Frau dem Mann das Haus in der Schweiz für die Ferien zur Verfügung stellt. Der Mann sollte zu Beginn des Jahres den gewünschten Zeitraum nennen. Am 2.3.79 teilte der Mann seine Termine mit. Am 6.4. antwortete die Frau, dass das Haus 1979 vollständig verplant sei. Am 24.8.79 verkaufte die Frau das Haus an ihren zweiten Ehemann und ließ sich ein lebenslanges Wohnrecht einräumen. Auf weitere Nachfragen ihres früheren Mannes reagierte sie nicht mehr. Der Mann verlangt Schadensersatz für die Vorenthaltung des Hauses seit 1981. Den jährlichen Schaden beziffert er mit 37.500 DM (250 x 150 Ferientage). Tatsächlich hatte er 1981 mit seinen Kindern 20.000 DM Hotelkosten in den Ferien gehabt. Für die Zeit von 1981 - 1991 verlangt er 468.000 DM.*


BGH:

Die AGL ist dem BGH nicht ganz klar:

- § 325 BGB a. F. (= §§ 281, 280 BGB 2002), wenn man von einem gegenseitigen Vertrag ausgeht;
- § 280 BGB (= w.o.) bei einseitiger Verpflichtung;
- PVV (= w.o.) wegen endgültiger Erfüllungsverweigerung (besser: § 326 BGB analog).

Schaden: Bei vertraglichem Nutzungsanspruch ist die Gebrauchsmöglichkeit ein vom Eigentum abgesonderter Vermögenswert, so dass auf jeden Fall Ersatz zu leisten ist. Aber nur für die Vergangenheit, weil gar nicht klar ist, ob der Kläger nicht durch Krankheit o.ä. verhindert sein wird, das Haus künftig zu nutzen. Die Nutzungszeit orientiert sich an der Nutzung der Familie in der Vergangenheit. Auf 150 Tage im Jahr kommt der Kläger, weil seine Kinder unterschiedliche Ferienzeiten haben. Er kann aber nur für gemeinsame Zeiten eine Nutzungsmöglichkeit beanspruchen.

Anders bei geringem Nutzungsausfall und bei Delikt:

 **Hangrutsch** - BGH 5.3.93 NJW 1993, 1793: *Das Grundstück war wegen unzulänglicher Bauarbeiten unterhalb des Klägers zeitweise nur eingeschränkt nutzbar. Das Grundstück ist verkauft. Der Kläger verlangt vom Nachbarn aus Delikt: Reparaturkosten für Haus und Garten und Nutzungsausfall für Haus und Garage.*


BGH: Abweisung.

AGL: §§ 823 Abs. 2, 909 BGB. Zum Schaden: Reparaturkosten gem. § 249 BGB können bei deliktischen Schäden nur verlangt werden, wenn der Geschädigte die Sache noch hat. Anders bei Kfz-Schäden und bei Bauvertragsverletzungen.

Nutzungsausfall wird bei Grundstücken und deliktischen Beeinträchtigungen nur gewährt, wenn der Ausfall nachhaltig ist. Dies ist hier nicht der Fall.

#### **d) Andere Gegenstände**

Bei *Pelzmantel, Motorboot, Swimming-Pool, Wohnwagen* hat der BGH die abstrakte Nutzungsentschädigung abgelehnt. Dafür gibt es zwar auch Mietmärkte, so dass ökonomisch betrachtet ein Ersatz berechenbar ist. Der BGH verlangt aber eine gewisse Angewiesenheit des Geschädigten auf diesen Gegenstand, was bei Luxussachen, Liebhaberei oder Freizeitgestaltung regelmäßig nicht der Fall ist.

 **Garten, Keller** - OLG Schleswig 18.5.2000 - 14 U 153/00, OLGRp 2002, 1: *Die Kläger hatten vom beklagten Bauträger je eine Doppelhaushälfte für 470.000 DM erworben. Die zu Wohnzwecken hergerichteten Keller erwiesen sich als grob mangelhaft (undichte Wände, fehlerhafte Drainage). Die Reparaturarbeiten für 220.000 DM dauerten 2 1/2 Jahre (Keller) bzw. 1/2 Jahr (unbenutzbarer Garten). Dafür verlangten die Kläger 22.000 DM Nutzungsausfallentschädigung. 11.000 DM zahlte der Beklagte freiwillig ("ohne Präjudiz", "unstreitiger Teil"), so dass die Kläger nur noch weitere 11.000 DM einklagten. Der Beklagte verlangte Rückzahlung der bereits gezahlten 11.000 DM.*

OLG:

AGL: § 635 BGB. Voraussetzungen sind gegeben.

Schaden? Garten und Keller sind nicht zentral für die Lebenshaltung der Kläger. Sie stellen nur einen Mehrwert des im übrigen intakten Hauses dar. Klagabweisung.

Allerdings wurde ein Bereicherungsanspruch des Beklagten auch abgewiesen, da er mit der Zahlung des als "unstreitig" bezeichneten Betrages auf eine Rückforderung verzichtet habe.

## **8. Fehlgeschlagene Aufwendungen**



Unter Umständen hat der Geschädigte Aufwendungen getätigt, die sich infolge des schädigenden Ereignisses als nutzlos erweisen, z. B. Maklerkosten bei einem nicht zustande gekommenen Vertrag.


#### **a) Vertrauensschaden**

Geht es um einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, erfasst der Ersatzanspruch unstreitig auch diese fehlgeschlagenen Aufwendungen, da diese ja gerade im Vertrauen auf die Durchführung des Vertrages etc. getätigt worden sind.

## **b) Nichterfüllungsschaden: Rentabilitätsvermutung**

Komplizierter ist der Ersatzanspruch für fehlgeschlagene Aufwendungen beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Geschädigte ist hierbei so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Hat der Geschädigte Vertragskosten aufgewendet, z. B. Maklerkosten, so liegt hierin eigentlich kein Schaden, da er diese Kosten auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung gehabt hätte. Die h. M. nimmt dennoch einen Schaden an: Es sei davon auszugehen, dass sich die Aufwendungen im Falle der Vertragserfüllung im Ergebnis rentiert hätten, sog. **Rentabilitätsvermutung**. Der Schaden liegt dann in dem Verlust der Kompensationsmöglichkeit der Aufwendungen. Folglich kann der Gläubiger auch solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er bei Durchführung des Vertrages ebenfalls gehabt hätte. Die Rentabilitätsvermutung kann allerdings vom Schädiger widerlegt werden.


 **Arztpraxis**  **BGH 15.3.2000 - XII ZR 81/97, BB 2000, 1060:** *Die Klägerin hatte 1991 mit dem Vorgänger der Beklagten einen Mietvertrag über Räume für eine Arztpraxis geschlossen. Der Vertrag war auf 10 Jahre, mit weiteren 15 Jahren Verlängerungsmöglichkeit gerichtet. Das Haus war herunter gekommen. Daher mußte die Klägerin erhebliche Renovierungsaufwendungen von über 100.000 DM tätigen. Als Gegenleistung wurde die Miete für die ersten drei Jahre um 50% auf 624 DM gekürzt. 1994 kauften die Beklagten das Haus und begannen im November mit der "Entmietung", indem sie den Schornstein unbrauchbar machten, so dass nicht mehr geheizt werden konnte. Der Klägerin hatten sie zuvor wegen Zahlungsverzugs unberechtigt gekündigt. Am 15.12.94 kündigte die Klägerin fristlos, weil sie die Praxis in den Räumen nicht mehr ausüben konnte. Sie hat ab diesem Tag neue Räume bezogen. Sie verlangt von den Beklagten Verdienstaufschlag für die Zeit vom 29.11.94 bis 15.12.94: 7.500 DM, Ersatz für durch die Baumaßnahmen verschmutzten Geräte in Höhe von 6.500 DM, Ersatz ihrer Investitionen von 105.000 DM und der Investitionen in die neue Praxis von 20.000 DM, Ersatz der Mietdifferenz bis Ende 1995 von 26.000 DM und der Maklerkosten von 9.000 DM.*

 **Diskotheek** - **BGH 19.4.91 NJW 91, 2277 = BGHZ 114, 193:** *Die Klägerin kaufte 1980 ein Grundstück vom Beklagten für 300 TDM. Die darauf betriebene Diskothek hatte sie von einem Pächter drei Tage zuvor gekauft (= Unternehmenskauf). Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung, da im Kaufvertrag stand, dass auf dem Grundstück eine Diskothek betrieben werden könne. Tatsächlich ist dies wegen fehlender Stellplätze nicht möglich. Sie hat allerdings einige Zeit die Diskothek - mit wenig Gewinn - betrieben. Sie verlangt folgende Schadensposten:*

- *Kosten der Beurkundung des Grundstückskaufs und der Eintragung der Auflassungsvormerkung, 1.000 DM;*
- *Anschaffungskosten für die Diskothek 290.000 DM; Umbaukosten für die Diskothek 8.000 DM; Vertragskosten 2.000 DM; Maklerhonorar für die Diskothek 12.500 DM;*
- *Erschließungskosten, Grundsteuer, Brandversicherung 3.000 DM;*
- *Darlehstilgung und -zinsen gegenüber einer Brauerei 23.000 DM.*

*Dagegen hat sich die Klägerin die Einnahmen aus der Verpachtung der Diskothek in Höhe von 30.000 DM anrechnen lassen.*

Die Rentabilitätsvermutung setzt aber voraus, dass der Geschädigte eine hinreichend sichere Aussicht darauf hatte, die Gegenleistung (und damit die Möglichkeit zur Kompensation der Aufwendungen) zu erhalten. War die Wirksamkeit des Vertrages noch ungewiss, spricht keine Vermutung für die Rentabilität getätigter Aufwendungen:

 **Imbiss** - **BGH 2.3.94 WM 1994, 1136:** *Der Beklagte ist Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses. Darin wird eine Gastwirtschaft von Z betrieben. Er schloss mit dem Kläger einen Mietvertrag über einen kleinen Raum im Erdgeschoss zum Betrieb eines Imbisses und für eine Wohnung im oberen Geschoss. Im Mietvertrag war handschriftlich eingefügt, dass der Mieter das Risiko der Konzessionserteilung trage. Daneben war eine Klausel eingefügt, wonach der Mietvertrag erst mit Erteilung der Konzession wirksam werden solle. Da die Konzession allenfalls dem Gastwirt Z zur Erweiterung seiner Wirtschaft erteilt würde, vermietete der Beklagte*

den Raum an Z und dieser schloss mit dem Kläger einen Untermietvertrag. Dennoch wurde die Konzession verweigert. Der Kläger verlangt nunmehr Ersatz von Aufwendungen zur Vorbereitung des Betriebs in Höhe von 82.000 DM.

BGH:

Unklar ist, ob ein Mietvertrag mit dem Beklagten noch bestand oder ob er durch den Vertrag mit Z aufgehoben ist. Unklar ist auch, ob die Klausel über das Konzessionserteilungsrisiko im Mietvertrag mit dem Beklagten eine AGB oder Individualvereinbarung ist. BGH tendiert zu letzterem. Unklar ist ferner, ob die Klausel rechtmäßig ist. Als AGB wird das verneint.

Wenn ein Mietvertrag zwischen Kl. und Bekl. bestand und wenn die Klausel über das Konzessionsrisiko rechtswidrig war:


AGL: § 538 BGB: Mangel = fehlende Nutzungsmöglichkeit. Aber kein Schaden: Denn i. a. kann der Gläubiger zwar auch die Aufwendungen ersetzt verlangen, die er im Hinblick auf den Vertrag gemacht hat und die er auch bei Durchführung des Vertrages gehabt hätte. Man geht davon aus, dass sie sich mit dem Betrieb rentiert hätten (Rentabilitätsvermutung). Hier sollte der Mietvertrag aber erst mit Konzessionserteilung wirksam werden. Diese Vereinbarung war auch wirksam. Daraus folgt aber, dass vor Erteilung der Konzession nicht klar war, ob der Kl. jemals Mieter der Räume werden würde. Solange dies aber nicht feststand, bestand kein ausreichender Anlass für die Vermutung, der Kl. könne bereits gemachte Aufwendungen durch die Nutzung der gemieteten Räume wieder erwirtschaften. Da die Rentabilitätsvermutung nicht greift, hat der Kl. folglich keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen.

## 9. Urlaub, Freizeit, Arbeitskraft

### a) Vertaner Urlaub


Im **Reisevertragsrecht** hat der Reiseveranstalter nach § 651 f Abs. 2 BGB dem Reisenden Entschädigung für vertanen Urlaub zu leisten, wenn die Einbuße auf einem schweren zu vertretenden Reisemangel beruht.

Im **Deliktsrecht** wäre wegen § 253 Abs. 1 BGB und dem Fehlen einer § 651 f Abs. 2 BGB entsprechenden ausdrücklichen Regelung ein Ersatz wegen vertanen Urlaubs nur zu gewähren, wenn es sich hierbei um einen Vermögensschaden handelt. Zunächst war der BGH dieser Auffassung (vgl. BGHZ 63, 98) und bewertete den vertanen Urlaub als Vermögensschaden (abgeleitet aus dem Kommerzialisierungsgedanken). Nachdem 1979 § 651 f Abs. 2 BGB eingeführt wurde, ließ sich diese Argumentation jedoch nicht mehr halten, da dann die neue Regelung überflüssig gewesen wäre. Folglich ist vertaner Urlaub außerhalb des Bereichs der ausdrücklichen Regelung nicht zu ersetzen, § 253 Abs. 1 BGB. Auch die Rechtsprechung gewährt dementsprechend keine Entschädigung, wenn der Geschädigte etwa im Urlaub verletzt wird und deshalb vom Urlaub nichts hat (BGHZ 86, 212). Doch wird in diesem Fall bei Körperverletzungen das Schmerzensgeld etwas erhöht.

 **Vertaner Urlaub** - BGH 11.1.83 BGHZ 86, 212 = NJW 83, 1107 = JuS 1983, 714: *Der praktische Arzt A wurde am 20.9.1976 als Fußgänger von einem LKW angefahren. Die Versicherung des LKW erkannte ihre Haftung dem Grunde nach an. A verlangt jedoch neben den Heilungskosten Ersatz für vertanen Urlaub. Er hatte nämlich am 15.9. seine Praxis für vier Wochen geschlossen, um Urlaub zu machen. Er verlangt Schadensersatz für 21 Urlaubstage. Dabei legt er die Kosten eines Praxisvertreters und weiterlaufende Personal- und Betriebskosten zugrunde und kommt auf 11.000 DM. Die Versicherung meint dagegen, dass vertaner Urlaub ein immaterieller Schaden sei, der nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gewährt werde, z. B. gem. § 651 f BGB, jedoch nicht darüber hinaus.*

### b) Freizeiteinbuße


Die reine Einbuße von Freizeit ist nicht zu ersetzen, auch nicht von Freizeit für die Schadensabwicklung (BGHZ 66, 112).

 **Elternbetreuung** - BGH 22.11.88 - NJW 1989, 766 = BGHZ 106, 28: *Aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers des Beklagten kam es bei der Klägerin im Alter von einem Jahr und vier Monaten zu einem vorübergehenden Atem- und Herzstillstand, der eine Hirnschädigung mit Erblindungs- und Lähmungsfolgen nach sich zog. Mit der hier zugrunde liegenden Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten u.a. Schadensersatz für die Betreuung durch ihre Eltern während ihrer Krankenhausbehandlung und der nachfolgenden ambulanten Behandlung und Rehabilitation. Sie behauptet, ihre Eltern hätten auf ärztliches Anraten in der Zeit der Krankenhausbehandlung praktisch ihre gesamte Freizeit an ihrem Krankenlager verbracht und in erheblichem Umfange weitere Freizeit im Verlaufe der späteren ambulanten Behandlung aufgewendet. Insgesamt habe der - voll berufstätige - Vater 282,5 Stunden, davon 197 Stunden während ihres Krankenhausaufenthalts, und die - halbtags berufstätige - Mutter 740,5 Stunden, davon 287 Stunden während der Krankenhausbehandlung, eingesetzt. Pro Stunde, so meint die Klägerin, sei ein Betrag von 20 DM in Ansatz zu bringen.*

### c) Beeinträchtigung der Arbeitskraft

Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit an sich wird schadensrechtlich im Prinzip nicht berücksichtigt. Nur ein **konkreter Verdienstausfall** ist - als Vermögensschaden - zu ersetzen. Wer seine Arbeitskraft zum Gelderwerb einsetzt, sie aber aufgrund einer Verletzung nicht oder nicht voll ausnutzen kann, hat deshalb gegen den haftpflichtigen Schädiger Anspruch auf Ersatz des entsprechenden Geldschadens. Der Schädiger wird in diesem Fall nicht entlastet, wenn der Geschädigte Entgeltfortzahlung (§ 5 EFZG), Gehaltsfortzahlung bei Beamten (§ 87a BBG) oder Rente (§ 116 SGB X) erhält (also an sich keinen Vermögensschaden hat). Das gleiche gilt wegen § 67 VVG für Versicherungsleistungen. Nach ihrem Zweck sollen diese Leistungen nicht den Schädiger begünstigen, sondern den Arbeitgeber oder die Versicherung.

Wer seine Arbeitskraft nur *unentgeltlich* einsetzt, hat dagegen keinen Ersatzanspruch für Verlust oder Beeinträchtigung der Arbeitskraft an sich.

 **Ordensbruder** - OLG Celle 3.12.1987 - NJW 1988, 2618: *Der Kläger ist Ordensbruder der Benediktiner Abtei. Für diese übte er vorwiegend die Tätigkeit eines Kirchenmusikers aus, für die er als Mitglied des Ordens kein Gehalt bezog. Aufgrund eines vom Beklagten verschuldeten Unfalls erlitt er Verletzungen am rechten Unterarm. Er konnte deshalb seine Tätigkeit als Kirchenmusiker in der Zeit vom 29.9.1983 bis zum 30.9.1984 nicht oder nur teilweise erbringen. Der Kl. verlangt vom Bekl. Schadensersatz für diesen Tätigkeitsausfall. LG und OLG haben die Klage abgewiesen*

OLG:

Das OLG berief sich auf die ständige Rechtsprechung des BGH und die h. M. im Schrifttum, wonach die unfallbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit allein noch keinen Schadensersatz begründet, sondern erst dann, wenn die Erwerbsunfähigkeit zu einem finanziell meßbaren Nachteil geführt hat. Der Kläger, der nicht außerhalb des Klosters gegen Entlohnung tätig war, sondern nur innerhalb der Ordensgemeinschaft, sei nicht erwerbstätig gewesen. Der ihm vom Orden gewährte Unterhalt sei keine entgeltliche Gegenleistung im Rechtssinne gewesen. Anders als in den Fällen des haushaltsführenden Ehegatten hätte keine gesetzliche Pflicht des Kl. zur Arbeit bestanden.


Als Ausnahme wird jedoch dem *haushaltsführenden Gatten* ein Anspruch zugebilligt, wenn er verletzt wird. Er kann die Kosten für eine Ersatzkraft geltend machen, auch wenn sie nicht beschäftigt wird (BGH-GS 50, 305). Begründet wird dies damit, dass die Haushaltstätigkeit eine Unterhaltsleistung an den Ehegatten bzw. die Kinder i. S. v. § 1360 BGB sei. Deshalb sei sie eine der Erwerbstätigkeit vergleichbare Arbeitsleistung und habe einen Vermögenswert. Beim Tod des Haushaltsführenden hat der überlebende Gatte den Anspruch.

## 10. Vorhalte- und Schadensvermeidungskosten

Hat der Geschädigte bereits vor dem schädigenden Ereignis Maßnahmen getroffen, die den Eintritt eines Schadens verhindern oder den Schaden verringern sollen, stellt sich die Frage, ob er Ersatz hierfür verlangen kann, wenn ein schädigendes Ereignis eintritt.

### a) Vorhaltekosten


Vorhaltekosten sind Aufwendungen, die der Geschädigte trifft, um den Schaden möglichst gering zu halten, z. B. indem er Gebrauchsgüter in Reserve hält. Nach der Rechtsprechung können diese Kosten als Schaden angesetzt werden. Dies gilt besonders für größere Unternehmen, die für Ausfälle ihrer Fahrzeuge eine eigene Reserve vorhalten. Sie brauchen dann kein Fahrzeug anzumieten, weil sie auf die Reservefahrzeuge zugreifen können. Dementsprechend entfällt dann allerdings der Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens.

 **Omnibus** - BGH 10.1.78 NJW 1978, 812 = JuS 1978, 564 = JA 1978, 332: *Ein acht Jahre alter Gelenkbus der Klägerin (eines städtischen Verkehrsbetriebs) wurde von einem bei der Beklagten versicherten Muldenkipper beschädigt. Die Ersatzpflicht der Beklagten steht dem Grunde nach fest. Die Parteien streiten nur noch darüber, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang die Klägerin auch Ersatz für ihr während der 107,5 Tage dauernden Reparaturzeit entgangene Gebrauchsvorteile (Nutzungsausfall) verlangen kann. Das Landgericht hat die Klage insoweit ganz abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin auf deren Berufung hin auf der Basis eines Tagessatzes von 70 DM (1/365 der laufenden Kosten eines Busses) lediglich Vorhaltekosten in Höhe von 7.525 DM zuerkannt.*

Diese Rechtsprechung ist kritisiert worden (vgl. Medicus BR Rn 864): Es fehle am *Kausalzusammenhang* zwischen dem konkreten Schadensereignis und den Vorhaltekosten. Der Verzicht auf das Kausalitätserfordernis könne unabsehbare Folgen haben. Der BGH hat dagegen mit der Schadensminderungspflicht des Geschädigten gemäß § 254 Abs. 2 BGB argumentiert: Durch den Einsatz eines Reservefahrzeugs wird eine Gewinneinbuße verhindert und so der Schaden vermindert. Aufwendungen für Maßnahmen, die der Geschädigte nach Eintritt des Schadens trifft, um seiner Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 BGB nachzukommen, seien als Schaden anzurechnen. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob die Maßnahmen zur Schadensminderung vor oder nach dem schädigenden Ereignis getroffen werden. Voraussetzung für den Ersatz von Vorhaltekosten ist dann aber, dass sich die Vorsorge auch tatsächlich schadensmindernd ausgewirkt hat, also ohne die Vorhaltung ein höherer Schaden eingetreten wäre.

### b) Allgemeine Vorbeugungsmaßnahmen


Allgemeine Kosten für den Schutz vor Schäden (z. B. Einbruchssicherungen, Überwachungsmaßnahmen, Detektive in Kaufhäusern) können nicht auf den konkreten Schädiger übergewälzt werden. Hier fehlt es an der Kausalität zwischen der schädigenden Handlung und den Kosten: allgemeine Vorbeugemaßnahmen, die nicht vor einem bestimmten schädigenden Ereignis schützen sollen, sind nicht gerade durch das konkrete schädigende Ereignis verursacht worden.

 **Gasdichte Haustür** - BGH 14.1.92 NJW 1992, 1043: *Kläger verlangt von einem Chemiewerk die Kosten für den Einbau einer gasdichten Haustür (3.500 DM). Nach einem Unfall im beklagten Chemiewerk war giftiges Gas ausgetreten. Der Kläger will sich vor künftigen ähnlichen Ereignissen schützen. Außerdem verlangt*

er Schmerzensgeld, hatte allerdings keinen Arzt aufgesucht und macht vor allem psychische Beeinträchtigungen durch die Angst während der Gaswolke geltend.

### c) Fangprämien


Dagegen können Kosten anlässlich des konkreten Schadensereignisses ersetzt verlangt werden. Dazu gehören Fangprämien für Ladenangestellte oder Detektive. Allerdings begrenzt der BGH ihre Höhe auf durchschnittlich 50 DM (im Jahr 1979!) für normale Geschäfte. Bei niedrigerem Risiko (Süßigkeitengeschäft) oder höherem (Juwelengeschäft) kann die Pauschale variieren.


 **Fangprämie** - BGH 6.11.79 BGHZ 75,230 = NJW 1980,119: *Frau Brosius wurde in der Lebensmittelabteilung von Karstadt von dem Verkäufer Grundmann dabei beobachtet, wie sie eine Flasche Sekt zum Preis von 12 DM in ihre Handtasche legte. An der Kasse bezahlte sie nur die im Einkaufswagen liegenden Waren. Karstadt erstattete Strafanzeige. Ferner verlangt das Unternehmen von Frau B. Erstattung einer Fangprämie von 550 DM, die sie ihren Angestellten versprochen und G. auch ausgezahlt hat. Ferner verlangt sie Erstattung der Personalkosten für die Schadensbearbeitung in Höhe von 545 DM und Bürokosten von 5 DM.*

## 11. Sonstige Wertungen

### a) Abzug "neu für alt"

Wird eine gebrauchte Sache zerstört oder so beschädigt, dass eine Reparatur sich nicht mehr lohnt, kann die Beschaffung einer entsprechenden gebrauchten Sache als Ersatz des Schadens unter Umständen nicht genügen.

 Ist z. B. ein Kleidungsstück beschädigt worden, braucht sich der Geschädigte nicht auf die Anschaffung eines gebrauchten Kleidungsstücks verweisen zu lassen.

 Anders aber bei Beschädigung/Zerstörung eines gebrauchten Kfz: Hier ist es dem Geschädigten in der Regel zuzumuten, einen gebrauchten Wagen als Ersatz anzunehmen.

Billigt man dem Geschädigten aber die Beschaffung einer neuen Sache zu, so steht er danach besser als vor dem schädigenden Ereignis. Das gleiche Problem entsteht, wenn eine Reparatur dazu führt, dass die beschädigte Sache wertvoller wird als vor der Beschädigung.

Da der Schadensersatzanspruch dem Geschädigten zwar vollen Ausgleich gewähren, ihn aber nicht bereichern soll, wird die Differenz zwischen "alt und neu" grundsätzlich anspruchsmindernd berücksichtigt.

### b) Merkantiler Minderwert

Ist ein Pkw bei einem Unfall beschädigt worden, so ist auch bei vollständiger Reparatur der Preis, der auf dem Gebrauchtwagenmarkt erzielt werden kann, geringer als wenn der Wagen unfallfrei wäre. Dieser "Makel" ist bei schweren Schäden auszugleichen, nicht jedoch bei älteren KfZ (zur Grenze vgl. Palandt § 251 Rn 21).

### c) Unechter Totalschaden beim Kfz

Wenn ein fast neues Auto schwerwiegend beschädigt wird, kann der Neupreis verlangt werden (bei Kfz bis ca. 1000 Km Laufleistung).

#### d) Kind als Schaden

Kommt infolge fehlerhafter genetischer Beratung, misslungener Sterilisation oder misslungener Abtreibung ein unerwünschtes Kind zur Welt, so stellt sich die Frage, ob die Eltern den Unterhaltsaufwand über einen Schadensersatzanspruch von dem behandelnden Arzt verlangen können. Vgl. hierzu die Ausführungen zur Arzthaftung: § 823 Abs. 1 BGB.

## 12. Einwand: Mitverschulden (§ 254 BGB)

#### a) Begriff

Der Schädiger (oder Schuldner bei Vertragsverletzungen) kann den Einwand des Mitverschuldens des Geschädigten erheben, wenn dieser oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB) bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt (§ 254 Abs. 1 BGB) oder seine Schadensminderungspflicht verletzt hat (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB).

§ 254 BGB beruht auf dem Gedanken des **Verbots des venire contra factum proprium**: der Geschädigte würde seinem eigenen Verhalten widersprechen, wenn er vollen Ersatz für einen Schaden verlangen würde, für dessen Entstehung oder Vergrößerung er mitverantwortlich ist.

Unter Verschulden wird im allgemeinen ein rechtswidriges, vorwerfbares Verhalten gegenüber einem anderen verstanden. Beim Mitverschulden i. S. v. § 254 BGB geht es aber um eine Selbstschädigung. Da diese nicht verboten ist, handelt es sich um eine **Obliegenheitsverletzung**, ein **Verschulden gegen sich selbst**. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften nicht erforderlich ist, erfasst wird vielmehr jeder vorwerfbare Verstoß gegen diejenige Sorgfalt, mit der ein verständiger Mensch handeln würde, um sich selbst vor Schaden zu bewahren. Notwendig ist dabei ein Verhalten, das sowohl objektiv als auch subjektiv sorgfaltswidrig ist. Subjektive Sorgfaltswidrigkeit setzt dabei zum einen Verschuldensfähigkeit entsprechend den §§ 827, 828 BGB voraus, zum anderen muss die Obliegenheitsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig i. S. v. § 276 BGB erfolgen.

Eine derartige Obliegenheitsverletzung kommt bei der Schadensentstehung oder der Schadensentwicklung in Betracht.

#### b) Mitverschulden bei der Schadensentstehung


Ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung setzt eine Obliegenheitsverletzung voraus, die für die Schädigung adäquat kausal war. Beispiele hierfür sind: Gurtpflicht im Straßenverkehr, Helmpflicht für Kraftradfahrer. Ein wichtiger Fall ist das **Handeln auf eigene Gefahr**, bei dem sich der Geschädigte bewusst in eine ihm gefährliche Situation begibt.

 Auf eigene Gefahr - OLG Hamm 6.10.1996, MDR 1996, 149: *Karl und Bernd, beide 19 Jahre alt, feierten gemeinsam mit fünf Freunden das gerade bestandene Abitur im Haus der Eltern von Bernd. Dabei tranken alle Beteiligten reichlich Alkohol. Als die Feier zu Ende war, wollte B den K mit dem Wagen seiner Eltern nach Hause bringen. Dabei verursachte er einen schweren Unfall, bei dem K erheblich verletzt wurde. Nach*

dem Unfall wird festgestellt, dass B zur Zeit der Fahrt aufgrund seines Alkoholgenusses fahruntüchtig war. K macht Schadensersatz geltend. B hält dem entgegen, K hätte erkennen können, dass er, B, bei Fahrtbeginn nicht mehr fahruntüchtig gewesen war. K wendet dagegen ein, er selbst sei zu diesem Zeitpunkt so betrunken gewesen, dass er die Fahrfähigkeit des B nicht mehr beurteilen können. Der Sachverständige stellt fest, dass K zu Fahrtbeginn einen Blutalkoholgehalt von 2,5 - 3,2 Promille hatte und seine Wahrnehmungsfähigkeit aufgrund dessen erheblich beeinträchtigt war.

### c) Mitverschulden bei der Schadensentwicklung

Nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB hat der Geschädigte die Pflicht, einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern. Was der Geschädigte zur Erfüllung dieser Obliegenheit tun muss, ergibt sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalles. So muss z. B. ein Verletzter bei nicht ganz geringfügigen Körperverletzungen einen Arzt aufsuchen und sich an dessen Anweisungen halten, um Komplikationen zu vermeiden; ein geschädigter Kfz-Eigentümer muss sich innerhalb angemessener Frist entscheiden, ob er den Schaden durch Reparatur oder durch Ersatzbeschaffung beseitigen lassen will, um die Kosten für einen Mietwagen gering zu halten.

 **Unfallfolgen** - BGH 29.9.1998 NJW 1998, 3706: Der Kl. wurde 1981 durch einen Verkehrsunfall schwer verletzt, den ein Versicherungsnehmer der beklagten Haftpflichtversicherung verschuldet hatte. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten nach §§ 823 I, 842 BGB, §§ 7, 18, 11 StVG, § 3 PflVG hat diese dem Grunde nach anerkannt. Infolge seiner Verletzungen und der langwierigen medizinischen Behandlungen verlor der Kl. seine Arbeitsstelle. Er leidet noch heute unter den Folgen der Unfallverletzungen. Es wurde festgestellt, dass er seit 1984 wieder in der Lage war, leichte Arbeiten zu verrichten. Das Arbeitsamt konnte ihn jedoch nicht vermitteln. Seit 1990 unternahm der Kl. selbst keine Anstrengungen mehr, eine Arbeitsstelle zu finden. Die Bekl. hatte dem Kl. zunächst Ersatz für seinen Verdienstausschlag gezahlt, diese Zahlungen aber 1994 eingestellt. Der Kl. verlangt von der Bekl. Ersatz des unfallbedingten Verdienstausschlags auch für die Zeit nach 1994. Die Bekl. wendet hiergegen ein, sie habe dem Kl. 1994 eine Arbeitsstelle in der Registratur ihrer Hauptverwaltung angeboten. Der Kl. hatte diese Stelle mit der Begründung abgelehnt, dass die täglich Fahrzeit von und zur Arbeitsstelle mit öffentlichen Verkehrsmitteln mindestens 3 Stunden dauert und ihm die Stelle deshalb nicht zumutbar sei.

### d) Betriebs- und Sachgefahr

Dem Wortlaut nach verlangt § 254 BGB ein Mitverschulden des Geschädigten selbst. Die Norm wird jedoch auch angewandt, wenn eine Betriebsgefahr an der Schadensentstehung oder -entwicklung mitgewirkt hat, die den Betroffenen im Falle einer Fremdschädigung zum Ersatz verpflichten würde.

**Betriebsgefahr** ist z. B. die des Fahrzeughalters gem. § 7 Abs. 1 StVG und des Tierhalters gem. § 833 Abs. 1 BGB. Aber auch den Arbeitgeber trifft bei einer Schädigungen durch einen Arbeitnehmer häufig ein Mitverschulden aufgrund seiner Betriebsorganisation, das sehr der Betriebsgefahr ähnelt (vgl. Pflichtverletzung des Arbeitnehmers).

Da die Betriebsgefahr eine Gefährdungshaftung darstellt, setzt sie kein Verschulden voraus und wird dem Geschädigten deshalb auch dann angerechnet, wenn sein Verhalten objektiv sorgfaltsgemäß war, also keine Obliegenheitsverletzung vorliegt.

### e) Mitwirkendes Verschulden Dritter

Hat an der Schadensentstehung oder -entwicklung nicht ein Verschulden des Geschädigten, sondern ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen mitgewirkt, so muss sich der Geschädigte dieses Verschulden entgegenhalten lassen, wenn die Voraussetzungen des § 278 BGB vorliegen (so die h. M., die eine Rechtsgrundverweisung auf § 278 annimmt, vgl. hierzu Palandt-Heinrichs § 254 Rn 60; kritisch Lange, Schadensersatz § 10 XI 6). § 254 Abs. 2 S. 2 BGB

ordnet eine Haftung für Erfüllungsgehilfen zwar nur bei der Schadensminderung an. Seit langem wird dies aber als Redaktionsversehen des Gesetzgebers betrachtet, weil es keinen Grund gibt, den Beitrag des Erfüllungsgehilfen nicht auch bei der Schadensentstehung zu beachten. Folglich haftet der Geschädigte auch für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen bei der Schadensentstehung.

#### **f) Folgen des Mitverschuldens**

Trifft den Geschädigten ein Mitverschulden, so hängt der Umfang der Ersatzpflicht des Schädigers von einer Würdigung und Abwägung der Umstände des Einzelfalles ab. Aufgrund dieser Abwägung wird eine **Haftungsquote** festgesetzt.

Bei der Abwägung ist in erster Linie auf den **Grad der beiderseitigen Verursachung** des Schadens abzustellen, daneben ist der **Grad des beiderseitigen Verschuldens** abzuwägen. Wo eine Gefährdungshaftung besteht, verdrängt das Mitverschulden diese nicht, sondern vermindert nur die Verantwortung des Schädigers. Das Mitverschulden kann die Haftung des Schädigers auch ganz verdrängen, wenn der Beitrag des Geschädigten entscheidend für den Schaden war (z. B. Unterlassung von Sicherungsmaßnahmen, wodurch erst der Schaden entstanden ist).

#### **g) Anwendungsbereich des § 254 BGB**

§ 254 BGB gilt grundsätzlich gegenüber allen Schadensersatzansprüchen. Bestehen Sondervorschriften, so wird § 254 BGB verdrängt, z. B. durch § 17 Abs. 1 S. 2 StVG.

**Analog** wird § 254 BGB beim Gesamtschuldnerausgleich angewandt. § 426 Abs. 1 BGB schreibt den Innenausgleich nach Köpfen vor, "soweit nicht ein anderes bestimmt ist." Als wichtigste andere Bestimmung wird § 254 BGB gesehen. Typisch ist daher die Bestimmung der Haftungsquote im Innenverhältnis nach Verantwortlichkeit (vgl. dazu Architektenvertrag). Da beim Bauvertrag den Bauunternehmer die Hauptverantwortung für Baumängel trifft, führt die Abwägung der Verantwortlichkeit von Bauunternehmer und Architekt (als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn) häufig zu einer Haftungsquote des Architekten von Null. Umgekehrt ist es bei Planungsfehlern, die der Bauunternehmer nur schwer erkennen konnte.

### **13. Kreis der Ersatzberechtigten**

Bei einer **deliktischen Schädigung** ist derjenige ersatzberechtigt, dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen verletzt worden sind. Wenn durch die Verletzung eines anderen nur das Vermögen vermindert wurde, besteht in der Regel kein deliktischer Schadensersatzanspruch. Ausnahmen regeln die §§ 844 Abs. 2, 845 BGB und § 826 BGB.

Führt die Verletzung einer Person dazu, dass auch im Verhältnis zu einem Dritten der Tatbestand einer haftungsbegründenden Norm erfüllt ist, hat der Dritte ebenfalls einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger. Beispiel hierfür sind Schockschäden bei Tod eines nahen Angehörigen. Für bestimmte Fallgruppen ist anerkannt, dass der Inhaber des verletzten Rechts/Rechtsguts den Schaden eines mittelbar betroffenen Dritten geltend machen kann, sog. Drittschadensliquidation.

Bei **Vertragsverletzungen** ist Ersatzberechtigter der Vertragspartner. Lediglich beim Vertrag zugunsten Dritter oder beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat auch der begünstigte Dritte einen Schadensersatzanspruch.

**Zur Startseite: Moritz, Trainer - Zivilrecht**