

LITERATUR

Jürg Fisch, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden – Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, Dike 2020, 499 S.

I. In seiner St. Galler Dissertation spürt *Jürg Fisch* dem Grundsatz nach, dass reine Vermögensschäden im außervertraglichen Haftpflichtrecht regelmäßig nicht zu ersetzen sind. Ein für das schweizerische und deutsche Recht gleichermaßen abgegriffenes Thema – möchte man meinen. *Fischs* Untersuchung unterscheidet sich allerdings in mehrfacher Hinsicht grundlegend von der großen Mehrheit ihrer Vorarbeiten: Während sich die bisherigen Monographien meist einzelnen Facetten der (Nicht-)Haftung für reine Vermögensschäden widmen, etwa der Einstandspflicht einzelner Berufsgruppen für Drittschäden,¹ nimmt *Fisch* einen globalen Blickwinkel ein.² Ihm geht es – das wird bereits bei einem Blick in das Inhaltsverzeichnis klar – um die Erfassung des großen Ganzen. Dementsprechend ambitioniert richtet *Fisch* die Perspektive seiner Untersuchung aus und fragt nicht weniger als danach, ob die deliktische „Diskriminierung“ des Reinvermögens gegen die grundrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 26 Abs. 1 BV (Bundesverfassung) verstößt. Dieser Ansatz ist angesichts der so festgefahrenen Diskussion um die haftpflichtrechtliche Behandlung reiner Vermögensschäden ebenso radikal wie erfrischend.³

Für das deutsche Deliktsrecht bringen die §§ 823 Abs. 1, 826 BGB zum Ausdruck, dass lediglich fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden grundsätzlich nicht zu ersetzen sind. Ausnahmen gelten für die Verletzung von Gesetzen zum Schutze des Reinvermögens und in den speziellen Fällen der §§ 824, 839a, 839, 844, 845 BGB. Ähnlich lautet der Befund für das schweizerische Haftpflichtrecht. Dessen Grundnorm Art. 41 Abs. 1 OR (Obligationenrecht) ist zwar als deliktische Generalklausel verfasst und scheint auf den ersten, unbedarften Blick auch die reine Vermögensschädigung mit einer Ersatzpflicht zu belegen. Das Gegenteil ist aber der Fall. Auch in Art. 41 Abs. 1 OR liest die schweizerische Rechtsprechung ein mit § 823 Abs. 1 und 2 BGB vergleichbares Haftungsgefüge hinein – hier die unter Ersatzandrohung absolut geschützten Rechtsgüter, dort das deliktisch weitgehend schutzlos gestellte, allenfalls von etwaigen Schutzgesetzen protegierte Reinvermögen.

Hier setzt nun *Fischs* zentrale These an (S. 5f.): Wenn die Ausübung staatlicher – eben auch judikativer – Gewalt der Grundrechtsbindung unterliegt, gelte dies für den

1 Z. B. *Richter*, Die Dritthaftung der Abschlussprüfer, 2007; *Seifert*, Die Haftung des Rechtsanwalts für primäre Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England, 2003.

2 Eine breiter angelegte Untersuchung für das schweizerische Recht lieferte bereits *Misteli*, La responsabilité pour le dommage purement économique, 1999; für das deutsche Recht *Doobe*, Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts, 2014.

3 Das schätzt *Fisch* auch selbst so ein, S. 7: „Aus traditioneller privatrechtlicher Perspektive (...) ungewöhnlich“.

Bereich der richterlichen Tätigkeit insbesondere bei der Normauslegung. Ausfüllungsbedürftige Generalklauseln seien gerade mit Rücksicht auf die grundrechtliche Ausstrahlung zu interpretieren – woran es nach *Fisch* im Fall des Art. 41 Abs. 1 OR aber gerade fehlt. Vielmehr verstoße der vom schweizerischen Bundesgericht in Art. 41 Abs. 1 OR installierte, an § 823 Abs. 1 BGB angelehnte Ausschluss des Reinvermögensschutzes gegen die grundrechtliche Eigentumsgarantie.

II. Für das deutsche Recht stellt sich diese Kernthese *Fischs* nicht: Zwar sind die deutschen Zivilgerichte über Art. 1 Abs. 3 GG bei der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB an den Grundrechtsschutz gebunden. Auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG reicht insgesamt weiter als der zivilrechtliche, auf das Sacheigentum fixierte Eigentumsbegriff. Allerdings erstreckt sich der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG nach herrschender Ansicht nicht auf das Reinvermögen als solches,⁴ unterliegt an dieser Stelle also ganz ähnlichen Konturen wie § 823 Abs. 1 BGB.⁵ Ein umfassender Schutzwiderspruch zwischen Grundrechten und Deliktsrecht für das Reinvermögen – wie ihn *Fisch* für das schweizerische Recht aufzeigen will – lässt sich in Deutschland gerade nicht feststellen.

Für den deutschen Leser ist dies trotzdem kein Grund, nach diesem einleitenden Befund das Buch wieder aus der Hand zu legen – im Gegenteil. *Fisch* geht in seiner Untersuchung vielmehr haftpflichtrechtlichen Einzelfragen nach, deren Erkenntnisse sich auch auf das deutsche Recht übertragen lassen. Immer wieder sucht er den ausdrücklichen Bezug zu anderen Rechtsordnungen, in erster Linie eben zum deutschen Haftpflicht- und Verfassungsrecht. Ein Blick ins Literaturverzeichnis verdeutlicht, wie umfänglich die relevanten deutschen Quellen ausgewertet wurden – und in der Abhandlung auch (kritisch) zur Sprache kommen.

III. *Fisch* gibt seiner Untersuchung eine Struktur, die Studierende in Deutschland spätestens in der Grundrechtsvorlesung verinnerlichen: Zunächst fragt er nach der Schutzbereichseröffnung, respektive der Reichweite der von Art. 26 Abs. 1 BV gewährleisteten Eigentumsgarantie (S. 43 ff.). Anschließend wird ein Eingriff in den Schutzbereich festgestellt und dessen etwaige Rechtfertigung im Gewand einer Verhältnismäßigkeitsprüfung erwogen. Die Frage nach der Reichweite des Schutzbereichs hält erste Begründungsschwierigkeiten bereit. Auch in der Schweiz schützt die grundrechtliche Eigentumsgarantie nach etabliertem Verständnis nämlich nicht schlechthin jeden Vermögenswert, sondern nur vermögenswerte Subjektivrechte.⁶ Mit Hilfe eines

4 BVerfG, 8. 4. 1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, NJW 1997, 1975; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL, Art. 14 Rn. 277; *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., Art. 14 Rn. 68; *Fehling/Faust/Rönnau*, Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes, JuS 2006, 18 f.

5 Ausführlich *Schultess*, Vermögensschutz in der Amtshaftung – Erweiterung des deliktischen Haftungsgefüges bei hoheitlicher Schädigung, VersR 2019, 1331 (1332 f. m. w. N. in Fn. 18); *Deutsch*, Der Ersatz des reinen Vermögensschadens, in: FS Henckel, 1995, S. 79 f.

6 Ausdrücklich BGer, 6. 6. 2006 – 2P.17/2004, 2P.325/2003, BGE 132 I 201 (205, E 7.1.): die grundrechtliche Eigentumsgarantie „schützt zwar die einzelnen Eigentumsbefugnisse, nicht aber das Vermögen an und für sich“.

argumentatorischen Ausflugs ins Abgabenrecht⁷ versucht *Fisch* darzulegen, dass dieser vormalig strikt verstandene Eigentumsbegriff gerade in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Aufweichungen erfahren habe, und gelangt so zu dem Schluss, eine vormalig „kohärente Schutzbereichskonzeption [sei] nicht mehr vorhanden“ (S. 61). Dieses Zwischenergebnis ist weichenstellend für die gesamte Untersuchung, liefert es *Fisch* doch sowohl Anlass als auch Legitimation, die Reichweite des grundrechtlichen Eigentumsschutzes nun selbst ausloten zu können.

Hierzu werden zwei verschiedene Schutzbereichsmodelle einander gegenübergestellt (S. 62 ff.): einerseits das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etablierte sog. Immanenzmodell, welches Eigentum als Summe der vermögenswerten subjektiven Rechte definiert und in seiner Konturierung umfassend den gesetzgeberischen Vorgaben unterliege, andererseits das sog. Schrankenmodell, welches den Gesetzgeber aus seiner Rolle als den Schutzzumfang gestaltender Akteur herausnehme und mit einer verselbstständigten (übergesetzlichen?) Eigentumsgarantie konfrontiere. Dieses Schrankenmodell legt *Fisch* seiner Untersuchung zugrunde, versehen mit dem einleitenden Hinweis, dass man diesen Konzeptionsansatz speziell des Eigentumsschutzes in der schweizerischen Literatur bislang vergeblich sucht (S. 71, Fn. 110; S. 122). Unter eingehender Auseinandersetzung mit dem deutschen Verfassungsrecht, aber auch mit *Kant* und *Aristoteles* umreißt *Fisch* so einen grundrechtlichen Eigentumsschutz, der „die freie Nutzbarkeit erworbener Vermögenswerte“ (S. 172) umfasse, also weiter reiche als der tradierte Eigentumsbegriff.

Fischs Ansatz überzeugt insofern, als durch die autonomisierte Eigentumsgarantie auch der Gesetzgeber im Bereich des Eigentumsschutzes der Grundrechtsbindung unterworfen werden soll. Als zumindest zweifelhaft erscheint dagegen, dass der gesamte verfassungsrechtliche Überbau der Untersuchung (Verletzung der grundrechtlichen Eigentumsgarantie wegen richterrechtlich veranlasstem Nichtgleichlauf von verfassungsrechtlichem und deliktsrechtlichem Reinvermögensschutz?) auf diesem von *Fisch* offenbar singular vertretene Schutzbereichsverständnis fußt. Der Qualität der anschließenden haftpflichtrechtlichen Erwägungen tut dies allerdings keinen Abbruch.

Als Eingriff in die von ihm so weitreichend festgelegte Eigentumsgarantie beschreibt *Fisch* die richterrechtlich etablierte Regel, reine Vermögensschäden weitgehend von der Ersatzpflicht des Art. 41 Abs. 1 OR auszunehmen (S. 173 ff.). Richtungsweisend ist hierfür das in der schweizerischen Dogmatik seit den 1950er Jahren herrschende objektive Rechtswidrigkeitsverständnis: Widerrechtlich ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter bzw. die Verletzung von vermögensschützenden Normen⁸ – unübersehbar die Parallele zu § 823 BGB.

7 Für das deutsche Recht ausführlich *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., Art. 14 Rn. 65 ff. zur Frage nach Eigentumsgarantie und Eingriff im Kontext der Besteuerung und insbesondere mit einer eingängigen Darstellung der diesbezüglich durchaus diametralen Rechtsprechung des Ersten und Zweiten Senats des BVerfG.

8 BGer, 12. 11. 2015 – 5A_89/2015, BGE 141 III 527 (534); BGer, 13. 10. 1989, BGE 115 II 15 (18).

IV. Das Herzstück der Untersuchung ist die Frage nach der Eingriffslegitimation. *Fisch* erörtert insbesondere, ob durch den weitgehenden Ausschluss des Reinvermögens aus dem Deliktsschutz der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt ist (189 ff.). Hierfür wird zunächst der Zweck herausgearbeitet, dem die deliktische Schutzlosstellung des Reinvermögens dient und dessen Erreichung – eben durch die restriktive Interpretation des Art. 41 Abs. 1 OR – unter den Gesichtspunkten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit zu bewerten ist. Oder aus rein haftpflichtrechtlicher Perspektive: Aus welchem Grund führt § 823 Abs. 1 BGB das reine Vermögen in seinem Rechtsgüterkatalog nicht auf und weshalb folgt dem auch das eidgenössische Höchstgericht bei der Interpretation des Art. 41 Abs. 1 OR? Schon für das deutsche Recht sind die Gründe für die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden bislang nur im Ansatz erforscht.⁹ Häufig gibt man sich mit einer Kurzbegründung zufrieden, breiter angelegte Untersuchungen sind rar.¹⁰ Derselbe Befund gilt für die Schweiz.¹¹ Für deren Perspektive leistet *Fisch* nun wertvolle Pionierarbeit (S. 188 f., 322 ff.), indem er die unterschiedlichen, insbesondere in der anglo-amerikanischen und deutschen Literatur auffindbaren Begründungsansätze zusammen- und auf das schweizerische Recht überträgt. Als Zentralmotive der Absage an einen deliktischen Vermögensschutz identifiziert *Fisch* den Schutz der Freiheitlichkeit der Rechtsordnung, die Wahrung der Rechtssicherheit sowie die Praktikabilität des Deliktsrechts (S. 243). Er kommt im ersten Schritt seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dem Schluss, dass die höchstrichterliche Interpretation des Art. 41 Abs. 1 OR schon nicht geeignet sei, diese Zwecke zu erfüllen (S. 245). Als Beleg führt er – nicht ganz zu Unrecht – die vielzähligen Behelfsmaßnahmen an, mit denen das zunächst so eng geschnürte deliktische Korsett bezüglich reiner Vermögensschäden doch wieder gelockert wird: etwa mit Hilfe von „ad hoc kreierten Schutznormen“ (S. 193) oder der Annäherung an das vertragliche Haftungsregime (S. 197 ff.).

Die Frage nach der Erforderlichkeit des festgestellten Eingriffs (Zweckerreichung auch mit milderem, gleich wirksamen Mitteln?) beantwortet *Fisch* mit einem alternativen Rechtswidrigkeitsverständnis. Ausdrücklich verabschiedet er das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verankerte, dem deutschen Deliktsrecht entlehnte Konstrukt des Erfolgsunrechts (S. 250 ff.), ebenso wie einzelne, nur sporadisch vertretene Alternativkonzepte (S. 255 ff.). Stattdessen folgt er – ganz im Fahrwasser seines Doktorvaters¹²

9 Mit diesem Befund zuletzt *Wagner*, in: MüKo BGB, 8. Aufl., § 826 Rn. 13: „Bisher wird die Frage nach den Gründen für die Diskriminierung reiner Vermögensschäden weithin ignoriert“.

10 Es ist eben *Wagner*, der sich im deutschen Recht am tiefgehendsten mit dieser Frage und den einzelnen Begründungsansätzen beschäftigt, vgl. *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 826 Rn. 14 ff.; *ders.*, in: Zimmermann (Hrsg.) Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, S. 189 (233 ff.); für das deutsche Recht auch *Doobe* (Fn. 2), insb. S. 210 ff., der den Grundsatz der Nichtersatzfähigkeit allerdings rein ökonomisch begründet sehen möchte.

11 Im Ansatz bereits *Schönenberger*, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, 1999, S. 8 ff.

12 Etwa *Roberto*, Verschulden statt Adäquanz – oder sollte es gar die Rechtswidrigkeit sein?, recht 2002, 145 (149); *ders.*, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 (519).

– der Verhaltensunrechtslehre. Auf eine umfassende Abhandlung (S. 271 ff.) zur Entstehung und haftpflichtbegründenden Verletzung von Sorgfaltspflichten (hier: Gefahrschutzpflichten) unter besonderer Orientierung an deutschen und englischen Quellen (S. 290 ff.) folgt die Feuertaufe: An Lehrbuchfällen wie der Dritthaftung des Liegenschaftsgutachters für ein falsches Wertgutachten¹³ oder des Bauunternehmers für den Betriebsausfall eines Unternehmens nach einer Stromkabelbeschädigung¹⁴ soll sich das alternative Widerrechtlichkeitsmodell praktisch bewähren (S. 386 ff.). *Fisch* schließt – wenig überraschend – damit, dass sich die zentralen Fallgruppen reiner Vermögensschäden unter seinem Rechtswidrigkeitsmodell adäquat lösen lassen. Oder aus der Perspektive der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Die pauschale richterrechtliche Schutzlosstellung des Reinvermögens sei nicht erforderlich, schließlich lasse sich der Ersatz reiner Vermögensschäden auch mit seinem feingliedrigen (eben dem geeigneteren, weil milderen) Rechtswidrigkeitsverständnis erfassen (S. 420). Er kommt bei den einzelnen Falllösungen zwar zu ähnlichen Ergebnissen wie die bisherige Rechtsprechung. Während diese hierfür aber behelfsmäßig die Nähe zum Vertragsrecht suchen muss,¹⁵ verortet *Fisch* sein Haftungskonzept „aus einem Guss“ rein deliktsrechtlich.

Zwei Punkte sind hier festzuhalten: *Erstens* wird deutlich, wie lebendig der Streit zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht in der Schweiz noch geführt wird und welche unmittelbar praktische Relevanz er hat. Nun muss man den – im deutschen Recht unter der Deutungshoheit des § 823 Abs. 1 BGB – so verhärteten Streit um die richtige Rechtswidrigkeitslehre hier nicht in letzter Konsequenz aufnehmen, um mit *Fischs* Werk *zweitens* jedenfalls Folgendes zu resümieren: Der Status quo der Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden ist kein Naturgesetz,¹⁶ sondern beweglich. Eine Fortentwicklungsmöglichkeit hat *Fisch* hier eindrücklich aufgezeigt.

- 13 Dieser Klassiker stellt sich in der Schweiz (BGer 23. 12. 2003 – 4C.230/2003, BGE 130 III 345, AJP 2005, 350 m. Anm. *Plotke*) ebenso wie in Deutschland, BGH, 20. 4. 2004 – X ZR 250/02, BGHZ 159, 1, NJW 2004, 3035; BGH, 20. 4. 2004 – X ZR 255/02, NJW-RR 2004, 1464; BGH, 14. 11. 2000 – X ZR 203/98, NJW 2001, 514; BGH, 13. 11. 1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059; BGH, 10. 11. 1994 – III ZR 50/94, BGHZ 127, 378, NJW 1995, 392; BGH, 23. 1. 1985 – IVa ZR 66/83, NJW-RR 1986, 484; BGH, 2. 11. 1983 – IVa ZR 20/82, VersR 1984, 85.
- 14 Für die Schweiz etwa BGer, 2. 3. 1976, BGE 102 II 85; BGer, 16. 5. 1975, BGE 101 Ib 252; für Deutschland z.B. BGH, 8. 6. 1976 – VI ZR 50/75, BGHZ 66, 388, NJW 1976, 1740; BGH, 9. 12. 1958 – VI ZR 199/57, BGHZ 29, 65, NJW 1959, 479; BGH, 12. 7. 1977 – VI ZR 136/76, NJW 1977, 2208; KG, 4. 7. 2003 – 9 U 307/01, KG r + s 2005, 40.
- 15 Plastisch *Gauch*, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 (233) der von einer „Flucht in die Kategorien des Vertragsrechts“ spricht, die in der Schweiz freilich noch deutlich zurückhaltender stattfindet als in Deutschland.
- 16 In diesem Sinne schon *Picker*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 (1051); *ders.*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 (475); treffend auch *Faust*, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, AcP 210 (2010), 555: „Problem ist durch und durch hausgemacht“.

V. Fazit: Das überaus gelungene Buch spricht eine breite Palette von Lesern an. Gewinnbringend ist es sowohl für denjenigen, der einen rechtsvergleichenden Blick auf das deutsche und schweizerische Haftpflichtrecht wirft, als auch für den an einer intensiven Auseinandersetzung mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte Interessierten. Auch stilistisch ist die Arbeit ansprechend. Mit kurzen Strichen und in eingängiger Schreibweise führt *Fisch* durch sein Buch. Mit seiner Untersuchung entspricht er unmittelbar dem Petition *von Heins*, welcher zuletzt gerade im deutsch-schweizerischen Kontext angeregt hat, „den gordischen Knoten der reinen Vermögensschäden durch weitere dogmatische, rechtsvergleichende und ökonomische Analysen zu entwirren“.¹⁷ Wer sich also im deutschsprachigen Raum (das gilt schließlich auch für Österreich)¹⁸ mit dem Komplex der Haftung für reine Vermögensschäden beschäftigt, „muss“ dieses Buch lesen.

Frankfurt am Main

Paul Schultess^{*}

17 *von Hein*, Der Ersatz reiner Vermögensschäden im schweizerischen Deliktsrecht, in: FS Kren Kostkiewicz (2018), S. 773 (793); ausweislich des Literaturverzeichnisses hat der Beitrag *von Heins* bei *Fisch* keine Beachtung gefunden – seinem abschließenden Appell entspricht er gleichwohl.

18 Auch im österreichischen Recht wird die dortige deliktische Generalklausel des § 1295 Abs. 1 ABGB durch ein restriktives Rechtswidrigkeitsverständnis bezüglich reiner Vermögensschäden auf ein mit dem deutschen und schweizerischen Recht vergleichbares Schutzniveau herabgestutzt; aus der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs etwa OGH, 22. 12. 2016 – 6 Ob 229/16v, SZ 2016/143, EvBl 2017/105 m. Anm. *Riederer*; ähnlich und in deutscher Zeitschrift veröffentlicht OGH, 21. 3. 2018 – 7 Ob 28/18w, RdTW 2019, 113 (114).

^{*} Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Versicherungsrecht, Goethe-Universität Frankfurt am Main.