

---

*I. Einführung: Die gesetzliche Grundkonzeption des Schadensausgleichs*

Die §§ 249 bis 253 regeln das „Wie“ des Schadensersatzes. Die (positive) Beantwortung des „Ob“ setzen sie voraus. Das „Ob“ und das „Wie“ bilden zusammen einen Mechanismus zur Verteilung der sich aus und in sozialem Kontakt ergebenden materiellen und immateriellen Einbußen. Im bürgerlich-rechtlichen Haftungsmodell steht die Verteilung der Einbußen auf individualisierte Schadens- und Haftungsträger im Vordergrund. Die das „Ob“ des Schadensersatzes beherrschenden heterogenen Verteilungsgrundsätze der Unrechtshaftung, Garantie- und Vertrauenshaftung, Gefährdungs- und Risikohaftung, Eingriffs- und Zustandshaftung münden in eine einheitliche Ausfüllungskonzeption: Der zum Schadensersatz Verpflichtete soll „den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (§ 249 Abs. 1). Dieser zur Wahrung des Integritätsinteresses geschaffenen Restitutionspflicht kann er - nach einer näher geregelten Wahl des Geschädigten - durch Leistung in Natur oder aber durch Leistung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags nachkommen (§§ 249 Abs. 2, 250).

## 1. Die Differenzhypothese

Schon vor Erlass des BGB hat man das zu kompensierende Vermögensinteresse definiert als „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde“ (Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse (1855), S. 3). Mit dieser auf einen Gesamtvermögensvergleich zielenden Differenzhypothese steht eine Formel zur Verfügung, die das Schadensrecht in ein problemloses und wertungsfreies Rechenexempel zu überführen scheint: Man verfolgt vom Zeitpunkt des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses an zwei Vermögensentwicklungen: eine reale und eine hypothetische. Richtet man T-Konten für beide Entwicklungen ein, so werden Vermögensabflüsse auf der Passivseite der Realentwicklung und verhinderte Vermögenszuflüsse auf der Aktivseite der hypothetischen Entwicklung verbucht. Die Buchungsvorgänge beeinflussen die im Zeitpunkt der Schadensberechnung zu ermittelnden Salden, deren Vergleich den zu ersetzenden Vermögensschaden bestimmt. Bei Aktivsalden in beiden Bilanzen ist dies die Differenz, die nach dem Abzug des Saldos der Realentwicklung vom Saldo der hypothetischen Entwicklung verbleibt. Nicht nur der realisierte Vermögensabfluss und der verhinderte Vermögenszufluss können verbucht werden und so Einfluss auf die Ermittlung des zu ersetzenden Vermögensschadens nehmen, auch die „klassischen“ Schadensrechtsprobleme der Vorteilsausgleichung und der überholenden oder hypothetischen Kausalität finden als Buchungsvorgänge leicht Eingang in den Prozess der Differenzermittlung. Aktueller Vermögenszufluss wird auf der Aktivseite der realen Entwicklung, verhinderter Vermögensabfluss auf der Passivseite der hypothetischen Vermögensentwicklung verbucht (Vorteilsausgleich). Umstände, die auch ohne das zum Ersatz verpflichtende Ereignis die nämlichen Nachteile zur Folge gehabt hätten, führen zur Buchung des realen Abflusses auf der Passivseite der hypothetischen Entwicklung und verhindern die Buchung des nicht realisierten Vermögenszuflusses auf der Aktivseite der hypothetischen Entwicklung.

## 2. Durchbrechungen der Differenzhypothese und Normativierung des Schadensbegriffs in der Rechtsprechung

### *a. Aufgabe der Kausalität als Zurechnungsfaktor*

Eine Klasse der Durchbrechungen ist durch die Aufgabe der Kausalität als des allein maßgeblichen Zurechnungsfaktors gekennzeichnet. Hier entscheidet nicht

die *Conditio-sine-qua-non*-Formel - das die Ersatzpflicht auslösende Ereignis kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die fragliche Vermögensentwicklung entfielen - über die Einstellung eines Postens in die zur Differenzberechnung erforderlichen Vermögensbilanzen, sondern „wertende Gesichtspunkte“ beeinflussen die „Ermittlung“ der realen wie der hypothetischen Vermögenslage. So berücksichtigt die Rechtsprechung in langer Tradition nur adäquat-kausale Schadensentwicklungen (RGZ 133, 127; BGHZ 3, 267). Zusätzlich zu den inadäquaten schließt sie solche Schäden aus der Ersatzpflicht aus, die außerhalb des Schutzbereichs der die Ersatzpflicht begründenden Norm liegen (BGHZ 27, 137). Nach durchaus heterogenen Bewertungskriterien entscheidet sie weiter darüber, welche der durch das zum Ersatz verpflichtende Ereignis verursachten Vorteile als differenz- und schadensmindernd in die Berechnungen einzubeziehen sind (versagter Vorteilsausgleich - BGHZ 54, 269; 62, 126) und verwehrt schließlich dem Ersatzpflichtigen, sich auf eine Reserveursache zu berufen, die den nämlichen Schaden bewirkt hätte und an sich bei der Feststellung der hypothetischen Vermögenslage zu Buche schlagen müsste (st. Rspr.: RGZ 141, 365).

#### *b. Schadensersatz bei Immaterialgüterrechtsverletzungen*

In allen zuvor bezeichneten Fallgruppen geht es um den Ausschluss von Bilanzierungsposten, deren Anfall beim Ersatzberechtigten und deren Vermögensqualität nicht in Frage stehen. Zwar wird die Differenzhypothese insoweit korrigiert, als nicht die Kausalität allein, sondern normative Kriterien verschiedener Art über die Berücksichtigung von (Vermögens-)Positionen bei der Bilanzerstellung entscheiden; noch unbeeinträchtigt bleiben jedoch die Merkmale, nach denen nur solche Positionen überhaupt in Rechnung gestellt werden, die beim Anspruchsberechtigten angefallen sind und Vermögensqualität haben. Die Rechtsprechung hat sich allerdings auch durch diese Merkmale nicht binden lassen. Schon das Reichsgericht (seit RGZ 35, 63 st. Rspr.) gestattete dem Inhaber von verletzten Patent- und Urheberrechten, beim Verletzer eine angemessene Lizenzgebühr (2. Schadensberechnungsart) oder gar den erwirtschafteten Gewinn (3. Schadensberechnungsart) zu liquidieren, ohne sich um den fehlenden Anfall dieser Positionen im Vermögen des Verletzten zu scheren (vgl. Wolfgang Däubler, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes, JuS 1969, 49).

### *c. Rechtsverfolgung und Normativierung*

Die Literatur nahm es auf sich, diese Entwicklungen im Nachhinein zu legitimieren, indem sie eine über die Ausgleichsfunktion hinausweisende Rechtsverfolgungsfunktion des Schadensrechts entdeckte (repräsentativ Neuner AcP 133 (1931), 277 und Wilburg IherJb 82 (1932), 51). Sie mündete in einen gegliederten Schadensbegriff mit einem objektiven Schaden auf der einen und dem subjektiven Interesse auf der anderen Seite. Allein hinsichtlich des subjektiven Interesses sollte die Differenzhypothese gelten. Der objektive Schaden, der gemeine Wert des verletzten oder entzogenen Guts, sollte der Rechtsverfolgung wegen unabhängig von der Funktionsbestimmung des beeinträchtigten Guts im Vermögen des Anspruchsberechtigten und auch dann ersetzt werden, wenn die Differenzrechnung einen Schaden nicht ergab. Einen gemeinen Wert sprach man allen Gütern zu, die man auf dem Markt gegen Geld tauschen konnte, den eigentumsfähigen Sachgütern, aber auch der menschlichen Arbeitskraft und den Nutzungsmöglichkeiten sachlichen wie geistigen Eigentums. Man sprach in diesem Zusammenhang von einem Begriff mit „normativem Charakter“ (Neuner AcP 133 (1931), 307) und gab damit der Rechtsprechung eine Zauberformel (normativer Schadensbegriff) an die Hand, die einerseits die bisherige Spruchpraxis bestätigte und andererseits eine Entwicklung auslöste, in deren Verlauf die ursprüngliche Grenzziehung zwischen materiellen und immateriellen Schäden sich bis zur Unkenntlichkeit verflüchtigte. Schließlich wird selbst die Freizeit zu einem Vermögensgut und ihre Aufwendung zu einem ersatzfähigen Vermögensschaden (so etwa OLG Frankfurt NJW 1976, 1320; anders hingegen die h.M. in Rspr. und Lit. - vgl. die Darstellung nebst umfangreichen Nachweisen bei MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnrn. 88 bis 93).

### *d. Nutzungsentgang*

Ein Beispiel für den Normativierung des Schadensbegriffs bietet die Rechtsprechung zur Entschädigung bei Nutzungsausfall. Eine solche Entschädigung wird unter bestimmten Voraussetzungen dafür gewährt, dass auf Grund eines schädigenden Ereignisses die Nutzung einer Sache für einen vorübergehenden Zeitraum ausfällt. Dies ist unproblematisch, soweit es sich um die Entschädigung der für die Beschaffung eines Ersatzes aufgewendeten Kosten handelt, also beispielsweise um den Ersatz des Mietzinses, den der Eigentümer eines beschädigten Fahrzeuges für die Anmietung eines Ersatzfahrzeuges zahlt (§ 249 Abs. 1). Ebenfalls unproblematisch ist der Fall, dass dem Geschädigten auf Grund der ausgefallenen Nutzung ein Gewinn entgeht. Auch dieser entgangene Gewinn ist zu ersetzen (vgl. § 252).

Nicht ohne weiteres ist hingegen zu begründen, dass es sich bei dem reinen Nutzungsentgang an sich um einen Vermögensschaden handelt. Eine am Vermögensbestand ausgerichtete Differenzrechnung wird den zeitweiligen Verlust der Nutzung einer Sache nicht als Vermögensverlust ausweisen. Die Annehmlichkeiten der Nutzung eines bestimmten Gutes sind nach einer solchen Betrachtung als immaterielle Schäden anzusehen. Es bedarf daher des Rückgriffs auf normative Kriterien, um einen Vermögensschaden im Falle des Nutzungsausfalls zu begründen. Ob und anhand welcher Kriterien in diesen Fällen ein Vermögensschaden normativ zu begründen ist, wurde auch von der Rechtsprechung lange Zeit sehr uneinheitlich beantwortet. Nur für den Nutzungsausfall von Kraftfahrzeugen wurde eine Entschädigung im Grundsatz durchweg zugesprochen - wenn auch mit unterschiedlichen Voraussetzungen und in unterschiedlichem Umfang.

Angesichts dieser uneinheitlichen Rechtsprechung legte der 5. Zivilsenat des BGH dem Großen Senat 1985 die Frage vor, ob der Nutzungsentgang einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt (sehr lesenswert: Vorlagebeschluss vom 22.11.1985, NJW 1986, 2037). Der Große Senat beantwortete die ihm vorgelegte Frage differenzierend (Beschluss vom 9.7.1986, BGHZ 98, 212, ebenfalls abgedruckt in NJW 1987, 50). Aus diesem Beschluss ergibt sich in Zusammenschau mit der vorherigen und weiteren Entwicklung der Rechtsprechung, dass die entgangene Nutzung nicht nur bei Kraftfahrzeugen, sondern auch bei anderen Sachen unter bestimmten, engen Voraussetzungen als Vermögensschaden anzusehen ist. Danach setzt die Nutzungsentschädigung zunächst voraus, dass die Nutzung der in Frage stehenden Sache „kommerzialisert“ ist, m.a.W. auf dem Markt für Geld zu erwerben sein muss. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass es sich bei der in Frage stehenden Sache um ein „Wirtschaftsgut von allgemeiner und zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung handelt“, also um ein Gut, auf dessen „ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist“. Dies wird etwa im Grundsatz bei Kraftfahrzeugen und selbst bewohnten Häusern bejaht. Von derartigen Gütern des täglichen Bedarfs sind diejenigen Güter abzugrenzen, die lediglich „Luxusbedürfnisse“ befriedigen. Verneint wurde die Nutzungsentschädigung mit Verweis auf diese Voraussetzung schon vor dem Beschluss des Großen Senats etwa bei Beschädigung und Nutzungsausfall eines Pelzmantels (BGHZ 63, 393), eines Motorsportbootes (BGHZ 89,60) und eines Wohnwagens (BGHZ 86, 128); nach dem Beschluss wurde die Nutzungsentschädigung für den Ausfall einer Garage mit der Begründung verneint, dass man zur eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung nicht auf die ständige Verfügbarkeit einer Garage angewiesen sei (BGH NJW 1993, 1793) (zu weiteren Beispielen, in denen die Rspr. einen Anspruch bejaht bzw. verneint hat vgl. die

Zusammenstellung bei MünchKomm/Oetker, § 249, Rdnrn. 60 und 61). Differenzierungsgesichtspunkt ist die Verkehrsanschauung. Diese wird indessen nicht mit den in der empirischen Sozialforschung zur Verfügung stehenden Methoden festgestellt, sondern eher intuitiv gewonnen, was dem Betrachter zwar einen Einblick in das gewährt, was Richter für normal und was für luxuriös halten, ihm aber bei der rationalen Lösung schadensrechtlicher Probleme wenig hilft.

Dementsprechend ist der Rechtsprechung die Entwicklung einheitlicher praktikabler Abgrenzungskriterien bisher auch nicht gelungen. Folgerichtig stellt diese unsichere Abgrenzung einen wesentlichen Ansatzpunkt der Kritik im Schrifttum dar. Weiterhin muss nach der Rechtsprechung die Nutzungseinbuße für den Geschädigten „fühlbar“ sein. Diese „Fühlbarkeit“ setzt insbesondere voraus, dass der Geschädigte zum Gebrauch der Sache im fraglichen Zeitraum willens und fähig gewesen wäre. Die „Fühlbarkeit“ entfällt etwa dann, wenn der Halter eines beschädigten Kraftfahrzeuges bei dem Unfall selbst verletzt wurde und während des zeitweiligen Nutzungsausfalls im Krankenhaus liegt. Anders jedoch wiederum dann, wenn im fraglichen Zeitraum enge Familienangehörige oder die Verlobte das Fahrzeug hätten nutzen können und wollen. Die „Fühlbarkeit“ entfällt weiterhin, wenn dem Halter eines beschädigten Fahrzeuges ein Zweitwagen zur Nutzung zur Verfügung steht. Letztlich wird eine Nutzungsentschädigung auch nur in den Fällen objektsbezogener Eingriffe zugesprochen - also dann, wenn die Schädigung sich gerade gegen die Sache gerichtet hat, deren Nutzung ausgefallen ist. Keine Nutzungsentschädigung wird bei subjektsbezogenen Eingriffen gewährt, also in den Fällen, in denen der Nutzungsberechtigte selbst verletzt wurde und auf Grund seiner eigenen Verletzung an der Nutzung der in Frage stehenden (unbeschädigten) Sache gehindert ist (so schon vor dem Beschluss des Großen Senats: BGHZ 55, 146 - „Jagdpächter“).

#### *e. Urlaub*

Vermögenswert spricht die Rechtsprechung auch dem Urlaub zu, wenn er „durch Arbeitsleistung verdient oder durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft ermöglicht wird“ (BGHZ 63, 98 ff., 101 - „Rumänienreise“; vgl. Heinrich Honsell, Die mißlungene Urlaubsreise, JuS 1976, 222). Jedenfalls vertragliche Haftungen lösen Ersatzansprüche aus, wenn ein solcher Urlaub „vertan“ wird. Dies gilt für die Tage der Hinreise, der vergeblichen Suche nach dem bestellten Bungalow oder einem entsprechenden Ersatz und der Rückreise eines missglückten Spanienurlaubs (OLG Frankfurt NJW 1962, 1372) ebenso wie für den durch schwer wiegende Mängel der Reiseleistungen in seinem Erholungswert beeinträchtigten Rumänienurlaub (BGHZ 63, 98), nicht indessen für den statt an der Adria an der Möhne verbrachten Urlaub (BGHZ 60, 214), es sei denn, eine

schon bezahlte und nicht wieder rückgängig zu machende Pauschalreise stehe in Rede (BGH NJW 1956, 1234 - „Seereise“). Diese Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit „vertanen“ Urlaubs differenzierte ursprünglich nicht zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung. In BGHZ 86, 212 relativierte der BGH seine Rechtsprechung dann dahingehend, dass der Urlaub nur im Bereich vertraglicher Schadensersatzansprüche und dementsprechend nicht im Bereich deliktischer Schadensersatzansprüche ersatzfähig sei. Diese Beschränkung ergäbe sich zum einen daraus, dass nur bei Ersteren der Urlaub zum Vertragsgegenstand geworden und damit kommerzialisiert sei, und zum anderen daraus, dass die Ersatzfähigkeit im Bereich des Deliktsrechts zu einer unübersehbaren Ausuferung der Haftpflicht führen würde, die nur dort nicht zu erwarten sei, wo der vertane Urlaubsgenuss in unmittelbarem und erkennbarem Zusammenhang mit der versäumten Vertragspflicht stehe (zustimmend MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 90). Seit 1979 ist die Ersatzfähigkeit der „vertanen“ Urlaubsfreude für den Reisevertrag in § 651 f II geregelt.

#### *f. Arbeitskraft*

Mit dem Vermögenswert der menschlichen Arbeitskraft tut sich die Rechtsprechung besonders schwer. Einerseits erkennt sie der in der Haushaltsführung beeinträchtigten Hausfrau einen eigenen Ersatzanspruch auch dann zu, wenn keine Ersatzkraft eingestellt worden ist (umfassende Information bei Hansgeorg Eckelmann, Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, MDR 1976, 103; DAR 1978, 29), andererseits verweigert sie dem selbständigen Unternehmer den in Höhe des Gehalts einer entsprechend qualifizierten Fachkraft verlangten Ersatz unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass der Wegfall der Arbeitskraft als solcher noch kein Vermögensschaden sei (BGH 54, 45 - „Diplomchemiker“). Ebenso entscheidet sie mangels greifbarer Berechnungsgrundlagen beim Ausfall eines lediglich gewinnbeteiligten Gesellschafters (BGH WM 1965, 1271). Der Mangel scheint indes behoben beim Alleingesellschafter einer GmbH, der mit sich selbst ein Geschäftsführergehalt vereinbart hat (BGH NJW 1971, 1136; zur Kombination beider Elemente bei der erfolgsabhängigen Vergütung eines GmbH-Gesellschafters BGH NJW 1978, 40), und er stört wohl nicht bei der Berechnung der Leistung eines selbständigen Arztes, der die Arbeit einer vertragswidrig ausgeschiedenen Helferin versieht. Dann nämlich „errechnet“ das BAG den Unterschied zwischen der Vergütung einer Helferin und der Vergütung, die der Arzt angesichts seiner besonderen Ausbildung beanspruchen kann (BAG NJW 1968, 221), und verhängt eine nicht vereinbarte Vertragsstrafe.

### 3. Notwendigkeit und Grundlagen einer Schadensrechtsdogmatik

Die vielfältige und zum Teil widersprüchliche Kasuistik der höchstrichterlichen Rechtsprechung macht das Bedürfnis nach einheitlichen Richtlinien deutlich, ohne die weder Schadensrecht gelernt und konsistent angewandt noch schadensrechtliche Entscheidungen mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden können. Konsistenz ist eine Bedingung, der die Richtlinien genügen müssen, sachliche Angemessenheit die andere. Für sie kommen als Kriterien in Betracht: die Übereinstimmung der Richtlinien mit der gesetzlichen Konzeption des Schadensrechts und die sozialpolitische Erwünschtheit ihrer Folgen. Die Entwicklung solcher Richtlinien ist die Schadensrechtsdogmatik weitgehend schuldig geblieben. Die folgende Entwicklung der eigenen Position ist durch zahlreiche Gespräche mit Eike Schmidt gefördert worden. In der Betonung der Ausgleichsfunktion trifft sie sich mit der Konzeption Langes (Hermann Lange, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts, Band 1, 2. Aufl. 1990).

#### *a. Normativer oder natürlicher Schadensbegriff?*

Eine in sich konsistente, den gesetzlichen Rahmen wahrende und sozialpolitisch angemessene Schadensdogmatik muss sich des Wirkungsbereichs und der Funktionen des Schadensrechts vergewissern. Dazu trägt der Hinweis, dass das deutsche Schadensrecht heute vom „normativen Schadensbegriff“ lebe (Steindorff ZHR 138 (1974), 518), ebenso wenig bei wie der Aufruf, zu einem „natürlichen“ oder „faktischen“ Schadensbegriff zurückzukehren (Keuk VersR 1976, 401; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 121 ff.). Schon die Begriffswahl ist wenig erhellend, täuscht sie doch eine theoretische Einheit vor, die es weder bei den Naturalisten noch bei den Normativisten (vgl. Medicus JuS 1979, 233) gibt. Es geht auch in der Regel gar nicht um unterschiedliche Schadensverständnisse, sondern um unterschiedliche Vermögensverständnisse. Außerdem existiert kein von der Natur vorgegebener (und schon dadurch legitimierter) Schadens-(Vermögens-)begriff. Der könnte ja nur im empirisch feststellbaren Sprachgebrauch einer relevanten (welcher?) Sprechergruppe identifiziert werden. Die divergierende Verwendung des Schadensbegriffs allein unter den Juristen, die sich mit dem Schadensrecht befassen, macht indes deutlich, dass jede vorgeschlagene Schadens-(Vermögens-)bestimmung auf einer sprachlichen Festsetzung beruht, die als normative unter Aufdeckung ihrer Voraussetzungen und Folgen legitimiert werden muss (umfassende Darstellung der verschiedenen Schadensbegriffe bei Lange § 1).



*b. Die Ausgleichsfunktion des Schadensrechts*

Entscheidende Voraussetzung der im Folgenden zu umreißenden Schadensdogmatik ist die Ausgleichsfunktion des Schadensrechts. Nur soweit ein Ausgleich beim Verletzten durch Restitution in Natur oder Kompensation in Geld möglich ist, kann der (aus welchem Grund auch immer) Haftpflichtige zum Schadensersatz verpflichtet werden. Andere als Ausgleichszwecke (Prävention, Genugtuung, Sanktion und Buße für missbilligtes Verhalten) können sich nur im Rahmen möglichen Ausgleichs entfalten (vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 8). Dies ist die Konzeption des BGB (Tolk, Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, 1977, S. 73 ff.). Das erhellt aus dem vom Verschuldensgrad unabhängigen Prinzip der Totalreparation einerseits und dem einheitlichen Schadensrecht für höchst heterogene Haftungsbegründungen andererseits. Man hat allerdings immer wieder versucht, das Ausgleichsprinzip zugunsten anderer Funktionen zurückzudrängen. Einer der folgenreichsten Versuche war die Propagierung der Rechtsverfolgungsfunktion. Denn sie löste letztlich die Normativierungsdebatte im Schadensrecht aus.

*c. Die Rechtsverfolgungsfunktion*

Die Rechtsverfolgungsthese ist nun insofern trivial und richtig, als sie den über das Haftungs- und Schadensrecht bewirkten Integritätsschutz beschreibt, nach dem Rechtsgutsbeeinträchtigungen zum Zwecke des Ausgleichs ersatzrechtlich verfolgt werden können. Sie steht auch insoweit noch auf festem Grund, als sie auf die im Rahmen der Restitutionspflicht gewährte Verfolgungsmöglichkeit unabhängig von Wert und Funktion des beeinträchtigten Guts in der Vermögensorganisation des Anspruchsberechtigten verweist. Problematisch wird es, wenn der Rechtsverfolgungsanspruch ein Gut betrifft, das nach der Disposition des Berechtigten ohnehin der äquivalentlosen Vernichtung anheim gegeben war (Zerstörung eines zum Abbruch vorgesehenen Hauses). Die Rechtsverfolgung führt schließlich vom Pfad der gesetzlichen Schadenskonzeption in die Irre, wenn im Kompensationsbereich Geldleistungen ohne eine nachweisbare Vermögensdifferenz gewährt werden. Das gilt für die Nichtberücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe und die Versagung des Vorteilsausgleichs ebenso wie für weite Bereiche der Entschädigung entgangener Nutzungsmöglichkeiten. Sie führen nicht zum Ausgleich, sondern zur Bereicherung, und Rechtsverfolgung steht insoweit für Genugtuung, Buße und/oder Prävention. Damit ist allerdings der Stab über den Rechtsverfolgungsgedanken noch nicht gebrochen. Es gilt zu überlegen, ob nicht Wandlungen im gesellschaftlichen Wirkungsbereich des Schadensrechts nach neuen Funktionsbestimmungen verlangen.

*d. Der Wandel des Schadenstragungssystems und der Wirkungsbereich des zivilistischen Schadensrechts*

Im individualistischen Schadenstragungssystem des BGB geht es um die Frage, welches von den an einem konkreten Schadensfall beteiligten Individuen den Schaden zu tragen hat. Seine Grundregel lautet, dass dies der Geschädigte sei, wenn nicht der Schädiger einen gerade für den Geschädigten eingreifenden Haftungstatbestand verwirklicht hat (Tatbestandsprinzip). Streitet ein Haftungstatbestand für den Verletzten, so tritt der Ausgleichsgedanke in Funktion. Dieses Schadenstragungssystem verfehlt die Realität. Es verstellt den Blick für die Einbettung der am Schadensfall beteiligten Individuen in ein immer enger geknüpftes Netz kollektiver Sicherungen gegen Schadens- und Haftpflichtrisiken, in ein komplexes Schadenstragungssystem mit einer Vielfalt von Vorsorge- und Versicherungseinrichtungen (s. hierzu Kötz, Sozialer Wandel im Unfallrecht, 1976). Diese sind mitbeteiligt an dem mehrfachen, je eigenen Gesetzen gehorchenden, Hin-, Weiter- und Zurückschieben der durch den Schadensfall entstandenen Belastungen bis zur Herstellung eines neuen Ruhezustandes (vgl. Medicus JuS 1972, 553). Soweit nicht wie für die aus nicht vorsätzlich herbeigeführten Arbeitsunfällen entstandenen Schäden das Haftungs- und Schadensrecht des BGB prinzipiell unanwendbar ist (vgl. Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969), stellt sich die Frage nach der Funktion dieses Rechts in einem System, in dem es bei der Mehrzahl der Fälle nicht mehr darum geht, das ein Individuum treffende Unglück einem anderen zuzurechnen und auf es überzuwälzen. Kann man nicht in Anknüpfung an den Ausgleichsgedanken mit Fug geltend machen, das durch einen Verkehrsunfall verletzte Individuum, welches wegen des Eintretens der Krankenversicherung keine Behandlungskosten trägt, noch wegen des vom Arbeitgeber weitergezahlten Lohns eine Einkommenseinbuße erleidet, habe insoweit auch keinen Schaden erlitten? Nach derzeit weitgehend unangefochtener Auffassung kann man das nicht. Einig in der Wertung, dass der nach zivilrechtlichen Zurechnungskriterien haftpflichtige Verletzer nicht ungerupft davon kommen solle, bemüht man den „versagten Vorteilsausgleich“ (Keuk VersR 1976, 402), um eine ausgleichungsfähige Lücke im Vermögen des Verletzten feststellen zu können, und denkt sich, wo der Gesetzgeber nicht mit der Anordnung von Legalzessionen (§ 116 SGB X, § 67 Abs. 1 VVG, § 6 Entgeltfortzahlungsg, § 87a BBG u.a.), Abtretungskonstruktionen (§§ 255, 281) oder Überleitungsanzeigen (§ 90 BSHG) helfend eingesprungen ist, eine Vielzahl von Regresswegen aus (Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden, 1973), die es den Versorgungsträgern ermöglichen, den ihnen entstandenen Schaden bei dem Schädiger respektive dessen Haftpflichtversicherer zu liquidieren.

*e. Regresskonstruktionen und Ausgleichsfunktion*

Die Berechtigung der im Vorsorgebereich allein durch Regresskonstruktionen aufrechterhaltenen Belastung des Verletzers wird kaum in Frage gestellt (verhaltene Kritik bei Horst Baumann *Der Regress kollektiver Schadensträger im freiheitlichen Sozialstaat*, 1977). Sie steht indessen auf tönernen Füßen. Der beim schlichten Zuhörer Zuhörer erhebende Satz, man wolle keinen Freibrief für unerlaubte Handlungen ausstellen (Selb), ist von der Annahme abhängig, dass die finanzielle Belastung in das Kalkül des potenziellen Verletzers eingeht und diesen von der Verletzungshandlung Abstand nehmen lässt. Das aber ist eine jedenfalls für nicht vorsätzlich verletzende Individuen völlig unrealistische Annahme (Weyers, *Unfallschäden*, 1971, S. 446 ff.), deren Gehalt bei der weit gehenden Haftungsübernahme durch Versicherungen im Verkehrsunfallrecht nicht gerade steigt. Wer denkt schon beim Autofahren ständig an das Bonus-Malus-System seiner Haftpflichtversicherung und lässt sich dadurch zur Schadensverhütung anleiten? Der Präventionsgedanke trägt gegenüber Individuen nicht. Der in diesem Zusammenhang gern beschworene Gedanke der Verantwortung ist, wenn er nicht Prävention meint, leer (Weyers S. 547 ff.). Dem Gebot der Gerechtigkeit, den Verletzten nicht auf einem von einem anderen zu verantwortenden Schaden sitzen zu lassen, ist durch das Eingreifen des Vorsorgeträgers genügt. Ob die Gerechtigkeit verlangt, nun den bei diesem entstandenen Schaden durch den Verletzer ausgleichen zu lassen, ist im Hinblick auf die besseren Verteilungsmöglichkeiten beim Kollektiv fraglich. Der auf jeden Fall Kosten verursachende Regress erinnert schließlich an einen Schuldbürgerstreich, wenn die Beitragspflichtigen in den Vorsorgesystemen und den Haftpflichtversicherungen weitgehend identisch sind (Kötz, S. 33 ff.; Weyers S. 598 ff.). Die Kosten belasten dann nämlich die Verletzten. Alles in allem geben die eher unbewusst eingeführten Regressmöglichkeiten im gewandelten Schadenstragungssystem keinen Anlass, die Ausgleichsfunktion des zivilistischen Schadensrechts zugunsten anderer Funktionen zurückzudrängen. Im Gegenteil: Angesichts der sozialen Einbettung eines konkreten Schadensfalls in durch Solidargemeinschaften getragene Schadens- und Haftpflichtübernahmesysteme stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, die Liste der ersatzfähigen Positionen immer länger werden zu lassen und zu Lasten der Solidargemeinschaften einzelnen Geldleistungen auch dort zuzugestehen, wo ein in Geld messbarer Schaden nicht nachgewiesen werden kann.

Aber auch außerhalb kollektiver Vor- und Nachsorgesysteme ist anderen als Ausgleichszwecken mit Skepsis zu begegnen. Ruft man sich in Erinnerung, dass neben der Unrechtshaftung die Haftung für gefährliches, aber erlaubtes Tun, die Haftung für in Anspruch genommenes Vertrauen, Risikohaftungen und Haftungen

für rechtmäßige Eingriffe in Lebens- und Vermögensgüter anderer stehen, wird jeder Gedanken an Sanktion, Buße und Sühne durch Schadensersatz absurd. Nicht besser steht es um die Genugtuung (Köndgen Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, 1976, S. 83 ff.). Die Befriedigung von persönlichen Vergeltungs- und Rachebedürfnissen kann die Aufweichung der Schadensrechtskonturen nicht rechtfertigen. Allein das Präventionsziel ist erwägenswert. Denn es kann praktisch Funktion einer jeden Zurechnungsnorm sein, wenn nur das Zurechnungssubjekt in der Lage ist, die potentielle Ersatzpflicht in sein Handlungskalkül einzubeziehen und seine Entscheidungen danach einzurichten, ob eine Schadensverhütung für es billiger ist als ein Schadensersatz. Taugliche Adressaten einer derartigen Zielfunktion sind aber allein planungsfähige Subjekte, nicht Individuen, sondern vornehmlich organisierte Wirtschaftseinheiten.

#### *f. Prävention und Verbraucherschutz*

Vor diesem Hintergrund gewinnen Vorschläge an Plausibilität, die im Anschluß an amerikanische Erfahrungen das Schadensrecht zusammen mit dem Ausbau von Klagebefugnissen in den Dienst einer umfassenden Verbraucherschutzkonzeption stellen wollen (Steindorff ZHR 138 (1974), 504). Im Rahmen der auf individualisierbare Anspruchsträger ausgerichteten Ausgleichskonzeption des BGB bleiben Verletzungen von Wettbewerbs-, Umwelt- und Verbraucherschutznormen häufig sanktionslos, weil sie entweder gar nicht zu konkret berechenbaren individuellen Schäden führen oder aber die atomisierten Einzelschäden so gering sind, dass von ihnen kein Anreiz zu privater Klageinitiative ausgeht. Damit besteht die Gefahr, dass eine vom Gesetzgeber intendierte Verhaltenssteuerung (Prävention) nicht erreicht und die geschaffenen Verhaltensregeln funktionslos werden. Hier bieten sich die Ausgleichskonzeption überwindende Pauschalierungen und die Einräumung kollektiver Rechtsverfolgungsmöglichkeiten an (vgl. Mertens ZHR 139 (1975), 438). Es bleibt indessen die Frage, warum gerade der beim Verletzer von Wettbewerbsregeln soll liquidieren können, dem ein nachweisbarer rechnerischer Verlust nicht entstanden ist. Verbraucherverbände mögen zwar mit Hilfe der zugesprochenen Schadensersatzansprüche die Kosten ihrer Tätigkeit decken, die man im Hinblick auf die öffentlichen Ziele für wünschenswert hält. Die Entlohnung privater Initiative für wettbewerbspolizeiliche Tätigkeit entfernt sich jedoch von der Schadensrechtskonzeption des BGB so weit, dass wegen der komplizierten Zusammenhänge und weitreichenden Folgen der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung zum Handeln berufen ist (vgl. Reich ZRP 1978, 100). Nach geltendem Recht können deshalb auch Präventionsziele allein im Rahmen der Ausgleichsfunktion zum Tragen kommen.

*g. Die Prävalenz der Ausgleichsfunktion*

Mit dem Ausgleich als schadensrechtlicher Leitidee liegt es nahe, im Rahmen der gesetzlichen Ausgleichskonzeption die Differenzhypothese wiederzubeleben (a.A. MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rz. 7; wie hier: MünchKomm, 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 22). In der Konzeption des BGB kann der Ausgleich durch Restitution (§ 249) oder Kompensation (§§ 251, 252) bewirkt werden. Die Restitution genießt den Vorrang vor der Kompensation. Sie ist allerdings durch die Möglichkeit der Wiederherstellung in Natur begrenzt. Sobald diese entfällt, bleibt allein der Ausgleich durch Kompensation.

*h. Grenzen der Restitution und Bedarfsschaden*

Die Rechtsprechung hat die Grenzen der Restitution nicht immer beachtet und Restitutionsansprüche über den gesetzlich fixierten Restitutionsbereich hinaus gewährt. Dabei stützt sie sich auf das namentlich von Zeuner (AcP 163 (1963), 380) entwickelte Bedarfsschadensargument: Grundlage des Schadensrechts sei der durch das schädigende Ereignis entstandene Bedarf. Der Gläubiger könnte im Restitutionswege den für den Ausgleich des Bedarfs erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 Abs. 2) und über ihn nach freiem Ermessen verfügen. Die Verfügungsmöglichkeit zu anderen Zwecken als der Bedarfsdeckung zeige, dass der Anspruch lediglich an die Bedarfsentstehung gebunden sei und durch einen Fortfall des Bedarfs nicht mehr berührt werde. Also, schließt man messerscharf, können die Kosten für ein Medikament auch dann noch verlangt werden, wenn der Verletzte inzwischen ohne das Medikament längst gesund geworden ist (BGH NJW 1958, 627), und die Nutzungsentschädigung rechtfertigt sich nach dem einmal entstandenen Nutzungsbedarf, mag das Auto auch längst repariert wieder zur Verfügung stehen und der Geschädigte seinen Bedarf nicht durch Anmietung eines Ersatzfahrzeugs gedeckt haben. Auch könne der Geschädigte selbst dann die fiktiven Reparaturkosten in Rechnung stellen, wenn er seinen reparaturbedürftigen Wagen bereits veräußert habe (so etwa BGHZ 66, 239, 242, NJW 1985, 2469; anders hat der BGH allerdings in BGHZ 81, 385, 390 entschieden: Hier ging es darum, dass ein Geschädigter sein Grundstück im unrepariertem Zustand veräußert hatte und dann noch Reparaturkosten verlangte - diese hat der BGH nicht zugesprochen). Verkannt wird dabei allerdings, dass nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Restitutionsansprüche des § 249 von der Restitutionsmöglichkeit abhängig sind (§ 251 Abs. 1). Diese entfällt mit dem Bedarf. Danach bleibt allein der Kompensationsanspruch, der den Nachweis eines in Geld messbaren Vermögensschadens verlangt. Wer auch ohne diesen Restitutionsansprüche in den Kompensationsbereich verlängert, mag zu seinen Gunsten anführen, dass er den Schuldner nicht für Leistungsverzögerungen

belohnen möchte (Grunsky, S. 21; MünchKomm, Oetker, § 249 Rdnr. 350, der indes das Bedarfsschadensargument nur bei Sachschäden und nicht bei Körperverletzungsschäden anerkennt (vgl. Rdnrn. 353 bis 360; BGH 45, 212 ff., 216 f.). Er beruft sich damit aber auf ein dem Ausgleichsdenken fremdes Argument, das zudem auf schwachem Fundament steht. Denn der Gläubiger hätte seinen Bedarf ja seinerseits decken und den Schuldner unbeschadet jeder Verzögerung mit den Kosten belasten können. Die Kosten bleiben auch nach erfolgter Restitution und werden bei der Differenzermittlung berücksichtigt (vgl. auch Lange § 5 IV 6).

---

## *II. Probleme der Differenzhypothese*

Die wiederbelebte Differenzhypothese erlaubt es, Tendenzen entgegenzuwirken, die das zivilistische Schadensrecht anderen als Ausgleichsfunktionen dienstbar machen. Sie überführt das Schadensrecht allerdings nicht in ein problemloses und wertungsfreies Rechenexempel. Denn vor jeder Rechenoperation bedarf es einer Entscheidung darüber, welche Position zu welchem Wert in die Bilanzen zur Ermittlung des realen und des hypothetischen Vermögensstands einzustellen sind. Diese Entscheidung hängt von einer Verständigung über den Vermögensbegriff und von der Zurechnung der als Vermögenswert anerkannten Positionen zu dem haftungsbegründenden Ereignis ab. Sie führt in die Problembereiche der abstrakten oder konkreten Schadensberechnung, der Adäquanz- und Schutzbereichslehre, des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, des Vorteilsausgleichs, der hypothetischen Kausalität und des für die Schadensberechnung maßgeblichen Zeitpunkts.

### **1. Entwicklung und Festlegung des Vermögensbegriffs**

Bei der Verständigung über den Vermögensbegriff geht es um die Festsetzung der semantischen Regeln für „Vermögen“ im Kontext des bürgerlich-rechtlichen Schadensrechts. In diesem Kontext wird ein Vermögensschaden am Parameter Geld gemessen. Was liegt da näher, als sich bei der Bestimmung des Vermögensbegriffs an den Nachbarwissenschaften zu orientieren, die mit eben diesem Parameter zu arbeiten pflegen?. Ein Blick in die Standardliteratur zum hier einschlägigen volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Rechnungswesen belehrt indessen schnell darüber, dass die Nachbarwissenschaften nicht fertige Ergebnisse bereithalten, die man einfach übernehmen könnte. Die Aufnahme als und die Bewertung von Vermögensposten in einer Bilanz hängt auch bei ihnen von Festsetzungen ab, die je nach den verfolgten Zwecken unterschiedlich ausfallen

können. Man kommt deshalb nicht umhin, Vermögensbegriff und Bewertungsgrundsätze im Einklang mit den Zwecken des Schadensrechts selbst festzusetzen, und kann allenfalls hoffen, für im juristischen Bereich problematisch gewordene Teilfragen Argumentationshilfen aus der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion zu beziehen (vgl. Köndgen AcP 177 (1977), 16 ff.).

*a. Geld und geldwerte Güter*

Unproblematisch ist die Vermögenseigenschaft des Geldes selbst. Der effektive Geldabfluss bildet ebenso wie die Verhinderung eines Geldzuflusses einen ersatzfähigen Vermögensschaden. Unproblematisch ist auch noch die Vermögenseigenschaft von gegenständlichen Gütern, die im Verkehr gegen Geld getauscht werden, die einen „Marktwert“ haben. Wird ein solches Gut beeinträchtigt oder dem Ersatzberechtigten entzogen oder sein Anfall beim Ersatzberechtigten verhindert, so stellt sein Tauschwert resp. seine Tauschwertminderung unabhängig von dem individuellen Gebrauchswert für den Ersatzberechtigten einen Vermögensschaden dar. Problematisch und umstritten ist hingegen die Vermögenseigenschaft solcher Güter, die weder Geld noch (Sach)Gegenstände sind. Hierzu zählen Nutzungsmöglichkeiten geistigen wie gegenständlichen Eigentums, Arbeitskraft, Freizeit, Urlaub, Kunst- und sonstige Genüsse. Soll auch ihr Entzug bzw. ihr Ausbleiben beim Verletzten den Verletzer zur Kompensation in Geld verpflichten, weil sie „im rechtsgeschäftlichen Verkehr gegen Geld erworben werden“ (Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, 1968, S. 36, 58) können, so läuft man Gefahr, die gesetzliche Grenze zwischen Vermögensschäden und immateriellen Nachteilen zu beseitigen. Dieser Gefahr wegen mehren sich die Stimmen, die im Grundsatz jeglichen, „Kommerzialisierungstendenzen“ über den geldlich-gegenständlichen Vermögensbereich hinaus die schadensrechtliche Anerkennung versagen wollen (Baur in: FS Raiser S. 119; Diederichsen in: FS Klingmüller S. 65; Keuk VersR 1976, 40 1; TolK S. 94 ff.).

*b. Keine Beschränkung auf den geldlich-gegenständlichen Bereich*

Nach einer Begründung für die einseitige Bevorzugung des geldlich-gegenständlichen Vermögensbereichs sucht man vergeblich. Die Gefahr der Grenzverschiebung oder -beseitigung zwischen Vermögenswerten und immateriellen Werten trägt sie jedenfalls nicht. Wer sich auf sie zur pauschalen Abwehr von Kommerzialisierungstendenzen beruft, verkennt, dass auch er zu Zwecken der Geldkompensation im gegenständlichen Bereich auf nichts anderes als den Marktwert des Gegenstandes zurückgreifen kann und damit die über das

Nachfrageverhalten in den Preis einfließenden Wertpräferenzen schadensrechtlich honoriert. Sie werden honoriert, weil es einen Preis für sie gibt, der als Rechnungsfaktor in die Schadensermittlungsbilanzen eingesetzt werden kann.

Der in Geldeinheiten ausdrückbare Tauschwert eines Gutes ist die *differentia specifica* zwischen materiellen und immateriellen Gütern. Diese Sichtweise hat der Trennung der Vermögens- von den Nichtvermögensschäden durch den Gesetzgeber zugrunde gelegen (Motive II S. 21 ff.). Mangels anderer Indikatoren für die Grenzziehung besteht auch heute kein Anlass, von ihr abzurücken.

Die Suche nach dem Wesen des Materiellen, welches sich hinter dem Marktwert verbirgt oder gar quer zu ihm steht, verspricht keinen Erfolg. Den „vielfach übersteigerten Bedürfnissen und oft extravagant wirkenden Gewohnheiten der Zeitgenossen“ (Baur S. 138) kann man nicht dadurch wehren, dass man Gütern, die auf dem Markt gegen Geld getauscht werden, einfach die Vermögensqualität abspricht, wenn es sich nicht um Sachgüter handelt. Man billigt doch auch dem Porschefahrer die Kompensation für den Verlust seines Fahrzeugs zu, ohne nach dem übersteigerten Bedürfnis oder der extravagant wirkenden Gewohnheit dieses Zeitgenossen zu fragen. Das Schadensrecht ist - wenigstens in seiner geltenden Fassung - nicht der Ort, den Bürgern eine bescheidene Lebensführung zu empfehlen. Es zwingt vielmehr mit seiner am Tauschwert orientierten Differenzierung zwischen Vermögensgütern und Nichtvermögensgütern dazu, dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen, welcher weite Bereiche ehemals immaterieller Güter marktgängig und damit zu Vermögensgütern gemacht hat (ebenso MünchKomm- Grunsky vor § 249 Rz. 12). Es verändert sich nicht der Inhalt (die Intension) der gesetzlichen Regelung, sondern nur der von ihr erfaßte Bereich (ihre Extension). Nur über Intensionsveränderungen bewirkte Extensionsverschiebungen aber können sinnvoll als „gesetzwidrig“ (Diederichsen S. 73) geißelt werden.

Güter, die einen Tauschwert haben, sind, auch wenn sie keine Sachgüter sind, Vermögensgüter. Ihr Entzug und ihr Ausbleiben können ebenso wie ihre wertmindernde Beeinträchtigung in die Bilanzen zur Schadensermittlung eingesetzt werden. Das heißt indessen nicht, dass nun jede Beeinträchtigung der Arbeitskraft, jeder Nutzungsentgang, jeder Freizeitentzug, jeder vereitelte Urlaub, jedes ausgebliebene Vergnügen als ersatzfähiger Vermögensschaden anerkannt werden müßte, nur weil es Arbeits-, Nutzungs-, Freizeit-, Urlaubs- und Vergnügungsmärkte gibt. Schadensersatzfähige Positionen entstehen in diesen Bereichen erst, wenn der Verletzte selbst oder Dritte Dispositionen getroffen haben, welche konkret meßbare, in Geld ausdrückbare Einbußen oder nicht realisierte Vorteile beim Verletzten erkennbar werden lassen.



*i. Arbeitskraft*

Die Frage nach der Vermögensqualität der Arbeitskraft schlechthin trägt nichts zur Lösung schadensrechtlicher Probleme (a.A. MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 80). Für den, der weder seine Arbeitskraft gegen Entgelt einsetzen noch für sich Güter produzieren kann, ist die Arbeitsfähigkeit (vermögens-)wertlos (BGH 69, 34). Ihre Beeinträchtigung führt bei ihm auch nicht zu einem Vermögensschaden. Anders stellt sich die Situation aus der Sicht dessen dar, dem Arbeit geleistet werden soll. Für ihn hat die Arbeitskraft (des anderen) den Vermögenswert, der in der Regel auf dem Markt für die Erlangung der Arbeitsleistung aufgebracht werden muss. Ihr Verlust fügt ihm allerdings nur dann einen ersatzfähigen Schaden zu, wenn die Bilanz nicht durch den Wegfall der Entgeltspflicht ausgeglichen wird. Der Träger der Arbeitskraft selbst erleidet einen Vermögensschaden, wenn er ohne das ihn zum Ersatz berechtigende Ereignis seine Arbeitskraft hätte für sich wertschöpfend oder gewinnbringend einsetzen können. Die wegen der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit nicht realisierten Werte machen den nach § 252 zu ersetzenden entgangenen Gewinn aus. Das Arbeitsmarktrisiko trägt somit der Verletzte (im Ergebnis ähnlich MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 85, der darauf abstellt, ob der konkret Geschädigte mit seiner Ausbildung, seinem Lebensalter an seinem Wohnort usw. eine Anstellung hätte finden können). Dagegen ließe sich unter Sozialstaatsgesichtspunkten möglicherweise geltend machen, dass gerade in Zeiten verstärkter Arbeitslosigkeit dem Verletzten durch Gewährung einer Art Grundrente auch dann geholfen werden müsse, wenn er als Gesunder seine Arbeitskraft nicht hätte für sich wertschöpfend oder gewinnbringend einsetzen können. Man mag an den vom BGH der Prostituierten zugebilligten Anspruch in „Höhe eines existenzdeckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist“ (BGHZ 67, 119 ff., 128) denken, übersähe dabei aber, dass das Schadensrecht einerseits an die konkrete Vermögenslage des Verletzten im Istbestand mit seinen aktuellen Gewinnaussichten anknüpft und andererseits das Problem der Arbeitslosigkeit weder insgesamt bewältigen noch einen sinnvollen Teilbetrag zu seiner Bewältigung leisten kann. Dazu sind andere Systeme der sozialen Sicherung berufen. Wenn man deren Leistungen als unzulänglich empfindet, ist das kein Grund, unter den vielen Arbeitslosen diejenigen zu privilegieren, die zufällig Opfer eines Unfalls geworden sind. Die Kosten einer solchen Privilegierung trägt womöglich ein anderer Arbeitsloser, der den einen beim zeitvertreibenden Spiel verletzt hat! Beim zeitweisen Ausfall eines in einer Gesellschaft in unternehmerischer Funktion tätigen Verletzten, ist darauf zu achten, dass nur tätigkeitsbedingte Vergütungen ersetzt werden können (BGH NJW 1978, 40), wobei die Ersatzleistung der Gesellschaft zufließen muss, wenn diese die Vergütung weiter gezahlt hat.

*ii. Haushaltsführung*

Der von der Rechtsprechung der Trägerin der Arbeitskraft gewährte Ersatz für die Beeinträchtigung der Haushaltsführung (BGHZ 50, 304) fällt aus dem skizzierten Rahmen heraus. Der Einsatz der Frau im Haushalt ihrer Familie bringt ihr selbst keinen in Geld ausdrückbaren Gewinn, der infolge der Beeinträchtigung ihrer Arbeitskraft ausbleiben könnte. Einen Verlust erleidet die Familie; denn ihr entgeht die Arbeitsleistung, deren Wert man am Substitutionsmarkt der professionellen Haushaltskräfte messen mag. Die Familie hat indessen keinen Anspruch, da für sie in der Regel kein haftungsbegründender Tatbestand streitet. Diese missliche Situation ist durch den (im Übrigen begrüßenswerten) Wandel in der rechtlichen und sozialen Wertung der Hausfrauentätigkeit entstanden (BGHZ 50, 304). Solange man die Tätigkeit der Frau in der Familie als Dienstleistung an den Ehemann ansah, konnte der Schutzbedürftigkeit der Familie bei Verletzung der Frau durch den in § 845 vorgesehenen Anspruch des Ehemanns Rechnung getragen werden. Der Anschauungswandel ließ den Anspruch des Ehemanns aus § 845 nicht aber das durch ihn bislang befriedigte Schutzbedürfnis der Familie entfallen. Die entstandene Regelungslücke durfte die Rechtsprechung legitimerweise durch eine Anspruchsgewährung an die Ehefrau ausfüllen, wenn auch der Anspruch als eigener Schadensersatzanspruch der Frau quer zur Schadenssystematik steht. Problematisch ist an dieser Entwicklung allein der kurzschlüssige Durchgriff auf den normativen Schadensbegriff.

Die vorstehenden Ausführungen gelten heute selbstverständlich auch für die Verletzung des haushaltsführenden Ehemanns, auch wenn diese Konstellation bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht aufgetaucht ist (warum nur?).

*iii. Nutzungsentgang*

Auch für die schadensrechtlichen Probleme des Nutzungsentgangs (dazu auch Lange § 6 VII) ist mit der Frage nach der Vermögensqualität von Nutzen schlechthin nichts gewonnen. Bei einer differenzierten Fragestellung können wie erwähnt zunächst die Fälle als unproblematisch ausgeschieden werden, in denen der Entzug der Nutzungsmöglichkeit die Realisierung eines Vermögenszuwachses vereitelt. Wie bei der unterbliebenen Nutzung der Arbeitskraft durch ihren Träger handelt es sich hier um den in § 252 vorgesehenen Ersatz entgangenen Gewinns. Unproblematisch ist auch die Kompensationsfähigkeit des Vermögensaufwands für eine Ersatznutzung. Sie knüpft an die Restitutionsmöglichkeit nach § 249 Abs. 2 an. Die Probleme liegen in den Fällen, in denen die Nutzungsmöglichkeit (zeitweise) ausgeschlossen ist, durch den Ausschluss keine Gewinnerzielung

vereitelt wird und keine Kosten für eine Ersatznutzung aufgewendet werden. Nur hier stellt sich nämlich die Frage, ob die Nutzungsmöglichkeit als solche ein bilanzierungsfähiger Vermögensschadensposten ist. Selbst für diese Fälle kann die Frage nicht einfach mit dem Hinweis auf einen Markt für Nutzungen beantwortet werden. Entscheidend ist, in welcher Weise dem Betroffenen die Nutzungen vor und nach dem Schadensfall zugänglich sind. Ist nach einem zeitweiligen Nutzungsausschluss noch der gesamte Nutzungsvorrat in seinem Vermögen vorhanden, so kann der Betroffene über ihn wie vor dem Schadensereignis disponieren. Das ist insbesondere bei langlebigen Gütern der Fall, die im Eigentum des Betroffenen stehen. Mangels Vermögensdifferenz besteht kein Anlass, den zeitweiligen Nutzungsausfall in Geld zu kompensieren. Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn dem Betroffenen nicht ein zeitlich unbegrenzter Nutzungsvorrat, sondern nur eine zeitlich beschränkte Nutzungsmöglichkeit zusteht und diese ohne Nachholmöglichkeit vereitelt wird. Der Vermögenswert der zeitlich beschränkten Nutzungsmöglichkeit liegt in dem Preis, den der Betroffene oder Dritte aufwenden müssen, um eine derartige Nutzungsmöglichkeit zu beschaffen. Allein hier wird die Frage relevant, ob es einen Markt für solche Nutzungen gibt. Gibt es ihn, so hat die zeitlich beschränkte Nutzungsmöglichkeit Vermögenswert. Ihr Entgang ist Vermögensschaden, der zum Marktpreis in die Schadensbilanz eingesetzt werden kann. Die zeitliche Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit kann sich einmal aus der Kurzlebigkeit des in Frage stehenden Gutes und zum andern aus der Art ergeben, in der die Nutzungsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird, etwa durch kurzfristige Miete, Pacht oder Leihe. Daraus erhellt, dass eine Differenzierung zwischen Sacheigentum einerseits und nicht auf Sacheigentum beruhenden Nutzungsmöglichkeiten andererseits ökonomisch wie schadensrechtlich irrelevant ist: Soweit für die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit Geld aufgewendet wird, bedeutet ihre endgültige Entziehung einen Vermögensschaden, gleich welcher Rechtsform man sich zur Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit bedient. Auch die vereitelte Nutzungsmöglichkeit eines zinslosen Darlehens ist ein Vermögensschaden (im Ergebnis zutreffend, wenn auch mit zweifelhafter Begründung BGH 74, 231 = NJW 1979, 1494).

## **2. Kommerzialisierung und Frustration**

Die bislang angestellten Einzelerwägungen lassen sich in ein Vermögensschadenssystem einordnen, das die Kommerzialisierungsidee mit dem Frustrierungsgedanken verbindet. (Gerade diese Verbindung entzieht den gegenüber isolierten Kommerzialisierungs- und Frustrierungsthesen beachtlichen Bedenken Langes - § 6 IV - den Boden.) Danach ist ein Vermögensschaden über den effektiven Geldabfluss und verhinderten Geldzufluss hinaus immer dann

anzunehmen, wenn dem Verletzten ein Gut endgültig entzogen oder vorenthalten wird, für das er oder andere Geld im Rahmen des gesellschaftlichen Durchschnittswerts aufgewendet haben oder doch aufwenden könnten, weil es für dieses Gut einen Markt gibt. Der durch Entzug oder Vorenthaltung des Gutes „frustrierte“ aktuelle oder potenzielle, am gesellschaftlichen Durchschnittswert orientierte Aufwand ist bei Vorliegen eines Haftungstatbestandes als Vermögensschaden zu ersetzen. Die Ausrichtung des Vermögensschadenssystems am so verstandenen Frustrierungsgedanken ermöglicht eine konsistente Entscheidungspraxis, trägt dem Wandel in der Vermögensanschauung Rechnung, bringt die ökonomische Gleichwertigkeit unterschiedlicher Rechtsformen zur Geltung, vermeidet die illegitime Privilegierung des Sacheigentumsaufwands und erlaubt eine nachvollziehbare Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden. Ihr Nachteil: Sie entspricht nicht der herrschenden Praxis (s. zur herrschenden Praxis oben; es finden sich auch deutliche Distanzierungen zum hier vertretenen Ansatz, vgl. etwa BGH 71, 234) und wird auch in der Wissenschaft überwiegend abgelehnt. Wenn sie hier dennoch empfohlen wird, so geschieht dies, weil gerade der desolate Zustand der herrschenden Praxis Anlass zur Umorientierung gibt und die gegen den Frustrierungsgedanken erhobenen Einwände (Küppers VersR 1976, 604) nicht verfangen.

#### *a. Aufgabe des Kausalitätserfordernisses?*

Der Frustrierungsgedanke unterläuft nicht das Kausalitätserfordernis zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem zu ersetzenden Schaden (so aber Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 246). Zwar liegen die frustrierten Aufwendungen in der Regel zeitlich vor dem die Ersatzpflicht auslösenden Ereignis; der Verlust oder das Ausbleiben des mit den Aufwendungen erkaufte Äquivalents aber liegt zeitlich nach diesem Ereignis und wird durch es verursacht. Um dieses Äquivalent geht es. Seine Marktgängigkeit weist es als ein vermögenswertes Gut aus; die für es getätigten Aufwendungen geben einen Anhaltspunkt für seine Bewertung. Der Frustrierungsgedanke führt auch nicht zu einem originären Deliktsschutz von Vertragspositionen (so aber Stoll JZ 1971, 595). Denn nach wie vor bedarf es zur Haftungsbegründung aus Delikt der Verwirklichung eines entsprechenden Tatbestandes; allein im Rahmen der Haftungsausfüllung kann die Frustration von Aufwendungen zu einem ersatzfähigen Vermögensschaden führen. In diesem Rahmen aber sind bestehende Vertragsbeziehungen schon immer berücksichtigt worden, wenn es etwa darum ging, einen aus diesen Beziehungen zu erwartenden, wegen des haftungsauslösenden Ereignisses aber nicht realisierten Gewinn zu berechnen. Die Verknüpfung des Frustrierungsgedankens mit der Kommerzialisierungsidee und die so erreichte Orientierung an einem objektivierten Maßstab lässt auch die Kritik

ins Leere laufen, die der traditionellen Frustrationslehre das Fehlen eines kontrollierenden intersubjektiven Maßstabs vorhält (Küppers VersR 1976, 606). Ob mit der Einführung objektiver, verallgemeinernder Kriterien die Grundkonzeption der Frustrationslehre aufgegeben wird (so Küppers a. a. O.), ist letztlich eine Frage des Sprachgebrauchs und mag als solche dahinstehen. Die Kommerzialisierungsthese allein reicht jedenfalls als Entscheidungsrichtlinie nicht hin, weil sie allzu leicht dazu verführt, auch dort Vermögensverluste anzunehmen, wo der Frustrierungsgedanke deutlich macht, dass das durch die Aufwendungen erstrebte Äquivalent gar nicht aus dem Vermögen des Ersatzberechtigten verschwunden ist. Trifft jemand Aufwendungen für langfristige Nutzungen, sei es durch Kauf, Miete oder Pacht, so liegt es von vornherein in seinem Plan, dass es auch Zeiten gibt, in denen die Nutzung nicht aktualisiert wird. Die zeitweilige Nutzungsverweigerung durch Dritte führt hier nicht zum Entzug des mit dem Geldeinsatz angestrebten Äquivalents und deshalb nicht zu einem Vermögensschaden. Mit der bloßen Kommerzialisierungsthese ohne Fruchtbarmachung des Frustrierungsgedanken ließe sich dieses (wünschenswerte) Ergebnis schwerlich begründen.

*b. Differenzierung nach objektbezogenen und anderen Eingriffen?*

Die Annahme des Frustrierungsgedankens zwingt zur Aufgabe der Differenzierung nach objektbezogenen und anderen Eingriffen, die dem Berechtigten die angestrebte Nutzung unmöglich machen (a.A. Köndgen AcP 177 (1977), 128 f.; wie hier Larenz SchuldR AT § 29 II c, der dieses Zwanges wegen den Frustrierungsgedanken aufgegeben hat). Mit dieser Differenzierung will die Rechtsprechung der Gefahr wehren, „im Bereich der Körper- und Gesundheitsverletzungen neben den herkömmlich anerkannten Ersatzpflichten Lasten unübersehbaren Umfangs“ (BGHZ 55, 146 ff., 152 - „Jagdpächter“) zu schaffen. Sie wählt dabei ein untaugliches Mittel zur Erreichung eines nicht einmal als legitim ausgezeichneten Ziels. Denn die Lasten können als solche nicht wegdisputiert werden. Es geht nur um ihre Verteilung. Diese richtet sich nach haftungsbegründenden Tatbeständen. Tritt nun eine Belastung in der Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses auf, so greift der vom Gesetz vorgesehene Umverteilungsmechanismus ein: Der Schaden des Berechtigten wird zur Last des Verpflichteten. Die Aufhebung dieses Mechanismus durch eine Differenzierung nach objektbezogenen und nicht objektbezogenen Eingriffen findet im Gesetz keine Stütze. Sie lässt sich beim Untergang von Gütern, die unstreitig Vermögenswert haben, nicht durchhalten (Wer den Viehhüter verletzt, muss für dessen eingegangenes Vieh ebenso Ersatz leisten, wie wenn er unmittelbar auf das Vieh eingewirkt hätte) und sollte auch nicht zur Zurücknahme von Positionen verleiten, die bei der Diskussion um den Vermögenswert begründet worden sind.

Ist einem Gut einmal Vermögenswert zugesprochen worden, so verpflichtet sein Entzug im Rahmen eines haftungsbegründenden Tatbestands zum Schadensersatz, mag sich der Eingriff auf das Gut oder die zur Nutzung berechtigte Person beziehen. Entscheidend ist allein, ob das betreffende Gut nach den Dispositionen des Ersatzberechtigten das Äquivalent eines in Geld ausdrückbaren gesellschaftlichen Durchschnittswerts und infolge des haftungsbegründenden Ereignisses unwiederbringlich verloren ist.

*i. Nutzungsentgang*

In diesem Regelsystem für die Verwendung des Vermögensschadensbegriffs hat die Rechtsprechung zum zeitweiligen Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeugs keinen Platz. Es scheidet kein Leistungsäquivalent aus dem Vermögen des Verletzten aus. Der mit der Anschaffung erworbene Nutzungsvorrat steht dem Verletzten nach Wiederherstellung in unverändertem Maße zu. Das gilt auch für eine auf längere Zeit gemietete Wohnung (erst recht für die gekaufte, aber nicht rechtzeitig fertig gestellte Wohnung, im Ergebnis deshalb zutreffend BGHZ 71, 234). Kann der Berechtigte die Wohnung etwa für die Zeit eines verletzungsbedingten Krankenhausaufenthalts nicht nutzen, so scheidet dadurch, eben weil schon bei der Anmietung nicht von der ständigen realen Benutzung ausgegangen wird und der Nutzungswert im Übrigen zur Verfügung steht, kein am Durchschnittsaufwand messbares Äquivalent aus dem Vermögen aus. Wohl aber ist Ersatz zu leisten, wenn eine für eine bestimmte Zeit gemietete (Ferien-)Wohnung nicht benutzt werden kann und der Betroffene dennoch zur Mietzinsentrichtung verpflichtet bleibt. Hier scheidet ein nach anerkanntem Durchschnittsaufwand zu berechnendes Gut unwiederbringlich aus dem Vermögen des Betroffenen aus.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen die Nutzung einer auf Zeit gemieteten Sache zwar nicht insgesamt, aber doch in einem Maße ausfällt, das die üblicherweise ins Kalkül zu ziehende Nichtbenutzung übersteigt. Hier stehen allgemeine Richtlinien nicht zur Verfügung, und die Gerichte sind auf ihr im Einzelfall auszuübendes Schätzungsermessen angewiesen (§ 287 ZPO).

*ii. Urlaub*

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass die geschilderten Grundsätze nicht nur für Sachnutzungen, sondern für alle Genüsse gelten, die einen gesellschaftlichen Durchschnittswert haben und dem Berechtigten trotz entsprechender Disposition endgültig verloren gehen. Für die verfallene Premierenkarte ist das seit jeher anerkannt, gilt aber ebenso für die verhinderte oder in ihrem Wert beeinträchtigte Reise. Wenn nicht durch die Verhinderung oder Beeinträchtigung der Berechtigte seinerseits von seiner Leistungspflicht befreit

wird, steht ihm in Höhe des frustrierten Durchschnittsaufwands ein Schadensersatzanspruch zu. Dieser Schadensersatzanspruch hat allerdings nichts mit dem von der Rechtsprechung gewährten Anspruch für „vertanen Urlaub“ (BGH 63, 98) zu tun. Bei Letzterem geht es nicht um das Ausbleiben eines spezifischen gegen Geld erwerbbaaren Urlaubsvergnügens, sondern um den Verlust des Urlaubs selbst. Wer hier einen Schadensersatzanspruch gewährt, muss zeigen können, dass der Urlaub selbst ein vermögenswertes Gut (durch § 651 f. Abs. 2 im Reiseveranstaltungsrecht inzwischen gesetzlich anerkannt) und dass im konkreten Fall dieses Gut verloren ist. Der Vermögenswert des Urlaubs eines Arbeitnehmers sollte nach der Regelung des Bundesurlaubsgesetzes außer Zweifel stehen (a.A. Tolk S. 96 f.). Der bezahlte Urlaub wird mit der normalen Arbeitsleistung verdient. Er ist Entgelt und kann in bestimmten Fällen sogar in Geld abgegolten werden (§ 7 Abs. 4 Bundesurlaubsg). Nicht so eindeutig ist der Vermögenswert des Urlaubs eines freiberuflich Tätigen oder selbständigen Gewerbetreibenden. Bedenkt man, dass der entweder für die Zeit seines Urlaubs vorarbeitet oder finanzielle Einbußen hinnimmt oder eine Ersatzkraft einstellt, so wird zwar deutlich, dass auch er Vermögen für die Urlaubszeit aufwendet; es stellt sich aber die Frage nach dem gesellschaftlichen Durchschnittswert (= Marktwert) dieses Aufwands. Mit der Schätzungsbefugnis der Gerichte und den Kosten für eine Ersatzkraft als Anhaltspunkt lassen sich die in dieser Frage liegenden Schwierigkeiten überwinden. Der Vermögenswert des Urlaubs ist mithin für jeden anzuerkennen, der schon und noch im Arbeitsleben steht (weiter gehend Burger NJW 1980, 1249 ff.). Dieser Vermögenswert ist aber nicht schon dann verloren („vertan“), wenn der Anspruchsberechtigte seinen Urlaub nicht so verbringen kann, wie er ihn sich vorstellt. Erkauft ist der Erholungswert des Urlaubs zur Reproduktion der Arbeitskraft. Es kommt deshalb darauf an, ob der Erholungswert beeinträchtigt oder vereitelt ist. Dies ist nicht der Fall, wenn ein geplanter Italienaufenthalt aufgegeben und die Urlaubszeit stattdessen in deutschen Landen verbracht werden muss (BGH 60, 214). Anders bei dem im Krankenhaus verbrachten Urlaub: Dessen Erholungswert ist verloren. Unmittelbar relevant wird dies im Krankheitsfall allerdings nur für den Nichtarbeitnehmer, da nach § 9 Bundesurlaubsgesetz die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub von Arbeitnehmern nicht angerechnet werden. Hier trifft der Nachteil den Arbeitgeber, der über die Regresskonstruktion des § 6 Entgeltfortzahlungsg Ausgleich suchen muss und kann.

Der Urlaub dessen, der im Arbeitsleben steht, ist erkaufter Erholungswert und deshalb Vermögensgut. Die Tatsache, dass für den Urlaub Geld (Arbeitslohn) aufgewandt werden muss, hebt ihn von der allgemeinen Freizeit ab (a.A. MünchKomm-Grunsky vor § 249 Rz. 30). Dieser kommt als solcher kein Vermögenswert zu (BGH 66, 112 mit Anm. J. Schmidt NJW 1976, 1932). Wer

Freizeit aufwendet, kann deshalb Schadensersatz nur verlangen, wenn er andernfalls diese Zeit gewinnbringend verwendet hätte. Die Anstalten dazu muss der Anspruchsteller dartun (§ 252 Satz 2). Die hiervon abweichende Entscheidung des OLG Frankfurt (NJW 1976, 1320) ist in ihrer Empörung über das Verhalten des Möbellieferanten verständlich, schadensrechtlich allerdings nicht zu halten (abl. Stoll JZ 1977, 97). Der Freizeitverlust ist eine immaterielle Einbuße. Eine die Kommerzialisierungsthese mit dem Frustrierungsgedanken verbindende Schadenssystematik trennt sehr wohl noch die materiellen von den immateriellen Einbußen: entgangene Lebensfreuden schlagen sich nicht schon deshalb als zu ersetzende Vermögensnachteile nieder, weil man diese Lebensfreuden kaufen kann. Der in Geld benennbare gesellschaftliche Durchschnittswert ist nur notwendige, nicht aber schon hinreichende Bedingung für einen Vermögensschaden. Zu ihm müssen als weitere Bedingung der aktuelle (und frustrierte) Aufwand des Anspruchsberechtigten oder konkrete Dispositionen von Dritten treten, welche dem Anspruchsberechtigten den aufwandfreien Genuss des kommerzialisierten „Vergnügens“ verschafft hätten. Nur dann ist der endgültig vereitelte Genuss ein Vermögensschaden. Wer vor dem Antritt eines selbst bezahlten und nicht mehr stornierbaren oder von dritter Seite unentgeltlich zur Verfügung gestellten Skiurlaubs durch den haftungsauslösenden Eingriff eines anderen ein Bein verliert, hat im Hinblick auf den jetzt verlorenen Skiurlaub einen Vermögensschaden, im Hinblick auf alle ihm zukünftig entgehenden Skifreuden einen Nichtvermögensschaden erlitten, der allein bei der Bemessung eines eventuellen Schmerzensgelds Berücksichtigung finden kann.

### *iii. Immaterialgüterrechtsverletzung*

Die hier entwickelte Vermögensschadenskonzeption schließt die zweite und dritte Schadensberechnungsmethode bei Immaterialgüterrechtsverletzungen aus dem Schadensrecht aus. Nach dem BGB steht dem Inhaber verletzter Immaterialgüterrechte ein Schadensersatzanspruch nur zu, wenn er einen durch die Verletzung (unbefugte Benutzung) seines Rechts verursachten Vermögensverlust darlegen kann. Der Hinweis auf den vom Verletzer erzielten Gewinn (3. Schadensberechnungsart) reicht dazu nur, wenn der Gewinn des einen immer der Verlust des anderen wäre. Diese Voraussetzungen sind so gut wie nie verwirklicht, so dass der Verletzte unabhängig vom Gewinn des Verletzers den Verlust in seinem Vermögen nachweisen muss. Er kann dies etwa durch den Hinweis auf einen Umsatzverlust oder nicht realisierten Umsatzzuwachs (1. Schadensberechnungsart), nicht jedoch durch den Hinweis auf die vom Verletzer nicht geleistete Lizenzgebühr (2. Schadensberechnungsart), wenn nicht sicher ist, dass dem Verletzer eine Lizenz erteilt worden wäre, sei es, dass die Lizenzerteilung überhaupt ausgeschlossen war oder der Verletzer nicht um eine



Lizenz nachgesucht hätte, sei es, dass der Inhaber ihm die Lizenz verweigert hätte (a.A. Keuk S. 72 ff.). Denn in diesen Fällen hätte der Verletzte auch ohne die Verletzungshandlung die Lizenzgebühr nicht erhalten. Bei der zweiten und dritten Schadensberechnungsart geht es materiell auch gar nicht um den Ausgleich eines beim Verletzten entstandenen Verlusts, sondern um die Abschöpfung eines vom Verletzer vereinnahmten Vorteils. Dies ist eine genuin bereicherungsrechtliche Frage und sollte darum auch systematisch im Bereicherungsrecht angesiedelt werden (AK-BGB/Joerges vor §§ 812 ff. Rz. 30).

*iv. GEMA-Rechtsprechung und Vorsorgekosten*

Für die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) geht der BGH noch über die zweite Schadensberechnungsmethode hinaus und verurteilt diejenigen, die geschützte Werke ohne Genehmigung aufführen, zu „Schadensersatz“ in Höhe der doppelten Lizenzgebühr (BGH 59, 286). Damit sollen die Kosten der umfangreichen Überwachungsorganisation auf die Rechtsverletzer abgewälzt werden. So bestechend dieser Gedanke zunächst scheint; eine tragfähige Begründung liefert er nicht. Zum einen lässt er sich noch weniger in das vom Ausgleichsdenken beherrschte Schadensrecht einordnen als die zweite Schadensberechnungsmethode, zum anderen macht sein Ausdenken Weiterungen deutlich, die sozialpolitisch unerwünscht sind. Dies zeigt u. a. die Diskussion um die Bewältigung des Ladendiebstahls (dazu Gutachten D und E zum 51. Deutschen Juristentag von Naucke und Deutsch). Wer hier über den Ersatz der entwendeten Ware hinaus den erwischten Täter mit den Kosten für Fernsehkameras, Detektive und Fangprämien belasten will, pönalisiert das zivilistische Schadensrecht zu Zwecken des Eigentumsschutzes und vernachlässigt den Beitrag, den über ausgeklügelte Absatzstrategien die Eigentümer selbst zur Verletzung ihres Eigentums leisten. Dieser Beitrag rechtfertigt es selbstverständlich nicht, den Eigentümern Restitution und Kompensation ihres Sachverlustes zu versagen. Wohl aber sollen sie die zum Schutze ihres Eigentums aufgewendeten Kosten selber tragen. Sie allein entscheiden darüber, ob und welche Vorkehrungen getroffen werden. Sie können die Kosten ihrer Entscheidung kalkulieren, nicht aber den vor dem Eintreten eines haftungsbegründeten Ereignisses getätigten Aufwand schadensrechtlich liquidieren ( Wollschläger NJW 1976, 12 ff.; bis auf ausgelobte und ausgekehrte Fangprämien ebenso BGH 75, 230 = NJW 1980, 119). Anders ist es nur, wenn die Aufwendungen zur Gefahrenabwehr im Hinblick auf die konkret drohende und später realisierte Schädigung getroffen worden sind. So muss etwa der bei der Tat festgenommene Einbrecher, demjenigen, der auf einen konkreten Hinweis auf die bevorstehende Tat hin, Wachpersonal engagiert hat, die dadurch entstandenen Kosten ersetzen (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 172, der dies

sogar für den Fall bejaht, dass der Täter vor der Tatbegehung gefasst wird; in diesem Fall dürfte indes bereits dem Grunde nach kein deliktischer Schadensersatzanspruch entstanden sein).

Das schadensrechtliche Liquidationsverbot trifft auch die sog. Vorhaltekosten (vgl. Jürgen Schmidt JZ 1974, 73). Dabei handelt es sich um Kosten für Maßnahmen, welche die Verletzungsfolgen ausschließen oder doch mindern sollten. In BGH 32, 280 sind solche Kosten ersetzt worden (differenzierend BGH NJW 1976, 286; bestätigt und auf die allgemeine Reservehaltung erweitert durch BGH 70, 199). Hier fiel ein Straßenbahnwagen durch einen vom Beklagten zu verantwortenden Unfall für mehrere Monate aus. Die Straßenbahngesellschaft setzte einen eigens für solche Fälle bereitgehaltenen Reservewagen ein und vermied dadurch die Betriebseinschränkung und einen entsprechenden Gewinnausfall. Der BGH sprach ihr einen nach der Dauer des Einsatzes bemessenen Anteil an den Anschaffungs- und Unterhaltungskosten des Reservewagens als Schadensersatz zu. Zur Begründung führte er an, es könne „keinen rechtlich bedeutsamen Unterschied machen, ob der Inhaber eines Straßenbahnunternehmens bei Ausfall eines Fahrzeugs infolge fremdverschuldeten Unfalls ein Ersatzfahrzeug mietet oder ob er ein Fahrzeug einsetzt, das er sich wegen der besonderen Schwierigkeit, einen Straßenbahnwagen kurzfristig mietweise zu erlangen, eigens zum Zwecke der Vorsorge für vorkommende Fälle dieser Art bereits selbst zugelegt und bereitgestellt hat“ (S. 284). Der rechtlich bedeutsame Unterschied, den der BGH nicht akzeptieren mochte, liegt in der Kausalität. Sie ist unhintergehbare Minimalbedingung der Zurechnung eines Verlustes zu einem Verletzungsereignis. Vor dem Verletzungsereignis aufgewendete Kosten können nicht durch dieses verursacht sein. Darüber helfen weder die von Deutsch (Haftungsrecht I § 26 II 8) empfohlene Unterscheidung von „abstrakten und konkreten Aufwendungen“ noch die von Eike Schmidt (Esser/Schmidt § 32 III 2.2) vorgeschlagene Einteilung hinweg, nach der die Kosten nur solcher vorsorglichen Maßnahmen zum Schadensersatz berechtigen sollen, deren Unterlassen dem Geschädigten zum Mitverschulden gereichen würde (wie hier: Lange § 6 VIII 3). Zur Remedur in gewünschter Richtung mag man den Aufwendungsersatzanspruch des Auftragsrechts heranziehen; die Aufgabe des Kausalitätserfordernisses zwischen dem haftbar machenden Ereignis und dem zu ersetzenden Schaden ist dagegen nicht angezeigt. Dieses Erfordernis läßt die schadensrechtliche Liquidation von Kosten der Schadensvergütung, -bekämpfung und -minderung nur zu, wenn diese nach dem haftbar machenden Ereignis aufgewendet worden sind. Die Kausalverknüpfung ist allerdings nur notwendige und nicht auch schon hinreichende Bedingung der Liquidation. So sind zwar für die Ergreifung von (Laden-)Dieben ausgeworfene Fangprämien durch haftbar machende Ereignisse verursacht; als außerhalb des Schutzbereichs der verletzten Verhaltensgebote

liegend können sie dennoch nicht von den Dieben ersetzt verlangt werden (a. A. Hagmann JZ 1978, 133, der ausgelobte und ausgezahlte Fangprämien bis zur Höhe des Werts des entzogenen Gutes für ersatzfähig hält; ähnlich jetzt BGH 75, 230 = NJW 1980, 119).

### 3. Abstrakte Schadensberechnung

#### *a. Anwendungsbereich*

Die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese verschafft dem Ersatzberechtigten den vermögensmäßigen Ausgleich der auf Grund des haftungsauslösenden Ereignisses erlittenen Einbußen und versagt ihm zugleich, sich am Schadensfall zu bereichern. Sie dient so der Ausgleichsfunktion des Schadensrechts. Dieser Vorzug ist allerdings leicht verspielt, wenn man an die Stelle der konkreten Berechnung der in die Vermögensbilanzen einzustellenden Positionen eine abstrakte Schadensberechnung setzt. Unter dem Signum der abstrakten Schadensberechnung treten denn auch häufig Forderungen auf, die im geltenden Schadensrecht deshalb keinen Platz haben, weil sie - ohne entsprechende gesetzliche Grundlage - zum Schadensersatz ohne Schaden führen. So weist nach Steindorff (AcP 158 (1959/60), 431) die Wahlmöglichkeit zwischen abstrakter und konkreter Schadensberechnung auf einen nach materiellen Grundsätzen zu differenzierenden Schadensbegriff zurück. Die Rechtsverfolgungsthese wird belebt. Bei besonderer Schutzwürdigkeit der verletzten Rechtsposition soll eine abstrakte Berechnung zu Zwecken der Rechtsverfolgung und Buße gerechtfertigt sein. Die besondere Schutzwürdigkeit komme Immaterialgüterrechten, nicht aber Persönlichkeits- und Sachenrechten zu. Schließlich sei es den Parteien marktbezogener Geschäfte verwehrt, einen konkreten Schaden geltend zu machen. Der Verkäufer könne nur die Differenz zwischen Kaufpreis und gefallenem Marktpreis verlangen, dies allerdings ohne Rücksicht darauf, ob ihm tatsächlich ein Schaden entstanden sei.

#### *b. Begriffliche Festlegung*

Die Diskussion der „Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung“ (Knobbe-Keuk VersR 1976, 401) wird dadurch erschwert, dass man den Begriff nach unterschiedlichen Regeln für unterschiedliche Dinge verwendet. Die einen verstehen unter abstrakter Schadensberechnung einfach die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 für die Berechnung entgangenen Gewinns (so BGHZ 62, 103). Andere reservieren die Bezeichnung für materiellrechtliche Regelungen, die den Inhalt des Schadensersatzanspruchs so festlegen, dass ein bestimmter Betrag stets

als Mindestschaden ersetzt werden kann (so etwa Steindorff und Knobbe-Keuk ). Hier soll nur im letzteren Sinne von abstrakter Schadensberechnung gesprochen werden. Bei ihr geht es dann nicht um den beweis erleichternden Rekurs des Anspruchstellers auf den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“, sondern um den Ausschluss des Anspruchsgegners von der bei konkreter Berechnung anspruchsmindernden Darlegung eines ungewöhnlichen Verlaufs.

### *c. Gesetzliche Fälle und vertragliche Vereinbarungen*

Die abstrakte Schadensberechnung lässt das Gesetz nur ausnahmsweise zu. So verpflichten etwa §§ 288, 291 den Schuldner zur Verzinsung des einem anderen vorenthaltenen Geldbetrags in Höhe von 5% (§ 288 Abs. 1 BGB) bzw. 8% (§ 288 Abs. 2 BGB) über dem jeweiligen Basiszinssatz unabhängig davon, ob der jeweilige Gläubiger nun auch tatsächlich das Geld gewinnbringend angelegt hätte. Der abstrakte Mindestschaden schließt die Geltendmachung eines höheren Schadens nicht aus (§ 288 Abs. 4 BGB). Der höhere Schaden muss dann allerdings konkret errechnet werden. Ähnlich verhält es sich beim Fixhandelskauf über Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben: Für den Schadensersatzanspruch des nicht rechtzeitig bedienten Vertragspartners bestimmt § 376 Abs. 2 HGB, dass „der Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zurzeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden“ könne. Gegenüber einem so berechneten Schaden kann der Verpflichtete nicht einwenden, dass etwa der Ersatzberechtigte die Ware auf Grund besonderer Beziehungen tatsächlich zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis bekommen habe.

Die Möglichkeit abstrakter Schadensberechnung sollte auf die eindeutig im Gesetz fixierten Fälle beschränkt bleiben. Es besteht weder Anlaß, die abstrakte Schadensberechnung zum Einfallstor für Sanktion und Buße ohne Schaden zu machen, noch ist es gerechtfertigt, professionellen Verkäufern unabhängig von Marktpreisen den „Lohn für das fehlgeschlagene Geschäft in Form der Gewinn- und Handelsspanne“ (Steindorff JZ 1961, 14) als objektiven Wert zuzusprechen. Außerhalb der gesetzlich fixierten Fälle abstrakter Schadensberechnung muss um des Bereicherungsverbots und des Ausgleichs willen der Anfall der geltend gemachten Position im Vermögen des Anspruchsberechtigten und ihr Wert dargetan werden. Erst die Differenz der nach diesen Grundsätzen erstellten Bilanzen zur realen und hypothetischen Vermögenslage ergibt einen nach zivilistischem Schadensrecht zu ersetzenden Schaden. Den verbreiteten Versuchen, den damit verbundenen Nachweisproblemen durch die vertragliche Vereinbarung von Schadensersatzpauschalen auszuweichen (vgl. Beuthien in: FS Larenz 1973, 585 ff., 595 ff.), ist der Gesetzgeber durch § 309 Nrn. 5 und 6 BGB entgegengetreten. Dort erklärt er sowohl Schadensersatzpauschalen als auch

Vertragsstrafen für ausnahmslos unwirksam, wenn sie in AGB gegenüber Nichtkaufleuten (§ 310 Abs. 1 BGB) verwendet werden. Damit ist im früher praktisch wichtigsten Anwendungsbereich das Pauschalierungsproblem erledigt.

*d. Der Ansatz von (Knobbe-)Keuk*

Die Ausgleichsfunktion des Differenzschadensbegriffs verfehlt der Ansatz von (Knobbe-)Keuk. Zwar macht auch Keuk verbal Front gegen Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur, Schadensersatz ohne Schaden zu gewähren, und empfiehlt die Beschränkung der abstrakten Schadensberechnung auf die gesetzlich geregelten Fälle zuzüglich der zweiten Schadensberechnungsmethode bei Immaterialgüterrechtsverletzungen und der Berechnung des Unternehmerlohns von selbständig Gewerbetreibenden (VersR 1976, 405 ff.); mit ihrer Definition des zu ersetzenden Interesses führt sie allerdings hinterrücks weit reichende Möglichkeiten des Schadensersatzes ohne Schaden ein. Das Interesse wird auf den Zustand bezogen, „den der Schuldner durch sein ordnungsgemäßes Verhalten hätte herbeiführen sollen“ (S. 53) und nun (schadens-)ersatzweise herzustellen hat. Dass diese Festlegung das Schadensrecht des BGB verfehlt, welches auch Haftungen ausfüllt, die sich nicht auf Pflichtverletzungen gründen, ist schon vermerkt worden (siehe J.I.3). Es bleibt zu zeigen, dass sie auch dort nicht taugt, wo sie vordergründig plausibel erscheint: beim Ersatz des (vertraglichen, positiven) Erfüllungsinteresses. Keuk argumentiert so (S. 109 ff.): Das ordnungsgemäße Verhalten des Schuldners ist die Leistung zum Erfüllungszeitpunkt. Hierauf ist das positive Interesse des Gläubigers gerichtet. Soll es ersatzweise befriedigt werden, ist als Mindestschaden der Wert der vorenthaltenen Leistung im Erfüllungszeitpunkt zu ersetzen, was auch immer sonst noch geschehen mag.

Hier gerät die für den Fixhandelskauf in § 376 Abs. 2 HGB getroffene Sonderregel zur allgemeinen Regel für Kaufgeschäfte überhaupt (so explizit Keuk S. 113 ff.). Jeder Käufer kann als positives Mindestinteresse den Anschaffungspreis (Deckungsgeschäft) abzüglich der ersparten Gegenleistung verlangen, jeder Verkäufer die vereinbarte Vergütung abzüglich des Einkaufspreises. Da dies auch dann noch gelten soll, wenn der Käufer gar kein Deckungsgeschäft vornimmt oder der Verkäufer die nicht abgenommene Sache anderweitig mit Gewinn veräußert, wird Schadensersatz ohne Schaden gewährt und das Bereicherungsverbot des Vermögensschadensrechts verletzt. Dies zeigt schließlich auch die viel diskutierte Entscheidung BGH 49, 56 (bei Keuk S. 121 ff.). Hier war ein Mieter ausgezogen, ohne seiner vertraglich übernommenen Renovierungspflicht zu genügen. Der Vermieter fand einen Nachmieter, der es übernahm, die Räume auf seine Kosten zu renovieren, und dieser Pflicht auch nachkam. Legt man die Differenzhypothese zugrunde, so hat der Vermieter mangels Schaden keinen Schadensersatzanspruch

gegen den Vormieter. Anders Keuk: Sie will als Mindestschaden dem Vermieter jedenfalls den Wert der vorenthaltenen Leistung im Erfüllungszeitpunkt vergüten; anders auch der BGH, der - ausgehend von der Differenzhypothese - den Vorteilsausgleich versagt, um den Schädiger nicht unbillig zu entlasten. Warum es aber billig sein soll, den Vermieter am Schadensfall zu bereichern, darauf bleiben beide die Antwort schuldig. Ausgleichsbedürftig ist nicht der Vermieter, sondern der Nachmieter, dessen Ausgleichsberechtigung sich über einen Bereicherungsregress oder auch einen Gesamtschuldregress begründen läßt (für den Gesamtschuldregress Schmudlach NJW 1974, 257 ff.; LG Kassel NJW 1975, 1842; Lange, § 9 V 6; dagegen Gundlach NJW 1976, 787 mit Erwägungen aus einer überholten Gesamtschuldkonzeption).

#### **4. Grenzen der Ersatzpflicht**

Wer den Schaden als Differenz zwischen einer realen und einer hypothetischen Vermögenslage fasst, die Bestimmung des Vermögensgutes vom Gegenstandserfordernis löst und an der Marktbewertung orientiert, schließlich festlegt, wann vom haftungsbedingten Ausfall eines solchen Vermögensgutes gesprochen werden kann, hat damit die schadensrechtliche Problematik noch immer nicht erschöpft. Er steht vor der vergleichbar schwierigen Frage, ob und gegebenenfalls wie die Ersatzpflicht zu begrenzen sei. Das Gesetz scheint in den meisten Fällen eine eindeutige Antwort auf diese Frage bereitzuhalten. Es ordnet bei Vorliegen eines haftungsbegründenden Tatbestandes an, dass der Ersatzpflichtige den „daraus entstehenden Schaden“ zu ersetzen habe (vgl. etwa §§ 823 Abs. 1 und 2, 824, 833, 1 HaftpflG, 7 Abs. 1 StVG). Dies könnte man so verstehen, dass dem Ersatzpflichtigen sämtliche Schadensfolgen angelastet werden, die vom haftungsbegründenden Ereignis verursacht sind. Die Kausalität würde so zum allein maßgeblichen positiven Zurechnungsfaktor für die Frage der Haftungsausfüllung. Es wäre mit der für praktische Zwecke regelmäßig ausreichenden Faustformel der Äquivalenztheorie lediglich zu fragen, ob das haftungsbegründende Ereignis hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt (Conditio-sine-qua-non-Formel; zu ihr und ihrer wissenschaftstheoretisch fundierten Kritik Schulin, *Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht*, 1976, S. 99 ff.).

Zweifel an der Angemessenheit dieses Zurechnungskriteriums stellen sich schon ein, wenn man bedenkt, dass ein Schaden auch dann ersetzt werden müßte, wenn er aus anderen, im konkreten Fall nicht wirksam gewordenen Gründen ohnehin eingetreten oder durch verletzungsbedingte Vorteile finanziell ausgeglichen wäre. Richtet man - wie hier vorgeschlagen - die Vermögensschadensermittlung an der

Differenzhypothese aus, lassen sich die geschilderten Zweifel allerdings weitgehend ausräumen. Die Differenzhypothese stellt hypothetische Schadensverläufe und verletzungbedingte Vorteile grundsätzlich in Rechnung. Die Frage kann dann nur noch lauten, ob - außerhalb der Berücksichtigung hypothetischer Abläufe - allein die kausale Verknüpfung einer Vermögensänderung mit dem Haftungsgrund über die Einstellung des Vermögensnachteils oder -vorteils in die zur Differenzermittlung aufzustellenden Bilanzen entscheiden soll. Die Antwort fällt - mit je unterschiedlichen Erwägungen - verneinend aus. Bei Vermögensvorteilen wird insbesondere im Hinblick auf Dritteleistungen die Anrechnung versagt, wenn sie zur Zweckentfremdung der Dritteleistung führen würde (s. u. Rz. 78). Aber auch die nachteiligen Entwicklungen sollen nicht sämtlich den Verletzer treffen, wie das der Fall wäre, wenn man die Kausalität zum positiven Zurechnungsfaktor machte. Kausalketten sind prinzipiell unbegrenzt. Das gilt für die vergangenheitsbezogenen Überlegungen zur haftungsbegründenden Kausalität ebenso wie für die haftungsausfüllende Kausalität, welche die Schadensfolgen in der Gegenwart gewordenen Zukunft erfaßt. Während allerdings im Bereich der Haftungsbegründung die Problematik entschärft ist und durch die gesetzlich ausgeprägten und dogmatisch fortentwickelten Zurechnungskriterien (Rechtswidrigkeit, Betriebsbezogenheit, Normzweck u. a.) als theoretisch gelöst angesehen werden kann, ist für den Bereich der Haftungsausfüllung noch manche Frage offen (vgl. zu den Zurechnungsfragen auch Gottwald S. 49 ff.).

#### *a. Die Untauglichkeit der Adäquanzformel*

Die Rechtsprechung versucht seit jeher, die dem Ersatzpflichtigen zuzurechnenden Schadensfolgen mit Hilfe der Adäquanzformel (zur Adäquanztheorie eingehend Lange § 3 VI) einzugrenzen. In der Leitsatzfassung in BGHZ 3, 261 lautet diese: „Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigen a) alle zurzeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände, b) die dem Setzer der Bedingung noch darüber hinaus bekannten Umstände. Diese Prüfung ist unter Heranziehung des gesamten im Zeitpunkt der Beurteilung zur Verfügung stehenden Erfahrungswissens vorzunehmen.“ Die Formel ist u.U. geeignet, die mitunter schwierige Antwort auf die Kausalitätsfrage als solche zu leiten (vgl. Schönemann JuS 1979, 19; JuS 1980, 31; dagegen Weitnauer JuS 1979, 697). Sie läßt es aber darüber hinaus nicht zu, eine Schadensfolge als inadäquat auszuschneiden. Wenn dies dennoch geschieht, stehen dahinter regelmäßig andere als zahlenmäßige Üblichkeitserwägungen. Die Formel kann deshalb wegen Verfehlung des postulierten Eingrenzungszwecks

getrost aufgegeben werden. Es hilft auch nicht weiter, wenn man ihr eine weniger scharfe Fassung gibt (a. A. u. a. Larenz SchuldR AT § 27 III b 1; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, § 11 VII, 6). Die drängende Aufgabe, Gefahren- und Risikobereiche abzugrenzen, ist heute mit anderen Kriterien als denen der adäquaten Kausalität zu bewältigen. Einen wichtigen Anhaltspunkt bieten hier die im Rahmen der Haftungsbegründung weitgehend streitfreien Zurechnungen nach dem Schutzzweck der Haftungsnormen. Sie machen deutlich, dass auch eine weniger scharf gefasste Adäquanzformel disfunktional ist, weil einerseits Haftungsnormen dem Geschädigten auch ganz ungewöhnliche Schadensentwicklungen abnehmen und andererseits durchaus gewöhnliche Schadensentwicklungen aus dem Bereich der durch eine Haftungsnorm geschützten Interessen herausfallen können.

#### *i. Haftung für inadäquate Schäden*

Im Impfschadenfall (BGHZ 18, 286) hatte eine beim Ehemann und Vater der Kläger durchgeführte Schutzimpfung infolge ganz ungewöhnlicher Umstände zu dessen Tode geführt. Hier konnte der Aufopferungsanspruch der Hinterbliebenen nicht davon abhängen, ob die Realität gewordenen Komplikationen mit einer gewissen statistischen Regelmäßigkeit auftreten oder so selten sind, dass man mit ihnen nicht zu rechnen brauchte. Der Aufopferungsanspruch soll dem Geschädigten das Vermögensrisiko des Impfschadens überhaupt abnehmen. Im Ergebnis entschied der BGH ebenso - unter Berufung auf den Adäquanzgedanken, der dann in der Begründung jeglicher Konturen beraubt wird. Denn es sei „zu berücksichtigen, dass die Frage der Adäquanz zwischen Bedingung und Erfolg nicht rein logisch abstrakt nach dem Zahlenverhältnis der Häufigkeit des Eintritts eines derartigen Erfolges beantwortet werden kann, sondern dass mit einer wertenden Beurteilung aus der Vielzahl der Bedingungen im naturwissenschaftlich-philosophischen Sinne diejenigen ausgeschieden werden müssen, die bei vernünftiger Beurteilung der Dinge nicht mehr als haftungsbegründende Umstände betrachtet werden können, dass mit anderen Worten mit einer wertenden Beurteilung die Grenze gefunden werden muss, bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann“ (BGHZ 18, 288). Die Aufgabe ist mit der Adäquanzformel nicht zu bewältigen. Das zeigt auch das von Weitnauer (FS Oftinger S. 339) berichtete Beispiel eines Uranunfalls in einem nordamerikanischen Laboratorium: Die Uranbehälter waren von solcher Größe und so angeordnet, dass das zufällige Zustandekommen einer Kettenreaktion als ausgeschlossen angesehen wurde. Infolge von zwölf nacheinander vorgenommenen ungewöhnlichen und unzusammenhängenden Handlungen trat der ganz ungewöhnliche Fall aber dennoch ein: In einem Gefäß wurde eine zur



Kettenreaktion ausreichende Menge der Uranlösung zusammengeschüttet, und es kam zu einem nuklearen Unfall. Auf den Rechtsbereich der BRD übertragen müsste derjenige, der dabei Sicherheitsvorschriften verletzt hat, „nach § 823 BGB haften und könnte sich, nach dem Sinne der Sicherheitsvorschrift, nicht auf Inadäquanz berufen, obwohl der Einzelne von zwölf Verstößen die Wahrscheinlichkeit, dass eine Kettenreaktion eintrat, nur in ganz geringfügiger, unerheblicher Weise erhöhte“ (Huber FS Wahl S. 320).

*ii. Nichthaftung für adäquat verursachte Schäden*

In der vorläufig letzten der Grünstreifenentscheidungen (BGHZ 58, 162; dazu Lange JuS 1973, 280; MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnrn. 153 f.) wollten ungeduldige Verkehrsteilnehmer die Freigabe der durch einen Unfall blockierten Straße nicht abwarten und bahnten sich einen Weg über angrenzende, dem Verkehr nicht offen stehende Flächen. Deren Eigentümer verlangte Ersatz für die entstandenen Schäden vom Unfallurheber. Der BGH hat (anders als die Vorinstanz OLG Bremen VersR 1970, 424) den Anspruch versagt, obwohl er einräumen musste, dass die Reaktionen der an der Weiterfahrt auf der Straße gehinderten Verkehrsteilnehmer durchaus nicht ungewöhnlich und somit die Schäden am Randstreifen noch adäquate Folgen des vorangegangenen Unfalls waren (S. 164). „Der Fahrer und der Halter des LKW waren verantwortlich für den Zusammenstoß und seine Folgen für andere Verkehrsteilnehmer, die etwa in den Unfall verwickelt worden waren, sowie für alle durch den Zusammenstoß in Mitleidenschaft gezogenen Sachen. Für die Beschädigung des Rad- und Gehweges sind aber bei dem hier gegebenen Schadensverlauf allein die Kraftfahrer, die über ihn gefahren waren, verantwortlich. Die für den Fahrer des LKW geltenden Gebote und Verbote schützten nur insoweit auch die Interessen derer, die mit ihrem Eigentum dem Verkehrsraum nahe waren, als der Fahrer nicht mit seinem LKW auf den Bürgersteig geraten und nicht Anlass dafür geben durfte, dass andere Fahrzeuge, um nicht mit ihm zusammenzustoßen, auf das Gelände neben der Straße ausweichen mussten. In seinen Pflichtenkreis fällt aber nicht mehr das, was sich, nachdem das Unfallgeschehen beendet war, dadurch ereignete, dass die nachfolgenden, schon zum Halten gelangten Kraftfahrer über den Rad- und Gehweg fuhren, um schneller vorwärts zu kommen. Diese daran zu hindern, war der LKW-Fahrer weder tatsächlich in der Lage noch rechtlich verpflichtet“ (BGHZ 58, 162 ff., 168).

*b. Die Schutzbereichslehre*

Die Theorien der adäquaten Kausalität bieten weder ein positives Zurechnungskriterium, weil adäquate Verletzungsfolgen aus der Ersatzpflicht

herausgenommen werden, noch ein negatives Ausgrenzungskriterium, weil auch nicht adäquate Verletzungsfolgen in die Ersatzpflicht einbezogen sein können. Sie sollten daher aufgegeben und durch jene Lehre ersetzt werden, die den Ausschluss adäquater Verletzungsfolgen und die Hereinnahme inadäquater Verletzungsfolgen regiert: die Lehre vom Schutzbereich der jeweils in Rede stehenden Norm (im Ergebnis ebenso MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 42 ff.; a.A. MünchKomm, 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 114).

*i. Schutzbereich und Folgeschäden*

Während die Schutzbereichslehre für die Frage, ob die vom Schädiger verursachte Rechtsgutsverletzung (Erstverletzung) nach Gegenstand und Art eine Ersatzberechtigung für gerade diesen Träger des Rechtsguts auslöst, allgemein anerkannt ist, wird ihr die Relevanz für die Differenzierung der auf der Rechtsgutsverletzung beruhenden Folgeschäden (Folgeverletzungen) in zu ersetzende und nicht zu ersetzende häufig bestritten (Keuk S. 224 ff.; Schickedanz NJW 1971, 916; differenzierend Larenz SchuldR AT § 27 III 2). Auch die oben gegen die Adäquanztheorien angeführten Beispiele beziehen sich in der Regel auf die Zurechnung von Erstverletzungen, so dass sie für die Zurechnung von Folgeschäden unmittelbar nichts hergeben. Es könnte ja durchaus sein, dass man die Frage, ob etwa Verhaltensgebote im Straßenverkehr, die unzweifelhaft zum Schutz der körperlichen Integrität aufgestellt sind, auch den Zweck haben, die Verkehrsteilnehmer vor ärztlichen Kunstfehlern zu schützen, als nicht legitim abweisen müsste, weil sie das auf Totalrestitution lautende Gesetzesprogramm verfehlt. Dem Unfallopfer sollen - darüber besteht im Ergebnis Einigkeit - auch die Schäden ersetzt werden, die ihm auf Grund unsachgemäßer ärztlicher Behandlung entstanden sind (BGH NJW 1961, 2203). Ebenso einhellig wird seinen Angehörigen im gleichermaßen unpraktischen wie illustrativen Lehrbuchbeispiel der Ersatzanspruch versagt, wenn wegen des unfallbedingten Krankenhausaufenthaltes der geplante Flug verschoben wird und der Ersatzflug fatal endet. Nach welchen Kriterien, wenn nicht nach der Adäquanzformel, soll aber hier differenziert werden?

Für die geschilderten Fallkonstellationen ist den Gegnern der Schutzbereichslehre zuzugeben, dass der unmittelbare Durchgriff auf die von einer Norm geschützten Interessen die Aufgabe verfehlen kann, im Bereich der Folgeschäden zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Verletzer und Verletztem zu kommen. Zur Bewältigung der Aufgabe bedarf es der Entwicklung argumentativer Zwischenschritte, die einen Weg bahnen vom Schutzbereich der Norm über die ersatzpflichtig machende Rechtsgutsverletzung zur konkret in Rede stehenden Schadensfolge. Auf spezifische Rechtsgüter bezogene Haftungsnormen haben den

Zweck, den Inhabern der geschützten Rechtsgüter die Schäden abzunehmen, die ihnen durch Verletzung eben dieser Rechtsgüter entstehen, mag diese Verletzung auf der Verwirklichung einer verbotenen (Unrechtshaftung) oder erlaubten Gefährdung (Gefährdungshaftung) beruhen. Der Schutzzweck erfaßt nicht nur die unmittelbar am Rechtsgut selbst auftretenden Schäden, sondern auch die Folgeschäden, die sich erst aufgrund weiterer, zur Rechtsgutsverletzung hinzutretender Umstände entwickeln. Zum Schutzbereich der verwirklichten Haftungsnorm rechnet also grundsätzlich das volle Schadensrisiko, welches mit der in den Schutzbereich fallenden Rechtsgutsverletzung verbunden ist. Ausgenommen (und beim Geschädigten belassen) werden nur solche Schäden, mit denen sich (als Folge der Rechtsgutsverletzung!) ein Risiko verwirklicht, das zu den allgemeinen Lebensrisiken des Verletzten zählt.

Der Gedanke einer Differenzierung nach allgemeinen Lebensrisiken und spezifischen der Rechtsgutsverletzung zuzuschreibenden Schadensrisiken ist von der Eigenart der verwirklichten Haftungsnorm unabhängig und dennoch Teil der Schutzbereichslehre, weil jede Haftungsnorm Schadensrisiken nur insoweit abnimmt, als es sich „um eine Verwirklichung der besonderen Gefahr handelt, in die der Geschädigte durch die Verletzung seines Rechtsguts versetzt worden ist. Wenn dagegen zufällig im Zusammenhang mit dem Unfall eines der allgemeinen Lebensrisiken sich verwirklicht, denen der Verletzte so und so ausgesetzt ist, dann ist der Schädiger nicht mehr ausgleichspflichtig. Eine Ausgleichspflicht auch für solche Schäden wäre mit dem Zweck der die Schadensersatzpflicht begründenden Norm nicht mehr vereinbar, der eben darin besteht, dass dem Geschädigten die besonderen Risiken vom Schädiger abgenommen werden sollen, die ihm durch den Eingriff in sein Rechtsgut auferlegt sind“ (Huber JZ 1969, 681).

*ii. Allgemeines Lebensrisiko und spezifisches Schadensrisiko - Fallgruppen*

Die Forderung, allgemeine Lebensrisiken von den abnehmbaren spezifischen Schadensrisiken zu trennen, ist leichter gestellt als erfüllt. Im Anschluss an vorliegende Systematisierungsversuche (Huber FS Wahl S. 322 ff.; Kramer JZ 1976, 338 ff., 343 ff.; Lüer Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S. 137 ff.) lassen sich Fallgruppen bilden, ohne eine schon abgeschlossene theoretische wie praktische Problembewältigung vorzutäuschen (zum Problemkreis auch Mädrich Das allgemeine Lebensrisiko, 1980).

1) Die Teilnahme am allgemeinen Verkehr auf der Straße, der Schiene, zu Wasser und in der Luft birgt Risiken in sich, denen sich jedermann aussetzt und aussetzen muss. Realisiert sich das Risiko, so kann es nicht auf den abgewälzt werden, dessen

Verhalten zwar Ursache für die konkrete Teilnahme am allgemeinen Verkehr war, aber doch keine spezifische Risikoerhöhung bewirkte. Deshalb haftet man nicht für Schäden, die der Verletzte dadurch erleidet, dass ihm bei dem späteren Flug ein Unglück zustößt, er auf dem Transport ins Krankenhaus oder bei der Taxifahrt vom Krankenhaus nach Hause in einen weiteren Unfall verwickelt wird, obwohl Flug, Transport und Taxifahrt ohne den Erstunfall so nicht stattgefunden hätten. Der Erstunfall hat aber nicht zur Erhöhung des allgemein mit der Teilnahme am Verkehr verbundenen Risikos, einen Unfall zu erleiden, geführt. Diese Sicht der Dinge ändert sich, wenn der weitere Unfall auf die besondere Gefährlichkeit des durch den ersten Unfall induzierten Nottransports zurückzuführen ist. Im Grenzbereich zwischen allgemeinem Lebensrisiko und infolge der Erstverletzung gesteigerten Risiko liegt der vom BGH (NJW 1952, 1010) unter Adäquanzerwägungen entschiedene Krückenfall: Der Geschädigte hatte durch Verschulden eines anderen ein Bein verloren und trug seitdem eine Krücke. Bei Kriegsende geriet er als Zivilist mit seiner Familie unter Artilleriebeschuß. Während sich die übrigen Familienmitglieder durch Davonlaufen retten konnten, wurde der Beinamputierte von einem Granatsplitter tödlich getroffen. Der BGH sah dies als inadäquate Folge des Unfalls an; andere sprechen - wohl mit Recht - von der Verwirklichung eines spezifischen durch den Unfall gesteigerten Risikos (Kramer JZ 1976, 344).

2) Unfallbedingter Krankenhausaufenthalt und Krankenbehandlung bergen Gefahren in sich, die der Unfallverantwortliche dem Unfallopfer abnehmen muss. Jedoch ist auch hier darauf zu achten, dass die Haftung nur bei spezifischer Gefahrerhöhung eintritt. Sie liegt vor, wenn der Verletzte sich infiziert (RGZ 105, 264) oder fehlbehandelt (RGZ 102, 230) wird. Sie ist dagegen zu verneinen, wenn der Verletzte von seinem Zimmernachbarn verprügelt wird (Beispiel nach Huber FS Wahl S. 324) oder Schäden durch ärztliche Eingriffe erleidet, die gar nicht auf die Beseitigung und Behandlung der Unfallverletzungen zielen: Wegen der Unfallverletzung muss die Bauchhöhle geöffnet werden. Dabei wird ein unfallunabhängiges „Meckelsches Divertikel“ entdeckt, dessen - medizinisch indizierte - Entfernung zum Tode des Unfallopfers führt (BGH 25, 86). Oder der behandelnde Arzt empfiehlt dem Patienten, sich für die Zukunft gegen Tetanus impfen zu lassen. Die Impfung, die zur Behandlung der Unfallverletzung nicht gefordert ist, löst eine schließlich fatale Allergie aus (BGH NJW 1963, 1971).

3) Eine weitere Fallgruppe lässt sich dadurch kennzeichnen, dass durch das haftungsbegründende Ereignis eine dem Verletzten schädliche Folge ausgelöst wird, die der Verletzer aber auch ohne das haftungsbegründende Ereignis hätte auslösen dürfen. Solche Folgen braucht der Verletzer dem Verletzten nicht abzunehmen: Ein Autofahrer hat eine geringe Menge Alkohol getrunken. Er wird

schuldlos in einen Unfall verwickelt, bei dem er verletzt wird. Der Röhrentest fällt positiv aus. Sein Führerschein wird einbehalten, bis das gerichtsmedizinische Institut die Blutprobe ausgewertet hat und sich seine Unschuld herausstellt (Beispiel nach Huber FS Wahl S. 322). Der infolge des zeitweiligen Führerscheinverlustes eingetretene Vermögensschaden kann nicht beim Unfallverantwortlichen liquidiert werden. Denn er hätte auch ohne den Unfall auf den Alkoholgenuss mit den entsprechenden Folgen aufmerksam machen dürfen. Diese Erwägung trägt auch die grundlegende Entscheidung des BGH zur Schutzbereichslehre (JZ 1969, 702): Einem Schrankenwärter der Bundesbahn war die Vorfahrt genommen worden. Dies führte zu einem Verkehrsunfall, bei dem der Bundesbahnbedienstete eine Kopfverletzung erlitt. Die Behandlung seiner Kopfverletzung ergab, dass er - unfallunabhängig - an Hirnsklerose litt. Der Dienstherr pensionierte ihn daraufhin vorzeitig. Der Verletzte kann nicht auf Ausgleich der Mindereinnahmen in Anspruch genommen werden, weil die Entdeckung von Krankheiten ein allgemeines Lebensrisiko ist, das der Verletzte hier sogar vorsätzlich hätte realisieren dürfen.

4) Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem ein Schädiger dadurch entlastet wird, dass ein Dritter (und sei es auch vorsätzlich und rechtswidrig) zum Nachteil des Geschädigten in den Kausalverlauf eingreift und ohne Vorliegen der Rechtsgutsverletzung nicht eingegriffen hätte (BGHZ 72, 355 ff., 360). Den Vermögensverlust, den der bewusstlos Geschlagene dadurch erleidet, dass er im Zustand der Bewusstlosigkeit von einem Dritten bestohlen wird, hat der Schläger als zurechenbare Folge der Körperverletzung auszugleichen, weil dieser Schaden auf einer spezifischen vom Schutzbereich der Norm erfassten Gefahrerhöhung beruht.

5) Schwierigkeiten bereiten die Schadensentwicklungen, die zwar durch eine Rechtsgutsverletzung ausgelöst, in ihrem Ausmaß allerdings Folge einer besonderen Veranlagung oder Krankheit des Opfers sind. Soll der Verletzte hier nur für den normalen Schaden haften, weil das besondere Ausmaß eine Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos des besonders Veranlagten ist? Die Rechtsprechung hat dies seit jeher verneint und den Verletzte für alle Folgen haften lassen, denn er habe „kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen völlig gesunden Menschen verletzt habe“ (RGZ 169, 117, 120). Dies gilt auch für die je verschiedene Vermögensorganisation, die der Verletzte antrifft. Das wohl situierte und gut beschäftigte Unfallopfer belastet ihn mit einem höheren Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns als der in seiner Arbeitsfähigkeit betroffene ungelernete Gelegenheitsarbeiter. Wer einen gewerblich genutzten LKW beschädigt, muss auch für die schädlichen Folgen einstehen, die der besonderen finanziellen Situation des Geschädigten entspringen, der die

Reparaturkosten nicht zahlen kann, keinen Kredit bekommt, den LKW deshalb beim Reparaturunternehmer belassen muss und so schließlich zur Aufgabe seines Unternehmens gezwungen ist (BGH VersR 1963, 1161).

Was für die individuell geprägten Vermögenslagen recht ist, sollte für unterschiedliche physische und psychische Dispositionen billig sein. Lange (JZ 1976, 207) sieht Schwierigkeiten für die Durchführung dieser Regel, wenn es dem Opfer an einem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft gebricht: Ein harmloser Hund bellt eine nervenschwache Frau an. Diese stürzt und verletzt sich schwer (RG JW 1908, 41). Ein normales Fluggeräusch führt dazu, dass Muttertiere von Silberfüchsen verwerfen oder ihre Welpen auffressen (RG 159, 34). Ein Verkäufer tritt seinem Kunden, der an schweren arteriellen Störungen leidet, auf den Fuß. Das macht eine Beinamputation am Oberschenkel erforderlich (OLG Karlsruhe VersR 1966, 741). Keiner dieser Fälle betrifft die im Rahmen der Haftungsausfüllung zu beantwortende Frage nach der Zurechnung von Folgeschäden. Die ersten beiden werfen das Problem der Zurechnung der Erstverletzung zu der Gefahr auf, um derentwillen die Haftung des Tierhalters bzw. der Luftgesellschaft begründet worden ist. Es spricht vieles dafür, schon die Haftungsbegründung zu verneinen, weil die Rechtsgutsverletzungen nicht auf dem spezifischen haftungsbewehrten Gefährdungspotential beruhen. Auch der dritte Fall hat seinen eigentlichen Problemschwerpunkt im Rahmen der Haftungsbegründung. Es geht darum, ob die Erstverletzung sorgfaltswidrig war. Im allgemeinen Gedränge muss man es hinnehmen, dass ein anderer einem auf den Fuß tritt. Sollte die Sorgfaltswidrigkeit zu bejahen sein, ist auch der Schaden zu ersetzen, der auf einer ungewöhnlichen Disposition des Verletzten beruht. Für eine Grenzziehung nach dem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft besteht bei der Haftungsausfüllung kein Anlass.

*iii. Schadensersatzverpflichtung ohne Rechtsgutsverletzung (Erfüllungs- und Vertrauensinteresse)*

Die am Normzweck ausgerichtete Schutzbereichslehre entscheidet nicht nur darüber, ob die beim Anspruchssteller eingetretene vom Anspruchsgegner verursachte Rechtsgutsverletzung nach Gegenstand und Art eine Haftung des Anspruchsgegners begründet. Sie reicht auch in den Bereich der Haftungsausfüllung hinein, wo mit normativen Erwägungen solche Schäden aus der Haftung ausgenommen werden, in denen sich trotz der kausalen Verknüpfung mit der Rechtsgutsverletzung dennoch nur ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht. Die Zurechnung der Folgeschäden zur Rechtsgutsverletzung unterscheidet sich allenfalls dadurch von der Zurechnung der Rechtsgutsverletzung zur Haftungsnorm, dass diese auf Normspezifika ausgerichtet ist und deshalb je

nach Norm unterschiedlich ausfallen kann, während jene für alle Haftungsnormen einheitlich gilt. Aber auch dieser Unterschied entfällt, wenn die Schadensersatzverpflichtung nicht an eine Rechtsgutsverletzung geknüpft ist. Dann nämlich scheiden spezifische Normzweckerwägungen erst und unmittelbar im Schadensbereich zwischen ersatzfähigen und nicht ersatzfähigen Schäden. Praktisch relevant wird dies insbesondere bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen. Sie können das positive Interesse des Gläubigers an der Erfüllung schützen und rechtfertigen dann das Verlangen, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie der Gläubiger stünde, wenn der Schuldner erfüllt hätte. Sie können aber auch das negative Interesse schützen und dem Gläubiger als Schadensersatz nur das gewähren, was ihm im Vertrauen auf die Gültigkeit etwa einer Willenserklärung verloren gegangen ist. Sie können schließlich das Integritäts-(Erhaltens-)interesse schützen und gewähren dann Ausgleich für die Einbußen, die der Gläubiger an seinen Rechts- und Vermögensgütern erlitten hat. Wichtig ist, dass der Bestandteil eines bestimmten Interesses nur verfolgt werden kann, wenn der entsprechende Haftungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Keuk S. 163). Welches Interesse geschützt wird, muss im Zusammenhang mit der jeweiligen Haftungsnorm geklärt werden (vgl. H. B. Rengier Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, 1977).

### *c. Das Fehlen der Kausalverknüpfung*

Der umfassende Geltungsanspruch der Normzweck- und Schutzbereichslehre sollte nicht dazu verführen, sie auch dort heranzuziehen, wo simple Kausalitätserwägungen ausreichen, um einen geltend gemachten Schaden aus der Ersatzpflicht auszuscheiden. Im „leading case“ zur Schutzbereichslehre (BGHZ 27, 137) begehrt der bei einem Verkehrsunfall verletzte Motorradfahrer nicht deshalb vergeblich den Ersatz der Strafverteidigungskosten, weil diese außerhalb des Schutzbereichs der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Eigentum liegen (so der BGH), sondern weil sie gar nicht durch die entsprechenden Rechtsgutsverletzungen verursacht sind (so Eike Schmidt, Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts, Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Band 1, 1974, § 10 II; differenzierend Schulin S. 127 ff.). Die Rechtsgutsverletzungen lassen sich hinwegdenken, ohne dass der Strafprozess und die durch ihn entstandenen Kosten entfallen. Ein Beispiel für das korrekte Ausscheiden eines Schadens mit Hilfe von Kausalitätserwägungen findet sich in BGHZ 66, 398. Hier fuhr der Kläger bei Schneeglätte mit seinem PKW auf einen anderen PKW auf. Sein Haftpflichtversicherer ersetzte den Schaden an dem anderen PKW. Mit der Behauptung, die beklagte Stadtgemeinde habe die Unfallstelle nicht gestreut, verlangte der Kläger Schadensersatz dafür, dass er von

seiner Haftpflichtversicherung in eine ungünstigere Beitragsklasse zurückgestuft wurde und dadurch einen Schadenfreiheitsrabatt verlor - vergeblich, denn dieser Verlust beruht nicht auf der vom BGH für die Haftungs begründung verlangten Eigentumsverletzung.

## **5. Alternative (hypothetische) Kausalverläufe**

### *a. Die Unausweichlichkeit hypothetischer Erwägungen*

Hypothetische Erwägungen sind in jeder Schadensermittlung angelegt, die zwei Zustände miteinander vergleicht und die festgestellten Unterschiede auf ein haftbar machendes Ereignis zurückführt. Selbst wer (wie Keuk S. 17) die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese ablehnt und beim Vermögensabfluss (damnum emergens) lediglich die realen Zustände vor und nach dem Ersatzereignis vergleichen will, muss spätestens dann hypothetische Erwägungen anstellen, wenn er die reale Zustandsverschlechterung dem haftbar machenden Ereignis zurechnet. Der Schaden in der Erscheinungsform des nicht realisierten Gewinns kann ohnehin nur hypothetisch ermittelt werden (so auch Keuk a.a.O.) Vollends auf hypothetische Erwägungen verwiesen ist, wer - wie hier vorgeschlagen - in einem bestimmten Zeitpunkt nach dem Haftpflichtereignis den realen Vermögensstand des Berechtigten mit dem Vermögensstand vergleicht, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (§ 249). Diese Regelung scheint die Berücksichtigung alternativer, hypothetischer Kausalverläufe zu gebieten. Dabei sind alternative, hypothetische Kausalverläufe dadurch gekennzeichnet, dass sie denselben Vermögensabfluss bewirkt bzw. denselben Vermögenszufluss verhindert hätten wie das Haftpflichtereignis, das ihnen „zuvorgekommen“ ist.

### *b. Die Rechtsprechung zur hypothetischen Kausalität*

Die Rechtsprechung lehnt die uneingeschränkte Berücksichtigung alternativer Kausalverläufe ab. Schon das RG entschied, dass ein einmal eingetretener Schaden durch ein späteres Ereignis nicht mehr berührt werde, auch wenn dieses Ereignis zu demselben Schaden geführt hätte (RGZ 141, 365; 144, 80; 164, 177). Eine Ausnahme machte es lediglich, wenn im Falle der Erwerbsbeeinträchtigung ersatzweise eine Rente zu leisten war. Hier sollte das zweite, durch das erste nicht bedingte Ereignis, das ebenfalls zu einer Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit geführt hätte, die Rentenzahlungspflicht aus dem ersten Ereignis beenden. Der BGH hat Richtlinien entwickelt, die zu ähnlichen Ergebnissen führen (BGHZ 29, 207). Bei Ersatzansprüchen für die Zerstörung einer Sache hält er Umstände, die



später denselben Erfolg herbeigeführt hätten, für „unerheblich, weil mit dem Eingriff sogleich der Anspruch auf Schadensersatz entstanden war und das Gesetz den späteren Ereignissen keine schuldtilgende Kraft beigelegt hat“ (215). Dagegen seien spätere Ereignisse und ihre hypothetische Einwirkung auf den Ablauf der Dinge von Bedeutung für die Berechnung entgangenen Gewinns, die Ermittlung des Schadens aus fortwirkenden Erwerbsminderungen oder dem Ausfall ähnlicher langdauernder Vorteile. Schließlich möchte der BGH solche Umstände berücksichtigt wissen, „die bereits bei dem Eingriff vorlagen und notwendig binnen kurzem denselben Schaden verursacht hätten, weil derartige Umstände den Wert der Sache bereits im Augenblick des Eingriffs gemindert“ hätten (Anlagefälle).

### *c. Der gegliederte Schadensbegriff*

In der Literatur votieren nur wenige für die uneingeschränkte Berücksichtigung alternativer, hypothetischer Kausalverläufe (v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962; Lemhöfer JuS 66, 337; Lange § 4; MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 78 ff., 83 sowie 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 207; Eike Schmidt § 10 IV 3). Die überwiegende Meinung folgt mit je abweichenden Begründungen dem BGH und belebt im Ergebnis den gegliederten Schadensbegriff des Gemeinen Rechts. Unter Berufung auf den Rechtsverfolgungsgedanken wird der (unmittelbare) Objektschaden gegen hypothetische Kausalverläufe immunisiert, während man bei (mittelbaren) Vermögensfolgeschäden - das sind insbesondere die nicht realisierten Gewinne - alternative Kausalverläufe schadensmindernd berücksichtigt (vgl. insb. Larenz SchuldR AT § 30 I; Palandt/Heinrichs Einf. v. § 249 Rz. 96 ff.; Keuk S. 89 ff.). Eine Sonderstellung nimmt Esser ein, der lediglich die Restitutions-, nicht aber die Kompensationsansprüche gegen die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen sichern will (SchuldR AT 4. Aufl. § 46 III 1, aufgegeben in der von Eike Schmidt besorgten 5. Auflage § 33 IV 1. 1.)

Sämtliche Differenzierungen, die Rechtsprechung und Literatur zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe vorschlagen, finden keinen Rückhalt im Gesetz. Es mag dahinstehen, ob das Gesetz die uneingeschränkte Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen anordnet (so Lemhöfer JuS 66, 337). Jedenfalls steht deren Nichtberücksichtigung im Widerspruch zur Ausgleichsfunktion des Schadensrechts und muss deshalb abgelehnt werden. Die Bestrafung pflichtwidrigen Verhaltens ist nicht Aufgabe des zivilistischen Schadensrechts, mögen auch die Gerichte bisweilen andere Tendenzen erkennen lassen. Soweit etwa pflichtgemäßes Alternativverhalten (relevant allein bei Unrechtshaftungen) zu demselben Schaden geführt hätte, verpflichtet das

pflichtwidrige Verhalten nicht zum Schadensersatz (ebenso MünchKomm-Grunsky vor § 249 Rz. 90). Wo dennoch Schadensersatz gewährt wird - wie in BAG 6, 325 wegen des 1956 einige Tage vor Ablauf der Friedenspflicht ausgerufenen Streiks in der Metallindustrie Schleswig-Holsteins - findet nicht Ausgleich, sondern (unzulässige) Bestrafung statt.

*d. Echte hypothetische Kausalität und doppelte (reale) Kausalität*

Einen neuen Akzent (mit zum Teil schon von Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung, 1964, S. 65 ff. vorgeschlagenen Rechtsfolgen) hat Schulin in die Diskussion um die Berücksichtigung alternativer Kausalverläufe gebracht (S. 170 ff.). Schulin unterscheidet zwischen echter hypothetischer Kausalität und doppelter (realer) Kausalität. Echte hypothetische Kausalität nimmt er an, wenn eine weitere Kausalkette nur deshalb die Zustandsveränderung nicht herbeigeführt hat, weil diese schon auf Grund einer anderen Kausalkette eingetreten war. Die echte hypothetische Kausalität entlastet den aus der anderen Kausalkette an sich Haftpflichtigen, soweit die weitere Kausalkette nicht einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten ausgelöst hätte. Dies entspricht der Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Von doppelter Kausalität spricht Schulin, wenn zwei voneinander unabhängige Kausalketten gleichzeitig hinreichende Bedingungen für den Eintritt einer nachteiligen Zustandsveränderung sind. In solchen Fällen sollen die haftpflichtigen Urheber der unabhängigen Kausalketten als Gesamtschuldner haften (so schon Bydlinski S. 114). Löst dagegen eine der unabhängigen Kausalketten keine Haftpflicht aus, soll der aus der anderen Kausalkette Haftpflichtige nicht frei ausgehen, sondern lediglich vermindert (seinem Anteil entsprechend) haften.

Die abstrakten Unterscheidungen lassen sich an einem Beispiel veranschaulichen, das auch ihre Kritikwürdigkeit deutlich macht: Ein professioneller Fußballspieler verliert durch ein von A zu vertretendes Haftpflichtereignis sein rechtes Bein. A muss dem Profi die entgehenden Einkünfte ersetzen. Hätte nun eine zweite Kausalkette ebenfalls zum Verlust des rechten Beins geführt (echte hypothetische Kausalität), brauchte A nur dann noch weiter zu zahlen, wenn die zweite Kausalkette die (nun nicht eintretende) Ersatzpflicht eines Dritten ausgelöst hätte. Andernfalls wird A frei. Verliert dagegen der Profi aufgrund einer zweiten Kausalkette sein linkes Bein, so sind die unabhängig voneinander eintretenden Beinverluste je für sich hinreichende Bedingungen für das Ausbleiben der lukrativen Profieinkünfte (doppelte Kausalität). Die herrschende Meinung entscheidet hier wie bei hypothetischer Kausalität; anders Schulin (S. 195 ff.): Ist ein Dritter verantwortlich für den Verlust des linken Beins, haftet zwar A weiter für die entgehenden Einkünfte, kann aber den Dritten im Wege des

Gesamtschuldregresses auf dessen Anteil in Anspruch nehmen. Ist niemand für den Verlust des linken Beins verantwortlich, so wird A nicht frei, sondern muss von nun an in Höhe seines Anteils (im Zweifel zur Hälfte) die dem Profi entgehenden Einkünfte ersetzen.

Beide Abweichungen von der herrschenden Meinung sind nicht gerechtfertigt. Die zweite verfehlt den Ausgleichszweck des Schadensrechts, weil sie Ersatzansprüche auch dort gewährt, wo das Schicksal dem Profi die Einkünfte ohnehin genommen hätte. Dieser Vorwurf trifft die erste Abweichung nicht. Sie beruht indessen auf einer nicht begründeten Abkehr von dem das Haftpflicht- und Schadensrecht sonst beherrschenden Grundsatz, die Ersatzpflicht zum Vorteil wie zum Nachteil des Ersatzpflichtigen an die konkrete Lage des Ersatzberechtigten anzuknüpfen. Der für den Verlust des linken Beins Verantwortliche traf halt keinen Fußballprofi, sondern schon einen Beinamputierten an. Den Fußballprofi traf allein A. Er hat auch die Gesamtbelastung über das Eingreifen der zweiten Kausalkette hinaus zu tragen, soweit wegen dieser ein Dritter ersatzpflichtig geworden wäre. Die von Schulin favorisierte Gesamtschuldlösung greift allein dort, wo zwei oder mehrere Kausalketten hinreichende Bedingungen für die haftpflichtauslösende Erstverletzung sind - ein Problem der Haftungsbegründung. Im Bereich der Haftungsausfüllung und Schadensermittlung besteht kein Anlass, für die Behandlung alternativer, hypothetischer und doppelter Kausalität von der konsequenten Durchführung der Differenzhypothese abzugehen.

## 6. Vorteilsausgleichung

Das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis kann dem Geschädigten auch Vorteile bringen, wenn durch es dem Geschädigten Vermögen zufließt oder ein Vermögensabfluss verhindert wird. Eine konsequent nach der Differenzhypothese durchgeführte Schadensermittlung stellt solche Vorteile ebenso schadensmindernd oder gar schadensaufhebend in Rechnung wie hypothetisch gebliebene Reserveursachen. Diese Konsequenz wird indessen von niemandem durchgehalten, obwohl es in den Motiven zum BGB (II S. 19) als selbstverständlich bezeichnet wird, dass, „wenn aus ein und derselben Maßregel oder einem Komplex von Maßregeln, für welchen dieselbe Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesamtergebn gesehen werden muss“.

### *a. Die Kriterien der Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung knüpft die Anrechnung von Vorteilen an mehrere Voraussetzungen (BGH NJW 1978, 536). Zum einen sollen nur adäquat verursachte Vorteile angerechnet werden können (BGHZ 8, 329; 49, 61); zum anderen muss die Anrechnung des Vorteils „dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen“ und darf nicht „zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen“ (BGHZ 54, 269 ff., 272). Keine dieser Voraussetzungen ist jedoch geeignet, das Anrechnungsproblem zu lösen. Die Adäquanz ist ein - zudem noch überholter - Maßstab für die Zurechnung von Nachteilen zum Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen; die Frage nach der schadensmindernden Berücksichtigung von Vorteilen im Bereich des Geschädigten hat damit nicht das Geringste zu tun (nach der eingehenden Begründung von Cantzler AcP 156 (1956), 29 ff., 45 ff. heute h.M. in der Literatur). Der Schadensersatz hat sodann keinen anderen Zweck als den, dem Betroffenen den Schaden abzunehmen. Dieser Zweck gibt kein Kriterium für differenzierte Lösungen ab, weil entweder die Entscheidung über den Vorteilsausgleich erst den Schaden bestimmt und so das Kriterium in jedem Fall erfüllt ist, oder weil nur die Anrechnung dem Ausgleichszweck des Schadensrechts Rechnung trägt, während der versagte Vorteilsausgleich immer zu einer Bereicherung des Geschädigten führt. Der Verweis auf eine unbillige Entlastung des Schädigers birgt schließlich die Gefahr, „dem Sanktionsgedanken dort Raum zu geben, wo der Ausgleichsgedanke eine Belastung des Haftpflichtigen nicht mehr trägt“ (Eike Schmidt § 10 V 2). Wenn überhaupt Vorteile nicht angerechnet werden sollen, verspricht allein eine Analyse der je in Rede stehenden Vorteile Kriterien für eine begründete Nichtanrechnung. Zuvor bedarf es jedoch noch einer Verständigung darüber, wann sich die Frage nach dem Vorteilsausgleich überhaupt stellt.

### *b. Vorteilsausgleich und Regresskonstruktionen*

Man sollte sich daran gewöhnen, die Frage nach dem Vorteilsausgleich nur dort zu stellen, wo der durch das Haftpflichtereignis bedingte Vorteil dem Geschädigten ohne eine Anrechnung zugunsten des Schädigers endgültig verbleiben würde. Damit fallen alle die Fälle aus dem Problembereich des Vorteilsausgleichs heraus, in denen Dritte den Schaden beim Geschädigten ausgleichen und dafür über unterschiedliche Regresskonstruktionen den Anspruch gegen den Schädiger zugewiesen bekommen (ähnlich Lange § 9 III 4). Die Frage nach dem Vorteilsausgleich würde sich erst dann stellen, wenn die legalen und dogmatischen Regresskonstruktionen aufgegeben würden. Das ist indessen - trotz der rechtspolitischen Fragwürdigkeit der Regressanweisungen - unerfülltes politisches Programm. Die verbleibenden Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der

Geschädigte mit dem Haftpflichtereignis besser gestellt wäre als ohne das Haftpflichtereignis, wenn die Anrechnung des Vorteils versagt würde. Für sie bietet sich eine weitere Differenzierung nach selbständigen und unselbständigen Vorteilen an.

*c. Unselbständige und selbständige Vorteil*

Die unselbständigen Vorteile fließen dem Geschädigten durch die Schadensbehebung zu: Der Geschädigte spart Lebenshaltungskosten während des vom Schädiger bezahlten Krankenhaus- oder Kuraufenthalts (KG VersR 1969, 190); für die Dauer der Mietwagennutzung entfallen Pflege- und Erhaltungskosten auf das eigene Fahrzeug (BGH NJW 1963, 1399); in die beschädigte Sache werden neue Teile eingefügt, die die Lebensdauer verlängern und so den Wert steigern (KG NJW 1971, 142); der Geschädigte erhält ein längerfristiges Nutzungspotenzial, weil die beschädigte Sache nicht repariert, sondern zur Herstellung eine neue Sache geliefert wird. In allen diesen Fällen müssen die Vorteile, die der Geschädigte erlangt, ausgeglichen werden. Der Ausgleich mindert den Anspruch indessen nicht von vornherein. Im Interesse eines effektiven Rechtsgüterschutzes ist die Restitution beim Geschädigten vorrangig. Erst wenn sie gesichert ist, kommt der Ausgleich der unselbständigen, restitutionsbedingten Vorteile zum Zuge. Eventuelle Liquiditätsschwierigkeiten des Geschädigten gehen somit zu Lasten des Schädigers und hindern auf keinen Fall die effektive Restitution (ebenso Esser/Schmidt § 33 V 2. 1.; Lange § 6 V 3).

Die Frage nach dem von vornherein anspruchsmindernden Ausgleich stellt sich nur bei den selbständigen Vorteilen, die sich nicht der Schadensbehebung, sondern allein dem Haftpflichtereignis verdanken. Beruht ein selbständiger Vorteil darauf, dass das Haftpflichtereignis die Realisierung eines Vermögensabflusses verhindert hat, so ist dieser Vorteil anzurechnen, wenn nicht der verhinderte Vermögensabfluss anderwärts kompensiert worden wäre. Hier zeigen sich Parallelen zu den Fällen der hypothetischen Kausalität. Weitaus häufiger tritt indessen der selbständige Vorteil nicht als verhindertes (und im Falle der Realisierung kompensationsloser) Vermögensabfluss, sondern als durch das Haftpflichtereignis realisierter Vermögenszufluss auf. Beruht nun der Vermögenszufluss nicht auf der Leistung eines Dritten, sondern stellt er sich quasi von selbst ein, so ist er anzurechnen unabhängig vom „unlösbaren inneren Zusammenhang“, den Thiele (AcP 167 ( 1967), 193, 201) fordert, aber nicht juristisch operationalisieren kann. Entlastend wirken deshalb der durch die Zerstörung eines alten Schreibtisches entdeckte Schatz (Beispiel nach Schulin S. 165), die mit der Zerstörung eines unter Denkmalschutz stehenden Hauses eintretende Wertsteigerung des Grundstücks (Beispiel nach Thiele a.a.O. S. 207),

der Anfall der Erbschaft einschließlich des Stammkapitals, wenn der Begünstigte sonst gar nicht Erbe geworden wäre oder der entgangene Unterhalt schon früher aus dem Stammkapital bestritten wurde, allein die aus dem Stammkapital fließenden Erträge, wenn das Stammkapital später ohnehin geerbt worden wäre (BGHZ 8, 325) und der entgangene Unterhalt aus anderen Mitteln bestritten wurde. Sämtliche Entscheidungen ergeben sich insoweit aus einer sorgfältigen Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Die wenigen Fälle, in denen eine Vernachlässigung der Differenzhypothese angezeigt ist, liegen im einzig noch offenen Bereich jener durch das Haftpflichtereignis bedingten Vorteile, die auf Fremd- und Eigenleistungen beruhen.

*i. Freiwillige Leistungen Dritter*

Freiwillige Leistungen Dritter geben in aller Regel keinen Anlass zur Vorteilsausgleichung. Dies gründet in der Zweckbestimmung, die der Dritte seiner Leistung an den Geschädigten gibt. Will er für den Schädiger eintreten, so liegt eine nach § 267 zu beurteilende Leistung vor, derentwegen der Dritte den Schädiger nach den Regeln der GoA oder des Bereicherungsrechts in Regress nehmen kann. Die Regresskonstruktion nimmt den Fall aus dem Problembereich der Vorteilsausgleichung heraus. Will der Dritte dagegen nur dem Geschädigten einen Vorteil zuwenden, so soll sich der Geschädigte dieses Vorteils erfreuen und zusätzlich (über den vermögensmäßigen Ausgleich hinaus) beim Schädiger liquidieren dürfen. Nicht anzurechnen sind daher z. B. der Ertrag einer Sammlung für den Geschädigten (RG JW 35, 3369), freiwillige Zuwendungen des Arbeitgebers an Arbeitnehmer (BGHZ 10, 107), freiwillige Unterhaltsleistungen (RGZ 92, 57; BGH VersR 1973, 85).

*ii. Erfüllungsleistungen Dritter*

Leistungen Dritter, auf die der Geschädigte einen Anspruch hatte, wirken sich unterschiedlich auf die Schadensersatzverpflichtung des Schädigers aus. Handelt es sich um Unterhaltsleistungen, so bestimmt schon § 843 Abs. 4, dass diese dem Schädiger nicht zugute kommen sollen. Nach richtiger Ansicht stehen Unterhaltungspflicht und Schadensersatzpflicht im Gesamtschuldverhältnis zueinander, so dass schon über die Regressanordnung des § 426 diese Fälle aus dem Problembereich der Vorteilsausgleichung herausgenommen sind. Bei Versicherungsleistungen ist auf das zugrunde liegende Versicherungsverhältnis zurückzugreifen. Unfallversicherungen werden nicht schadensmindernd in Rechnung gestellt, um nicht Prämienaufwendungen des Geschädigten für die Unfallversicherung zu Beiträgen für eine Haftpflichtversicherung des Schädigers werden zu lassen (RGZ 146, 287, 289). Der Gedanke greift nicht bei der

Insassenunfallversicherung, für die gerade der Schädiger die Prämien aufgebracht hat. Deren Leistungen an den Geschädigten sind zugunsten des Schädigers anzurechnen (BGHZ 64, 266 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung). Lebensversicherungen führen nicht zur Kürzung des Schadensersatzanspruchs wegen entgangenen Unterhalts, wenn die Versicherungssumme dem Berechtigten später ohnehin zugefallen wäre. Die wegen der vorzeitigen Auskehrung der Versicherungssumme anfallenden Erträge werden auch dann nicht angerechnet, wenn der Getötete eine Mischversicherung (Spar- und Risikoversicherung) genommen hatte, welche auch beim Erreichen eines bestimmten Alters ausgezahlt worden wäre (BGHZ 73, 109 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung).

cc) Eigenleistungen des Geschädigten

Nicht nur Dritteleistungen, sondern auch Eigenleistungen können dem Geschädigten zum Vorteil gereichen, sei es, dass der Geschädigte nach dem Haftungsereignis Vorkehrungen trifft, die einen weiteren Vermögensabfluss verhindern, sei es, dass er durch eigenes vom Haftungsereignis ausgelöstes Tun sich Vermögen zuführt. Hält sich die Tätigkeit des Geschädigten im Rahmen der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2, so muss er sich die so erzielten Vorteile anrechnen lassen (Lange JuS 1978, 653) und kann lediglich die für diese Tätigkeit aufgewendeten Kosten als Schaden liquidieren. Geht die Tätigkeit dagegen über die Schadensminderungspflicht hinaus, so sind die erlangten Vorteile nicht anrechenbar (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 262). Der Schädiger muss den „hypothetischen Schaden“ ohne Berücksichtigung der vom Geschädigten erzielten Vorteile ersetzen (BGH NJW 1974, 602; BGH 54, 45; BGH 55, 329), braucht in diesem Fall aber nicht für die Kosten der Geschädigtenleistung aufzukommen (Esser/Schmidt § 33 V 3.b).

## 7. Zeitpunkt der Schadensberechnung

Der Zeitpunkt der Schadensberechnung wird insbesondere für diejenigen zum Problem, die die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese vornehmen und hypothetische Schadensverläufe ebenso schadensmindernd in Rechnung stellen wie die selbständigen Vorteile, die der Geschädigte aus dem Haftpflichtereignis erlangt. Sie müssen nämlich angeben, wann die Bilanzen zu erstellen sind, deren Saldovergleich den zu ersetzenden Schaden anzeigt, und - darin liegt das eigentliche Problem - was mit den Entwicklungen geschehen soll, die nach dem Bilanzabschluss eintreten oder (als hypothetische) eingetreten wären. In dieser Form stellt sich das Problem nicht, wenn man (wie Keuk S. 29 ff., 89 ff.) den jeweiligen Einzelschaden auf den Entstehungszeitpunkt fixiert, von dem an nur

noch die Erfüllung den einmal entstandenen Schaden tilgen kann. Keuk bezahlt die Einfachheit ihrer Lösung allerdings mit der Aufgabe der schadensrechtlichen Ausgleichsfunktion, indem sie dem Geschädigten gestattet, sich „über Gebühr“ am Schadensfall zu bereichern.

#### *a. Bilanzinterne Bewertung einzelner Positionen*

Das Zeitpunktproblem verdankt sich nicht allein der Entscheidung, hypothetische Kausalverläufe und haftungsbedingte Vorteile schadensmindernd in Rechnung zu stellen. Es tritt auch als bilanzinternes Bewertungsproblem auf, wenn der Wert des individualisierten realen Vermögensabflusses oder verhinderten Vermögenszuflusses schwankt. Drei denkbare Zeitpunkte stehen zur Entscheidung: 1. der des effektiven Vermögensabflusses, resp. des verhinderten Vermögenszuflusses (so Keuk S. 202), 2. der der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Prozess (so die h. M.: Esser-Schmidt § 31 II 1.b) oder 3. der des Schadensausgleichs (so insb. Grunsky S. 63 ff.). Der erste Zeitpunkt scheidet aus, weil es weder Gründe dafür gibt, den Geschädigten bei Wertsteigerungen so zu kompensieren, dass er nicht in der Lage ist, mit dem Kompensationsbetrag das verlorene Gut zu ersetzen, noch Gründe dafür gibt, ihm beim Wertverfall mehr zu geben, als er zur Ersatzbeschaffung braucht - im Gegenteil: Der Ausgleichszweck gebietet eine Berücksichtigung der positiven wie der negativen Wertschwankungen. Das Prozessrecht legt die letzte mündliche Tatsachenverhandlung als maßgeblichen Bewertungszeitpunkt nahe. Dieser Zeitpunkt ist jedoch materiellrechtlich keineswegs zwingend. Er versagt dort, wo es gar nicht zum Prozess kommt, und führt dann zu zweifelhaften Ergebnissen, wenn nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch vor dem Schadensausgleich erhebliche Wertschwankungen zu verzeichnen sind. Auch hier verlangt der Ausgleichszweck des Schadensersatzes, die Wertveränderungen zu berücksichtigen. Werterhöhungen kann der Schädiger (eventuell mit einer neuen Klage) geltend machen, Wertverfall eröffnet dem Beklagten den Weg zur Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Ein Ende findet die Sache erst, wenn der Schaden ausgeglichen ist. Der Zeitpunkt der Schadensbegleichung ist deshalb als maßgeblicher Bewertungszeitpunkt materiell gerechtfertigt, weil mit dem Ausgleich die Dispositionsmöglichkeiten des Geschädigten beginnen, die ihm Nachteile wie Vorteile bringen können (MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 124 ff., 126, 129 und 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 302, der allerdings (aaO., Rdnrn. 298 und 305) zu Recht darauf hinweist, dass man den materiellrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt vom prozessual maßgeblichen Zeitpunkt unterscheiden muss - prozessual maßgeblich ist natürlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung).



### *b. Bilanzabschluss*

Die Bestimmung des für den Bilanzabschluss maßgeblichen Zeitpunkts ist nicht so leicht zu treffen. Hier liegt in der Tat ein ungelöstes Problem der Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Denn der Vermögensvergleich lässt sich theoretisch ad infinitum durchführen, und jeder Abbruch bedeutet einen willkürlichen Eingriff, so notwendig er unter praktischen Gesichtspunkten auch sein mag. Dies gilt nicht nur für den im konkreten Prozess unausweichlichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, sondern auch für den Zeitpunkt der zunächst ausgleichenden Anspruchsbefriedigung. Denn es können sich immer noch selbständige Verluste wie selbständige Vorteile einstellen, die den zunächst erreichten Ausgleich wieder zerstören, ohne dass dies den Dispositionsmöglichkeiten des Geschädigten zuzuschreiben wäre. Weder rechtskräftige Urteile noch ausgleichende Zahlungen nehmen denn auch dem Geschädigten die Möglichkeit, später entstehende selbständige Schäden ersetzt zu verlangen (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 304). Allein die nach der letzten mündlichen Verhandlung realisierten Vorteile oder die sich erst jetzt zeigenden hypothetischen Kausalverläufe, die vor dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung schadensmindernd in Rechnung gestellt worden wären, bergen ein Problem. Rechtstechnisch könnten diese Entwicklungen nach der Zahlung durch einen Bereicherungsanspruch berücksichtigt werden. Dieser Bereicherungsanspruch ist aber sachlich unangemessen, weil er als Damoklesschwert dem Geschädigten die Disposition über den zum Schadensausgleich gezahlten Betrag unnötig erschwert. Von daher bietet sich folgende Problemlösung an: Nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung platzgreifende Entwicklungen, die sich in dieser Verhandlung schadensmindernd ausgewirkt hätten, können nur gegenüber einem noch nicht befriedigten Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden - gegenüber dem ausgeurteilten Anspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), gegenüber neuen Ansprüchen aus demselben Haftpflichtereignis im dann vom Geschädigten anzustrengenden Prozess (im Ergebnis ebenso Lemhöfer JuS 66, 337 ff., 343 f.; v. Caemmerer S. 24; MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 86; a.A. Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 121 Fn. 3).

## **8. Beweisfragen**

Die Beweislastfrage für die tatsächlichen Umstände, die nach den Regeln des Haftungs- und Schadensrechts die Verlagerung des Nachteils vom Geschädigten auf den Schädiger begründen, ist außerordentlich brisant, wenn es um die im engeren Sinne haftungsbegründenden Merkmale des Sorgfaltspflichtverstoßes und

der Kausalitätsverknüpfung mit der Rechtsgutsverletzung geht. Hier trifft man gerade in dem vom BGB am stärksten vernachlässigten Bereich der industriellen Produktion auf „Haftungsverlagerungen durch beweisrechtliche Mittel“ (Stoll AcP 176 (1976), 146 ff.). Im engeren Bereich des die Haftung ausfüllenden Schadensrechts gewinnen Beweislastfragen nur selten praktische Bedeutung. Der Grund liegt in § 287 ZPO, der die Entscheidung über die Entstehung und Höhe eines Schadens dem „freien Ermessen“ des Gerichts überlässt (grundlegend zu § 287 ZPO Arens ZZP 84, 1; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 37 ff., 214 ff.). Allerdings muss das Gericht in die Lage versetzt werden, seine Schätzungsbefugnisse auch auszuüben, und die zu diesem Zwecke erforderlichen Informationen über die tatsächlichen Verhältnisse und Begebenheiten erhalten. Geschieht dies nicht, so ist auch hinsichtlich der Entstehung und der Höhe eines Schadens zum Nachteil dessen zu entscheiden, der die Beweislast für die fehlenden Umstände trägt. Der geschädigte Kläger hat die Beweislast für den realen Abgang eines Vermögenswerts einschließlich der Umstände, die eine Bewertung in Höhe des beantragten Ersatzes rechtfertigen. Er muss auch den verhinderten Vermögenszufluss, d. h. die Anstalten und Vorkehrungen beweisen, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen den Vermögenszufluss wahrscheinlich machten (§ 252 S. 2). Den beklagten Schädiger trifft dagegen die Beweislast für die schadensmindernden oder -aufhebenden Umstände, die einen anzurechnenden Vorteil bewirkt oder einen hypothetisch gebliebenen Kausalverlauf mit den nämlichen Schadensfolgen in Gang gesetzt haben. Die Schadensbegrenzung nach der Schutzbereichslehre (auch nach der Adäquanztheorie) ist eine beweislastunabhängige Rechtsfrage (vgl. zu dieser Abgrenzung allgemein Rüßmann, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.) Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 242 ff.).

---

### *III. Anspruchsberechtigung und Drittschaden*

Das haftungsbegründende Ereignis - die Vertragsverletzung, das pflichtwidrige Verhalten, die Realisierung einer Betriebsgefahr - kann bei mehreren Personen zu Schäden führen. Wird etwa die berühmte Isolde durch verkehrswidriges Verhalten des Taxifahrers statt zur einzigen Vorstellung ins Krankenhaus befördert, so erleidet nicht nur sie einen Schaden, sondern auch der noch nicht berühmte Tristan, dem die Chance entgeht, sich an ihrer Seite in Festspielhäuser und Geld zu singen, der Veranstalter, der das Eintrittsgeld zurückzahlen muss und auf seinen Kosten sitzen bleibt, die vielen Wagnerfreunde, die unter Umständen von weither angereist

kamen, die Sicherungsträger, die den einen oder anderen Nachteil nach je eigenen Regeln ausgleichen. Und doch haben nicht alle Personen, denen ein Schaden entstanden ist, auch einen Ersatzanspruch. Die Ersatzberechtigung ist vielmehr auf diejenigen beschränkt, für deren Interessen Haftungstatbestände streiten. Das Tatbestands- und Verletzungsprinzip lässt bei Vertragshaftungen grundsätzlich nur die Vertragspartner am Schadensausgleich teilnehmen. Bei Haftungen aus allgemeinem sozialen Kontakt können in der Regel lediglich die Personen ihren Schaden liquidieren, bei denen die tatbestandlichen Haftungsvoraussetzungen - die Rechtsguts- oder Schutzgesetzverletzung - eingetreten sind. Die anderen - die mittelbar Geschädigten - gehen grundsätzlich leer aus.

Die Rigorosität des Tatbestands- und Verletzungsprinzips kann auf verschiedene Weise gemildert werden. Zum einen ist es denkbar, Regreßwege für diejenigen zu öffnen, auf deren Kosten ein Nachteil beim Anspruchsträger erst gar nicht entsteht oder aber ausgeglichen wird. Sie könnten aus abgeleitetem Recht gegen den haftpflichtigen Schädiger vorgehen und müßten den Schaden aus den Verhältnissen des ursprünglichen Anspruchsträgers berechnen. Zum anderen ist es denkbar, Berechnungs- und Liquidationsmöglichkeiten nach den Verhältnissen des Dritten zu eröffnen. Das kann geschehen, indem man Anspruchsberechtigungen zum Schaden zieht (so in den §§ 844, 845 und bei den Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ) oder indem man dem Anspruchsträger erlaubt, den Schaden eines Dritten geltend zu machen (so in den Fällen der Drittschadensliquidation ). Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtsdogmatik haben sich aller dieser Möglichkeiten bedient (vgl. Berg JuS 1977, 363 ff.). Die Abgrenzungen sind nicht sonderlich klar. Sie werden zum Teil noch dadurch erschwert, dass infolge einer Begriffsverwechslung der Drittschadensproblematik Fälle zugeordnet werden, die gar nicht die Merkmale dieser Problematik tragen.

Die Drittschadensproblematik ist dadurch gekennzeichnet, dass jemand einen Schaden erleidet, ohne - nach dem Tatbestands- und Verletzungsprinzip - einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger zu haben, sei es, dass er nicht selbst Vertragspartner des Schädigers ist, sei es, dass er nicht selbst in seinen deliktisch geschützten Rechten verletzt worden ist. An der Drittschadensproblematik nehmen deshalb nicht die Fälle teil, in denen durch ein Ereignis gleichzeitig oder nacheinander mehrere Personen in ihren rechtlich geschützten Gütern verletzt werden. Dies gilt für die sog. Schockschadenfälle, in denen Dritte durch den Anblick oder die Benachrichtigung von der Verletzung oder gar Tötung eines anderen einen Schock erleiden. Die Problematik dieser Fälle liegt einerseits in der Festsetzung dessen, was Gesundheitsverletzung (§ 823 Abs. 1) heißen soll, andererseits in der Schutzbereichsbestimmung des verletzten Sorgfaltsgebots oder der realisierten Betriebsgefahr, nicht aber im möglichen Ersatz von Drittschäden.

Ebenfalls außerhalb der Drittschadensproblematik liegen die Fälle, in denen der Verletzte seinen Schaden mit einer Ersatzverpflichtung begründet, die ihm gegenüber einem Dritten obliegt (koinzidierendes Haftungsinteresse, dazu eingehend v. Marschall S. 284 ff.). Das gilt etwa für den Verkäufer einer fix bestellten, der Gattung nach bestimmten Ware, die auf dem Transport durch zurechenbares Verhalten eines anderen vernichtet wird. Hier haftet der Verkäufer, der nicht mehr rechtzeitig nachliefern kann, seinem Käufer nach §§ 280, 283 BGB auf das positive Vertragsinteresse und kann diesen Schaden seinerseits beim Verletzer geltend machen. Um eine Durchbrechung des Tatbestands- und Verletzungsprinzips handelt es sich dabei deshalb nicht, weil der Verkäufer mit dem koinzidierenden Haftungsinteresse einen Schaden geltend macht, der aufgrund der Verletzung seines tatbestandlich geschützten Rechtsguts bei ihm entstanden ist. Die Drittschadensproblematik kommt erst dann ins Spiel, wenn der Verkäufer wegen einer Haftungsfreizeichnung oder einer gesetzlichen Gefahrentlastung seinerseits keinen Schaden erleidet.

### **1. (Unselbständige) Drittbegünstigung durch Regressanordnung**

Die Fälle der Gefahrentlastung bilden die erste Gruppe, die die herrschende Meinung mit Hilfe der Drittschadensliquidation löst (Palandt/Heinrichs Einf. v. § 249 Rdnr. 117; Larenz SchuldR AT § 27 IV b 1; BGH 40, 91 ff., 100). „Der einem Dritten zur Lieferung einer Sache Verpflichtete wird von seiner Verpflichtung durch den von einem anderen schuldhaft verursachten Untergang der Sache befreit, so etwa, wenn er dem Dritten verpflichtet ist, die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort zu übersenden, und die Sache an den Frachtführer oder die Bahn ausgeliefert hat. Damit ist die Gefahr nach § 447 BGB auf den Dritten übergegangen, der zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Allein geschädigt ist der Dritte. Der Verkäufer soll berechtigt sein, diesen Schaden gegen den Schädiger geltend zu machen (RGZ 62, 331). Das Gleiche trifft für die Vernichtung einer vermachten Sache vor der Übereignung an den Vermächtnisnehmer zu. Der Erbe ist nach § 275 befreit. Er kann den Schaden des Vermächtnisnehmers gegen den Schädiger geltend machen“ (BGH a.a.O.). Dabei muss man allerdings seit der Schuldrechtsreform beachten, dass § 447 BGB im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs ausgeschlossen ist (§ 474 Abs. 2 BGB). So wenig streitig das Ergebnis in diesen Fällen der „Schadensverlagerung“ ist - der Schädiger soll keinen Vorteil aus dem Auseinanderfallen von Rechtsposition und Risiko ziehen -, so wenig zwingend ist der Weg über die Drittschadensliquidation. Er ist nur einer von drei Wegen zur Durchbrechung eines als zu eng empfundenen Tatbestands- und Verletzungsprinzips. Seine Wahl müsste darum mit den Folgen

begründet werden können, die gerade diese Konstruktion zur Problemlösung vorzugswürdig erscheinen lassen.

Der Regress von Schadenstragungskollektiven ist beschränkt durch das sog. Angehörigenprivileg. Eine gesetzliche Formulierung hat das Privileg allein in § 67 Abs. 2 VVG gefunden. „Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen, so ist der Übergang ausgeschlossen; der Anspruch geht jedoch über, wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat.“ Die Rechtsprechung hat das Angehörigenprivileg im Wege der Rechtsfortbildung auf den Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X (BGH 41, 79), des öffentlichen Dienstherrn nach § 87 a BBG (BGH 43, 72) und des Arbeitgebers nach § 6 Entgeltfortzahlungsg (BGH 66, 104; dazu Hirschberg JuS 1977, 439) übertragen, beim Regress des Sozialversicherungsträgers aus § 640 RVO dagegen verweigert (BGH 69, 354).

## **2. Selbständige Drittbegünstigung**

Die selbständigen Drittbegünstigungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie - anders als die Regresskonstruktionen - die Schadensermittlung aus den Verhältnissen des Dritten gestatten. Die Analyse der neben den Regresskonstruktionen noch verbleibenden Fälle von Drittbegünstigungen führt zu dem (überraschenden) Ergebnis, dass es in ihnen regelmäßig um die Ausdehnung von Vertragshaftungen auf nicht am Vertrag beteiligte Dritte geht, nicht aber die Verschiedenheit des Schadensträgers vom Träger des deliktisch geschützten Interesses überbrückt werden soll: In den Obhutsfällen genießt der Dritte deliktischen Eigentumsschutz; den hat der Treugeber in den Treuhandfällen formal zwar nicht, seine Position ist aber über Aussonderungsrechte in der Insolvenz des Treuhänders und Drittwiderspruchsbefugnisse gegenüber Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen so sehr verdinglicht, dass man ihr auch den Deliktsschutz nicht verwehren kann (MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 121 f.; offen gelassen nunmehr in der 4. Aufl. von Oetker, § 249 Rdnr. 294); in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung schließlich hat der Dritte entweder schon Eigentum erlangt (Geschäft für wen es angeht, antizipiertes Besitzkonstitut) und danach einen Schaden an deliktisch geschützten Gütern erlitten, oder sein Schaden beruht auf dem auch für den mittelbaren Vertreter und Vertragspartner nicht deliktisch geschützten Leistungsinteresse.

Vertragshaftungen werden erstrebt, weil entweder nur sie das spezifische Interesse überhaupt erfassen oder weil der an sich gegebene deliktische Interessenschutz

defizitär ist, sei es, dass der Geschäftsherr sich für Interessenverletzungen durch seine Gehilfen entschuldigen kann (§ 831 - anders die Zurechnung nach § 278 bei der Vertragshaftung), sei es, dass die deliktischen Ansprüche anders als die vertraglichen schon verjährt sind (BGHZ 66, 51; dazu Hohloch JuS 1977, 302), sei es schließlich, dass die deliktische Haftung einen nicht nachweisbaren Sorgfaltspflichtverstoß voraussetzt, was der vertragliche Schadensersatzanspruch (etwa § 538) gerade nicht tut (BGHZ 49, 350). Macht man sich klar, dass es immer nur darum geht, die günstigen Folgen vertraglicher Schadensersatzansprüche auch denen zugute kommen zu lassen, die nicht eigentlich Vertragspartner sind, dann erscheint die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen selbständiger Drittbegünstigungen über das Tatbestands- und Verletzungsprinzip hinaus in einem neuen Licht. Zur Entscheidung steht die aus den Diskussionen um die Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bekannte Frage nach dem Personenkreis, der diesen besonderen Schutz verdient. Die Antwort fällt unterschiedlich aus.

Geht es um die Beeinträchtigung deliktisch geschützter Interessen, die nur deshalb keinen Ersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn auslöst, weil dieser sich durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Überwachung zu exkulpieren vermag, sollten unter Überwindung der rechtspolitischen Fehlleistung des § 831 BGB sämtliche Personen geschützt sein, die sich befugtermaßen in dem Bereich aufhalten, in dem sich die sorgfalts- und vertragswidrige Handlung auswirkt. Die von der herrschenden Meinung praktizierte Begrenzung des erweiterten Obligationsschutzes auf Personen, die zum Vertragsgläubiger in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis mit familiärem, sozialem oder arbeitsrechtlichem Fürsorgecharakter stehen (Esser-Schmidt § 34 IV 2.2) ist nur dort angezeigt, wo der Vertragsschutz nicht allein der Überwindung des § 831 dient - bei verschuldensunabhängigen Haftungen und günstigeren Verjährungsregelungen.

Auf welche Konstruktion man zur Erreichung der selbständigen Drittbegünstigung zurückgreift, ist im Ergebnis gleichgültig. Lediglich der Weg ist unterschiedlich. Bei der Drittschadensliquidation macht der Vertragspartner das Interesse des geschützten Dritten geltend, bei den Verträgen mit Drittschutz kann der Dritte (auch ohne Abtretung) selbst gegen den Verantwortlichen vorgehen. Letzteres ist der Einfachheit wegen vorzuziehen. Für die Drittschadensliquidation bleibt deshalb im Bereich des erweiterten Integritätsschutzes kein Raum. Ob sie für den Bereich des Vertragsinteresses bei mittelbarer Stellvertretung erforderlich ist, um die „wirtschaftliche Vertragspartei“ zu schützen (einziger Fall der Drittschadensliquidation nach Hagen S. 252 ff.), mag dahinstehen. Man kann auch hier - nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise - dem Hintermann des mittelbaren Stellvertreters einen unmittelbaren Anspruch geben. Damit lässt sich ungezwungen auch seine eigene Verantwortlichkeit nach Vertragsgrundsätzen bemessen (BGH

NJW 1972, 289) und die Drittschadensliquidation insgesamt aus dem geltenden Recht verabschieden (a. A. Lange § 8 III, der im Gegensatz zur hier entwickelten Auffassung die Drittschadensliquidation für alle herkömmlichen Anwendungsbereiche beibehalten will).

### 3. Gesellschafteranspruch und Gesellschaftsschaden

Auch die Entwicklung einer neuen Fallgruppe für die Drittschadensliquidation ist entgegen einer in der Literatur verbreiteten Auffassung nicht angezeigt. Die hier angegriffene Auffassung ist als Reaktion auf Entscheidungen des BGH entstanden, die es dem nach vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundsätzen anspruchsberechtigten Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft erlauben, den auf eine Rechtsverletzung zurückführbaren Verlust der Kapitalgesellschaft als eigenen Schaden zu liquidieren (BGHZ 61, 380; dazu Hüffer JuS 1976, 83; BGH NJW 1977, 1283 mit Anm. Hüffer und Anm. F. A. Mann S. 2160). Soweit die (hier besonders unklaren) Entscheidungen es dem Alleingesellschafter gestatten, den liquidierten Gesellschaftsverlust für sich zu behalten, sind sie auf allgemeine Kritik gestoßen. Es wäre in der Tat eine völlig neue Variation zum Thema Anspruchsberechtigung und Drittschaden, wenn der Verletzte zu seinen Gunsten einen Schaden liquidieren dürfte, den ein anderer erlitten hat. Aber auch die von der Kritik gutgeheißene Liquidierung des Schadens zugunsten der geschädigten Gesellschaft ist nicht berechtigt. Der Hinweis auf den insoweit liquidationsberechtigten Einzelkaufmann verfängt nicht. Denn diese risikoreiche Unternehmensform hat der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft gerade nicht gewählt. Wer aber einerseits die Vorteile einer Vermögenstrennung für sich in Anspruch nimmt, soll andererseits auch die sich aus dieser Trennung ergebenden Nachteile in Kauf nehmen. Niemand käme auf die Idee, den leitenden Angestellten eines Unternehmens die Geschäftsverluste liquidieren zu lassen, die das Unternehmen wegen des verletzungsbedingten Ausfalls des leitenden Angestellten erleidet. Genau das aber soll dem BGH und der Literatur zufolge der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft, der gleichzeitig Alleingesellschafter ist, dürfen. Die korrekte schadensrechtliche Lösung des Konflikts vermeidet den Privilegienkumul (Haftungsprivileg durch Personen- und Vermögenstrennung und Liquidierungsprivileg durch Aufhebung dieser Trennung) beim Unternehmer: Der geschäftsführende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann wie jeder andere die Nachteile liquidieren, die ihm aus dem verletzungsbedingten Nichteinsatz seiner Arbeitskraft erwachsen. Bekommt er kein oder weniger Gehalt, so ist die Differenz auszugleichen. Wird das Gehalt in voller Höhe weitergezahlt, so greift die bekannte Regresskonstruktion zugunsten der Gesellschaft ein. Der Gesellschafter hat dann allenfalls noch einen Anspruch auf Ausgleich der

Wertminderung seines Gesellschaftsanteils. Diese ist auch bei Alleingesellschaftern nicht identisch mit dem Geschäftsverlust der Gesellschaft (insoweit zutr. Hüffer JuS 1976, 83 ff.. 84 m.w.N.; vgl. zum Ganzen auch Lieb in: FS Fischer 1979, 385 ff.; Schulte NJW 1979, 2230; John JZ 1979, 511).

---

## *IV. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs*

### **1. Der Herstellungsanspruch**

Der Inhalt des Herstellungsanspruchs richtet sich nach den je verschiedenen Wirkungen, die das haftungsauslösende Ereignis auf den - materiellen wie immateriellen - Güterstand des Anspruchsberechtigten ausübt. Er ist nicht auf den Güterstand im Zeitpunkt der Verletzungshandlung bezogen, sondern entwicklungsgerichtet (Lange, § 5 II 1; Oetker in: MünchKomm-BGB, § 249 Rn. 312). Er ändert sich deshalb insoweit, als auch der Zustand, auf dessen Herstellung er sich bezieht, Veränderungen unterworfen wäre. Wer Pflanzen zerstört, muss zur Herstellung solche Pflanzen oder auch Früchte liefern, wie sie sich bis zum Herstellungszeitpunkt beim Gläubiger entwickelt hätten. Andererseits befreien den Schuldner hypothetische, alternative Kausalverläufe von der Herstellungspflicht. Schließlich braucht die Herstellung nicht allein den ursprünglichen Güterstand zu betreffen, sondern kann die Lieferung zuvor gar nicht vorhandener Güter zum Inhalt haben, wenn das haftungsauslösende Ereignis den Zufluss dieser Güter verhindert haben sollte.

#### *a. Bereich materieller Güter*

Im materiellen Bereich bedeutet die Herstellung bei sach- und gegenstandsbezogenen Einbußen die Reparatur der betroffenen oder die Lieferung einer gleichartigen Sache. Lässt sich der Schaden auf mehreren Wegen „in Natur“ ausgleichen, so hat der Geschädigte ein Wahlrecht. Das Wahlrecht wird problematisch, wenn die unterschiedlichen Wege verschieden hohe Kosten verursachen. Es gibt keine Regel, nach der der Geschädigte auf die Herstellungsart mit den geringsten Kosten beschränkt wäre. Allerdings müssen anerkennungswerte Gründe für die Wahl der teureren Herstellungsart sprechen. Sie werden dem Eigentümer des fabrikneuen Fahrzeugs (bis zu 1000 km Fahrleistung, nicht älter als ein Monat) zugebilligt, der statt der Reparatur auf der Lieferung eines Neuwagens (gegen Herausgabe des beschädigten Wagens) bestehen darf, aber auch dem Eigentümer eines meist älteren Gebrauchtwagens, der den ihm



vertrauten Wagen reparieren lassen darf und sich nicht mit dem billigeren, ihm unbekanntem Gebrauchtwagen abspesen lassen muss. Wenn die Reparatur allerdings um mehr als 30% teurer ist als die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzwagens, muss der Geschädigte von der Reparatur Abstand nehmen (BGH 6. Zivilsenat; 1991-10-15; VI ZR 67/91). Führt er sie dennoch aus, so kann er beim Schädiger lediglich die Kosten des billigeren Herstellungsweges liquidieren (BGH 6. Zivilsenat; 1972-06-20; VI ZR 61/71; dazu Medicus, Die teure Autoreparatur - BGH, NJW 1972, 1800, JuS 1973, 211). Das Risiko, dass sich ein nach den genannten Kriterien zunächst wählbarer Herstellungsweg später als unerwartet teuer erweist, trägt der Schädiger. Dabei darf sich der Geschädigte auf ein eingeholtes Sachverständigengutachten verlassen (OLG Düsseldorf; 1976-06-03; 12 U 214/75).

Entscheidet sich der Geschädigte für einen von mehreren wählbaren Herstellungswegen, so kann er lediglich die Kosten des gewählten Herstellungsweges liquidieren, wenn auch der nicht gewählte Herstellungsweg teurer geworden wäre (BGH 6. Zivilsenat; 1970-05-26; VI ZR 168/68 zur Eigenreparatur). Die hiervon abweichende Rechtsprechung erhebt einen Gedanken zum Dogma - was der Geschädigte mit der Ersatzleistung mache, gehe den Schädiger nichts an - der aus Praktikabilitätsgründen allein für den Fall der vorgestreckten Herstellungskosten tragbar ist, nach erfolgreich durchgeführter Herstellung jedoch seine Berechtigung verliert, weil er das mit dem Ausgleichsprinzip verbundene Bereicherungsverbot verletzt. Abzulehnen sind deshalb Entscheidungen, die dem Geschädigten die wegen Eigenreparatur gar nicht angefallene Mehrwertsteuer zubilligen (so aber BGH 6. Zivilsenat; 1973-06-19; VI ZR 46/72) oder trotz Inzahlunggabe des beschädigten Fahrzeugs die fiktiven Reparaturkosten ersetzen (BGH 7. Zivilsenat; 1986-11-06; VII ZR 97/85). Mit Blick auf die Mehrwertsteuer hat der Gesetzgeber jetzt eine eindeutige Anordnung in § 249 Abs. 2 BGB getroffen.

Auch das (während der Reparatur oder bis zur Beschaffung der Ersatzsache) anfallende Interimsinteresse ist im Herstellungswege zu befriedigen. Der Schädiger muss etwa dem Geschädigten einen Mietwagen für diese Zeit stellen. Dabei hat er auch die Kosten einer Zusatzversicherung zu tragen. Andererseits muss der Geschädigte sich das anrechnen lassen, was er wegen der Nichtbenutzung der eigenen Sache spart. Das geschieht heute praktisch durch die Anmietung eines Wagentyps der nächst niedrigen Fahrzeugklasse. Wird das Interimsinteresse nicht im Herstellungswege befriedigt, sollte es nach erfolgter Herstellung der Hauptsache regelmäßig keinen Anspruch wegen entgangener Nutzungen geben.

Andere als sach- und gegenstandsbezogene, materielle Nachteile können ebenfalls durch Herstellung in Natur ausgeglichen werden: die Belastung mit einer Verbindlichkeit durch Freistellung, auch wenn der Geschädigte vermögenslos ist (BGH 2. Zivilsenat; 1972-06-29; II ZR 123/71); die kartellrechtswidrig verweigerte Lieferung (GWB §§ 26 Abs 2, 35 ) durch Annahme des Kaufangebots (BGH Kartellsenat; 1961-10-26; KZR 1/61 (Gummistrümpfe)); ebenso der sittenwidrige (BGB § 826) Ausschluss von Leistungen durch Kontrahierung und Aufnahme; der nachteilige Vertragsschluss durch Aufhebung des Vertrages (BGH 8. Zivilsenat; 1968-02-28; VIII ZR 210/65) oder gar durch Anpassung des vereinbarten Preises (BGH 8. Zivilsenat; 1977-05-25; VIII ZR 186/75).

Ausgeschlossen ist die Rückgängigmachung von Amtshandlungen (BGH 3. Zivilsenat; 1952-02-11; III ZR 140/50). Sie muss im Verwaltungsrechtsweg erstritten werden.

Das Schadensrecht erweist sich als außerordentlich flexibel. Die Probleme liegen denn auch regelmäßig gar nicht im Bereich der Haftungsausfüllung, sondern einerseits im Bereich der Haftungsbegründung und andererseits in (ungelösten) Fragen der Konkurrenz zu den „systemgerechten“ BGB-Lösungen. Wo etwa die im System vorgesehenen Anfechtungsgründe versagen, soll dort über die Systemwertungen hinweg dem benachteiligten Vertragspartner aus culpa in contrahendo ein Lösungsrecht oder entgegen dem Alles-oder-nichts-Prinzip des Anfechtungsrechts eine Preisanpassung gewährt werden? Die Antworten müssen im Zusammenhang mit den je betroffenen Haftungsvorschriften gefunden werden.

### *b. Bereich immaterieller Güter*

Immaterielle Nachteile sind zunächst einmal solche, die den Geschädigten an Körper und Gesundheit treffen. Der Herstellungsanspruch umfasst sämtliche Maßnahmen, die geeignet und erforderlich sind, um den Verletzten wieder im ursprünglichen Umfang am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu lassen: ärztliche Behandlung, Operation, Medikamente, der ärztlich gebotene Besuch des Verletzten von ihm nahe stehenden Personen, Kur und Nachbehandlung in einem Rehabilitationszentrum (Überblick bei Baltzer, VersR 1976, 1). Über Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahmen sollte allein nach den Regeln der medizinischen und psychologischen Wissenschaft entschieden werden. Was der Verletzte sich ohne Haftpflicht des Verletzers hätte leisten können, ist ohne Belang (bedenklich KG Berlin; 1973-01-22; 12 U 1044/72). Das Schadensrecht gesteht den Armen wie den Reichen dieselbe Behandlung zu (zutreffend Esser/Schmidt, § 32 I 2).

Immaterielle Beeinträchtigungen, die außerhalb der Körper- und Gesundheitssphäre liegen, sind vor allem solche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier kommen unterschiedliche Herstellungsmaßnahmen in Betracht: die Entfernung unrichtiger Zeugnisse aus den Personalakten; die Herausgabe von unbefugt hergestellten Abschriften und Photokopien von persönlichen Dokumenten; der Widerruf beleidigender Behauptungen, wenn die Unwahrheit der zu widerrufenden Behauptung feststeht (BGH 6. Zivilsenat; 1962-06-05; VI ZR 236/61). Lässt sich weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der ehrverletzenden Behauptung beweisen, ist die adäquate Rechtsfolge der abgeschwächte Widerruf mit der Erklärung, dass die Behauptung nicht aufrechterhalten werden könne, weil sie nicht bewiesen werden könne. Der Bundesgerichtshof will indessen diesen abgeschwächten Widerruf nicht zulassen, solange der Kläger ernsthafte Anhaltspunkte für die Wahrheit der ehrenrührigen Behauptung nicht ausgeräumt hat (BGH 6. Zivilsenat; 1977-06-14; VI ZR 111/75 (Heimstättengemeinschaft) mit Nachweisen zur abweichenden Literatur). Diese Formel ist ihrer Vagheit wegen kaum als Anleitung für die untergerichtliche Praxis geeignet.

Eine immaterielle Beeinträchtigung liegt auch im Freizeitverlust. Die Frage ist, ob er im Herstellungswege etwa dadurch ausgeglichen werden kann, dass der Schädiger für die Bereitstellung neuer Freizeit sorgt (durch Bezahlung unbezahlten Urlaubs). Der Bundesgerichtshof lässt dies für die allgemeine Freizeit nicht zu (BGH 6. Zivilsenat; 1988-11-22; VI ZR 126/88; dazu Schmidt, Jürgen, NJW 1976, 1932 mit abweichenden Vorschlägen). Allein der „vertane Urlaub“ führt zu einem Ersatzanspruch (BGH 7. Zivilsenat; 1974-10-10; VII ZR 231/73). Unter Herstellungsgesichtspunkten kann es jedoch keinen Unterschied zwischen Urlaubszeit und allgemeiner Freizeit geben. Beide dienen dem schon und noch im Arbeitsleben Stehenden zur Reproduktion seiner Arbeitskraft. Werden sie ihm haftungsbedingt genommen, so kommt als Herstellungsmaßnahme die Bereitstellung neuer Freizeit in Betracht. Die Frage ist deshalb eine andere. Wieviel an nicht ausgleichsfähigen Einbußen will man dem Geschädigten als Eigenlast zumuten? Um nicht die Solidargemeinschaft der Versicherten, die den Hauptteil der Kosten tragen müsste, mit weiteren und derzeit unübersehbaren Schadensposten zu belasten, sollte man im Einklang mit dem Bundesgerichtshof den Freizeitverlust unersetzt lassen, zumal man ihn bei entsprechendem Interesse durch Abschluss von Rechtsschutzversicherungen verringern kann. Der Anspruch auf Ersatz „vertanen Urlaubs“ bleibt hiervon unberührt, da der Urlaub dessen, der im Arbeitsleben steht, Vermögenswert hat, der unabhängig von Herstellungsansprüchen nach § 251 zu kompensieren ist.

### *c. Erstattung der Herstellungskosten*

§ 249 Abs. 2 und § 250 BGB „verwandeln“ den Anspruch auf Herstellung in Natur in einen Anspruch auf Erstattung der Herstellungskosten. Dabei gibt § 249 Abs. 2 dem Geschädigten von vornherein eine Wahlmöglichkeit (*facultas alternativa*), während § 250 Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung verlangt und sodann den Herstellungsanspruch in Natur ausschließt. Der Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn der Verpflichtete etwa zu erkennen gibt, dass er auf keinen Fall Schadensersatz durch Naturherstellung leisten könne oder wolle (BGH 3. Zivilsenat; 1963-09-30; III ZR 137/62). Der Geldanspruch der § 249 Abs. 2 und § 250 ist nicht zu verwechseln mit dem Geldanspruch aus § 251. Dieser ist Kompensationsanspruch und wahrt das Vermögensinteresse; jener bleibt dagegen Herstellungsanspruch und ist an die Möglichkeit der Herstellung geknüpft.

Die auf Kostenersatz gehenden Herstellungsansprüche erfassen grundsätzlich nur die Kosten solcher Maßnahmen, die zur Herstellung erforderlich sind. Zur Beurteilung der Erforderlichkeit ist eine *ex-ante*-Betrachtung maßgeblich, so dass auch fehlgeschlagene Maßnahmen als erforderlich angesehen werden können. Mit dieser Betrachtung fällt das Prognoserisiko dem Schädiger zu. Damit bleibt die Risikoverteilung wie beim (vorrangigen) Anspruch auf Herstellung in Natur. Sie belastet den Schädiger auch mit dem Mehraufwand, den ohne Verschulden des Geschädigten die von diesem beauftragte Werkstatt infolge unwirtschaftlicher und unsachgemäßer Maßnahmen verursacht hat (BGH 6. Zivilsenat; 1974-10-29; VI ZR 42/73), selbst dann, wenn der Geschädigte infolge unrichtiger Beratung durch einen Sachverständigen eine reparaturunwürdige Sache reparieren lässt (BGH 6. Zivilsenat; VI ZR 249/73). Nicht erforderlich ist eine außerordentlich aufwendige Anzeigenaktion, wenn sich derselbe Erfolg (unverzügliche Richtigstellung einer im Fernsehen verbreiteten Behauptung) durch den presserechtlichen Gegendarstellungsanspruch erreichen lässt (BGH 6. Zivilsenat; 1976-04-06; VI ZR 246/74 (Der Fall Bittenbinder)).

Zu den Herstellungskosten rechnen auch Kosten, die für die Herstellung vorbereitende Maßnahmen aufgewendet werden: Kosten für die Inanspruchnahme von Fremdmitteln, soweit dem Geschädigten die Herstellung nur durch die Aufnahme von Fremdmitteln möglich und zumutbar ist (BGH 6. Zivilsenat; 1973-11-06; VI ZR 27/73); auch Kosten für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens, ohne das nicht über die Reparaturmöglichkeit befunden werden kann. Allgemeine Rechtsverfolgungskosten sollten dagegen erst dann ersetzt werden, wenn der Schädiger mit seiner Leistung in Verzug gekommen ist, und nur dann, wenn die prozessrechtlichen Kostenregeln nicht eingreifen. Die

Praxis ist hier weniger streng (vgl. die Nachweise bei Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 249 Rn. 20).

## **2. Der Kompensationsanspruch**

Rechtsfolge des Kompensationsanspruchs aus § 251 BGB ist der Ausgleich des Vermögensverlustes in Geld. Maßgeblich sind die Wiederbeschaffungskosten für den Geschädigten.