

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

51

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Professor Dr. Ulrich Drobnig, Professor Dr. Hein Kötz
und Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker

Schaden und Ersatz

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zur Ersatzfähigkeit von Einbußen

von
Ulrich Magnus



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Magnus, Ulrich:

Schaden und Ersatz : e. rechtsvgl. Unters. zur Ersatzfähigkeit von Einbussen / von Ulrich Magnus. – Tübingen : Mohr, 1987.

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht ; 51)

ISBN 3-16-645248-6 / eISBN 978-3-16-160305-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2022

ISSN 0340-6709

NE: GT

© 1987 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Typobauer Filmsatz GmbH, Scharnhausen; Druck: Gulde-Druck GmbH, Tübingen; Einband von Großbuchbinderei Heinrich Koch, Tübingen

Printed in Germany

Für meine Frau Sabine
und unsere Kinder
Tim, Jessica, Dorothea, Robert und Konstanze

Vorwort

Schadensfragen stellen sich überaus häufig und in vielgestaltiger Form. Die Antworten berühren die Betroffenen meist ganz elementar. Es ist ferner oft das Schadensrecht, über das die Rechtsordnung mit neuen Entwicklungen, ihren Risiken und Opfern zuerst konfrontiert und zur Auseinandersetzung gezwungen wird. Kein Wunder also, daß das Schadensrecht bei uns, aber auch anderswo seit langem zu den ständigen Diskussionspunkten, ja „Unruheherden“ zählt. Das gilt zumal für die Grundfrage, welche Einbußen denn überhaupt Ersatz finden sollen. Für alle Zeiten und alle Fälle gültige Lösungen kann es hier nicht geben. Gefordert ist eine ständige und immer wieder erneuerte Überprüfung der Grundpositionen des Schadensrechts und ihrer konkreten Wirkungen im Einzelfall. Sie müssen weiterentwickelt und neuen Lösungen zugeführt werden. Dazu will diese Arbeit einen Beitrag leisten. Sie bedient sich für diese Aufgabe intensiv der Rechtsvergleichung, die hier – als objektiver Prüfmaßstab – wertvolle Hilfen zu geben vermag.

Die Arbeit hat 1983 dem Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg als Habilitationsschrift vorgelegen. Wichtige Entwicklungen habe ich bis Ende 1986 nachgetragen; der Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH vom 9. 7. 1986 ist ein Anhangskapitel gewidmet. Dem Berichterstatter der Entscheidung, Herrn Vorsitzenden Richter am BGH Dr. Erich Steffen, dem ich die Arbeit vor der Veröffentlichung des Beschlusses zugänglich gemacht hatte, möchte ich auch an dieser Stelle für seine freundlich-wohlwollende Stellungnahme danken.

Die Arbeit habe ich als Referent am Hamburger Max-Planck-Institut unter seinem früheren Direktor, meinem verehrten Lehrer Konrad Zweigert beginnen und unter seinen jetzigen Direktoren Ulrich Drobnig, Hein Kötz und Ernst-Joachim Mestmäcker fertigstellen können. Ihnen gilt mein herzlicher Dank – auch für die Aufnahme der Arbeit in die Institutsreihe. Dank gebührt auch Hein Kötz und Herbert Bernstein für die Mühen der Begutachtung. Besonderen Dank sagen möchte ich meinem Freund und Institutskollegen Dieter Martiny als geduldig-beharrlichem Gesprächspartner und kritischem Leser des Manuskripts dieser Arbeit. Dank hat ferner Frau Helga Alambwa verdient, die das Manuskript schnell und sorgfältig geschrieben hat. Schließlich sei der DFG für ihre Druckkostenbeihilfe gedankt.

Hamburg, im September 1987

Ulrich Magnus

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XV
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen	
§ 1 Der Schadensbegriff in Literatur und Rechtsprechung	9
§ 2 Das weitere Umfeld	22
§ 3 Grundzüge und Eigenarten der Schadensrechtssysteme	28
Teil 2: Fallgruppen	
§ 4 Ersatz fiktiver Reparaturkosten	58
§ 5 Beschädigung neuer Sachen	74
§ 6 Ersatz konkret entstandener Mietwagenkosten	84
§ 7 Abstrakte Nutzungsentschädigung	131
§ 8 Urlaubs- und Freizeitbeeinträchtigung	185
§ 9 Beeinträchtigung der Arbeitskraft	238
Teil 3: Folgerungen	
§ 10 Folgerungen hinsichtlich der sachlichen Ergebnisse	270
§ 11 Gestaltung des Schadenskonzeptes	283
§ 12 Prozeß der Bildung und Entwicklung des Schadensrechts	321
Zusammenfassung der Ergebnisse	334
Anhang	339
Literaturverzeichnis	341
Register	352

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	VIII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XV
Einleitung	1

Teil 1: Grundlagen

§ 1. Der Schadensbegriff in Schrifttum und Rechtsprechung	9
I. Ansichten in der Literatur	11
1. Dem natürlichen Schadensbegriff nahestehende Auffassungen	11
a) Flexible Differenzhypothese	11
b) Dreigliedriger Schadensbegriff	11
c) Bedarfsschaden	12
d) Ökonomisch beeinflusster Schadensbegriff	13
e) Schadensbegriff mit Soziabilitätsschranke	13
f) Wiederbelebte Differenzhypothese	14
2. Normativer Schadensbegriff und verwandte Ansichten	14
a) Gemäßigt-normativer Schadensbegriff	15
b) Schaden als Interesse	15
3. Gemischter Schadensbegriff	16
4. Problemorientierte Betrachtungsweise	16
a) Problembezogene Schadensbetrachtung	16
b) Einzelgliederungen	17
c) Neue Leitprinzipien	18
d) Praktischer Schadensbegriff	18
5. Verzicht auf einen Schadensbegriff	19
II. Die Rechtsprechung	19
III. Diskussion	20
§ 2. Das weitere Umfeld	22
I. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz	22
II. Ökonomische Analyse des Rechts	24
§ 3. Grundzüge und Eigenarten der Schadensrechtssysteme	28
I. Deutsches Schadensrecht	28
1. Die Grundlagen	28
2. Besondere, das Schadensrecht prägende Züge	30
II. Vorbemerkung zum anglo-amerikanischen Schadensrecht	31
1. Zweck des Schadensrechts	31
2. Einfluß der Richterschaft auf das Recht	34
3. Einfluß der Richterpersönlichkeit	34

4. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	35
III. Englisches Schadensrecht	36
1. Ausgangslage	36
2. Grundsätze des Schadensrechts	37
3. Weitere, das englische Schadensrecht prägende Faktoren	39
IV. Schadensrecht der USA	43
1. Allgemeines	43
2. Besonderheiten des US-amerikanischen Schadensrechts gegenüber dem englischen Common Law	44
3. Grundsätze des US-amerikanischen Schadensrechts	48
V. Französisches Schadensrecht	50
1. Ausgangslage	50
2. Grundsätze des französischen Schadensrechts	51
3. Schadensabkommen	54
4. Neueste Entwicklung	55

Teil 2: Fallgruppen

§ 4. Ersatz fiktiver Reparaturkosten	58
I. Deutschland	58
II. England	65
III. USA	68
IV. Frankreich	70
V. Vergleich	71
§ 5. Beschädigung neuer Sachen	74
I. Deutschland	74
1. Kraftfahrzeuge	74
2. Andere Sachen	76
II. England	77
III. USA	78
IV. Frankreich	79
V. Vergleich	81
§ 6. Ersatz konkret entstandener Mietwagenkosten	84
I. Deutschland	84
1. Fixe Obergrenze?	86
2. Bestimmte Frist?	88
3. Geringer Fahrbedarf	89
4. Abzug für Eigensparnis	90
5. Kaskoersatz	93
6. Würdigung	96
II. England	101
1. Fixe Obergrenze?	102
2. Bestimmte Frist?	102
3. Geringer Fahrbedarf	103
4. Abzug für Eigensparnis	103
5. Kaskoersatz	105
6. Würdigung	105

III.	USA	106
	1. Fixe Obergrenze?	108
	2. Bestimmte Frist?	109
	3. Geringer Fahrbedarf	110
	4. Abzug für Eigensparnis	110
	5. Kaskoersatz	111
	6. Würdigung	111
IV.	Frankreich	112
	1. Fixe Obergrenze?	115
	2. Bestimmte Frist?	115
	3. Geringer Fahrbedarf	117
	4. Abzug für Eigensparnis	118
	5. Kaskoersatz	118
	6. Würdigung	119
V.	Zusammenfassender Vergleich	119
	1. Fixe Obergrenze	120
	2. Bestimmte Frist?	122
	3. Geringer Fahrbedarf	125
	4. Abzug für Eigensparnis	127
	5. Kaskoersatz	128
	6. Würdigung	129
§ 7.	Abstrakte Nutzungsentzündigung	131
I.	Deutschland	131
	1. Gebrauchsentzug beim privaten Kfz	131
	a) BGH-Rechtsprechung	131
	b) Untergerichte	135
	c) Schadenshöhe	136
	2. Gebrauchsentzug bei gewerblich genutzten Fahrzeugen	137
	3. Nutzungsausfall bei anderen Gegenständen	141
	4. Würdigung	146
II.	England	151
	1. Private Kraftfahrzeuge	152
	2. Gewerblich genutzte Fahrzeuge	154
	3. Entzug sonstiger Gegenstände	155
	a) Schiffe	156
	b) Hausgrundstücke	159
	c) Übrige Gegenstände	159
	4. Würdigung	160
III.	USA	161
	1. Private Kraftfahrzeuge	161
	a) Grundsatz	161
	b) Schadenshöhe	165
	2. Gewerbliche Fahrzeuge	166
	3. Andere Gegenstände	167
	4. Ansprüche auf vertraglicher Grundlage	169
	5. Würdigung	170
IV.	Frankreich	171
	1. Kraftfahrzeuge	171

	a) Grundsatz	171
	b) Schadensbemessung und Schadenshöhe	173
	c) Regulierungspraxis	174
	2. Andere Sachen	175
	3. Ansprüche auf vertraglicher Grundlage	176
	4. Würdigung	176
V.	Zusammenfassender Vergleich	177
	1. Auf Fallgruppen beschränkte Nutzungsentuschädigung	177
	2. Berechnungsmethode und Höhe der Entschädigung	179
	3. Gewerbliche versus private Geschädigte	182
	4. Differenzierungen	183
	5. Vertraglicher Aspekt	184
§ 8.	Urlaubs- und Freizeitbeeinträchtigung	185
	I. Mangelhafte Reiseleistung	186
	1. Deutschland	186
	a) Rechtsprechung	186
	b) Reisevertragsgesetz	191
	2. England	192
	3. USA	195
	4. Frankreich	199
	II. Urlaubsschaden auf Grund deliktischen Verhaltens	201
	1. Deutschland	201
	2. England	206
	3. USA	207
	4. Frankreich	208
	III. Zeitverlust durch Anspruchsverfolgung	208
	1. Deutschland	209
	2. England	211
	3. USA	212
	a) Ansprüche gegen Versicherungsunternehmen	214
	b) Sonstige Fälle	221
	4. Frankreich	223
	IV. Genereller Einsatz von Freizeit	225
	1. Deutschland	226
	2. England	227
	3. USA	227
	4. Frankreich	227
	V. Zusammenfassender Vergleich	227
	1. Urlaubsbeeinträchtigung durch Vertragsbruch	228
	2. Urlaubsbeeinträchtigung durch Delikt	231
	3. Zeitverlust durch Anspruchsverfolgung	232
	4. Geldersatz für vergeudete Freizeit	236
§ 9.	Beeinträchtigung der Arbeitskraft	238
	I. Problemstellung	238
	II. Deutschland	240
	1. Ausfall des haushaltsführenden Ehegatten	241
	2. Erwerbsschaden Selbständiger	244

3. Ausgleich durch Schmerzensgeld	247
III. England	248
1. Allgemeines	248
2. Verlust der Arbeitskraft an sich	249
3. Ausgleich durch Schmerzensgeld	250
IV. USA	251
1. Allgemeines	251
2. Verlust der Arbeitskraft an sich	251
3. Bewertung	254
V. Frankreich	254
1. Ausgleich für „incapacité“	254
2. Beeinträchtigte Arbeitskraft	257
3. Bewertung	258
VI. Zusammenfassender Vergleich	259

Teil 3: Folgerungen

§ 10. Folgerungen hinsichtlich der sachlichen Ergebnisse	270
I. Deutsches Recht	270
II. Rechtsvergleich	273
III. Folgerungen	277
1. Alte und neue Positionen	277
2. Wertungsoffenheit	281
3. Präventionszweck	282
§ 11. Gestaltung des Schadenskonzeptes	283
I. Deutsches Recht	283
II. Vergleich der Konzepte	289
1. Frankreich	290
2. England	292
3. USA	294
4. Zusammenfassender Vergleich	296
a) Materieller/Immaterieller Schaden	297
b) Begriff des Vermögensschadens	297
c) Grundsatz der Naturalrestitution	299
d) Der Grundsatz der Totalreparation	299
e) Art und Weise der Schadensberechnung	300
f) Fortbildung des Schadensrechts	300
III. Folgerungen und Lösungsvorschlag	301
1. Ausgangsüberlegungen	301
2. Das geltende Konzept	303
3. Alternative Schadenskonzepte	304
a) Rückkehr zur klassischen Differenzhypothese	305
b) Ökonomischer Begriff des Vermögensschadens	305
c) Genereller Geldausgleich für immaterielle Schäden	306
d) Ersatz subjektiv-wirtschaftlicher Schäden	306
4. Eigene Lösung	307
a) Zielvorstellungen	307
b) Lösungsvorschlag	308
c) Abgrenzung	309

d) Zum Vermögensschaden	311
e) Einwände aus § 253 BGB?	312
f) Zum Grundsatz der Totalreparation	318
g) Objektivierende Schadensberechnung	319
§ 12. Prozeß der Bildung und Entwicklung des Schadensrechts	321
I. Lage in der Bundesrepublik	321
II. Rechtsvergleich	324
III. Folgerungen	329
<i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	334
<i>Anhang: Die Entscheidung des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 9. 7. 1986</i>	339
Literaturverzeichnis	341
Entscheidungsregister	352
Sachregister	373

Abkürzungen

A.	Atlantic Reporter
a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
A. C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv der civilistischen Praxis
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil-Club
a. E.	am Ende
affd.	affirmed
AG	Amtsgericht
AK-BGB	Alternativkommentar
All E. R.	All England Law Reports
A. L. R.	American Law Reports Annotated
Alt.	Alternative
Am. Bar Ass. J.	American Bar Association Journal
Am. Jur.	American Jurisprudence
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annotation
App. Cas.	Law Reports, Privy Council, House of Lords (1875–1890)
Ariz.	Arizona (Reports)
Ark.	Arkansas (Reports)
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Baron
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd., Bde	Band, Bände
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brit. J. L. Soc.	British Journal of Law and Society
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambres criminelles
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerwG bzw.	Bundesverwaltungsgericht beziehungsweise
C. A.	Court of Appeal (England) Court of Appeals (USA)
Cal.	California Supreme Court Reports
Cal. App.	California Appellate Reports
Calif. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
Cal. West L. Rev.	California Western Law Review
Cass.	Cour de cassation
Cc	Code civil
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Cir.	Circuit
C. L.	Current Law
C. L. Y.	Current Law Yearly
Cmdnd.	Command Paper (der englischen Law Commission)
Col. L. R.	Columbia Law Review
Colo.	Colorado (Reports)
Conn.	Connecticut (Reports)
Cty. Ct.	County Court
D.	Recueil Dalloz
Dak.	Dakota (Reports)
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
D. C.	District Court
Del.	Delaware (Reports)
ders., dies., dens.	derselbe, dieselbe(n), denselben
D. H.	Dalloz. Recueil Hebdomadaire de doctrine, de jurisprudence et de législation
Diss.	Dissertation
Doct.	doctrine
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
D. S.	Recueil Dalloz Sirey
Eq.	Equity
e. V.	eingetragener Verein
Ex.	Exchequer
F.	Federal Reporter
f., ff.	folgende
Fla.	Florida
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
Ga.	Georgia
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GrS	Großer Senat
H.	Heft

HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
H.C.	High Court
HGB	Handelsgesetzbuch
H.L.	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
I.C.L.Q.	The International and Comparative Law Quarterly
Ill.	Illinois
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
Ind.	Indiana
insbes.	insbesondere
Ins.L.J.	Insurance Law Journal
Int.Enc.	International Encyclopedia of Comparative Law
I.P.P.	Incapacité permanente partielle
IR.	Informations rapides
I.T.P.	Incapacité temporaire partielle
I.T.T.	Incapacité temporaire totale
J.	Journal
J.C.P.	La semaine juridique. Juris-Classeur périodique. Edition générale
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
J.O.	Journal officiel
JR	Juristische Rundschau
Jur.autom.	La jurisprudence automobile
Jur.-Cl.	Juris-Classeur Civil
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kans.	Kansas
K.B.	Law Reports, King's Bench
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
Ky.	Kentucky
La.	Louisiana
La.App.	Louisiana Appellate Court Reports
LG	Landgericht
L.J.	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
L.R.	Law Reports
LS	Leitsatz
Ltd.	Limited
m.	mit
Md.	Maryland
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht

m. E.	meines Erachtens
Mich.	Michigan
Minn.	Minnesota
Misc.	Miscellaneous Reports
Miss.	Missouri (Reports)
Mo.	Montana (Reports)
Mo. App.	Montana Appellate Court Reports
mod.	modified
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 5 Bde. (1896)
M. R.	Master of the Rolls
N.	Fußnote
N. C.	North Carolina
N. C. App.	North Carolina Appellate Court Reports
N. E.	Northeastern Reporter
Neb.	Nebraska
N. J. Super	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N. L. J.	New Law Journal
N. W.	Northwestern Reporter
N. Y.	New York (Reports)
N. Y. App. Div.	New York Appellate Division
N. Y. Jur.	New York Jurisprudence
N. Y. S.	New York Supplement
Obs.	observations
Ohio L. Abs.	Ohio Law Abstracts
OLG	Oberlandesgericht
P.	Pacific Reporter (USA); Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (England)
Pa.	Pennsylvania
Pa. Super	Pennsylvania Superior Court Reports
P. C.	Privy Council
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrag des Reichsjustizamts bearb. von Achilles/Gebhard/Spahn. 7 Bde. (1897–1899)
Q. B.	Law Reports, Queen's Bench
Q. B. D.	Law Reports, Queen's Bench (1875–1890)
r.	rechts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rev. Als.-Lorr.	Revue d'Alsace-Lorraine
Rev. gén. ass. resp.	Revue générale des assurances et de responsabilité
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht

RGRK	Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
RvglHwB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. von Schlegelberger. 7 Bde. (1929–1940)
Rz.	Randziffer
S.	Seite, Satz
sc.	scilicet
S. C.	Supreme Court
Schl. Hol. Anz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
S. E.	Southeastern Reports
sec.	section
SGA	Sale of Goods Act
Sh. Ct. Rep.	Scottish Court Reports
So.	Southern Reporter
So. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Sol. J.	The Solicitor's Journal
Somm.	Sommaire
Sp.	Spalte
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Sup. Ct.	Superior Court
S. W.	Southwestern Reporter
Tabl. an.	Tableau analytique
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas (Reports)
Tex. Civ. App.	Texas Civil Appeals Reports
Trib. gr. inst.	Tribunal de grande instance
Trib. inst.	Tribunal d'instance
Trib. pol.	Tribunal de police
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. S.	United States Supreme Court Reports
u. U.	unter Umständen
v.	versus
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VW	Versicherungswirtschaft
Wash.	Washington (Reports)
Wis.	Wisconsin (Reports)
W. L. R.	Weekly Law Reports
Yale L. J.	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel

XX

Abkürzungen

ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend

Einleitung

Anlaß, sich mit dem Schadensrecht trotz einer Sturzsee einschlägiger Publikationen zu beschäftigen, besteht offenbar. Die Literatur attestiert dem Gebiet seit Jahren einen unverändert kritischen Zustand¹. Höchste deutsche Schadensrichter formulieren offen ihr Unbehagen². Hauptmißstand des gegenwärtigen Schadensrechts ist das Fehlen eines geschlossenen Systems, eines durchgängigen Wertungsgerüsts. Von einem einheitlichen Schadensbegriff kann, so lautet die Kritik, nicht mehr die Rede sein.

In der Tat ist das Schadensrecht heute weitgehend atomisiert. Übergreifende Regeln und Gesichtspunkte haben abgedankt; die Fallgruppe oder gar der Einzelfall regiert³. Nun wäre dieser Umstand allein – wie das Beispiel des anglo-amerikanischen case law zeigt – noch kein Grund, Mißbehagen zu empfinden. Auch ohne ausgeprägtes Systemdenken kann man zu überzeugenden und miteinander zu vereinbarenden Entscheidungen finden. Doch gerade daran fehlt es in Deutschland. Auch bei uns ist das Schadensrecht inzwischen weitgehend richterlich geschaffenes Fallrecht. Die richterlichen Entscheide widersprechen einander aber häufig oder lassen doch ganz unterschiedliche Wertungen erkennen. Es ist deutlich, daß sie kein einheitlich gehandhabtes Schadenskonzept befolgen, sondern allein der Problematik des einzelnen Falles gerecht werden wollen⁴.

¹ Etwa LIEB, JZ 1971, 358; STAUDINGER(-MEDICUS) Vorbem. zu §§ 249–254 Rz. 31; KEUK 14; STOLL, Begriff 1; TOLK 13; KÜPPERS 1; BRINKER 13ff.; STRÖFER 22. Siehe auch die Bemerkungen von BAUR, FS Ludwig Raiser 119.

² HAGEN, FS Hauß 102 (wertungskonforme Koordinierung der einzelnen Rechtsfortbildungen tut not); NÜSSGENS, 25 Jahre Bundesgerichtshof 102 weist auf die Schwierigkeiten der Rechtsprechung hin und spricht von „Übergangsphase“ des Schadensersatzrechts; zu Warnungen sieht sich auch DEINHARDT, VW 1980, 168ff. veranlaßt. Alle drei Autoren sind oder waren Mitglieder des für Schadensrecht in erster Linie zuständigen VI. Senats des BGH. Etwas neutraler formuliert PREIFFER, der gegenwärtige Präsident des Bundesgerichtshofes, daß der Schadensbegriff immer wieder rechtsgrundsätzliche Fragen aufwerfe (DAR 1980, 303).

³ Beispiele solcher Fallgruppen sind die Vorteilsausgleichung, die sich vom allgemeinen Schadensrecht inzwischen weitgehend abgespalten hat und in der Literatur meist auch getrennt behandelt wird (vgl. DEUTSCH 452ff.; LANGE 298ff.); die hypothetische Schadensverursachung; das rechtsmäßige Alternativverhalten (zu beiden LANGE 110ff.). Die „Nutzungsfälle“, die „Urteilsfälle“ sind weitere, noch konkretere Problembereiche, deren Behandlung ständig stärker in den Vordergrund gedrungen ist; siehe die Arbeiten von GRUNSKY, Aktuelle Probleme; KÜPPERS; SCHULTE; STOLL, Begriff; TOLK.

⁴ Ebenso SCHIEMANN 155ff.

Als Beispiele widersprüchlicher Entscheidungen aus dem Fragenbereich, den die Arbeit behandelt, seien hier nur genannt: Zwischen mehreren BGH-Senaten war kontrovers, ob der finanziell wirkungslose Entzug von Wohnraum durch eine Nutzungsentschädigung abzugelten sei¹. Uneinheitlich beurteilt man den Ausgleich für Verlust an abstrakter Arbeitsfähigkeit: trotz Eröffnung einer eigenen Praxis erhält eine wiederhergestellte Ärztin Ausgleich dafür, daß sie nicht mehr Landärzte vertreten kann²; der Diplomchemiker, der tatsächlich nur eingeschränkt weiterarbeitet, bekommt nichts³. Bei Pelzmantel⁴, Swimmingpool⁵, Motorboot⁶, Fernseher⁷ und Wohnwagen⁸ muß der Betroffene den vorübergehenden Entzug entschädigungslos hinnehmen; bei Auto⁹, Privatflugzeug¹⁰ und Pferd¹¹ dagegen nicht.

Auch die wichtige Entscheidung des Großen Zivilsenates des BGH vom 9. 7. 1986¹² überläßt die Frage, ob der Entzug einer Position schadensrechtlich relevant ist, weitgehend der Einzelfallprüfung.

Die gegenwärtig unbefriedigende Lage des Schadensrechts hat ihre Ursachen wesentlich im technischen und gesellschaftlichen Wandel, der sich seit dem Inkrafttreten des BGB vollzogen und das damals in Geltung gesetzte Schadensrecht – ebenso wie das gesamte Haftungsrecht – vor neue Aufgaben gestellt hat¹³. Deren Lösung ließ sich dem Gesetz beim besten Willen nicht entnehmen; sie mußten auf die Dauer die 1900 geschaffene systematische Einheitlichkeit sprengen.

Der technische Fortschritt hat insbesondere über das Kraftfahrzeug Einzug ins Schadensrecht gehalten und durch eine Unzahl von Kfz-Schadensfragen diesem Gebiet wesentliche Züge aufgeprägt. Der gesellschaftliche Wandel hat zu einer starken Aufwertung von Gütern geführt, von denen der Gesetzgeber von 1900 schadensrechtlich noch keine Notiz nahm oder nehmen konnte: so beispielsweise die Freizeit- und Urlaubsmöglichkeiten des Einzelnen. Ihre Zugänglichkeit für jedermann ist jungen Datums; die im Massentourismus

¹ Gegen Ersatz mehrere Urteile des V. Senats: 21. 4. 1978, BGHZ 71, 234; 30. 11. 1979, BGHZ 75, 366. Anders frühere Urteile des III. (11. 7. 1963, NJW 1963, 2020) und des VIII. Zivilsenats (14. 6. 1967, NJW 1967, 1803). Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsprechung des V. Senats äußert der VII. Senat (28. 2. 1980, DB 1980, 1016). Für Ersatz nunmehr der Große Zivilsenat des BGH 9. 7. 1986, BGHZ 98, 212, dazu ausführlich unten S. 339f.

² BGH 25. 9. 1973, VersR 1974, 142.

³ BGH 5. 5. 1970, BGHZ 54, 45.

⁴ BGH 12. 2. 1975, BGHZ 63, 393.

⁵ BGH 28. 2. 1980, DB 1980, 1016.

⁶ BGH 15. 11. 1983, BGHZ 89, 60.

⁷ LG Berlin 17. 12. 1979, VersR 1980, 830.

⁸ BGH 15. 12. 1982, BGHZ 86, 128.

⁹ BGH 15. 4. 1966, BGHZ 45, 212.

¹⁰ OLG Karlsruhe 16. 4. 1982, MDR 1982, 575.

¹¹ BGH 21. 2. 1979, BGHZ 73, 355.

¹² BGHZ 98, 212, siehe dazu unten S. 339f.

¹³ Zu diesem Wandel Körtz, Sozialer Wandel 1 ff.; NÜSSGENS (oben S. 1N. 2) 93.

sich ausprägenden, veränderten Konsumgewohnheiten und -möglichkeiten haben das Schadensrecht nicht unberührt gelassen. Andere Güter – wie etwa erträgliche Umwelt – haben durch ihre Verknappung einen ganz anderen Stellenwert als im Jahr 1900 erlangt. Vor allem aber hat sich die gesellschaftliche Einstellung gegenüber immateriellen Werten, insbesondere Persönlichkeitsrechten gewandelt. Sie sind im BGB kaum berücksichtigt. Das Gesetz sorgt im wesentlichen nur für den Ausgleich *eindeutig* materieller Einbußen (§ 253 BGB). Mag eine solche Regelung den maßgeblichen Anschauungen um die Jahrhundertwende auch entsprochen haben, inzwischen sind immaterielle oder jedenfalls nicht rein materielle Werte vielfach „kommerzialisiert“, und das heißt zweierlei: In der gesellschaftlichen Wirklichkeit haben diese Werte einerseits weitgehende Käuflichkeit erlangt und damit einen von manchen beklagten Abstieg auf die Geldebene vollzogen. Zum anderen und vor allem ist der Wandel der Anschauung aber davon getragen, daß die genannten Positionen stärker – auch durch die Sanktion des Schadenersatzes – geschützt und aufgewertet werden sollten. Man hat erkannt, daß für viele die nicht rein materiellen Werte ein wichtiges Potential an ‚Vermögen‘ (in einem weiten Sinn) sind. Zu dieser Einsicht hat in Deutschland auch die Erfahrung des menschenverachtenden Nationalsozialismus wesentlich beigetragen. Die Reaktion des Grundgesetzes, die Freiheits- und Persönlichkeitsrechte des Einzelnen stärker zu sichern, hat auf das Schadensrecht eine bedeutende Wirkung ausgeübt.

Bislang ist der Wandel allerdings nur in (einigen) Ergebnissen des Schadensrechts reflektiert. Weder die gesetzliche Regelung noch das begriffliche und systematische Instrumentarium des Schadensrechts sind offen verändert worden. Die Spannungen, die sich ergeben, wenn man die neuen Einsichten mit dem herkömmlichen System ‚abfangen‘ will, sind jedoch nicht zu übersehen. Sie haben zu der „tiefgreifenden Unsicherheit“¹ geführt, die insbesondere in der Rechtsprechung zu beobachten ist. Ihr hat man auch schon „Begriffsverzerrungen und Kriterienwirrwarr“² oder gar „innere Unwahrhaftigkeit“³ vorgeworfen. Die eingangs zitierten Richterstimmen⁴ bestätigen, daß auch in der Richterschaft selbst die Entwicklung des Schadensrechts als problematisch gesehen wird.

Soweit die Diagnose. Welche Therapie ist vorzuschlagen? An Heilungsversuchen hat es in der Vergangenheit nicht gefehlt. In zwei Richtungen hat man Abhilfe gesucht. Zum einen sollte ein richtig verstandener, alle Fallgruppen

¹ MERTENS 14.

² HAGEN, FS Larenz 877.

³ STOLL, Begriff 36; für den Bereich des Nutzungsausfallersatzes noch schärfer PALANDT (-HEINRICHS) Vor § 249 Bem. 2b)cc): „fast schon chaotisches Bild“.

⁴ Siehe S. 1 N. 2.

abdeckender und erklärender Schadensbegriff das Heilmittel bieten. Hierüber ist eine engagierte Diskussion geführt worden, für die aus der jüngeren Zeit die Arbeiten von MERTENS¹ und KEUK² besonders exemplarisch sind. Das Ergebnis der Diskussion ist bisher nur eine Vervielfältigung der Meinungen zum Schadensbegriff gewesen³. Die Vorschläge allgemeinerer Art haben das unkoordinierte Weiterwuchern des Fallrechts nicht verhindern können.

Zum andern – und insoweit kann man von Heilungsversuch kaum mehr sprechen, eher von Resignation – hat die Literatur die Methode der Rechtsprechung übernommen, das Schadensrecht nur noch als ein Geflecht einzelner und immer kleinerer Fallgruppen zu begreifen. Der Einzelfall und seine konkrete Lösung verdrängen die systematische Durchdringung. Begrenzte Probleme wie beispielsweise die Vorteilsausgleichung oder, noch spezieller, die Nutzungsentzündung, die „Urlaubsfälle“ etc. sind so Brennpunkte eigener Diskussion geworden. Der Zusammenhang mit einem generellen Schadensbegriff oder -konzept spielt hier meist keine Rolle mehr. Die Diskrepanz zwischen Begriff und Einzelfalllösung ist oft eklatant⁴.

Bleibt damit nichts anderes als die resignierende Feststellung von MEDICUS, daß „die Theorie dem Praktiker hier nur eine sehr beschränkte Hilfe bieten“⁵ kann? Tatsächlich ist von einer rein begrifflichen Neuordnung des Schadensrechts keine Besserung zu erwarten. Erörterungen, die aus dem ‚richtigen‘ Begriff des Schadens oder des Vermögensschadens die Lösung einzelner schadensrechtlicher Probleme ableiten wollen, vermögen der Praxis wohl in der Tat nicht wirksam zu helfen⁶. Daß ein einziger Schadensbegriff alle Schadensprobleme lösen könnte, ist, wie noch näher darzulegen sein wird, eine Illusion. Zu verschieden sind die Zusammenhänge und Fragestellungen, um sachgerecht stets mit ein und derselben Formel beantwortet werden zu können⁷.

Zwischen Schadenserörterungen, die primär von zugrundegelegten Begriffen ausgehen, auf der einen Seite und der absoluten Herrschaft der Fallty-

¹ MERTENS, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht (1967).

² KEUK, Vermögensschaden und Interesse (1972).

³ Vgl. unten S. 9ff. die Übersicht über die unterschiedlichen Anschauungen.

⁴ Zum Schadensrecht findet sich deshalb neben den ‚großen‘ dogmatischen Arbeiten, wie sie MERTENS; KEUK; HAGEN, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik (1971) u. a. vorgelegt haben, eine überreiche Fülle von ‚Praktikerliteratur‘, die allein zum konkreten einzelnen Schadensproblem Stellung nimmt. Beide Literaturebenen nehmen nur unzureichend voneinander Notiz.

⁵ MEDICUS, Unmittelbarer Schaden 43.

⁶ Siehe auch HAGEN, FS Hauß 100.

⁷ Ebenso HAGEN (vorige N.). Er spricht von Rückgängigmachen des Abstraktionsvorganges, den das BGB hier zu weit getrieben habe. Ähnlich auch schon NEUNER, AcP 133 (1931) 314. Von derselben Hypothese geht auch SCHIEMANN, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts (1981) 2 aus.

pen¹ oder gar der Einzelfälle auf der anderen Seite verläuft jedoch ein methodischer Weg, der für das Schadensrecht bisher noch wenig erkundet ist. Es ist die (induktive) Methode, aus detaillierten Fallanalysen zu systematischen und begriffsbildenden Überlegungen zu gelangen². Zugespißt mögen ihr Weg und Ziel dahin charakterisiert werden: Mit dem Fallrecht über das Fallrecht hinaus³. Bislang ist jedenfalls weder nachgewiesen noch widerlegt, ob nicht für abgrenzbare größere Problemfelder des Schadensrechts abstrahierende Feststellungen getroffen werden können, die ihrererseits – für das untersuchte Feld – zu einem konsistenten, mehrere Falltypen umfassenden Wertungsgerüst führen und sich u.U. auch zu Begriffen verdichten lassen. Hier setzt die vorliegende Arbeit an. Sie geht von der Hypothese aus, daß für begrenzte Fragestellungen des Schadensrechts Abstraktionen aus dem jeweiligen Fallmaterial noch möglich sind. Für eines der denkbaren Problemfelder wird sie die einzelnen Fallgruppen durchmustern, sie auf die Angemessenheit der jeweiligen Lösung prüfen und anschließend untersuchen, ob und welche allgemeinen Folgerungen sich ziehen lassen.

Als abgegrenzter Problembereich soll hier untersucht werden, welche Positionseinbußen einen ersatzfähigen Schaden darstellen, allgemeiner formuliert: „was im Sinne des geltenden Schadenersatzrechts überhaupt als Schaden anzusehen ist“⁴. Doch beabsichtigt die Arbeit nicht, sämtliche, auch die völlig unstreitigen Positionen daraufhin zu prüfen, ob ihre Beeinträchtigung zu Ersatz verpflichtet. Sie beschränkt sich auf die besonders umkämpften und exemplarischen Fälle, deren Behandlung in Rechtsprechung und Literatur aber gerade das Urteil darüber, was ein Schaden sein könne, hat unsicher werden lassen. Die Debatte hierüber, aus der die Begriffe „Kommerzialisierung“ und „normativer Schaden“ die bekanntesten Schlagworte sind, bildet den Kernpunkt der heutigen schadensrechtlichen Diskussion.

Der damit abgesteckte Problembereich läßt sich von anderen Schadensfragen trennen. Gegenüber der Vorteilsausgleichung, dem Rechtswidrigkeitszusammenhang, dem rechtmäßigen Alternativverhalten und der überholenden

¹ Wenn hier von Typen (Schadenstypen, Falltypen) die Rede ist, so ist das die Bezeichnung für größere oder kleinere Gruppen typischer, nämlich in den wesentlichen Zügen gleichgelagerter Sachverhaltensgestaltungen, die auch mit gewisser Häufigkeit vorkommen. Vgl. noch näher unten S. 57.

² Insbesondere von CAEMMERER hat diese Methode auf zahlreichen Gebieten exemplarisch genutzt: vgl. vor allem: Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS Rabel I 333ff.; „Products Liability“, in FS Rheinsteil II 659ff. Ebenso verfährt SCHIEMANN 2 und passim. Allerdings versucht er, Maßstäbe für die Richtigkeit der untersuchten Fallösungen nur aus dem internen Recht zu gewinnen. Auf diese Weise läßt sich aber nur die Widerspruchsfreiheit des Systems herstellen. Erhöhte Richtigkeitsgewähr folgt noch nicht daraus, daß man die Einzelfallösungen an den eben aus diesen Lösungen gewonnenen allgemeinen Prinzipien mißt.

³ In Frankreich hatte man für die Exegese des Gesetzes die Formulierung geprägt: „Par le Code civil au delà du Code civil.“

⁴ ZEUNER, AcP 163 (1964) 380.

Kausalität hebt er sich insofern ab, als jene schadensrechtlichen Komplexe voraussetzen, daß ein Verlust unzweifelhaft eingetreten ist. Ist die Entscheidung darüber gefallen, so regeln diese Rechtsfiguren, ob solche Einbußen nach dem Sinn und Zweck der Ersatzpflicht überhaupt auszugleichen, ob sie durch anderweitige Vorteile aufgehoben oder wegen anderer Ereignisse oder Verhaltensmöglichkeiten außer acht zu lassen sind. Gleiches gilt für das Mitverschulden. Auch hier wird der zunächst festzulegende Schadensumfang im nachhinein korrigiert. Ebenso liegt es bei den sog. frustrierten Aufwendungen. Auch bei ihnen ist die Ausgangsfrage nicht, ob ein Schaden überhaupt entstanden ist. Fraglich ist nur, ob sinnlos gewordene Ausgaben – eine unzweifelhafte Einbuße – auf das Schadensereignis zurückgeführt werden können und deshalb ersatzfähig sind. Zwar ist zuzugeben, daß sich das „eigentliche“ Schadensproblem in der Fallpraxis nicht immer so isolieren läßt, wie das theoretisch möglich und wünschenswert wäre¹. Grenzfälle ergeben sich vor allem bei der Vorteilsausgleichung, beim Mitverschulden und bei den frustrierten Aufwendungen². Deren Problematik wird ebenfalls anzusprechen sein. Ganz überwiegend können jedoch die Ermittlung ‚des‘ Schadens und seine anschließende Korrektur durch andere Faktoren deutlich voneinander getrennt werden.

Man könnte gegen diese Isolierung „des“ Schadensproblems freilich einwenden, sie klammere zahlreiche weitere Probleme im Schadensrecht aus. Indessen tut im Schadensrecht ein Aufbau von „unten“, von den einzelnen Fallgruppen her, not. Jeder globale Ansatz, der alle Schadensfragen auf einmal lösen will, kann von den zahllosen Einzelfragen nur oberflächlich Notiz nehmen und auch nur reichlich abstrakte, damit für die Praxis kaum hilfreiche Antworten geben.

Die Arbeit geht von der Hypothese aus, daß sich der deliktische und der vertragliche Güterschutz für die hier untersuchten Fallgruppen decken. Für einige Fallgruppen wird diese Hypothese überprüft werden. Dagegen bleibt die Frage ausgeklammert, ob vertragliche Interessen, deren Verletzung nicht gleichzeitig deliktsrechtlich geschützte Positionen berührt, gesonderten schadensrechtlichen Schutz genießen. Interessant für unsere Fragestellung wäre aus diesem Problembereich ohnehin nur, wieweit immaterielle Interessen im Vertragsbereich über den deliktsrechtlichen Güterschutz hinaus ersatzfähig sind. Gerade hierzu liegen aber neuere Arbeiten vor, die die Frage eingehend auch rechtsvergleichend untersucht haben³, so daß sich insoweit eine erneute Untersuchung erübrigt.

¹ Vgl. auch ZEUNER, FS Dietz 103ff.; LANGE 28.

² So z. B. im Fall des Ersatzes real entstandener Mietwagenkosten; dazu unten S. 84ff.

³ Braschos, Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht (1979); SCHMITZ, Ersatz immaterieller Schäden nach Vertragsrecht. Englisches, kanadisches und amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht (Hochschulsammlung Rechtswissenschaft, Zivilrecht Bd. 1, 1980).

Daß sich die Arbeit der Rechtsvergleichung bedient, veranlaßt nur eine kurze Bemerkung. Der Rechtsvergleich objektiviert die Prüfung, ob eine Lösung für eine Fallgruppe angemessen ist. Er läßt überzeugendere Ergebnisse erwarten, als nur aus dem Recht eines Landes geschöpfte Erwägungen sie hervorbringen könnten¹. Gleichwohl bleiben solche Erwägungen von erheblichem Gewicht. Denn selbstverständlich ist eine Lösung nicht schon deshalb angemessen, weil sich für sie die Mehrheit der untersuchten Rechtsordnungen ausspricht. Vielmehr kommt es auf die Überzeugungskraft ihrer Gründe an, auf die deshalb bei der Darstellung der ausländischen Lösung besonderer Wert gelegt wird. In den Vergleich einbezogen sind Länder, von denen – bei allem Vorbehalt gegen derlei Generalisierungen – angenommen werden darf, daß hinsichtlich der untersuchten Fragen etwa vergleichbare soziale Bedingungen wie in der Bundesrepublik herrschen. Vom englischen und vom Recht der Vereinigten Staaten läßt sich weiter deshalb besonderer Ertrag erwarten, weil beide Rechte die case-law-Methode perfektioniert haben. Sie ist ja aber gegenwärtig auch die Methode des deutschen Schadensrechts. Das französische Recht wird in den Vergleich einbezogen, weil sich ihm entnehmen läßt, wie ein anderes, näher verwandtes Recht gleichfalls mit der gerade in unserem Gebiet ausgeprägten Lückenhaftigkeit und Alterung einer Kodifikation fertig wird.

Eine weitere methodische Bemerkung ist anzufügen. Gegenstand des Vergleichs wie der Erörterung ist, im eben umschriebenen Rahmen, der Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung. Besonderes Schwergewicht wird jedoch auf die detaillierte Analyse der Rechtsprechung gelegt. Hier versucht die Arbeit auch die untergerichtliche Praxis einzubeziehen, sofern sie die Obergerichte ergänzt oder von ihnen abweicht. Damit ist ein wesentlicher Ausschnitt des in der Tatsächlichkeit geltenden und wirklich wahrgenommenen Rechts und nicht nur das „law in the books“ erfaßt.

Auf die Versicherungspraxis geht die Arbeit nach Möglichkeit ein. Umfassend und in systematischer Weise rechtsvergleichend konnte die außergerichtliche Schadensabwicklung aber nicht mitbehandelt werden, sollte die Arbeit noch überschaubar bleiben.

Der Aufbau der Arbeit ergibt sich nach dem bisher Gesagten nahezu zwangsläufig. Den Hauptteil der Arbeit macht die detaillierte Untersuchung der für unser Thema wesentlichen Fallgruppen aus (Teil 2). Ihm ist ein kurzer einführender Abschnitt vorangestellt, der einige generellere Punkte, die für das Verständnis des Folgenden durchgängig bedeutsam sind, zusammenfaßt und vorweg behandelt (Teil 1). Der abschließende dritte Teil enthält dann die Untersuchung, ob aus den Falltypen allgemeinere Folgerungen zu ziehen sind.

¹ ZWEIGERT/KÖTZ I 13ff.

Teil 1: Grundlagen

§ 1. Der Schadensbegriff in Schrifttum und Rechtsprechung

Als Grundlegung ist zunächst ein Überblick über die Auffassungen unerläßlich, die zum Begriff des Schadens und zumal des Vermögensschadens vertreten werden. Denn sie erklären und bedingen die einzelnen Lösungsvorschläge zu den im Mittelpunkt unserer Untersuchung stehenden Fallgruppen. Mit den Ansichten zum Schadensbegriff muß sich aber auch jeder Versuch einer Neubestimmung auseinandersetzen.

Das BGB verwendet zwar den Begriff des Schadens, legt aber nicht fest, was es darunter versteht. Es gibt auch keinen Anhalt, wo die Grenze zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden verläuft, obwohl diese Abgrenzung zentrale Bedeutung dafür erlangt hat, ob eine Einbuße überhaupt ersatzfähig ist. Denn Geldersatz – entgegen der Konzeption des Gesetzes in der Rechtswirklichkeit statt der Naturalherstellung die primäre Ersatzform – steht im Grundsatz nur für Vermögensschäden zu (§ 253 BGB)¹. Die Suche nach dem Schadensbegriff ist damit die Suche nach dem Vermögensschadensbegriff.

Die Väter des BGB hatten den Schadensbegriff vor Augen², den FRIEDRICH MOMMSEN bereits 1855 in seiner bekannten Definition des Interesses umschrieben hatte. Interesse ist danach „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.“³ Diese sog. Differenzhypothese hat das Schadensrecht lange und insbesondere die Praxis unangefochten beherrscht⁴. Man hat sie dahin verstanden, daß der Ersatz jedes Vermögensschadens eine Vermögens-

¹ Hierzu noch unten S. 312ff.

² Vgl. MERTENS 18; KEUK 14; LANGE 18; GOTTWALD 43 (alle mit weiteren Nachweisen).

³ MOMMSEN, Zur Lehre von dem Interesse (1855) 3.

⁴ LANGE 18: die Differenzhypothese sei bis heute herrschend geblieben. Siehe auch die Kommentarliteratur: STAUDINGER(-WERNER) Vorbem. vor § 249 Rz. 9ff.; SOERGEL(-REIMER SCHMIDT) §§ 249–253 Rz. 3; PALANDT(-HEINRICH) Bem. 2b vor § 249; ERMAN(-SIRP) § 249 Rz. 8. Modifizierend: AK-BGB (-RÜSSMANN) vor §§ 249–253 Rz. 21; anderer Ansicht: Münch Komm (-GRUNSKY) Vor § 249 Rz. 7.

differenz, und zwar eine vom Schadensereignis ausgelöste Minderung des Gesamtvermögens voraussetzte. Die Ermittlung einer Differenz ist allerdings nur ein Rechenvorgang, dessen Ergebnis von den Werten abhängt, mit denen man rechnet. Und es ist wohl unbestreitbar, daß jede Schadensermittlung in irgendeiner Form solcher Rechnung bedarf, um die im Schaden liegende Minderung festzustellen. Mit der Differenzhypothese hat man in Deutschland, ohne daß diese Lehre das aus sich ergäbe, weiter einen bestimmten Schadensbegriff verbunden. Ihr wurde – gleichfalls lange unangefochten – der natürliche oder faktische Schadensbegriff zugrundegelegt¹. Ersatzfähiger Schaden ist danach die Einbuße, die bei „natürlicher“ Betrachtung als Vermögensverlust erscheint. Der Rechtsanwender übernimmt die in der „Natur“, d. h. im Wirtschaftsverkehr vorgefundene Bewertung. Sieht der Verkehr gewisse Positionen als wertlos an oder beeinträchtigt die Verletzungshandlung nicht die Transaktionsfähigkeit der verletzten Position, so fehlt damit ein (geldersatzfähiger) Schaden.

Angriffe gegen dieses Verständnis der Differenzhypothese sind zunächst im Hinblick auf den sog. objektiven Schaden geführt worden. Man hat geltend gemacht, daß der Schaden am einzelnen Vermögensobjekt doch bestehen bleibe, auch wenn sich die Gesamtvermögensbilanz – ausnahmsweise – nicht verändert habe².

In jüngerer Zeit ist dem natürlichen dann in grundsätzlicherer Weise ein normativer Schadensbegriff gegenübergestellt worden³. Er erlaubt es, aufgrund „normativer“ Wertungen Schadensersatz zuzusprechen oder abzulehnen, obwohl eine Vermögensdifferenz fehlt oder besteht.

Den heutigen Stand der Diskussion kennzeichnet eine erhebliche Meinungsvielfalt, die oft um Nuancen der Differenzierung kämpft⁴. Nur zwischen dem natürlichen (faktischen) und dem normativen Schadensbegriff zu trennen⁵, wird diesem Stand nicht mehr gerecht. Die folgende Übersicht versucht, die Hauptauffassungen zusammenzustellen.

¹ Vgl. LANGE 17 ff.; MERTENS 21 ff. jeweils mit Nachweisen.

² So insbes. NEUNER, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 277 ff.

³ Vor allem von STEINDORFF, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung: AcP 158 (1959/60) 431 ff. und SELB, Schadensbegriff und Regreßmethoden (1963); DERS., Karlsruher Forum 1964, 3 ff.; DERS., NJW 1963, 2056 ff.; NJW 1964, 18 ff.; 1765 ff. Zur Verwendung des normativen Schadensbegriffs ausführlich MEDICUS, Normativer Schaden, JuS 1979, 233 ff.

⁴ Siehe auch LANGE 19 ff.

⁵ So aber etwa DEUTSCH 421 f.; ESSER/SCHMIDT 131 ff.; EIKE SCHMIDT, Grundlagen 552 ff.