VITO ROBERTO
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich
Professor an der Universität St. Gallen

SCHADENSRECHT

Helbing & Lichtenhahn
Basel und Frankfurt am Main
1997

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Roberto, Vito:
Schadensrecht / Vito Roberto. - Basel ; Frankfurt am Main :
Helbing und Lichtenhahn, 1997
Zürich, Univ., Habil., 1997
ISBN 3-7190-1625-0

Publiziert mit Unterstützung des
Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.
Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerke zu kopieren und zu übertragen, oder zu speichern (downloading), liegt ausschliesslich beim Verlag.
Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 3-7190-1625-0
Bestellnummer 21 01625

© 1997 by Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel
Printed in Switzerland

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Oberassistent an der ETH Zürich bei der Professur von Herrn Prof. Dr. Urs Ch. Nef, dem ich an dieser Stelle sowohl für die Freiheiten danken darf, die ich während meiner Tätigkeit an seiner Professur geniessen durfte, als auch für die wertvollen Anregungen und die zahllosen, über die dogmatischen Grundlagen weit hinausgehenden Gespräche.

Die Fertigstellung der Arbeit erfolgte während eines vom Schweizerischen Nationalfonds finanzierten Forschungsaufenthaltes an der University of Texas in Austin im Winterhalbjahr 1995/96. Im Sommersemester 1997 wurde die Arbeit von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Habilitationsschrift angenommen.

Zürich, im September 1997 Vito Roberto

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XIV

Einleitung 1

1. Teil: Schadensbegriff und Schadensbegrenzung

§ 1 Schadensbegriff 9
§ 2 Schadensbegrenzung 49
§ 3 Analyse der tradierten Dogmatik 101

2. Teil: Ersatzfähige Schäden

§ 4 Wiederherstellung und Wertersatz 133
§ 5 Fiktive Kosten 167
§ 6 Verlust von Gebrauchsvorteilen 191
§ 7 Beeinträchtigung persönlicher Ressourcen 211
§ 8 Aufwendungen vor dem Schadensfall 237

3. Teil: Schadensumfang

§ 9 Schadensbemessung 249
§ 10 Schadensverteilung 287

Literaturverzeichnis 335
Stichwortverzeichnis 339

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XIV

Einleitung 1

1. Teil: Schadensbegriff und Schadensbegrenzung

§ 1 Schadensbegriff 9
I. Differenzhypothese 9
1. Bedeutung und Funktion 9
2. Entwicklung und Aussagegehalt 11
3. Differenzlehre und Vorteilsausgleichung 13
4. Differenzlehre und hypothetische Schadensverursachung 15
5. Zeitpunkt des Gesamtvermögensvergleichs 16
6. Fazit 18
II. Weitere Bestimmungsversuche 19
1. Objektiver Schadensbegriff 19
2. Bedarfslehre 22
3. Funktionsschadensbegriff 24
4. Einzelschadenslehre 26
III. Frustrations- und Kommerzialisierungsschaden 28
1. Das Problem 28
2. Kommerzialisierungsgedanke 30
3. Frustrationsgedanke 34
IV. «Normativer» Schaden 38
1. Begriff und Inhalt 38
2. «Normativer Schaden» im engeren Sinne 40
3. Weitere Problemgruppen 42
V. Gegenwärtiger Stand der Diskussion 45

§ 2 Schadensbegrenzung 49
I. Natürlicher Kausalzusammenhang 49
1. Bedeutung 49
2. Äquivalenztheorie 50
3. Kausalität der Unterlassung 52

4. Haftung mehrerer 55
5. Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten 58
6. Unsichere Kausalität 63
7. Äquivalenztheorie als juristische Zurechnungslehre 67
II. Adäquater Kausalzusammenhang 70
1. Begriff, Massstab und Bedeutung 70
2. Wegfall der Adäquanz 73
3. Einwände aus theoretischer Sicht 75
4. Unzulänglichkeiten in der Rechtsprechung 78
5. Würdigung 80
III. Schutzzweck der Norm 83
1. Begriff, Ursprung, Inhalt 83
2. Anerkennung in Rechtsprechung und Lehre 86
3. Die einzelnen Anwendungsgebiete 89
4. Würdigung 92
IV. Zurechnung nach Risikobereichen 94
1. Begriff und Inhalt 94
2. Konkretisierung 96
3. Einordnung 97
4. Würdigung 99
§ 3 Analyse der tradierten Dogmatik 101
I. Allgemeines 101
1. Abschied von Formeln 101
2. Begriffliche Probleme 102
II. Dogmatik des Vermögensschadens 106
1. Differenzhypothese als Grundkonzeption 106
2. Verletzungsschaden und Vermögensschaden 108
3. Abgrenzung der Vermögens- und Nichtvermögensschäden 109
4. Das Wertungsproblem 113
5. Vom einheitlichen zum gegliederten Schadensbegriff 116
III. Dogmatik der Schadensbegrenzung 121
1. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität 121
2. Abgrenzung 124
3. Haftungstatbestand und Schadenstatbestand 126

2. Teil: Ersatzfähige Schäden

§ 4 Wiederherstellung und Wertersatz 133
I. Geldersatz und Naturalrestitution 133
1. Haftungsfolgen im allgemeinen 133
2. Die Naturalrestitution im speziellen 134
II. Restitution und Kompensation 136
1. Grundsätzliches 136
2. Anwendungsbereich der Restitution und der Kompensation 139
III. Ersatz des Restitutionsinteresses 144
1. Begrenzung des Anspruches 144
2. Einzelne Fallgruppen 146
IV. Ersatz des Kompensationsinteresses 155
1. Allgemeines 155
2. Erwerbs- und Gewinnausfall 157
3. Merkantiler Minderwert und Abzug «neu für alt» 163

§ 5 Fiktive Kosten 167
I. Problemlage 167
II. Problematische Fallgruppen 168
1. Fiktive Wiederbeschaffungs- und Reparaturkosten 168
2. Fiktive Heilungskosten 172
III. Überblick über den Diskussionsstand 175
1. Dispositionsfreiheit 175
2. Zweckbindung 177
3. Vermittelnde Lösungen 179
IV. Integritäts- oder Kompensationsinteresse 181
1. Streben nach Vereinheitlichung 181
2. Trennung der Interessearten 183
3. Konsequenzen für die problematischen Fallgruppen 185
4. Kostenvorschuss 188

§ 6 Verlust von Gebrauchsvorteilen 191
I. Problemlage 191
II. Konkrete Mietkosten 192
1. Voraussetzungen des Kostenersatzes 192
2. Anspruchshöhe 193
III. Abstrakte Mietkosten 194
1. Anerkennung durch die Rechtsprechung 194
2. Einschränkungen 198

3. Literaturmeinungen 201
4. Begrenzungsversuche 204
IV. Würdigung 207
1. Sonderstellung der Nutzungsentschädigung bei Fahrzeugen? 207
2. Zusprechung der erforderlichen konkreten Mietkosten 209

§ 7 Beeinträchtigung persönlicher Ressourcen 211
I. Problemlage 211
II. Fiktiver Erwerbsschaden 212
1. «Hausfrauenschaden» 212
2. Überobligatorische Anstrengungen 216
3. Beeinträchtigte Arbeitskraft 217
III. Schadensbeseitigung und Schadensregulierung 219
1. Eigenreparatur 219
2. Anspruchsverfolgung 222
3. Schadensregulierung 223
IV. Beeinträchtigung der Ferien- und Freizeit 225
1. Ferienzeit als Vermögenswert 225
2. Freizeit als Vermögenswert 227
V. Würdigung 228
1. Das Fehlen einheitlicher Kriterien 228
2. Schadensbeseitigung und Schadensregulierung 230
3. Fiktiver Erwerbsschaden 231
4. Beeinträchtigung der Ferien- und Freizeit 234

§ 8 Aufwendungen vor dem Schadensfall 237
I. Problemlage 237
II. Problematische Fallgruppen 238
1. Reservewagen-Fälle 238
2. GEMA-Fälle 241
3. Ladendiebstahls-Fälle 243
III. Überwindung der Kausalitätsproblematik 245

3. Teil: Schadensumfang

§ 9 Schadensbemessung 249
I. Prinzipien der Schadensbemessung 249
1. Proportionalitätsprinzip und soziale Schadensverteilung 249
2. Das Ausgleichsprinzip im BGB und die Reformbestrebungen 255
3. «Bewegliches System» des Schadensrechts 259
4. Funktionen des Schadenersatzes 263
II. Ersatzreduktion im schweizerischen Recht 270
1. Trennung von Schadensberechnung und Schadensbemessung 270
2. Die einzelnen Reduktionsgründe 272
3. Praktische Bedeutung der Reduktionsgründe 274
4. Würdigung 281

§ 10 Schadensverteilung 287
I. Vermeidbarer Schaden 287
1. Anwendungsbereich der Schadensverteilung 287
2. Bedeutung und Begründung des vermeidbaren Schadens 290
3. Regeln des vermeidbaren Schadens 295
4. Konkretisierung des vermeidbaren Schadens 297
II. Mitverantwortlichkeit für das Schadensereignis 303
1. Im allgemeinen 303
2. Verschuldens- und Verursachungsabwägung 310
3. Selbstverschulden bei Kausalhaftungen 313
4. Mitwirkende Betriebs- und Sachgefahr 320
III. Aussergewöhnliche Schadenspotentiale 323
1. Vorbemerkungen 323
2. Problematische Fälle 324
3. Würdigung 332

Literaturverzeichnis 335
Stichwortverzeichnis 339

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Amtsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
ALR	preussisches Allgemeines Landrecht von 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg)
BBl	Bundesblatt
Bd., Bde.	Band, Bände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer.	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Deutschland)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
CCf	Code civil vom 21. März 1804 (Frankreich)
CCi	Codice Civile vom 16. März 1942 (Italien)
d.h.	das heisst
DAR	Deutsches Autorecht (München)
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Köln)
EG	Europäische Gemeinschaften
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift, Festgabe
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GS	Grosser Senat
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter (Wien)

JR	Juristische Rundschau (Berlin)
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Kfz.	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
Komm	Kommentar
LG	Landgericht
lit.	litera
m.N., m.w.N.	mit Nachweisen, mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Köln)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N	Note (Randnote)
NBW	Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München)
Nr.	Nummer
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (München/Frankfurt a.M.)
OGer.	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Wien)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Deutschland)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von E. Rabel (Tübingen)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
Rev.	Review
RG	Reichsgericht (Deutschland)
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Deutschland)
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
Semjud	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift (Bern)
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Österreich)
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
v.	versus
VersR	Versicherungsrecht (Karlsruhe)
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Köln)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (Essen)

ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen (Hamburg)
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Stuttgart)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Köln)
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (München)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Einleitung

a) Steht fest, dass jemand für ein schädigendes Ereignis haftbar ist, stellt sich die Frage nach dem Umfang der Ersatzpflicht. Mit zunehmender Ausbreitung der Haftpflichtversicherungen verändert sich – wie V.BAR schreibt – «die Bedeutung der ursprünglich auf den Ausgleich individueller Interessen ausgerichteten zentralen Begriffswelt des Haftungsgrundes. Dem Schaden gilt die Aufmerksamkeit in zunehmendem Masse»[1]. Nicht die Normen, welche auf den Schutz von Rechtsgütern oder bestimmte Verhaltenspflichten gerichtet sind, stehen im Vordergrund, sondern die *Bezugsgrösse Schaden* als ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff, die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens. Anders als in den umliegenden Ländern, in denen die Konkretisierung der rechtlich anerkannten Haftungsfolgen in jüngerer Zeit vermehrt Beachtung fand und meist auch Gegenstand umfangreicher monographischer Arbeiten bildete[2], hat sich das Schrifttum hierzulande bislang überwiegend mit der Begründung der Haftpflicht und nur am Rande mit dem Haftungsumfang beschäftigt. Auch SCHAER kam vor wenigen Jahren zu dem Schluss: «In der schweizerischen Lehre sind Abhandlungen über den Schadensbegriff eine Rarität.»[3]

b) Die haftpflichtrechtliche Literatur verweist hinsichtlich des Schadensbegriffes beinahe einhellig auf die *kalkulatorische Differenztheorie*. Danach entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem hypothetischen Vermögen ohne das schädigende Ereignis. Bezüglich der Frage, was alles als Schaden anzusehen sei, mithin der Grenzen des ersatzfähigen Schadens, müsse auf den *adäquaten Kausalzusammenhang* abgestellt werden. Die Differenzlehre in Kombination mit der Adäquanz als rechtlich erheblichem Kausalbegriff führt folglich zum relevanten Schaden.

---

[1] *Chr. v.Bar*, Das «Trennungprinzip» und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 1981, 289, 326.

[2] Vgl. z.B. zum französischen Recht *Chartier*; zum italienischen Recht *deCupis* und (rechtsvergleichend) *A.P. Mirabelli di Lauro*, La riparazione dei danni alla persona, Napoli 1993; zum deutschen Recht aus neuerer Zeit *Lange*; *Magnus*; *Roussos*; *Stoll*; zum österreichischen Recht *Huber*; zum englischen Recht *McGregor*; *Ogus*; zum amerikanischen Recht *Dobbs*; früher bereits *Ch.T. McCormick*, Handbook on the Law of Damages, St. Paul 1935; zum australischen Recht *H. Luntz*, Assessment of Damages for Personal Injury and Death, 3. Aufl., Sydney 1990; zum kanadischen Recht *S.M. Waddams*, Law of Damages, 2. Aufl., Toronto 1994; *K.D. Cooper-Stephenson/I.B. Saunders*, Personal Injury Damages in Canada, Toronto 1981; zum südafrikanischen Recht *P.J. Visser/J.M. Potgieter*, Law of Damages, Cape Town u.a. 1993.

[3] *Schaer* N 112.

Dieser muss nicht mit dem zu ersetzenden Schaden übereinstimmen. Der auf der Grundlage der Differenzrechnung und der Adäquanz ermittelte Schaden bildet vielmehr die Obergrenze; die so ermittelte Schadenshöhe kann anschliessend aufgrund der verschiedenen Kriterien der Schadensbemessung herabgesetzt oder gar auf null reduziert werden.

In der jüngsten Literatur finden sich vereinzelt Anzeichen, die darauf hindeuten, dass man sich nicht gänzlich der in Deutschland zu beobachtenden Tendenz zu entziehen vermag, den Schadensbegriff wertend zu korrigieren. Obwohl an dem tradierten Schadensbegriff grundsätzlich nach wie vor festgehalten wird, anerkennt man gelegentlich, dass die Differenzhypothese einer «wertenden Überformung» bedarf. Anders bezüglich der Schadensbegrenzung: Das Kriterium der Adäquanz ist für die Begrenzung des Schadenersatzes nicht nur allgemein herrschend, sondern (mit Ausnahme der spärlichen Kritik in den siebziger Jahren) unbestritten. Immerhin wurde in jüngster Zeit vorgeschlagen, neben der Adäquanz bei der Haftungsbegrenzung vermehrt auf den Grad des Verschuldens abzustellen[4]. Es sei gerade der grosse Vorzug des schweizerischen Schadensrechts, dass Art. 43 Abs. 1 OR den Richter ermächtigt, den Umfang des Ersatzes nach den Umständen und der Grösse des Verschuldens zu bestimmen.

Im Gegensatz zum schweizerischen Schadensrecht, das von weitgehender Übereinstimmung geprägt ist, befindet sich das *deutsche Recht* seit nunmehr Jahrzehnten in «desolatem Zustand»[5], wobei der kaum mehr überblickbaren Diskussion im Schrifttum «chaotische Züge» attestiert werden, während in der Rechtsprechung eine «allmähliche Hinwendung zu einer auf den Einzelfall bezogenen Billigkeitsentscheidung» erfolge[6]. Insgesamt befinde sich die Dogmatik in kaum einem anderen Bereich so sehr «auf der Suche nach dem verlorenen Profil»[7]. Das Abflauen der Diskussion um den massgebenden Schadensbegriff in den letzten Jahren ist weniger auf die Klärung der umstrittenen Positionen als vielmehr auf eine verbreitete Resignation zurückzuführen. Was in der Vergangenheit als generelle Lösung der anstehenden Problemfälle daherkam (Stichworte: Kommerzialisierungsschaden, normativer Schaden, Schutzzweck der Haftungsnorm, allgemeines Lebensrisiko

---

[4] So *W. Fellmann*, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I, 339, 345; ferner *H. Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, 25.

[5] *M. Lieb*, «Wegfall der Arbeitskraft» und normativer Schadensbegriff, JZ 1971, 358; *H. Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973, 5, spricht von einer «Krise» des Schadensrechts.

[6] *Keuk* 14; *Magnus* 1: «Übergreifende Regeln und Gesichtspunkte haben abgedankt; die Fallgruppe oder gar der Einzelfall regiert.»

[7] *Brinker* 13.

usw.), stellte sich jeweils rasch als nur für einen beschränkten Bereich anwendbare Lehre oder gar Irrweg heraus. In jüngerer Zeit ist man vorsichtiger geworden. Man beklagt zwar die Orientierungslosigkeit des deutschen Schadensrechts, ohne indes eingehend Alternativen oder Auswege aufzuzeigen.

Die Entwicklung im deutschen Schadensrecht könnte den Gedanken nahelegen, es hierzulande bei den tradierten Begriffen und Theorien zu belassen, zumal diese – so der allgemeine Tenor – im Regelfalle angemessene Lösungen bewirken[8]. Dagegen wird gelegentlich eingewandt, dass die verschiedenen in der Literatur umstrittenen Begriffe und Theorien zwar für die grosse Masse der Fälle zu identischen Ergebnissen führen, die Bewährungsprobe sich aber bei den komplexeren Fällen, den «hard cases», stelle[9]. Dieser Einwand überzeugt nicht. Der Wert einer Theorie muss sich nicht gerade in Randbereichen zeigen. Entscheidend sind vielmehr die Bedenken bezüglich der Annahme, mit dem klassischen Instrumentarium des Schadensrechts liesse sich die grosse Mehrheit der Fälle problemlos lösen und Streitigkeiten über die Festsetzung des Schadenersatzes seien nicht häufig[10]. Ein alltägliches Beispiel mag diese Zweifel erhärten: Wird in einem Verkehrsunfall ein Fahrzeug beschädigt, so kann der Schaden bestimmt werden nach den effektiven Reparaturkosten (selbst wenn diese über den Sachwert hinausgehen? und zuzüglich des merkantilen Minderwertes?), den fiktiven Reparaturkosten (sofern die Reparatur nicht bzw. vom Geschädigten selbst ausgeführt wird) oder der Verminderung des Gebrauchswertes (Anschaffungswert abzüglich Abschreibungen) bzw. Ertragswertes (Kapitalisierung der künftigen Nutzungen); liegt ein Totalschaden vor, kann auf den Anschaffungswert, den Verkaufswert oder wiederum den Gebrauchs- bzw. Ertragswert abgestellt werden. Während der Reparaturdauer bzw. der Zeit bis zur Ersatzanschaffung ist fraglich, ob die effektiven Kosten eines Mietwagens, die fiktiven Kosten eines Mietwagens oder ein abstrakter Schadensbetrag für den Nutzungsentgang zu ersetzen ist. Auch bei Personenverletzungen bestehen ähnliche Fragen. So ist etwa unklar, ob Kosten einer an sich nötigen Heilung, die jedoch konkret nicht aufgewendet wurden, zu ersetzen sind. Schwierigkeiten bereitet ferner die Ermittlung des Verdienstausfalles des Selbständigerwerbenden oder der in Ausbildung stehenden Person sowie die Frage, ob auch der haushaltsführende Ehegatte einen Ersatz beanspruchen kann. Zu erwähnen sind

---

[8] Siehe nur *Oftinger/Stark* § 1 N 85: Das Haftpflichtrecht sei eine «schwierige und in vielen Punkten labile Materie … Man sollte deshalb ohne Not *nicht an den Grundlagen rütteln*, eine *einheitliche Terminologie* handhaben, sich mit *Neuerungen tunlich zurückhalten* und um der Rechtssicherheit willen eher nach Beständigkeit trachten.»

[9] So z.B. *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 7.

[10] So *Oftinger* 54; kritisch *Schaer* N 114, insbesondere Fn. 10.

sodann die besonderen Probleme des Schadensrechts im Immaterialgüterrecht und bei vor dem Schadensfall getätigten Aufwendungen zur Schadensverhütung. In den letzten Jahren fanden im Schrifttum die Ersatzfähigkeit der nicht wunschgemäss verbrachten Ferien, der verdorbenen Freizeit, der Aufwendungen für die Anspruchsverfolgung sowie der Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit einem unerwünschten bzw. behinderten Kind Beachtung. Bei diesen und zahlreichen weiteren Fragen führt weder die Differenzhypothese noch die Adäquanzlehre weiter.

Die Gerichte, die sich mit solchen Problemstellungen konfrontiert sehen, müssen sich *von Fall zu Fall forttasten*, wodurch sie – wie namentlich die Entwicklung in Deutschland zeigt – zwangsläufig Gefahr laufen, sich in Widersprüche zu verwickeln. Bemerkenswert erscheint sodann, dass die Rechtsprechung in Ländern wie Deutschland und Österreich, mit in etwa vergleichbaren schadensrechtlichen Grundlagen, zu teilweise entgegengesetzten Lösungen gelangen. So anerkennt etwa die deutsche Rechtsprechung den Nutzungsausfall als Schaden (jedenfalls bei Fahrzeugen), während dies in Österreich abgelehnt wird. Gerade umgekehrt präsentieren sich die Rechtslagen bei den fiktiven Heilungskosten. Nach Auffassung des BGH ist die Gesundheit kein Vermögensgut, weshalb nur konkret aufgewendete Kosten ersatzfähig sind. Der OGH betrachtet dagegen die Gesundheit als besonders wertvolles Rechtsgut und spricht in ständiger Rechtsprechung auch fiktive Heilungskosten zu. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Quintessenz einer jüngst in Österreich erschienenen Habilitationsschrift zu dem Thema «Fragen der Schadensberechnung»: «Bei Beherzigung der hier vorgeschlagenen Bemessungsansätze soll es in Hinkunft nicht mehr so sein, dass der Geschädigte nach einem Strassenverkehrsunfall es vorzieht, lieber das beschädigte Vehikel als die malträtierte Person zu sein, weil die Bemessungsgrundsätze beim Sachschaden grosszügiger gehandhabt werden als beim Personenschaden.»[11]

c) Neben der Frage, welche Beeinträchtigungen ersatzfähig sind, stellt sich auch die Frage nach dem *Schadensumfang*. Nach allgemeiner Auffassung würde es zu den absurdesten Folgen führen, wenn der widerrechtlich Handelnde für alle, auch die entferntesten schädlichen Auswirkungen seiner Handlung einstehen müsste. Während in der Schweiz der Schaden ausschliesslich aufgrund der Adäquanztheorie begrenzt wird, zieht man in Österreich und in Deutschland auch den Schutzzweck der Haftungsnorm, teilweise auch das allgemeine Lebensrisiko heran. Im angloamerikanischen

[11] *Huber* 650.

Recht stellt man auf die «foreseeability doctrine» bzw. die «proximate cause» und in neuerer Zeit auf das «risk principle» ab.

Aufgabe dieser Theorien ist es, die Haftung für aussergewöhnliche Verletzungs- und Schadensfolgen auszuschliessen. Denn mit der fortschreitenden Technisierung der heutigen Gesellschaft sei auch das Schädigungspotential des einzelnen in einem Masse gestiegen, dass ein vollständiger Schadensausgleich im Einzelfall als unbillig erscheinen kann, zumal in vielen Schadensfällen mehr Unglück als Unrecht stecke. Dass zwischen Schuld und Schadenersatz ein Gleichgewicht bestehen müsse, hatte bereits JHERING vertreten. Und dieser Gedanke findet sich in der Schweiz – so die allgemeine Ansicht – in Art. 43 Abs. 1 OR wieder, wonach der Richter den Umfang des Ersatzes nach der Grösse des Verschuldens bestimmt. Bemerkenswert ist, dass in Deutschland wiederholt die Einführung einer Reduktionsklausel nach schweizerischem Vorbild vorgeschlagen wurde. Bei aussergewöhnlich hohen Schäden soll der Richter unter Berücksichtigung des Verschuldens die Ersatzpflicht einschränken dürfen. Die Bestrebungen zur Haftungsbegrenzung scheinen freilich der allgemeinen Entwicklung des modernen Schadensrechts mit ihren Ausweitungstendenzen entgegenzulaufen.

d) Die erwähnten Problemfelder stecken den Rahmen der vorliegenden Untersuchung ab. Im Vordergrund stehen dabei die Folgen der *ausservertraglichen Haftung*. In der vertraglichen Haftung sind wesentliche Besonderheiten zu verzeichnen, die sich aus der Zweckrichtung des Vertrags, die Ausrichtung auf die geschuldete Leistung, ergeben. Soweit der Vertrag auch das Integritätsinteresse schützt, gelten jedoch dieselben Grundsätze; ansonsten ist jeweils zu prüfen, inwiefern sich die Regeln des ausservertraglichen Haftungsumfangs auf die Vertragshaftung übertragen lassen und in welchem Masse die Besonderheiten der vertraglichen Haftung Berücksichtigung verlangen[12]. Zu den Haftungsfolgen gehören zwar auch die Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung oder Herausgabe; um den Umfang überschaubar zu halten, beschränkt sich jedoch die vorliegende Arbeit auf den bei weitem wichtigsten Rechtsbehelf, nämlich den Anspruch auf Schadenersatz.

[12] So auch *Stoll*, Haftungsfolgen, 2.

1. TEIL

SCHADENSBEGRIFF UND SCHADENSBEGRENZUNG

§ 1 Schadensbegriff

I. Differenzhypothese

1. Bedeutung und Funktion

a) Das Obligationenrecht definiert den Begriff des Schadens nicht[1]. Die Rechtslehre ist sich indessen einig, dass aufgrund der speziellen Regelung der Genugtuung in Art. 47 und 49 OR das Gesetz von einem «ökonomischen Schadensbegriff» ausgeht[2], Schadenersatz folglich nur für einen «Vermögensschaden» gefordert werden kann[3]. «Schaden ist eine *Vermögensverminderung*», wird in der Literatur unisono formuliert[4]. Der «aus dem deutschen Recht unbesehen entlehnte» Ausdruck «Vermögensschaden» sei infolgedessen ein Pleonasmus, «weil im schweizerischen Recht jeder Schaden per definitionem Vermögensverminderung ist»[5]. Die Verminderung muss sodann «gegen oder wenigstens ohne Willen des Vermögensherrn»[6] eintreten; nur unter besonderen Umständen können freiwillige Vermögensdispositionen einen Schaden darstellen, etwa bei Aufwendungen zur Abwehr eines Schadens[7].

Aus der Umschreibung des Schadens als Verminderung des Vermögens des Betroffenen folge, dass der Schaden aufgrund der «Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte»[8], zu ermitteln ist. Die diesem Verfahren zugrunde liegende Vorstellung wird als *Differenzhypothese* oder Differenztheorie bezeichnet. Die Definition des Schadens als

---

[1] In Österreich bestimmt dagegen § 1293 ABGB: «Schade heisst jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.»

[2] *Merz* 186.

[3] *Oftinger* 54; *Oftinger/Stark* § 2 N 5; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 69; *v.Tuhr/Peter* 83 f.; immaterielle Unbill wird hingegen durch Genugtuung wieder gutgemacht.

[4] Vgl. *Rey* N 151; *Oftinger* 53; *Oftinger/Stark* § 2 N 4; *v.Tuhr/Peter* 83; *Deschenaux/Tercier* § 3 N 3; *Gauch/Schluep* N 2624; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 70; *Keller* I 52; *Glarner* 2.

[5] *Oftinger* 61 Fn. 38: umgekehrt sei der Begriff «Nichtvermögensschaden» ein Widerspruch in sich selber; ähnlich *Oftinger/Stark* § 2 Fn. 84.

[6] *v.Tuhr/Peter* 84; *Oftinger* 54; *Guhl/Merz/Koller* 63; abweichend *Oftinger/Stark* § 2 N 8.

[7] *v.Tuhr/Peter* 84; *Keller/Gabi* 9; *Glarner* 3. Zu dieser Frage, insbesondere zu den Aufwendungen, die im Hinblick auf einen bestimmten Zweck getätigt wurden und nachträglich aufgrund des schädigenden Ereignisses nutzlos geworden sind, wird hinten (§ 1 III 3) näher eingegangen.

[8] Statt aller *Oftinger* 54; *Oftinger/Stark* § 2 N 9; *Rey* N 153 m.w.N.; BGE 116 II (1990), 441, 444.

Gesamtvermögensdifferenz soll zum einen den zugefügten Schaden voll ausgleichen und zum anderen verhindern, dass der Geschädigte sich bereichert. Das Bereicherungsverbot ist so gesehen nur eine besondere Ausprägung der Differenzhypothese[9]. Des weiteren stellt die Differenzhypothese eine Rechenformel dar, die eine *wertungsfreie* Deduktion des Schadens ermöglicht. Man versteht diese Theorie aber nicht nur als Rechenformel für die Ermittlung des Schadensumfanges, sondern setzt sie mit dem *Schadensbegriff* gleich. Die Definition des Schadens als Verminderung des Gesamtvermögens wurde in der Schweiz bislang nicht angefochten[10].

Im Anschluss an die abstrakte Schadensdefinition auf der Grundlage der Differenzhypothese erläutert die Literatur jeweilen die verschiedenen Schadensarten. So kann das Vermögen vermindert sein, weil entweder ein positiver Vermögenswert entzogen oder ein negativer hinzugekommen ist (damnum emergens) oder aber weil das erwartete Hinzukommen eines neuen Vermögenswertes ausbleibt (lucrum cessans). Die Unterscheidung zwischen «damnum emergens» und «lucrum cessans» ist aber in der Schweiz, anders als etwa in Österreich[11], grundsätzlich bedeutungslos. Jeder Nachteil, den der Schadensbegriff erfasst, ist zu ersetzen[12]. Unterschieden wird alsdann der Körperschaden, der Sachschaden und der sonstige Vermögensschaden. Auch diese Unterteilung hat – mit Ausnahme der speziellen Regelung in Art. 45 und 46 OR zum Körperschaden – lediglich klassifikatorischen Charakter. Im Rahmen des ausservertraglichen Schadenersatzrechts kommt auch der Einteilung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden keine Bedeutung zu[13].

b) Die Stellungnahmen in der schweizerischen Literatur vermitteln den Eindruck, dass keine sinnvollen Alternativen zu der Differenzhypothese bestehen und diese auch international weitgehend anerkannt ist[14]. Grössere Bedeutung erlangte die Differenzlehre aber – ausser im schweizerischen und im deutschen Recht – lediglich in den skandinavischen Ländern und in Portu-

---

[9] So zutreffend *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 6a.

[10] *Oftinger* 53 ff.; vgl. die Nachweise bei *Rey* N 153; widersprüchlich hingegen *Oftinger/Stark* § 2 N 9, welche im Text zwar die Differenzhypothese befürworten, in der dazugehörenden Fussnote aber ausführen: «In den praktischen Einzelfällen wird nicht der Stand des Gesamtvermögens vor und nach dem Unfall verglichen, sondern es wird untersucht, welche Aktiven durch den Unfall weggefallen oder verkleinert und welche Passiven dazugekommen oder vergrössert worden sind.»

[11] Vgl. §§ 1293, 1323, 1331, 1332 ABGB.

[12] *Oftinger* 57; *Oftinger/Stark* § 2 N 19.

[13] *Oftinger* 60; *Oftinger/Stark* § 2 N 26; anders vor allem im Kaufvertragsrecht, vgl. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR.

[14] Vgl. etwa *Oftinger* 54 Fn. 6.

gal[15]. Zudem ist die Lehre im Ursprungsland Deutschland seit ihrer Begründung auf heftige Kritik gestossen und kann heute zumindest in ihrer ursprünglichen Bedeutung kaum mehr als herrschend bezeichnet werden.

Im angloamerikanischen und im französischen Rechtskreis finden sich in der Literatur kaum Versuche, den Schaden genauer zu definieren[16]. Nach CHABAS ist eine Definition schon deshalb unnötig, weil das juristische Verständnis des Begriffes dem Alltagsgebrauch entspricht[17]. In der deutschen Rechtslehre bemüht man sich hingegen seit dem letzten Jahrhundert intensiv um die zutreffende Erfassung des Schadensbegriffes. Zahlreiche auch in neuerer Zeit erschienene Monographien[18] und eine immer umfangreichere Kommentierung der entsprechenden Bestimmungen im BGB sind Beleg dafür, dass es bis heute nicht gelungen ist, eine kurze allgemeingültige Definition des Schadens zu finden.

2. *Entwicklung und Aussagegehalt*

Die Differenzhypothese stellt auf die subjektiv-konkreten Verhältnisse des Geschädigten ab, auf die Auswirkungen, die das schädigende Ereignis auf sein Vermögen im Sinne der Gesamtheit seiner wirtschaftlich bedeutungsvollen und wertmässig erfassbaren Güter hat[19]. Der Schaden kann daher auch als «Interesse des Geschädigten am Nichteintritt des schädigenden Ereignisses»[20] umschrieben werden. Die Gleichsetzung des Schadens mit dem Interesse hat ihren Ursprung in MOMMSENs Schrift «Zur Lehre von dem Interesse» aus dem Jahre 1855. MOMMSEN führt seine Definition des Interesses auf das *id quod interest* der römischen Quellen zurück. Dieser Begriff weise auf eine Vergleichung hin. Aus den dem *id quod interest* beigefügten Zusätzen ergäben sich auch die zu vergleichenden Positionen, nämlich die tatsächliche und die hypothetische Vermögenslage des Betroffenen[21]. «Unter dem Inter-

---

[15] *Stoll*, Remedies, 8-22.

[16] Vgl. z.B. American Jurisprudence 2d 22, § 1: «In legal contemplation, the term 'damages' is the sum of money which the law awards or imposes as pecuniary compensation, recompense, or satisfaction for an injury done or a wrong sustained as a consequence of either a breach of a contractual obligation or a tortious act.»

[17] *Chabas* 396. Vgl. auch die Beobachtung von *A. Flessner*, Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271, 276, wonach «ausserhalb der Länder deutscher Sprache der *Begriff des Vermögens und des Schadens* eine viel geringere Rolle spielt, wenn schwierige Probleme der Ersatzwürdigkeit zu lösen sind».

[18] Erwähnt seien lediglich die Habilitationsschriften von *Mertens* (1967), *Keuk* (1972), *Gottwald* (1979), *Schiemann* (1981), *Magnus* (1987) und *Roussos* (1992).

[19] *Keller/Gabi* 8; *Engel* 323.

[20] *Oftinger* 59; *Oftinger/Stark* § 2 N 21; ferner *v.Tuhr/Peter* 84.

[21] *Mommsen* 4 und 40.

esse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir» – so MOMMSEN[22] –«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 Zeitpunkte haben würde.» Stellt somit das Interesse eine Vermögensdifferenz dar, könne der Schaden im Rechtssinne nur als Vermögensschaden gedacht werden[23].

MOMMSEN wollte mit seiner Definition – in Abkehr von der Regelung im preussischen ALR[24] – nicht nur den Schaden auf den Vermögensschaden beschränken, sondern auch den Gedanken des vollen Interesseersatzes verwirklichen. Der Umfang des Schadens dürfe nicht an der Eigenart des Haftungstatbestandes, also an der Schwere des Verschuldens oder der Unmittelbarkeit des Kausalzusammenhanges ausgerichtet werden. Dies würde den auf Ausgleich der verursachten Schadensfolgen gerichteten Haftpflichtzweck verkennen und den Schadenersatz zu einer Strafe verfälschen[25]. MOMMSEN suchte daher nach einer Formel, die keinen Unterschied zwischen direkter und indirekter, unmittelbarer und mittelbarer Schädigung macht, den Ersatz nicht auf den gemeinen Wert beschränkt und insbesondere sowohl das «damnum emergens» als auch das «lucrum cessans» umfasst[26]. Solcher mathematische Optimismus entsprach vollauf dem Wissenschaftsideal der im begriffsjuristischen Denken verhafteten Pandektistik[27].

Eine eingehende Analyse der Differenzhypothese findet sich bei KEUK[28]. Sie weist darauf hin, dass das «damnum emergens» durch den Vergleich der realen Vermögensstände vor und nach dem schädigenden Ereignis, das «lucrum cessans» durch den Vergleich des hypothetischen Vermögens ohne und des realen Vermögens vor dem Schadensereignis ermittelt wird. Addiere man die beiden Definitionen, so lässt sich der reale Vermögensstand vor dem Schadensereignis, welcher einmal als Minuend und einmal als Subtrahend auftaucht, streichen. Nach KEUK besteht deshalb die «Mommsen'sche Grosstat» in der «Zusammenfassung des damnum emergens und lucrum cessans in einer deutschen Formulierung»[29].

---

[22] S. 3.

[23] *Mommsen* 122; dazu *Mertens* 19.

[24] Dieses hatte den Begriff des Schadens nicht auf den Vermögensschaden beschränkt und zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verursachung unterschieden, vgl. Bd. I 6. Titel §§ 1 ff.

[25] *Mommsen* 167 f.

[26] *Mommsen* passim und 11: «Durch die Zusammenfassung des damnum emergens und lucrum cessans wird der mögliche Umfang des Interesse bezeichnet.»

[27] *Honsell* 69.

[28] S. 15 ff.

[29] *Keuk* 17.

Verschiedene Autoren haben auch darauf aufmerksam gemacht, dass MOMMSEN den Ausdruck «id quod interest» falsch verstanden hat[30]. Dieser bedeute nirgendwo in den Quellen des römischen Rechts eine Differenz. Quod interest heisse «als terminus technicus nicht 'was dazwischen liegt', sondern 'was daran liegt'»[31].

Da die Mommsensche Schadensdefinition unter anderem verhindern will, dass der Haftungsumfang am Haftungstatbestand, insbesondere an der Schwere des Verschuldens ausgerichtet wird, Art. 43 Abs. 1 OR eine Berücksichtigung des Verschuldens bei der Festsetzung des Ersatzes aber nach allgemeiner Auffassung gerade vorschreibt, ist die Rezeption der Differenzhypothese in das schweizerische Schadensrecht erstaunlich. Auf diesen Umstand weisen namentlich deutsche Autoren hin[32], während dies in der schweizerischen Literatur kaum Beachtung fand.

3. Differenzlehre und Vorteilsausgleichung

Das schädigende Ereignis bewirkt mitunter auch Vorteile für den Geschädigten; den damit zusammenhängenden Problembereich bezeichnet man als Vorteilsanrechnung oder Vorteilsausgleichung. Gelegentlich wird in der Literatur vermerkt, dass der Begriff der Vorteilsausgleichung im Grunde überflüssig ist[33]. Denn aus der Definition des Schadens als Differenz der Vermögensgesamtlagen folge «eigentlich ganz von selbst»[34], dass neben den negativen auch die positiven wirtschaftlichen Auswirkungen eines schädigenden Ereignisses zu berücksichtigen sind. Dies hätte indes zur Folge, dass dem Schädiger auch solche Vorteile zugute kämen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Schadensereignis stehen.

Aus diesem Grunde ist nach ganz herrschender Auffassung[35] die Differenztheorie hinsichtlich des Problems der Vorteilsanrechnung zu korrigieren. Die Anrechnung setze einmal voraus, dass zwischen Schadensverursachung und Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang bzw. eine innere Zusam-

---

[30] *Keuk* 16; *Honsell* 69; *J. Ströfer*, Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982, 48; *E. Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057, 2058.

[31] *Honsell* 69.

[32] Vgl. z.B. *Schwamb* 110.

[33] *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 27; *Engel* 343.

[34] *Mommsen* 192.

[35] BGE 112 Ib (1986), 322, 330; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 27 ff.; *Oftinger* 178 ff.; *Oftinger/Stark* § 6 N 49 ff.; *Keller/Gabi* 74 f.; *Rey* N 211; *v.Tuhr/Peter* 101 ff.; ausführlich und kritisch *R. Kuhn*, Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Bern 1987; ferner *H.-U. Brunner*, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg i.Ü. 1991, N 173 ff.

mengehörigkeit besteht[36]. Des weiteren dürfe der Ausgleich nicht durch Gesetz oder Parteiwille ausgeschlossen sein. Einigkeit besteht insoweit, als eine Ausgleichung nur stattfinden darf, wenn ihr weder Gesetz noch ein Parteiwille entgegensteht[37]. Ob die innere Zusammengehörigkeit, der sogenannte Konnex, für die Lösung einzelner Sachprobleme etwas hergibt, ist hingegen umstritten. So wirft etwa KELLER die Frage auf, weshalb bei einem schwerstgeschädigten Unfallopfer die Mehraufwendungen als Schaden berücksichtigt, die Minderaufwendungen für Kleider, Ferien usw. hingegen nicht angerechnet werden[38]. Die Einsparungen ständen nicht nur in einem inneren Zusammenhang mit dem Unfall, sondern liessen sich auch direkt den Mehrausgaben gegenüberstellen[39].

In der deutschen Rechtslehre gehen die Meinungen ebenfalls auseinander. Während die einen geltend machen, dass ein gewisser innerer Zusammenhang von Vor- und Nachteilen unabdingbar ist[40], weist die Gegenmeinung darauf hin, dass brauchbare Kriterien für den inneren Zusammenhang nicht auszumachen sind[41]. Hingegen hat sich in Deutschland – entgegen der vorherrschenden Auffassung in der Schweiz[42] – weitgehend die Einsicht durchgesetzt, dass der adäquate Kausalzusammenhang für die Anrechnungsfrage unergiebig ist[43]. Spekuliert ein Angestellter unzulässigerweise mit Vermögenswerten auf Rechnung des Unternehmens, so sind Spekulationsgewinne auch dann auf den Verlust anzurechnen, wenn sie ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit lagen[44]. Umgekehrt können auch adäquate Vorteile, z.B. der Erbschaftsanfall[45], von der Vorteilsausgleichung ausgenommen sein. Die Adäquanz ist daher für die Anrechnung von Vorteilen ohne Bedeutung.

Im Grunde hat man bereits im älteren Schrifttum erkannt, dass sich kein allgemeingültiges Kriterium für die Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung von Vorteilen formulieren lässt. Das Problem kann an folgenden zwei

---

[36] Nach *Mommsen* (193) kommt es darauf an, dass «es gerade die zum Schadensersatz verpflichtende Tatsache ist, welche auch den Vorteil herbeigeführt hat».

[37] *Merz* 208 f.; *Oftinger* 180; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 38 ff.

[38] So BGE 108 II (1982), 422, 427 f.

[39] *Keller* II 35: «Lösung befriedigt eher menschlich als rechtlich»; kritisch auch *Kuhn* (Fn. 35) 116 ff.

[40] Vgl. vor allem *W. Thiele*, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 1967, 193, 200 ff.; zustimmend *Larenz* 531.

[41] Vgl. z.B. *Lange* 491.

[42] Vgl. z.B. *Keller/Gabi* 77; *v.Tuhr/Peter* 102; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 31 ff.; kritisch *Kuhn* (Fn. 35) 89 ff.

[43] Ausführlich und grundlegend *K. Cantzler*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 1957, 29–59.

[44] *Ph. Heck*, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, 49 f.; *Lange* 490.

[45] Vgl. z.B. *Oftinger/Stark* § 6 N 71; *BernerKomm/Brehm* Art. 45 N 57.

oft zitierten Fällen illustriert werden: Im einen Fall hat ein Braumeister Bier auslaufen lassen. Gegen den Ersatzanspruch wendete er ein, dass er nach dem Vorfall das Bier dünner eingebraut habe und infolgedessen sogar Überschussbottiche erzielen konnte, welche allesamt abgesetzt seien[46]. Im anderen Fall entnahm ein Bäcker dem ihm vom Brothändler gebrachten Teig heimlich geringe Quantitäten. Als der Händler von der Entnahme erfuhr, machte er Schadenersatzanspruch geltend. Der Bäcker erhob den Einwand, dass der Händler keinen Schaden erlitt, da die Brote ungeachtet der Verringerung des dazu gelieferten Stoffs stets zu den vollen Preisen hätten verkauft werden können[47]. In beiden Fällen lehnten die Gerichte die Vorteilsanrechnung ab. Wie bereits OERTMANN ausführte, entsprechen die Entscheidungen vor allem dem Rechtsgefühl, da im Falle der Anrechnung «für ein dolosses, vielleicht gar verbrecherisches Tun geradezu ein Freibrief ausgestellt» würde[48]. Immer mehr setzt sich auch hierzulande die Erkenntnis durch, dass man vor einem *Wertungsproblem* steht[49], weshalb zwangsläufig nur induktiv, von den wichtigsten Fallgruppen her vorgegangen werden kann[50].

4. Differenzlehre und hypothetische Schadensverursachung

Bezüglich der hypothetischen Vermögenslage stellt sich das Problem der hypothetischen Schadensverursachung. Darunter versteht man hypothetische Ereignisse, die den entstandenen Schaden etwas später ebenfalls herbeigeführt hätten[51]. Bei konsequenter Durchführung der Differenztheorie müsste bei der Ermittlung des hypothetischen Vermögensstandes nicht nur das schädigende Ereignis hinweggedacht, sondern auch der nicht stattgefundene Geschehensablauf berücksichtigt werden[52]. Die Berücksichtigung der hypothetischen Schadensverursachung ist vor allem deshalb problematisch, weil der Erstschädiger mangels Schaden nicht ersatzpflichtig wäre, andererseits auch

---

[46] RGZ 34 (1894), 222.

[47] OLG Braunschweig, Seufferts Archiv 46 (1891), 272, 273.

[48] Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, Berlin 1901, 100. Auch nach *Fischer* (243) liegt darin «der wahre Grund für die Entscheidung».

[49] BGE 112 Ib (1986), 322, 330: Es gehe weniger um «grundsätzliche als vielmehr dem Einzelfall entsprechende Lösungen»; darauf wies schon frühzeitig *Oftinger* 180 hin; vgl. auch die resignierende Feststellung *Kellers* (II 34) hinsichtlich der überobligatorischen Anstrengungen: «Man wird im einzelnen Falle eine anständige Lösung suchen.» Ferner *Kuhn* (Fn. 35) passim; *Schaer* N 372 ff. und 612 ff.; *Brunner* (Fn. 35) N 175.

[50] So *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 96; *Erman/Kuckuk* vor § 249 N 94.

[51] Vgl. dazu auch hinten § 2 I 5.

[52] So *Mommsen* (146), sofern der hypothetische Geschehensablauf mit Sicherheit eingetreten wäre.

der Zweitschädiger nicht belangt werden kann, da er den Schaden nicht verursachte. Umgekehrt lässt sich eine allgemeine Ausklammerung von hypothetischen Schadensursachen aus der Differenzhypothese ebenfalls nicht vertreten. So ist etwa hinsichtlich des entgangenen Gewinns die hypothetische Entwicklung stets zu berücksichtigen.

Die überwiegende schweizerische Lehre spricht sich grundsätzlich gegen eine Berücksichtigung der hypothetischen Schadensursache aus, obwohl dies mit der Differenzhypothese an sich nicht vereinbar ist[53]. Gleichzeitig wird aber auch darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz nicht absolut gilt. Vielmehr sei in bestimmten Fällen eine Ausnahme von der Unbeachtlichkeit der hypothetischen Ursachen zu machen, wobei auch hier nicht logische, sondern *wertende Gesichtspunkte* massgebend sind[54]. Die Differenzlehre wird folglich nicht nur im Hinblick auf die Vorteilsanrechnung, sondern auch bezüglich der hypothetischen Kausalität wertend korrigiert.

5. Zeitpunkt des Gesamtvermögensvergleichs

Die zur Feststellung eines Schadens erforderliche Vergleichung zweier Vermögenslagen führt zur Frage, welcher Zeitpunkt für die Ermittlung der beiden Vermögensstände massgebend ist. Nach der Differenzformel ist die gegenwärtige reale mit der gegenwärtigen hypothetischen Vermögenslage zu vergleichen. Entscheidend ist deshalb nach allgemeiner Auffassung der *Urteilstag* der letzten kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann[55]. Das Abstellen auf diesen Zeitpunkt lässt sich materiell nicht begründen und hängt sowohl von Zufälligkeiten als auch von prozessualen Taktiken der Parteien ab. Da sich der Betrag der Gesamtvermögensdifferenz von Tag zu Tag ändern kann, würde die konsequente Umsetzung dieses Zeitpunktes zu willkürlichen Ergebnissen führen[56]. Nun wird aber diese Auffassung über den massgeblichen Zeitpunkt der Schadensberechnung in verschiedener Hinsicht durchbrochen. Ein Teil der Literatur tritt z.B. bei Sachbeschädigungen dafür ein, bei Wertänderungen zwischen dem Schädigungszeitpunkt und dem Urteilstag «auf den für den Geschädigten günstigeren Termin abzustellen»[57]. Es wurde ferner bereits erwähnt, dass bei der Berech-

---

[53] Vgl. die Nachweise bei § 2 I 5.

[54] *Oftinger* 125.

[55] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 7; *Brunner* (Fn. 35) N 168; für Deutschland: Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, vgl. z.B. BGH NJW 1988, 1837, 1838.

[56] *Keuk* 29.

[57] *Oftinger* 258; ebenso *Oftinger/Stark* § 6 N 380; *v.Tuhr/Peter* 123; *Keller/Gabi* 99; a.M. *Keller* II 91.

nung des gegenwärtigen realen Vermögens bestimmte infolge des Schadensereignisses sich ergebende Vorteile ausser acht gelassen werden und Korrekturen der Differenzlehre auch in bezug auf hypothetische Schadensursachen notwendig sind.

Die Berechnung der Gesamtvermögensdifferenz am Urteilstag der letzten Tatsacheninstanz gerät alsdann auch hinsichtlich der *Konsumgüter* in Schwierigkeiten. Im Schrifttum wird als selbstverständlich unterstellt, dass der Verbrauch eines Konsumgutes bei der Differenzrechnung nicht zu berücksichtigen ist. Niemand stellt ernstlich in Frage, dass auch ein Verbrauchsgut zu ersetzen ist, unabhängig davon, ob der Geschädigte das Gut bis zum Urteilstag ohnehin verbraucht hätte[58]. Eine mögliche Lösung dieses Problems liegt darin, dass auf die beiden Grundbestandteile des Schadens, «damnum emergens» und «lucrum cessans», abgestellt wird. Denn der hypothetische Jetztzustand hat MOMMSEN nur des entgangenen Gewinns wegen in seine Formel aufgenommen[59]. Bezüglich des positiven Schadens wäre dann auf den realen Jetztzustand und den Zustand vor der Schädigung, beim entgangenen Gewinn hingegen auf den hypothetischen Jetztzustand und den Zustand vor der Schädigung abzustellen. Dieses Vorgehen erfasst zwar die verbrauchten Konsumgüter, vermag aber die Probleme bezüglich der Vorteilsausgleichung und der Reserveursachen nicht zu lösen.

Schliesslich darf nicht übersehen werden, dass der Geschädigte auch einen Schaden geltend machen kann, der erst nach dem massgeblichen Urteilstag entsteht. Bezüglich dieser Schadensposten wird indessen der Vermögensvergleich nicht wiederholt. Denn – wie KEUK zutreffend bemerkt – der Vergleich könnte «zu dem Ergebnis führen, dass der sich nunmehr ergebende Betrag gegenüber der (in dem massgeblichen Zeitpunkt) bestehenden Differenz ein geringerer ist, ein Schaden – wie sich nunmehr herausstellt – doch nicht in der Höhe entstanden ist, wie zunächst angenommen wurde»[60]. Für die Zeit nach dem Urteil «wird auf die Vorstellung des Schadens als der Differenz zwischen den Beträgen zweier Vermögen verzichtet, allein auf die weiteren einzelnen nachteiligen Folgen gesehen»[61]. Während also vor dem Urteilstag der eingetretene Schaden nachträglich wieder wegfallen kann, soll sich der Differenzbetrag nach diesem Zeitpunkt nur noch vergrössern, nicht

---

[58] Siehe bereits *R. Askenasy*, Über den immateriellen Schaden nach dem BGB, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot, Bd. 70, Berlin 1929, 373, 376 ff.

[59] *Honsell* 73.

[60] *Keuk* 30.

[61] *Keuk* 30; ebenso *Patti* 51.

mehr verringern können[62]. KEUK fragt zu Recht, weshalb «diesem rein zufälligen Zeitpunkt eine grundlegende materielle Bedeutung beizulegen sein sollte, warum sogar das Verständnis des Schadens in diesem Zeitpunkt sich verändern sollte»[63].

6. *Fazit*

In der Differenzlehre sah man ursprünglich eine Rechenformel, die eine einfache Ermittlung des zu ersetzenden Schadens erlaubt. Zugleich zielte man mit der Gleichsetzung des Schadensbegriffes mit der Differenzhypothese auf ein wertfreies Schadenskonzept, was auch dem Wissenschaftsideal der Pandektistik entsprach. Schon früh bemerkte man jedoch, dass der Vergleich des Jetztzustandes und des hypothetischen Sollzustandes des Vermögens im Zeitpunkt des Urteilstages wegen der Vorteilsanrechnung und der hypothetischen Schadensverursachung nicht eine reine Rechenoperation darstellt, durch diese Problembereiche vielmehr in erheblichem Umfange *Wertungen in den Schadensbegriff hineingetragen werden.* Dass diese Schwierigkeiten nicht bloss Probleme im Randbereich darstellen, welche den Grundgehalt der Differenzhypothese nicht in Frage zu stellen vermögen, wurde bereits ausgeführt[64]. Auch die nachfolgenden Ausführungen werden zunehmend deutlich machen, dass zahlreiche Fragen nicht auf der Grundlage eines «natürlichen» Schadensbegriffes[65] beantwortet werden können. Der Schaden lässt sich eben nicht auf einen reinen Rechenvorgang reduzieren, sondern bedarf der wertenden Konkretisierung[66].

---

[62] Vgl. schon *Mommsen* 201.

[63] *Keuk* 30.

[64] Siehe vorne in der Einleitung. Vgl. demgegenüber *Kuhn* (Fn. 35) 33: «Im Grunde genommen zeigt bereits der Umstand, dass die Vorteilsausgleichung der besonderen Behandlung bedarf, das Ungenügen der Differenztheorie deutlich.»

[65] So noch *Mertens* 227; anders aber *Soergel/Mertens* vor § 249 N 45, wonach «man den Schadensbegriff als faktisch-normativ bezeichnen» könne. Und in Fn. 12 führt *Mertens* aus: «Nichts anderes habe ich in meinem Buch über den Begriff des Vermögensschadens mit der unglücklichen – weil im wörtlichen Sinne misszuverstehenden – Formulierung 'natürlicher Schadensbegriff' gemeint, den ich keineswegs als wertungsfreien Begriff aufgefasst wissen wollte.»

[66] In diese Richtung sprechen sich im schweizerischen Schrifttum in neuerer Zeit auch aus *Schaer* N 234 ff. und N 244 («Differenzhypothese als solche bloss ein Phantom»); *Kuhn* (Fn. 35) 36 ff.; *Gauch/Schluep* N 2630 und 2635; *Guhl/Merz/Koller* 70; wohl auch *Brunner* (Fn. 35) N 145.

II. Weitere Bestimmungsversuche

1. Objektiver Schadensbegriff

a) Den ersten einflussreichen Versuch, den traditionellen, auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten und das Gesamtvermögen abstellenden Schadensbegriff zu normativieren, findet sich in NEUNERs Abhandlung «Interesse und Vermögensschaden» aus dem Jahre 1931[67]. Nach NEUNER ergeben sich aus der Gleichsetzung des Schadens mit der Vermögensdifferenz zahlreiche Schwierigkeiten. Er erwähnt etwa die Entziehung einer Theaterkarte, wenn der Geschädigte in der Folge die Vorstellung nicht besuchen kann, oder die Beeinträchtigung des Gebrauchs einer Sache, wenn sich der Geschädigte ohne sie behilft[68]. NEUNER schlägt deshalb vor, den Schaden nicht als Gesamtvermögensdifferenz zu definieren, sondern als Verletzung eines vermögenswerten Interesses, d.h. eines Gutes, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräussert werden kann[69]. Dieses Interesse ist objektiv zu bewerten. Der objektive Wert ist als Mindestschaden in jedem Falle, auch ohne Nachweis einer Vermögensdifferenz zu ersetzen. Der Geschädigte kann auch einen darüber hinausgehenden Schaden liquidieren; für diesen bleibt es aber bei der Differenztheorie. Den Anspruch auf Ersatz des objektiven Schadens rechtfertigt NEUNER mit der rechtsverfolgenden Funktion des Schadenersatzanspruches[70]. Die Schadenersatzverpflichtung hat insofern der Sanktion des geschützten Rechtes zu dienen. Die Rechtsverfolgungsfunktion reiche jedoch nur bis zu den unmittelbaren Schäden; für den weiteren Schaden gehe es lediglich um den Ausgleich einer mittelbar auf der Rechtsverletzung beruhenden Schadensfolge.

Neuners Begriff des objektiven Schadens ist wenig später von WILBURG[71] aufgenommen worden. Der objektive Wert und das Interesse seien zwei Elemente des Schadens, die als sich schneidende Kreise zusammen den vollen Ersatz ausmachen. Mit der Zweiteilung des Schadens will WILBURG vor allem die Vorteilsausgleichung ausschliessen, sofern der Geschädigte nur den objektiven Wert des verletzten Rechtsgutes geltend macht. Die Anerkennung des objektiven Schadensbegriffs fällt den österreichischen

---

[67] AcP 1931, 277–314; siehe zu dieser Theorie auch die Darstellung bei *Kuhn* (Fn. 35) 39 ff.

[68] *Neuner* (Fn. 67) 279 ff., 289 f.

[69] *Neuner* (Fn. 67) 290.

[70] *Neuner* (Fn. 67) 291 f.

[71] Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jherings Jahrbücher (82) 1932, 51, 128.

Autoren (nebst WILBURG ist vor allem auch BYDLINSKI[72] zu erwähnen) schon deshalb nicht schwer, weil § 1332 ABGB bestimmt, dass der Schaden bei bloss geringfügiger Nachlässigkeit «nach dem gemeinen Werte, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte», ersetzt wird.

In neuerer Zeit wurde die partielle Objektivierung des Schadensbegriffes namentlich von LARENZ vertreten. Dieser unterscheidet zwischen «Objekt- und Vermögensfolgeschaden». Ersteres bezieht sich auf den Schaden, der an dem unmittelbar verletzten Rechtsgut selbst eintritt, letzteres umfasst den weiteren Schaden im Gesamtvermögen des Geschädigten, wie Nutzungsausfall, Erwerbsausfall oder entgangenen Gewinn[73]. Der Unterschied zur Unterteilung von positivem Schaden und entgangenem Gewinn liege darin, dass die infolge des Verlustes einer Sache eintretende Wertminderung anderer Sachen, also der über den Substanzwert hinausgehende subjektive Schaden, nach der einen Unterscheidung zum Vermögensfolgeschaden gehört, nach der anderen Unterteilung hingegen als positiver Schaden und nicht als entgangener Gewinn zu deuten ist[74].

b) Von der Differenzhypothese unterscheidet sich die objektive Schadensbestimmungsmethode in mehreren Punkten[75]. Einmal wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden unterschieden; wie aber die Abgrenzung erfolgen soll, ist von jeher unklar[76]. Alsdann wird nur bei den mittelbaren Schadensfolgen auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten abgestellt, nur bei diesen ist das Gesamtvermögen massgeblich. Der unmittelbare Schaden bestimmt sich dagegen nach dem objektiven Wert des isolierten verletzten Rechtsgutes. Schliesslich kommt für die unmittelbaren Schäden als Zeitpunkt der Wertfeststellung allein der Augenblick sofort nach der Schädigung in Betracht. In diesem Sinne stellt auch § 1332 ABGB auf den gemeinen Wert der Sache «zur Zeit der Beschädigung» ab.

Mit Hilfe des objektiven Schadensbegriffes lassen sich nach Auffassung ihrer Befürworter manche Probleme der Differenzlehre einer einfachen und

---

[72] *Bydlinski* 26 ff.

[73] *Larenz* 429 f.

[74] *Larenz* 491. Den merkantilen Minderwert schlägt er ebenfalls dem Objektschaden zu. Da der gemeine Wert der beschädigten Sache den merkantilen Minderwert stets berücksichtigt, lasse sich diese Schwierigkeit der Differenzhypothese einer einfachen Lösung zuführen. Ebenso *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 15. Vgl. auch *Koziol* I 32.

[75] Vgl. *Bydlinski* 31.

[76] Nach *Neuner* (Fn. 67) 314 ist der unmittelbare Schaden «die Verletzung des Rechts oder des geschützten Interesses selbst», der mittelbare Schaden «alle weiteren ungünstigen Folgen für den Verletzten». Zur entsprechenden Diskussion bezüglich der Unterscheidung des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens im schweizerischen Kaufrecht, vgl. z.B. *M. Keller/K. Siehr*, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 62 ff. m.w.N.

überzeugenden Lösung zuführen. So könne die Vorteilsausgleichung als selbständiges Rechtsinstitut gedeutet werden[77]. Vor allem aber gilt dies für die hypothetische Kausalität. Ist eine Sache zerstört, besteht der Ersatzanspruch unabhängig vom weiteren hypothetischen Schicksal der Sache[78]; der im Zeitpunkt der Schädigung entstehende Geldanspruch gegen den Schädiger wird durch spätere Ereignisse nicht mehr berührt[79]. Anders als bei den unmittelbaren ist bei den mittelbaren Schäden der weitere Geschehensverlauf zu berücksichtigen, wodurch das Problem der hypothetischen Schadensverursachung eine klare Abgrenzung erfahre[80].

Letztlich geht es bei der Lehre vom objektiven Schadensbegriff nicht darum, die Differenzformel als Schadensberechnungsmethode abzuschaffen. Vielmehr soll damit nur die als unbillig empfundene Konsequenz der Differenzhypothese verhindert werden, dass der Schaden wegen der Subjektsbezogenheit hinter dem gemeinen, objektiven Wert zurückbleiben kann[81]. Den Schädiger solle nichts angehen, ob der Eigentümer für die Sache ohnehin keine Verwendung mehr hatte oder diese durch ein anderes Ereignis in Kürze gleichfalls zerstört worden wäre.

c) Gegen die Lehre des objektiven Schadens als Mindestschaden sind mehrere Einwendungen erhoben worden. So wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des Schadensbegriffes aufgrund einer rechtsverfolgenden Funktion des Schadenersatzanspruches dem Ausgleichsprinzip widerspricht[82]. Der objektive Wert als Mindestschaden wolle eben über ein möglicherweise geringeres Interesse hinausgehen und führe damit zu einer Besserstellung des Geschädigten. Zudem sei die neuere Rechtsentwicklung bei den erwähnten Spezialproblemen der Differenzlehre zu anderen Differenzierungen gelangt[83]: So lehne man heute bezüglich der hypothetischen Schadensverursachung eine generelle Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung oder eine klassifikatorische Abgrenzung ab zugunsten einer wertenden Fallgruppenlösung[84]. Schliesslich lasse sich die Gliederung des Schadens in ob-

---

[77] *Neuner* (Fn. 67) 310 f.

[78] *Bydlinski* 32; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 54 ff.

[79] *Larenz* 525.

[80] *Neuner* (Fn. 67) 311 f.

[81] Zutreffend *Brinker* 205. Interessanterweise hatte bereits *Mommsen* (17) den objektiven Sachwert als Mindestschaden bezeichnet und subjektsbezogene Abweichungen nach der Differenzformel nur nach oben befürwortet. «Da der Sachwert denjenigen Wert repräsentiert, welchen die Sache für einen Jeden hat, so muss die Sache zum Mindesten diesen Wert immer auch für den Gläubiger haben.»

[82] *Lange* 32.

[83] *Lange* a.a.O.

[84] Vgl. dazu hinten § 2 I 5.

jektiven Schaden und darüber hinausgehendes Interesse nicht auf eine gesetzliche Einteilung stützen und führe zu erheblichen Abgrenzungs- und Berechnungsschwierigkeiten, was der Rechtssicherheit abträglich sei[85]. Trotz dieser Einwände wird die Korrektur des Differenzschadenskonzepts durch den objektiven Sachwert als Mindestschaden sowohl in der schweizerischen als auch in der deutschen Rechtslehre heute mehrheitlich anerkannt[86], und in Österreich entspricht sie bereits seit längerer Zeit der herrschenden Lehre[87].

2. *Bedarfslehre*

a) Nach der sogenannten Bedarfslehre entsteht ein Vermögensschaden nicht erst mit den tatsächlichen Aufwendungen für die Wiederherstellung, sondern bereits mit dem durch das Schadensereignis ausgelösten Bedarf, zu dessen Deckung Aufwendungen erforderlich sind. Ob der schadensfreie Zustand tatsächlich wiederhergestellt, der Bedarf also befriedigt wird oder nicht, ist unerheblich. Diese auf ZEUNER[88] zurückgehende Lehre hat jene Fälle vor Augen, in denen der Geschädigte nach der Differenzhypothese keinen Vermögensschaden auszuweisen vermag, weil er keine Aufwendungen für die Ersatzbeschaffung tätigt oder sich anderweitig behilft und anschliessend die reale der hypothetischen Vermögenslage entspricht. Zu denken ist vor allem an den vorübergehenden Entzug der Nutzungsmöglichkeit einer Sache[89]. ZEUNER unterlegt seine Theorie mit folgenden Begründungen: Zum einen dürfe es dem Schädiger nicht zugute kommen, wenn der Geschädigte nicht vorleisten kann oder sich sparsam verhält[90]; zum anderen verweist er

---

[85] *Lange* 32; vgl. auch die Einwände bei *H. Stoll*, Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs?, JuS 1968, 504, 509 ff.

[86] Vgl. *v.Tuhr/Peter* 116; *Oftinger/Stark* § 6 N 358; *v.Büren* 44; *Schaer* N 278; wohl auch *Deschenaux/Tercier* § 24 N 3; kritisch *Kuhn* (Fn. 35) 62 f. Für das deutsche Recht *Larenz* 483; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 10; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 54; *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 53; *Keuk* 194 ff., insbesondere 201 f.; *G. Jahr*, Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts, AcP 1983, 725, 733 m.w.N.; einschränkend *Staudinger/Medicus* § 249 N 134 ff.; kritisch *Lange* 41 und 183 ff.

[87] Vgl. *Koziol* I 24 m.w.N.

[88] *A. Zeuner*, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP (163) 1964, 380–400; *ders.*, Gedanken zum Schadensproblem, FS Dietz, München 1973, 99, 109, 114 ff.; *ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1986, 387, 396 f.; zustimmend *Deutsch* N 820; skeptisch nunmehr *Staudinger/Medicus* § 249 N 133; siehe ferner *Jahr* (Fn. 86) 751 ff.; *C. Ott/H.-B. Schäfer*, Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613–624.

[89] *Zeuner*, AcP 1964 (Fn. 88), 388 ff.; *ders.*, FS Dietz (Fn. 88), 115.

[90] *Zeuner*, AcP 1964 (Fn. 88), 394 f.: «Es muss vielmehr von vornherein stutzig machen, dass nach dieser Konzeption die Sparsamkeit und Zurückhaltung des Verletzten, der sich –

auf § 249 Satz 2 BGB, wonach der Geschädigte statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen kann und in der Verwendung dieses Betrages nach vorherrschender Ansicht frei ist[91]. Das Argument des «Sparens in die Tasche des Schädigers» bzw. die Frage nach der «Dispositionsbefugnis des Geschädigten» findet sich in der Literatur als eigenständiger Problembereich des Schadenersatzrechts; auf diesen ist noch zurückzukommen[92].

b) ZEUNERS Schadenskonzept, das er selbst im übrigen nur als Entwurf, nicht als fertige Lösung versteht, ist überwiegend auf Ablehnung gestossen[93]. Der Lehre wird vorgeworfen, dass sie zu einer Entschädigung für Nichtvermögensschäden und letztlich zu einer Ausuferung des Schadenersatzrechts führt. Gewähre man dem Geschädigten den für die (fiktive) Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes notwendigen Geldbetrag in voller Höhe, so würden in der heutigen Zeit, in der man sich so gut wie alles «kaufen» kann, die Schadenersatzansprüche ins Unermessliche steigen[94]. Diesem Einwand versuchte ZEUNER dadurch Rechnung zu tragen, dass nur der Schaden zu ersetzen ist, der gerade dem Geschädigten entstanden und für ihn fühlbar ist[95]. Vor allem aber soll der Ersatz durch eine sachgemässe und vernünftige Beurteilung auf einen *objektiv erforderlichen Bedarf* begrenzt werden[96]. Der Rückgriff auf die «objektiv ausgerichtete Frage, was angesichts der gegebenen individuellen Lage als sachgemäss und vernünftig erscheint»[97], öffnet wegen ihrer erheblichen Unbestimmtheit «unkontrollierten Wertungen natürlich wieder Tür und Tor»[98].

---

vielleicht mit erheblichen Mühen und Unbequemlichkeiten – ohne Beschaffung einer entsprechenden anderweitigen Gebrauchsmöglichkeit behilft, unter allen Umständen nicht ihm, sondern dem Schädiger zugute kommen»; *ders.*, FS Dietz a.a.O., 115.

[91] *Zeuner*, AcP 1964 (Fn. 88), 396 f.; *ders.*, FS Dietz (Fn. 88), 121 f. *Zeuner* weist überdies auch auf den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse in § 843 BGB hin, der nach der Rechtsprechung ebenfalls unabhängig von der tatsächlichen Befriedigung der Bedürfnisse besteht; AcP 1964 (Fn. 88), 395 mit Verweis auf BGH NJW 1958, 627 («Stärkungsmittelfall», dazu hinten § 5 II 2).

[92] Vgl. hinten § 5.

[93] Vgl. ausführlich *E. Bötticher*, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 1966, 301, 303 ff.; *M. Werber*, Nutzungsausfall und persönliche Nutzungsbereitschaft, AcP 1973, 158, 165 ff.; *K. Larenz*, Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, FS Nipperdey Bd. I, München 1965, 489, 503 ff.; *Mertens* 66 ff.; ferner *Keuk* 218 ff.; *H. Reinecke*, Schaden und Interesseneinbusse, Berlin 1968, 162 ff.; *W. Schulte*, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, Berlin 1978, 45 ff.; *Magnus* 12 f.

[94] Vgl. z.B. *Schulte* a.a.O. 46 f.

[95] *Zeuner*, FS Dietz (Fn. 88), 118.

[96] *Zeuner*, FS Dietz (Fn. 88), 120.

[97] *Zeuner*, AcP 1964 (Fn. 88), 398.

[98] *Brinker* 208.

Die Bedarfslehre sucht ebenso wie die Lehre des objektiven Schadens nicht die Differenzhypothese zu ersetzen, sondern gewisse Fälle einer Lösung zuzuführen, in denen zwar keine rechnerische Differenz vorliegt, das Versagen eines Schadenersatzanspruches aber als unangemessen empfunden wird. Der gewählte Ansatz des ersatzfähigen Wertbedarfes führt indessen ins Uferlose, weshalb die Lehre durch vage Kriterien wieder einzuschränken ist und damit erheblich an Aussagekraft einbüsst.

3. Funktionsschadensbegriff

a) Der von MERTENS vorgeschlagene Funktionsschadensbegriff zielt darauf ab, neben der Verletzung eines bestimmten Vermögensgutes auch die Vermögensfunktionsstörung als Vermögensschaden zu qualifizieren. Vermögen könne eben nicht definiert werden als blosse Summe objektiver Werte, als Ansammlung von Habe; vielmehr sei es in ihrer Beziehung auf die subjektiven *Lebensgestaltungsziele* des Vermögensträgers zu verstehen[99]. Auch die Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache sei daher, sofern in Geld bezifferbar, Vermögensschaden. Denn die Vermögensgüter würden nicht wegen ihrer faktischen Existenz, sondern wegen ihrer subjektiven Funktion geschützt[100]. Die Entschädigung für den Nutzungsausfall setze freilich voraus, dass sich die Schadenshöhe berechnen oder zumindest durch rational begründete Schätzung in Geld ausdrücken lässt[101]. Für die Wertermittlung könne entweder auf die Kosten für die Ersatzanmietung oder auf die bereits erbrachten Aufwendungen abgestellt werden. Ersteres entspricht der Kommerzialisierungslehre, letzteres der Frustrationslehre. Auf diese Lehren ist noch zurückzukommen[102].

b) Der sehr weite Begriff des Funktionsschadens bedarf, wie MERTENS selbst erkennt, einer Begrenzung. Er schränkt daher die Vermögensfunktionsstörung dahingehend ein, dass bereits Aufwendungen für ein konkretes Ziel ergriffen sein müssen, die ausschliesslich an dieses Ziel gebunden und nicht mehr für andere Zwecke verfügbar sind, wie eine verfallende Theater- oder Flugkarte. Würden hingegen nur Möglichkeiten des Lebensgenusses anhand der vorhandenen Vermögensgüter gestört, z.B. bei Nichtbenutzbarkeit eines Wochenendhauses oder eines Tennisplatzes infolge einer Verletzung, so könne man nicht von dem Fehlschlagen von Aufwendungen spre-

---

[99] *Mertens* 158 f.
[100] *Mertens* 167.
[101] *Mertens* 214.
[102] Nachfolgend § 1 III.

chen. Da solche Güter nicht auf einen einzigen Zweck bezogen seien, bleiben sie als Potential bedeutsam[103].

Weit grössere Beachtung in der deutschen Literatur fand indessen das zweite Begrenzungskriterium. Um den seinem Schadensverständnis innewohnenden Ausuferungstendenzen vorzubeugen, entwickelt MERTENS aus der Schadensminderungspflicht und dem Prinzip von Treu und Glauben eine dem Schadensbegriff immanente «*Soziabilitätsschranke*»: ein soziales Korrektiv in Form einer Interessenabwägung im Einzelfall, welche die Schadenssphäre von der Privatsphäre abgrenzen soll[104]. Damit werden gewisse Vermögensfunktionsstörungen bei der Bestimmung des Schadensumfanges ausser acht gelassen, weil es im Einzelfall unzumutbar erscheint, diese dem Schädiger anzurechnen. Die Abgrenzung habe nach Massgabe «einer auf die konkrete Schadenssituation bezogenen Güter- und Interessenabwägung» zu erfolgen[105]. Da aber eine allgemeine Rangordnung der mannigfachen Daseinsgestaltungsziele nicht festgelegt ist, begründet dieses Abwägungsprogramm die Gefahr der Rechtsunsicherheit oder gar Willkürlichkeit der Entscheidungen. MERTENS bestreitet diese Gefahr zwar nicht, erachtet sie indes als nicht gravierend. «Auch wenn die möglichen Daseinsgestaltungen in einer Gesellschaftsordnung nicht einheitlich eingeschätzt werden und daher eine starre abstrakte Rangordnung dieser Ziele nicht aufgestellt werden kann, lässt sich auf Grund einer gegebenen spezifischen Situation von einem spezifischen Ziel sagen, dass seine Durchsetzung bei der Anlegung eines sozialen Wertmassstabes in Anbetracht der hierfür aufzuwendenden Kosten unter Würdigung der Belange der Parteien nicht mehr angemessen sei.»[106] Mit Verweis auf die das Privatrecht kennzeichnende «materiale Ethik sozialer Verantwortung» müsse der Richter weniger auf abstrakte Gesichtspunkte, sondern «auf die entsprechende Belastung des Schädigers und auf die konkrete Gesamtsituation» abstellen.

c) Die wortreichen, gewundenen Konkretisierungsversuche können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die «Soziabilitätsschranke» ein äusserst vages Begrenzungskriterium darstellt und ihr wegen der Unbestimmtheit ein bloss geringer heuristischer Wert zukommen kann. Überdies muss sich MERTENS fragen lassen, was an seiner auf den «natürlichen Begriff des Vermögensschadens»[107] abstellenden Schadenskonzeption denn «natürlich»

---

[103] *Mertens* 160.
[104] *Mertens* 174.
[105] *Mertens* 171.
[106] *Mertens* 172.
[107] Vgl. die Überschrift des 4. Kapitels: «Der natürliche Begriff des Vermögensschadens in rechtlicher Präzisierung» sowie den Beginn der Zusammenfassung (227): «Am natürlichen

sei. Die Literatur wirft MERTENS zu Recht vor, einerseits die Tendenzen zur Objektivierung und Normativierung des Schadensbegriffs zu kritisieren, andererseits aber selbst Wertungen über Wertungen in den Schadensbegriff zu verlagern[108]. Bei allen Vorbehalten enthält aber der Gedanke, dass bestimmte Umstände in der Sphäre des Geschädigten bereits bei der Bestimmung des Schadens und nicht erst bei der nachträglichen Reduktion des eingetretenen Schadens zu berücksichtigen sind, einen richtigen Ansatz[109].

4. Einzelschadenslehre

a) Mit dem Hinweis, dass eine Gesamtvermögensrechnung in der Praxis nie durchgeführt wird und sich jeder Schaden aus Einzelposten zusammensetzt, die auch in der Schadensrechnung Beachtung verdienen, wendet sich ein Teil der Literatur gegen das Prinzip des Gesamtvermögensvergleichs[110]. Statt auf das Gesamtvermögen sei auf den Wert des einzelnen verletzten Rechtsgutes abzustellen. Für das deutsche Recht hat als erster MÖLLER die Lehre des Einzelschadens entwickelt. Aus dem Versicherungsrecht kommend, schlägt er vor, den dort massgeblichen Interessebegriff, nämlich das versicherbare, weil kalkulierbare Einzelinteresse, auf das Schadensrecht zu übertragen[111]. MÖLLER versteht unter Einzelinteresse nicht den objektiven Wert der beeinträchtigten Sache, sondern deren Wertbeziehung zum Geschädigten. Indem er auf dem Boden einer psychologisch geprägten Wertlehre die Beziehung durch die überwiegende Auslösung von Lust- bzw. Unlustempfindungen kennzeichnet, redet er vordergründig einer extrem subjektiven Schadenskonzeption das Wort, die jede Unterscheidung zwischen materiellem und immateriellem Schaden verwischt[112]. Die subjektivistische Grundlegung wird aber dadurch in Frage gestellt, dass der subjektive Wert

---

Schadensbegriff als dem Kern unseres Schadensrechts ist festzuhalten.» Der Begriff «natürlicher» bzw. «faktischer» Schaden findet sich auch bei *Gauch/Schluep* N 2630, 2635.

[108] Keuk 13; ferner *Brinker* 211; *Larenz* 427 Fn. 12

[109] Auf diesen Gedanken wird hinten in § 10 I näher eingegangen.

[110] Grundlegend *H. Möller*, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, 9 ff.; ferner *Keuk* 24 ff. und passim; *Honsell* 71; *Gottwald* 47; *Schiemann* 166 ff.; ausführlich zum Ganzen *F. Dörfelt*, Die Aufgliederung der aus einem Schadensfall entspringenden Ersatzforderungen im materiellen Recht und Prozessrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1976, 21 ff., 79 ff.; siehe auch *E. Wolf*, Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, FS Schiedermair, München 1976, 545, 565 («Scheinlehre»); *Schaer* N 245; *Kuhn* (Fn. 35) 34 ff.; einschränkend auch Larenz 481 f.; ähnlich *Esser/Schmidt* 172 f.

[111] *Möller* (Fn. 110) 5 ff., 36 ff.; vgl. auch die zusammenfassende Analyse bei *Mertens* 39 ff.

[112] *Mertens* 41 f.

nicht unter den objektiven Wert der Sache absinken kann[113]. Liege die subjektive Wertempfindung über dem objektiven Wert, so sei der Überschuss als Wertbeziehung zu einem immateriellen Rechtsgut zu behandeln und könne daher nicht in Geld ersetzt werden. Ersatzfähig sei nur jener über den (objektiven) Sachwert hinausgehende Schaden, der sich aus den objektiv feststellbaren Folgeschäden, z.B. besonderen Aufwendungen oder einem entgangenen Gewinn, ergibt[114]. Bei den konkretisierenden Ausführungen zur Schadensermittlung bleibt folglich vom individualpsychologischen Ansatz nicht viel übrig; MÖLLERs Schadensauffassung läuft vielmehr auf eine Summierung objektiv bewerteter Güterverletzungen und Vermögensverluste hinaus.

Einen Schritt weiter noch geht KEUK, die den Einzelschaden nicht bloss als Berechnungsmodus für den vom Anspruch erfassten Gesamtschaden, sondern als selbständigen Anspruch betrachtet[115]. Wesentliche Folge ist, dass die einzelnen Ansprüche zu verschiedenen Zeitpunkten verjähren können[116].

b) Der Aufspaltung der im Gesamtvermögen entstehenden Differenz in Einzelschäden wird vorgeworfen, den zwischen den einzelnen Schadensposten bestehenden Interdependenzen nicht Rechnung zu tragen[117]. Zudem sei für die Ermittlung der allgemeinen Vermögensschäden, die nur am Vermögen im ganzen, nicht an einzelnen Vermögensgütern eintreten, die von der Differenzlehre geforderte Vermögensgesamtrechnung unentbehrlich[118]. Befürworter der Differenzlehre lassen auch den Einwand nicht gelten, die Durchführung einer umfangreichen Vermögensinventur für jeden noch so geringen Schaden sei unsinnig und praktisch wertlos[119]. Bereits FISCHER[120] hat hierzu ausgeführt: «Schlägt der Gast im Hotel einen Stuhl des Wirtes entzwei, so wird selbst der eifrigste Anhänger der Differenztheorie vom Wirte nicht verlangen, dass er sein Landgut, seine Wertpapiere oder auch nur den Wert seines ganzen Hotels vor und nach der Schadenshandlung schätze.» Nach ROUSSOS[121] dürfte inzwischen «allgemein anerkannt sein, dass dieser Vorwurf eine missverständliche Übertreibung ist». Auch in der schweizerischen Literatur räumt man gelegentlich bereitwillig ein, dass in

---

[113] *Möller* (Fn. 110) 18.
[114] *Möller* (Fn. 110) 49 ff.
[115] *Keuk* 31 f.
[116] *Keuk* 32 ff.
[117] *Lange* 36.
[118] *Larenz* 482; *Lange* 36.
[119] Dieser Vorwurf findet sich schon bei *Oertmann*, Vorteilsausgleichung (Fn. 48), 6 ff., 11.
[120] S. 26.
[121] S. 170.

der Praxis «natürlich nur die vom schädigenden Ereignis betroffenen Vermögensteile berücksichtigt» werden[122], das übrige Vermögen, da es keine Veränderung erfahre, unberücksichtigt bleiben kann. Diese auf den ersten Blick einleuchtende Erklärung lässt sich mit dem Grundgehalt der Differenzhypothese nicht vereinbaren. Werden stets nur die betroffenen Vermögensgüter herangezogen, so ist der eigentliche Gehalt der Lehre vom Interesse, nämlich das Prinzip des Bezugs des Schadens auf das Vermögen als Einheit, der Sache nach aufgegeben[123].

III. Frustrations- und Kommerzialisierungsschaden

1. Das Problem

a) In den sechziger Jahren sah sich die deutsche Rechtsprechung zunehmend mit Fällen konfrontiert, in denen Ersatz für den Verlust von Gebrauchsvorteilen und von mit Geld erkauften Annehmlichkeiten sowie für verdorbene Ferien oder Verlust von Freizeit gefordert wurde. Nach der Differenztheorie ist weder bei entgangenen Gebrauchsvorteilen noch bei Verlust von Freizeit ein Vermögensschaden auszumachen, da diese Annehmlichkeiten oder Lebensfreuden als solche keinen Posten in der Vermögensrechnung darstellen[124]. In der Vermögensbilanz erscheinen die Güter nur mit dem Substanzwert, der den Gebrauchswert bereits einschliesst. Ein vom Substanzwert getrennter Nutzungswert wird in jenen Fällen bilanziert, in denen der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte verschiedene Personen sind[125] und sie einen Gebrauchsüberlassungsvertrag geschlossen haben.

b) Die Problematik der Entschädigung für den *vorübergehenden Gebrauchsverlust* hat die Gerichte vor allem im Zusammenhang mit Fahrzeugunfällen beschäftigt. Während der Reparaturdauer kann der Eigentümer unter Umständen einen Ersatzwagen mieten; im Regelfall behilft er sich jedoch mit

---

[122] *Keller/Gabi* 9; ebenso *Oftinger* 55; *Oftinger/Stark* § 2 Fn. 13.

[123] So zutreffend *Mertens* 45.

[124] Vgl. statt aller *K. Larenz*, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, FS Oftinger, Zürich 1969, 151. In der älteren Lehre hat man hingegen den Begriff des Vermögens gelegentlich in einem weiteren Sinne verstanden. Danach gehören auch Gebrauchswerte zum Vermögen, «ihre Beeinträchtigung bildet Vermögensbeschädigung»; *Fischer* 18. Vgl. auch den Versuch bei *Rey* N 373 ff., Kommerzialisierungs- und Frustrationsschäden als Vermögensschäden auf der Grundlage der Differenzhypothese zu qualifizieren.

[125] Vgl. *Larenz*, FS Nipperdey (Fn. 93), 498 ff. Eine vereitelte Nutzungsmöglichkeit stellt aber nur beim Nutzungsberechtigten einen Aktivposten dar, beim Eigentümer handelt es sich um einen entgangenen Gewinn.

öffentlichen Verkehrsmitteln, wobei er nebst den Unbequemlichkeiten einen grösseren Zeitaufwand in Kauf nehmen muss. In der deutschen Rechtslehre und Judikatur wollte man sich nicht damit abfinden, dass derjenige, der auf die Anmietung eines Ersatzwagens verzichtet, diese Nachteile hinnehmen muss. Schliesslich spare der Betreffende in seine eigene, nicht in die Tasche des Schädigers. Der BGH gewährt daher seit Mitte der sechziger Jahre dem Eigentümer eines beschädigten Motorfahrzeugs während der Reparaturdauer Ersatz für den Nutzungsausfall, gleichviel, ob er in dieser Zeit einen Ersatzwagen gemietet hat oder nicht[126]. Als Begründung konnte jedoch nicht auf die Unannehmlichkeiten als solche oder den Mehraufwand an Zeit verwiesen werden, da es sich insoweit um immaterielle Einbussen handelt. Den zu ersetzenden Schaden erblickt der BGH vielmehr im Verlust der Gebrauchsmöglichkeit des Wagens als eigenständigem Vermögenswert[127].

Die zweite vieldiskutierte Problemgruppe betrifft die *Beeinträchtigung des Urlaubsgenusses* sowie den *Verlust von Ferienzeit*. Diese beiden Problembereiche sind auseinanderzuhalten. Mit der Frage des beeinträchtigten Urlaubs*genusses* hatte sich der BGH bereits im Jahre 1956 in der bekannten Seereise-Entscheidung auseinanderzusetzen[128]. Dem Kläger und seiner Ehefrau wurde eine Geldentschädigung zugesprochen, weil ihre Koffer nicht rechtzeitig auf das Schiff gelangt waren, sie sich infolgedessen während der Schiffsreise mit den Kleidern behelfen mussten, die sie bei Antritt der Reise trugen. In den darauffolgenden Entscheidungen stand immer mehr die nutzlos aufgewandte Urlaubs*zeit* als solche, d.h. die vertanen, «aufgebrauchten» Urlaubstage im Vordergrund. Im Jahre 1974 hat dann der BGH auch die verdorbene Urlaubszeit als Schadensposten und damit als ersatzfähig anerkannt[129].

c) Die Entschädigung der entgangenen Gebrauchsmöglichkeit sowie des beeinträchtigten Urlaubsgenusses bzw. der verdorbenen Urlaubszeit begründet die Literatur entweder auf der Grundlage der Kommerzialisierungstheorie oder des Frustrationsgedankens. Die Rechtsprechung spricht sich nicht ausdrücklich für eine der beiden Schadenskonzepte aus, stützt sich aber in den Urteilsbegründungen überwiegend auf die Kommerzialisierungsthese. Auf diese zwei vor allem in den siebziger Jahren heftig umstrittenen Theorien ist nachfolgend einzugehen.

---

[126] BGHZ 40 (1963), 345, 348 ff.

[127] Dazu eingehend hinten § 6 III 1.

[128] BGH NJW 1956, 1234.

[129] BGHZ 63 (1974), 98 = NJW 1975, 40 = JZ 1975, 249 mit Anm. *H. Stoll*; zu der neueren Entwicklung vgl. hinten § 7 IV 1.

2. Kommerzialisierungsgedanke

a) Gemäss der Kommerzialisierungsthese hat jedes Gut, das gegen Geld erlangt werden kann, Vermögenswert. Nicht nur Güter, die sich im Gesamtvermögen bilanzieren lassen, gehören zum Vermögen, sondern auch Genüsse, sofern sie im Geschäftsverkehr nur gegen Entgelt zu erwerben sind. In diesem Sinne ist die Nutzungsmöglichkeit angesichts dessen, dass sie in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen erkauft werden kann, tatsächlich kommerzialisiert, so dass eine Beeinträchtigung dieser Nutzungsmöglichkeit auch eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten – vermögenswerten – Äquivalentes, mithin einen Schaden darstellt[130]. Eine Sache hat also nicht nur einen Substanzwert, sondern auch einen *Gebrauchswert*, welcher einen *selbständigen Vermögensposten* bildet. Die Kommerzialisierungstheorie wurde nicht nur bezüglich der Gebrauchsmöglichkeit, sondern auch auf die verdorbene Ferienzeit angewandt[131]. Die «schönsten Wochen des Jahres» würden schliesslich durch die während der übrigen Zeit erbrachte Arbeitsleistung verdient. Die durch Arbeitsleistung ermöglichten Ferienwochen seien ebenso kommerzialisiert wie die Nutzungsmöglichkeit eines Motorfahrzeuges. Gleiches lässt sich auch von der Freizeit sagen, so dass der ökonomische Grundsatz «Zeit ist Geld» auch rechtlich seinen Niederschlag findet. Die Ersatzfähigkeit der Freizeit wird des weiteren damit begründet, dass der Betroffene während dieser Zeit Geld verdienen könnte. Jeder erlittene «Zeitverlust» ist folglich zugleich ein Verlust einer Chance, Geld zu verdienen, und demzufolge ein Vermögensschaden[132].

Befürworter der Kommerzialisierungsthese führen zunächst meist rechtspolitische Überlegungen an. Zweck des Vermögens in der heutigen Gesellschaft sei es doch gerade, das Leben durch die Nutzung materieller Güter angenehmer zu gestalten[133]. Negiere man die Vermögensqualität dieser

---

[130] Vgl. BGH NJW 1956, 1234, wo, soweit ersichtlich, zum erstenmal der Begriff der Kommerzialisierung auftaucht. Bemerkenswerterweise hat das OLG Dresden schon um die Jahrhundertwende einem Pferdeeigentümer Ersatz dafür zugesprochen, dass er sein verletztes Pferd während einer gewissen Zeitspanne nicht reiten konnte; vgl. dazu und zu weiteren Vorläufern der Kommerzialisierung immaterieller Güter *M. Tolk*, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977, 21 ff.

[131] Grundlegend und mit umfassenden Nachweisen des Meinungsstandes in der deutschen Literatur BGHZ 63 (1974), 98 = NJW 1975, 40 = JZ 1975, 249.

[132] MünchKomm/Grunsky § 249 N 30.

[133] Vgl. *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 12b («z.B. die Annehmlichkeit eines bequemen Sessels oder der schnellen Fortbewegung in einem Auto»); ferner *Alternativ-Komm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 28; *J. Köndgen*, Ökonomische Aspekte des Schadenspro-

Nutzungsmöglichkeiten, laufe man Gefahr, das Schadenersatzrecht von der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung abzukoppeln. Der entscheidende Vorteil der Kommerzialisierungslehre liege sodann in der marktkonformen Erfassung der Schäden, in der Orientierung am Marktpreis. Unerheblich ist, ob der Geschädigte zur Erlangung dieses Genusses tatsächlich Geldmittel aufgewandt hat[134].

b) Die Auffassung, dass jedes für Geld erhältliche Gut einen Vermögenswert darstellt, ist wegen der fehlenden Begrenzbarkeit auf heftigen Widerstand gestossen. Denn – so wird mit Recht gefragt – was kann man für Geld nicht alles haben? Die generelle Erhebung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache oder der Verhaltensmöglichkeit eines Menschen in der Zeit zu Vermögensgütern führt zu einer ökonomisch sinnlosen Vermehrung der Schadenersatzansprüche. Auch die deutsche Rechtsprechung sah sich bald gezwungen, die Phantasie der Geschädigten bei der «Entdeckung» von neuen Vermögensschäden zurückzubinden.

Eine abstrakte Nutzungsentschädigung wurde etwa abgelehnt bei einer zeitweiligen Nichtbenutzbarkeit eines privaten Schwimmbades[135], eines Wohnwagens[136], eines Pelzmantels[137], eines Sportbootes[138] oder eines Fernsehapparates[139]. Eine den Motorfahrzeug-Fällen entsprechende Verkehrsauffassung[140], wonach auch die Benutzbarkeit dieser Sachen einen Vermögenswert darstellt, habe sich noch nicht gebildet; nach der gegenwärtigen Anschauung seien diese vielmehr als «Liebhabereien» anzusehen[141]. Unverständlich erscheint dann aber die Ablehnung eines Schadenersatzes bei Beschädigung der Wohnung[142]. Geradezu willkürlich, und wohl nur auf den

---

blems, AcP 1977, 1, 14 f.; *W. Müller*, Schadensersatz auf Grund verdorbenen Urlaubs, Berlin 1986, 55.

[134] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 12b; *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 27 f.

[135] BGHZ 76 (1980), 179 = NJW 1980, 1386 = JR 1981, 14 mit Anm. *P. Hommelhoff*.

[136] BGHZ 86 (1982), 128 = NJW 1983, 445.

[137] BGHZ 63 (1974), 395 f. = NJW 1975, 734 f. = JZ 1975, 529 mit Anm. *M. Tolk*.

[138] BGHZ 89 (1983), 60 = NJW 1984, 724 = JZ 1984, 571 mit Anm. *G. Jahr*.

[139] LG Berlin VersR 1980, 830.

[140] Kritisch zu diesem Begriff *Larenz* 499; *Meder* 91 f.; *M. Tolk*, Anmerkung zu BGH JZ 1975, 529, 531, wonach es der Rechtsprechung «in Wirklichkeit auch gar nicht darum geht, z.B. *empirisch* eine entsprechende Verkehrsauffassung festzustellen, sondern darum, das als 'billig' empfundene Ergebnis irgendwie dogmatisch abzusichern».

[141] Vgl. z.B. BGHZ 76 (1980), 179, 187 = NJW 1980, 1386, 1388; BGH JZ 1978, 797; umfassend die Entscheidung des Grossen Senats für Zivilsachen, vgl. Fn. 149.

[142] BGHZ 66 (1976), 277, 279 ff.; 71 (1978), 234, 241; 75 (1979), 366, 370 ff. = NJW 1980, 775, 776 f.

Fetischcharakter des Automobils zurückzuführen, ist die Bejahung einer Entschädigung für den Ausfall der Garagennutzung[143].

Ähnliche Ungereimtheiten bestehen bei der Ferien- und Freizeitkommerzialisierung. Während ein Ersatz für verdorbene Freizeit abgelehnt wird[144], befürwortet man eine Entschädigung für verdorbene Ferienzeit selbst dann, wenn der Urlaub gar nicht angetreten werden konnte; immerhin sei der durch die notgedrungen zu Hause verbrachte Ferienzeit entstandene «Schaden» nach Massgabe der jeweiligen Wohnverhältnisse zu ermitteln[145]. Billigt man der Erholung in der Ferienzeit einen Vermögenswert zu, so kann dieser Wert nicht nur vor und während, sondern auch nach den Ferien beeinträchtigt werden. Es erstaunt daher nicht, dass Kläger, die eine Unfallverletzung erlitten hatten, auch Schadenersatz für kurz vor dem Unfall verbrachte, sich nunmehr als nutzlos erweisende Ferienzeit beanspruchten. Nur mit fadenscheinigen Argumentationen konnten die Gerichte dahingehende Ansprüche ablehnen[146].

c) Die Uneinheitlichkeit, Konzeptlosigkeit und Widersprüchlichkeit der Kommerzialisierungs-Rechtsprechung führte im Jahre 1986 dazu, dass der Grosse Senat für Zivilsachen aufgrund eines Vorlagebeschlusses[147] die Frage zu entscheiden hatte, ob der Eigentümer einer von ihm selbst genutzten Sache, insbesondere eines von ihm selbst bewohnten Hauses, Ersatz verlangen kann, wenn er infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum die Sache vorübergehend nicht benutzen kann, ohne dass ihm dadurch zusätzliche Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen[148]. Der Grosse Senat bejahte grundsätzlich die Ersatzfähigkeit des Gebrauchsverlusts[149]. Dem stehe auch die «normativ eingebundene Differenzhypothese» nicht entgegen. Eine Nut-

---

[143] BGH VersR 1986, 42.

[144] Vgl. BGH JZ 1989, 345; anders dagegen das AG Berlin-Schöneberg SJZ 1990, 20 = NJW 1989, 2824, das in einer Entscheidung die Einbusse von zwei Stunden Freizeit mit hundert DM entschädigte.

[145] Vgl. BGHZ 77 (1980), 116, 122 = NJW 1980, 1947, 1948 mit Anm. *U. Blaurock*.

[146] Vgl. LG Celle VersR 1974, 760 f.; LG Kassel VersR 1979, 1132.

[147] NJW 1986, 2037.

[148] BGH JZ 1986, 387 mit Anm. *A. Zeuner*: Im konkreten Fall war die Standsicherheit eines von der Klägerin bewohnten Hauses infolge einer unsachgemässen Abtragung eines Hanges vorübergehend gefährdet. Die Klägerin lebte während dieser Zeit in ihrem Campingbus und verlangte für den Nutzungsentgang 3000 DM.

[149] BGHZ (GS) 98 (1986), 212 = NJW 1987, 50 = JZ 1987, 306. Zustimmend zu dieser Entscheidung *A. Flessner*, Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271, 279 ff.; vgl. dagegen *Stoll*, Haftungsfolgen, 30, welcher den Beschluss als «Rückschritt» bezeichnet; kritisch auch *G. Schiemann*, Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum, JuS 1988, 20–25. In der schweizerischen Literatur stiess die Entscheidung bei *Rey* N 382 ff. auf Zustimmung.

zungsausfallentschädigung komme freilich nicht in Betracht, wenn die Sache produktiv eingesetzt wird. Diesfalls trete an die Stelle des Nutzungsersatzes der entgangene Gewinn. Keine Entschädigung könne sodann gewährt werden, wenn es an der Nutzungsbereitschaft des Geschädigten fehlt, z.B. weil dieser bei einem Autounfall selbst verletzt wird und sich daher während der Reparaturdauer im Krankenhaus befindet. Vor allem aber wird der Nutzungsersatz auf Güter «von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung» beschränkt. Die Unterscheidung zwischen für die Lebenshaltung bedeutsamen Gütern und Luxusgütern ist als Abgrenzungskriterium überaus vage, wenn nicht gar wertlos und damit höchst willkürlich. Es ist zudem auch schwer verständlich, weshalb der BGH bei einem höherwertigen Sportfahrzeug einen höheren Nutzungsausfall als bei einem Wagen der Mittelklasse gewährt, handelt es sich doch dabei ebenfalls um ein Luxusgut. Es wird denn auch darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung konsequenterweise bei Fahrzeugen auf der einheitlichen Basis einer Art «Sozialwagen» abrechnen müsste[150].

Entgegen der grundsätzlichen Bejahung der Kommerzialisierungsthese lehnte der BGH in den letzten Jahren einen Ersatz wegen Nutzungsbeeinträchtigung – mit Ausnahme der Motorfahrzeugfälle – fast durchgehend ab[151]. Hinsichtlich der beeinträchtigten Ferienreisen hat sich der Rückgriff auf die Kommerzialisierungslehre durch Schaffung des § 651 f Abs. 2 BGB ohnehin erübrigt. Der BGH lässt denn auch in neueren Entscheidungen offen, ob die Ferienzeit einen Vermögenswert darstellt[152]. Die Kommerzialisierungs-Rechtsprechung bleibt daher praktisch auf den Motorfahrzeugbereich beschränkt. Dogmatisch lässt sich dieses «Kfz-Sonderrecht» nicht begründen[153]. Letztlich ist es nur aufgrund der Rechtsprechungskontinuität, d.h. aus «Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes», vertretbar[154].

---

[150] So *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 12c; ferner *Tolk*, JZ 1975 (Fn. 140), 531.

[151] Eine gewisse Verunsicherung besteht in den unteren Gerichten; siehe z.B. LG Tübingen NJW 1989, 1613 (Nutzungsausfall wegen verspäteter Lieferung einer Einbauküche); AG Darmstadt ZfS 1989, 160 (Nutzungsausfall bei Ausfall eines Fernsehgerätes).

[152] BGH JZ 1985, 845 mit Anm. *U. Blaurock*; zur Rechtsnatur des Ersatzes nach § 651 f Abs. 2 BGB umfassend *Müller* (Fn. 133) 120 und passim.

[153] *Schiemann*, JuS 1988 (Fn. 149), 24; kritisch auch *A. Zeuner*, Anmerkung zu BGH JZ 1986, 387, 396; *Lange* 291.

[154] So die Urteilsbegründung in BGHZ (GS) 98 (1986), 212, 221; zustimmend *H. Hagen*, Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?, JZ 1983, 833, 840; für die gegenwärtige Praxis sprechen sich ferner aus *Soergel/Mertens* vor § 249 N 85; *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 20 und 31; siehe auch *Schiemann* 298 ff. und 302; *Staudinger/Medicus* § 253 N 36 («Sparsamkeitsprämie»); mit anderer Begründung auch *Esser/Schmidt* 182: «Bereits de lege lata wäre freilich zu erwägen, ob die von der Rechtsprechung offenbar für unerlässlich gehalte-

3. Frustrationsgedanke

a) Der Frustrierungsgedanke geht auf eine beiläufige Aussage v.TUHRS[155] zum Schaden zurück. Danach sind freiwillig gemachte Aufwendungen wie Schäden zu ersetzen, wenn sie durch ein schädigendes Ereignis nachträglich entwertet werden. Anders als bei der Kommerzialisierungstheorie stellt man nur auf die tatsächlich getätigten Aufwendungen ab. Anhand des Frustrierungsgedankens hat man etwa die Entschädigung des Nutzungsausfalles begründet. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass der Geschädigte für den Erwerb und den Unterhalt einer Sache Aufwendungen tätigt, für die er bei einem Gebrauchsausfall den erwarteten Gegenwert nicht erhält. Der Unterschied zur Kommerzialisierungstheorie liegt darin, dass die Frustrationstheorie auf die nutzlosen Aufwendungen, der Kommerzialisierungsgedanke auf den Entgang des Äquivalents abstellt[156]. Der Frustrationsgedanke weist auch eine Parallele zu Mertens Vermögensfunktionsstörung[157] auf. Bei beiden ist die Zweckverfehlung von Aufwendungen der Ausgangspunkt[158].

Die deutsche Schadenersatzdogmatik «entdeckte» den Frustrationsschaden erst in den sechziger Jahren[159], und die Diskussion um diesen Schadensposten hatte ihren Höhepunkt in den siebziger Jahren[160]. Auch im angloamerikanischen Rechtskreis sprachen Gerichte gelegentlich Ersatz für nutzlos gewordene Aufwendungen zu. So berechnen die englischen Gerichte bereits seit dem letzten Jahrhundert bei verhinderter Nutzung eines Schiffes den

---

ne Sonderentschädigung auf dem Kfz-Sektor nicht bei § 847 zum Stichwort 'Freiheitsentziehung' untergebracht werden könnte.»

[155] Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 1. Aufl., Tübingen 1924, 69; ebenso in der von *Peter* neubearbeiteten 3. Aufl., Zürich 1979, 84.

[156] *Bötticher* (Fn. 93) 310: «Im einen Fall schmerzt mich bei der Einbusse der immateriellen Genüsse die nutzlose Ausgabe, im anderen Fall der Entgang des erkauften Äquivalents.» Nach *Köndgen* (Fn. 133) 30 Fn. 154, kann man dabei von «komplementären Schadenskonzepten» sprechen.

[157] *Vorne* § 1 II 3.

[158] *Ströfer* (Fn. 30) 58.

[159] Vgl. vor allem *W. Löwe*, Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR 1963, 307–312; *ders.*, Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?, NJW 1964, 701–705; *K. Larenz*, Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR 1963, 312 f.; *ders.*, FS Oftinger (Fn. 124), 151 ff.

[160] Vgl. etwa die Darstellung bei *K. Küppers*, Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1976; ferner *Tolk* (Fn. 130) 49 ff.; *D. Zeitz*, Schadensersatz bei Nutzungsentgang an Gebrauchsgegenständen, Diss. Frankfurt 1978, 12 ff.; *Werber* (Fn. 93) 174 ff.

Schaden anhand der Investitionskosten und Abschreibungen[161]. Die amerikanische Rechtsprechung erachtet in bestimmten Fällen nutzlose Aufwendungen ebenfalls als ersatzfähigen Schaden[162]. Anders als im deutschen Recht wurde indes die Entschädigungsfähigkeit des Frustrationsschadens bei ausservertraglichen Haftungen nicht problematisiert.

b) Gegen die Frustrationstheorie wird vorgebracht, dass die Aufwendungen zum einen *freiwillig* und zum anderen *vor* dem Schadensereignis getätigt wurden[163]. Diesen Einwand räumen LARENZ[164] und ihm folgend OFTINGER[165] und MERZ[166] mit folgender Begründung beiseite: Eine Aufwendung werde regelmässig in der sicheren Erwartung des durch sie erworbenen Vorteils getätigt. Vereitelt man diesen Vorteil, so wird die Aufwendung nachträglich nutzlos, und da sie als nutzlos nicht gewollt war und nicht gemacht worden ist, falle das Merkmal der Freiwilligkeit nachträglich weg. Aus diesem Grunde sei es gerechtfertigt, die nutzlosen Aufwendungen in gewissem Umfange Schäden gleichzustellen. Im Grunde richten sich aber die Bedenken weniger auf die Freiwilligkeit oder die fehlende Kausalität der Aufwendungen; vielmehr ist der Frustrationsgedanke wegen der Ausuferungstendenzen abzulehnen. Dies zeigt sich vor allem in jenen Fällen, in de-

---

[161] Vgl. House of Lords, Greta Holme, Appeal Cases 1897, 596, 605: «If the appellants had hired a dredger instead of purchasing one, and had during the months they were deprived of its use been bound to pay for its hire, it cannot be doubted that the sums so paid could have been recovered. How can they the less be entitled to damages because, instead of hiring a dredger, they invested their money in its purchase? The money so invested was out of their pockets, and they were deprived of the use of the dredger, to obtain which they had sacrificed the interest on the money spent on its purchase. A sum equivalent to this, at least, they must surely be entitled to.» Ferner House of Lords, The Chekiang, Appeal Cases 1926, 637 m.w.N. auf die Rechtsprechung.

[162] Vgl. z.B. Supreme Court of Errors of Connecticut, Cook v. Packard Motor Car Co. of New York, Atlantic Reporter 92 (1914), 413, 416, das die Beschädigung eines Fahrzeuges betraf: «... the plaintiff had no use or employment for the chauffeur while the car was being repaired ... he is entitled to recover upon proper allegations any reasonable obligatory expenses which have been rendered fruitless as a natural consequence of the defendant's detention of his automobile.»

[163] Vgl. ausführlich *Küppers* (Fn. 160) 82 ff.; ferner Zeuner, AcP 1964 (Fn. 88), 394; *G. Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 294/295, Tübingen 1964, 28; *E.W. Stark*, Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, FS Keller, Zürich, 311, 315; *R. Serozan*, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Bd. II, Zürich 1981, 447, 473.

[164] *Larenz*, FS Oftinger (Fn. 124), 152 f. Vgl. auch *Werber* (Fn. 93) 177, für den es gerade Sinn und Zweck des Frustrationsgedankens ist, über das Erfordernis der Kausalität hinwegzuhelfen.

[165] S. 58.

[166] S. 197.

nen der Eigentümer infolge einer Verletzung am Gebrauch seiner Güter verhindert wird[167]. Jeder im Krankenhaus liegende Geschädigte hätte Anspruch auf zeitanteiligen Ersatz seiner nutzlos gewordenen Aufwendungen für die Wohnung, das Motorfahrzeug, das Mobiliar, die Telefon- und Fernsehgebühren, die Mitgliedschaftsgebühren bei Vereinen usw.[168].

Aus diesem Grunde schlägt LARENZ vor, nur bei Unbrauchbarkeit der Sache selbst einen Frustrationsschaden zu bejahen, nicht aber, wenn nur der Geschädigte nicht mehr in der Lage ist, die Sache zu nutzen[169]. Der Schaden liege nicht in den getätigten Aufwendungen, sondern im Verlust der mit ihnen erkauften zeitbezogenen Gebrauchsmöglichkeit. Wird etwa bei einem Unfall bloss das Fahrzeug beschädigt, so kann Ersatz für Fixkosten wie Versicherungen, Steuern und Garagenmiete beansprucht werden; dagegen besteht kein Ersatzanspruch, wenn der Geschädigte das Fahrzeug verletzungsbedingt nicht benutzen kann[170]. Diese Einschränkung wird in der Literatur überwiegend abgelehnt, da es fragwürdig erscheine, bei der Ersatzfähigkeit danach zu unterscheiden, ob die Aufwendungen durch Zerstörung des Gebrauchsobjekts oder durch Verletzung des Nutzungsberechtigten zwecklos werden[171]. Auf der Wertungsebene kann man bezüglich der von LARENZ vorgeschlagenen Einschränkung durchaus unterschiedlicher Auffassung sein. Anzumerken ist lediglich, dass diese Definition des Frustrationsschadens nicht einmal das Schulbeispiel der wertlos gewordenen Theaterkarte[172] zu lösen vermag.

---

[167] Exemplarisch etwa der vom BGH entschiedene Jagdpachtfall: Der Pächter einer Jagd konnte infolge einer Verletzung zeitweise sein Pachtrecht nicht ausüben. Das Gericht lehnte den Ersatz ab; BGHZ 55 (1970), 146. Nach *Köndgen* (Fn. 133) 28 kann den «kritischen Einwänden die Spitze genommen» werden, wenn die fehlgeschlagene Aufwendung nur ersetzt wird, wenn sie «in einem *teleologischen Zusammenhang* mit dem verletzten Recht bzw. Rechtsgut stand ... Der notwendige Konnex zwischen Rechtsgutverletzung und frustrierter Aufwendung wäre etwa gegeben, wenn dem vielzitierten Jagdpächter keine Körperverletzung zugestossen, sondern das Jagdrevier verwüstet worden wäre.»

[168] *Müller* (Fn. 133) 59; *St. Meder*, Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung, Berlin 1989, 24; *Honsell/Harrer* 166: Die Frustrationslehre «ist wegen ihrer Uferlosigkeit und auch deshalb abzulehnen, weil das (zeitweilige) Leerlaufen von Generalunkosten zum allgemeinen Lebensrisiko gehört».

[169] *Larenz* 502 f.; ebenso *Merz* 197; *Koziol/Welser* 446.

[170] So *Merz* 196; vgl. auch *Oftinger* 257; einschränkender noch *Koziol/Welser* 446, wonach nur Aufwendungen ersatzfähig sind, «die typisch für die Benutzung der Sache erforderlich sind».

[171] Vgl. etwa *Tolk* (Fn. 130) 113; *Küppers* (Fn. 160) 139 f.; *Müller* (Fn. 133) 59 je m.w.N.; ferner *Gauch/Schluep* N 2658; in diesem Sinne ursprünglich auch *Larenz*, FS Oftinger (Fn. 124), 162.

[172] Zu dem Fall, dass jemand am Besuch der Theatervorstellung verhindert wird, vgl. bereits *A. v.Tuhr*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, 69

Ein weiterer Einwand gegen die Frustrationslehre liegt darin, dass sich nur schwer begründen lässt, weshalb derjenige, der eine Sache geschenkt erhalten hat, leer ausgehen sollte, während derjenige, der über den Marktwert hinausgehende Aufwendungen tätigt, auch für sein Affektionsinteresse entschädigt wird. Um dieses stossende Ergebnis zu vermeiden, wird teilweise auch vertreten, nur die üblichen Aufwendungen zu ersetzen[173]. Damit ist man aber wieder bei der Kommerzialisierungstheorie angelangt[174].

c) Aus den angeführten Gründen vermag die Frustrationstheorie im Rahmen der ausservertraglichen Schädigung nicht zu überzeugen. Mit Recht hat sich das Bundesgericht in einer neueren Entscheidung – entgegen der vorherrschenden Auffassung in der schweizerischen Literatur – gegen die Entschädigung nutzloser Aufwendungen ausgesprochen[175]. Zu beachten ist freilich, dass vor dem Schadensfall getätigte Aufwendungen bei der Schadensberechnung insoweit Berücksichtigung finden können, als sie als *Anhaltspunkt für die Höhe des entgangenen Gewinns* herangezogen werden[176]. Im Grunde liegt dieser Gedanke auch der erwähnten Praxis der englischen Gerichte zugrunde, welche bei verhinderter Nutzung eines Schiffes Ersatz der Investitionskosten zusprechen[177].

Fn. 10 und 99 (ebenso in *v.Tuhr/Peter* 84 Fn. 10 und 119); *P. Oertmann*, Das Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928, § 253 Anm. 2; ferner *Zeuner*, AcP 1964 (Fn. 88), 386, 388.

[173] *E. Schmidt*, Nutzungsentgang und äquivalentlose Aufwendungen, JuS 1980, 636, 639; *Esser/Schmidt* 184.

[174] Zutreffend *Tolk* (Fn. 130) 117 f.

[175] BGE 115 II (1989), 474, 481 f.; gl.M. *Oftinger/Stark* § 2 N 56 (anders noch die Vorauflage *Oftinger* 58, 257); dem Bundesgericht im Ergebnis zustimmend *Gauch/Schluep* N 2672 (anders noch in der 4. Auflage N 1608g); weitere Nachweise auf den schweizerischen Meinungsstand in *V. Roberto*, Verdorbene Ferien als Schaden, recht 1990, 79–84.

[176] Ausführlich hierzu *H. Stoll*, Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Massstab der Interessenbewertung, FS Duden, München 1977, 641–660, der diesen Gedanken allerdings auf den vertraglichen Bereich beschränkt.

[177] Vgl. die Entscheidung «The Chekiang» (Fn. 161) 647 f.: «The assumption, on which this calculation seems to rest according to the two passages above quoted, is that in a well conducted business the machinery, which you buy, will generally be found in use to be worth what you spent on it ... I think, however, that, when one gets away from personal trading, this assumption may quickly become unsound.»

IV. «Normativer» Schaden

1. Begriff und Inhalt

In der Literatur wird den vorne dargestellten Versuchen, den Schadensbegriff in Abweichung von der Differenzhypothese zu bestimmen, der normative Schaden gegenübergestellt[178]. SELB, der den Begriff des normativen Schadens in die deutsche Schadensdiskussion eingeführt hat, verfolgte damit das Ziel, «den Schaden aus einer naturalistischen Betrachtungsweise zu befreien und ihn den Zwecken der Haftungsnormen besser dienstbar zu machen, d.h. ihn mehr und mehr normativ zu verstehen»[179]. Die Differenzlehre stelle allenfalls eine von vielen Berechnungsarten dar. Der Begriff des normativen Schadens fand rasch Eingang in die Rechtsprechung des BGH. Das Gericht versucht damit vor allem, die in der Schadensberechnung nach der Differenzmethode bei der Beteiligung eines Dritten auftauchenden Schwierigkeiten (z.B. Vorteilsanrechnung und Drittschadensliquidation) zu lösen[180]. Auf den normativen Schadensbegriff beruft sich der BGH bei Zusprechung eines Schadenersatzanspruches des verletzten Arbeitnehmers trotz Lohnfortzahlung oder der verletzten, nicht erwerbstätigen Ehefrau, gelegentlich auch bei der bereits erwähnten Entschädigung für den Entzug der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache[181]. In neuerer Zeit scheint der BGH den Begriff des normativen Schadens zu vermeiden; statt dessen werden zurückhaltendere Formulierungen wie die einer «normativen Ergänzung» der Differenzhypothese verwendet[182].

Obwohl das Schlagwort des «normativen Schadens» seit den sechziger Jahren Eingang in das Schadensrecht gefunden hat[183] und seither der Schadensbegriff nicht mehr diskutiert werden kann, ohne auf die Normativie-

---

[178] Vgl. dazu *Hohloch* 408 ff.; *Esser/Schmidt* 174 ff.; *B. Wilk*, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, Berlin 1983, 30 ff.; *Ströfer* (Fn. 30) 53 ff.; *Brinker* 212 ff.

[179] *W. Selb*, Schadensbegriff und Regressmethoden, Heidelberg 1963, 11.

[180] So BGHZ 54 (1970), 45, 49 f. Umfassend dazu nunmehr *U. Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, Tübingen 1995.

[181] Vgl. z.B. BGH NJW 1969, 1477.

[182] *Lange* 38.

[183] Grundlegend *W. Selb*, Der Regress des Versicherungs- und Versorgungsträgers über § 683 und § 812 BGB, NJW 1963, 2056, 2057; *ders.*, Schadensbegriff (Fn. 179), 11, 78; *ders.*, Individualschaden und soziale Sicherung, Karlsruher Forum 1964, 3, 19; ausführlich und kritisch auch *Mertens* 50 ff.

rungstendenzen einzugehen[184], besteht über das, was unter normativ zu verstehen ist, alles andere als Klarheit[185]. So kann man unter diesen Begriff sämtliche Abweichungen von der Differenzhypothese subsumieren, namentlich auch die Lehre des objektiven Mindestschadens Neunerscher Prägung, den Bedarfs- und den Funktionsschaden, aber auch den Frustrations- und den Kommerzialisierungsschaden[186]. Fasst man den Begriff mit LARENZ[187] noch weiter mit dem Hinweis, dass jeder Schadensbegriff von der Rechtsordnung geprägt, daher normativ ist, so entbehrt dieser jeglichen Inhalts und wäre, mangels Funktion, aufzugeben. Bedeutungsträchtiger ist der Begriff, wenn er in einem engeren Sinne verstanden wird, nämlich als Sammelbegriff für bestimmte Einzelprobleme, in denen in Abkehr von der traditionellen Differenzhypothese ein Ersatz zugesprochen bzw. abgelehnt wird[188]. Aber auch bei diesem Verständnis umfasst der normative Schaden nur Abweichungen vom herkömmlichen Schadensbegriff, die heterogener Art sind und sich nicht auf einen bestimmten Nenner bringen lassen; einen eigenständigen, festkonturierten Schadensbegriff, welcher der Differenzhypothese entgegengesetzt werden könnte, stellt er indessen nicht dar. Nicht zu Unrecht bezeichnet man den normativen Schadensbegriff als «Leerformel, die sich so und so handhaben lässt»[189], als «leere Begriffshülle», die einem «rein tautologischen» Schadensverständnis entspricht[190], als «Schlagwort, welches in keiner Weise weiterführt und das als beliebig ausfüllbare Leerformel ... die Gefahr begründet, für die Rechtfertigung unkontrollierter Entscheidungen in Anspruch genommen zu werden»[191]. Letztlich räumt auch SELB[192] ein, dass mit dem Schlagwort «normativer Schaden» allein «im Grunde noch nichts gesagt» ist.

In der Literatur hält man gelegentlich dafür, den Begriff in einem noch engeren Sinne zu verstehen und auf die Probleme im Zusammenhang mit Ersatzansprüchen des verletzten Arbeitnehmers trotz Lohnfortzahlung und

---

[184] Vgl. etwa die Besprechung dieses Begriffes bei *D. Medicus*, Normativer Schaden, JuS 1979, 233–239; *H. Hagen*, Zur Normativität des Schadensbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, FS Hauss, Karlsruhe 1978, 83, 95 f.; *Wolf* (Fn. 110) 547 ff.

[185] Vgl. ausführlich *Brinker* 185, 202 f. und 212 ff.; ferner *Lange* 37.

[186] Vgl. etwa *Mertens* 50 ff.; *Esser/Schmidt* 174; *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 7; einschränkend *Hohloch* 409 ff.

[187] S. 427; ebenso *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 8.

[188] So z.B. *Hagen*, FS Hauss (Fn. 184), 100; *Esser/Schmidt* 174.

[189] *Hohloch* 398.

[190] *Mertens* 89.

[191] *Keuk* 42; vgl. ferner die Kritik bei *Lange* 36 ff. und 39 ff.; *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 7: «Zauberformel»; *Wilk* (Fn. 178) 119 ff.; *Brinker* 212 ff.; *Ströfer* (Fn. 30) 53 ff.; *Hohloch* 398 ff.

[192] Diskussionsbeitrag im Karlsruher Forum 1964, 39.

der verletzten haushaltsführenden Ehefrau einzuschränken[193], was insoweit berechtigt ist, als damit die Bedeutung des Begriffes klar definiert wäre. Um jedoch die verschiedenen weiteren Fälle, in denen die Differenzhypothese ebenfalls durchbrochen wird und die sich nicht unter eine der vorne besprochenen Schadenskonzepte bringen lassen, zu erfassen, sollen diese am Ende dieses Titels zusammengefasst werden.

2. *« Normativer Schaden» im engeren Sinne*

a) Auf den normativen Schadensbegriff wird unter anderem dann Bezug genommen, wenn es um die Frage geht, ob Leistungen eines Dritten einem Schädiger zugute kommen können, weil sie dem Geschädigten als Vorteil anzurechnen sind. Ein Schaden im Sinne der Differenztheorie lässt sich in diesen Fällen nicht ausmachen. So beruft sich die deutsche Rechtsprechung etwa beim Schadenersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers, dessen Lohn aufgrund gesetzlicher Bestimmungen, Tarifvereinbarungen oder vertraglicher Regelungen fortgezahlt wird, auf den normativen Schadensbegriff[194]. Der Arbeitnehmer erleidet nämlich aufgrund der Lohnfortzahlung keinen Schaden. Der Arbeitgeber hat als Indirektgeschädigter keinen eigenen Schadenersatzanspruch. Auch der Gedanke der Drittschadensliquidation hilft nicht weiter, weil man dabei nicht auf den Lohn, sondern auf den beim Arbeitgeber konkret entstandenen Schaden abstellen müsste. Gleichwohl lehnt man die Entlastung des Schädigers allgemein ab. Die gesetzliche *Lohnfortzahlungspflicht* bezwecke eben die Entlastung der Sozialversicherungskassen und nicht die Befreiung des Ersatzpflichtigen[195]. Aus diesem Grunde bejaht der BGH einen wirklichen eigenen Schaden des Arbeitnehmers. Man kann die Lohnfortzahlung auch als Problem der Vorteilsausgleichung sehen. Die bei der Vorteilsausgleichung unbestrittenermassen notwendigen Wertungen trägt man durch die fiktive Differenzbildung in den Schadensbegriff hinein[196].

---

[193] In diesem engen Sinne *Medicus*, JuS 1979 (Fn. 184), 239; *Wilk* (Fn. 178) 30 ff.

[194] Grundlegend BGHZ 54 (1970), 45, 49 = JZ 1971, 377 sowie BAG JZ 1971, 380; vgl. das Fazit der beiden Entscheidungen bei *M. Lieb*, «Wegfall der Arbeitskraft» und normativer Schadensbegriff, JZ 1971, 358: «Während das BAG seine zusprechende Entscheidung ausdrücklich damit begründet hat, dass der BGH in seiner neueren Rechtsprechung einen normativen Schadensbegriff entwickelt habe, der es gestatte, bereits den Wegfall der Arbeitskraft als solchen als Schaden anzusehen, vertritt eben dieser BGH genau die umgekehrte Auffassung und hält daher an der traditionellen Forderung fest, dass sich der Ausfall der Arbeitskraft konkret und sichtbar vermögensmässig ausgewirkt haben müsse.»

[195] *Lange* 528.

[196] *Wilk* (Fn. 178) 30.

In der Schweiz werden die Lohnfortzahlungsfälle als Regressproblem betrachtet. Die Einordnung ist aber umstritten. Teilweise wird vertreten, der aus Gesetz oder Vertrag haftende Arbeitgeber sei nach der gesetzlichen Regressordnung zum Rückgriff auf den Haftpflichtigen legitimiert[197]. Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass die Lohnfortzahlung nicht als Schadenersatz qualifiziert werden darf[198], weshalb diese Leistung nicht der Regressordnung des Art. 51 OR zu unterstellen sei[199]. Liegt beim Arbeitnehmer kein Schaden vor, kann er auch keine Ersatzforderung abtreten[200]. Ein Teil der Literatur möchte sich deshalb mit einer analogen Anwendung des Art. 51 OR behelfen. Danach steht dem Arbeitgeber ein Regressrecht gegen alle Ersatzpflichtigen einschliesslich der aus Vertrag und nach Gesetzesvorschrift Haftenden zu[201]. Die schweizerische Diskussion zielt insoweit in die richtige Richtung, als bei den Lohnfortzahlungsfällen nicht nach einem besonders gearteten Schadensbegriff zu suchen ist, es sich vielmehr um ein Problem des in der Tat nur normativ zu begründenden Ersatzanspruches von Dritten handelt[202]. Die Kontroverse hat nach Inkrafttreten des Unfallversicherungsgesetzes erheblich an Bedeutung verloren. Die praktische Bedeutung beschränkt sich auf die ersten zwei Tage nach dem Unfalltag und auf den über dem versicherten Maximum liegenden Lohnanteil[203].

b) Die deutsche Rechtsprechung zieht den normativen Schadensbegriff auch bei *Verletzung des haushaltsführenden Ehegatten* heran. Dem Geschädigten wird hierbei ein eigener Anspruch auf Ersatz des Schadens gewährt, der durch den Ausfall der Haushaltsführung für alle Familienmitglieder entsteht. Ob der Ausfall zu Vermögensaufwendungen führt, z.B. durch die Kosten einer Ersatzkraft, oder ob dies nicht der Fall ist, sei unerheblich. In der Schweiz wird ebenfalls ein eigener Anspruch des nicht erwerbstätigen Ehegatten befürwortet, ohne aber vertiefte dogmatische Überlegungen anzustellen[204].

---

[197] *Oftinger* 351; wohl auch *Schär* N 876; abweichend *Oftinger/Stark* § 10 N 129.

[198] *P. Szöllösy*, Kann der zur Lohnfortzahlung verpflichtete Arbeitgeber auf einen Dritthaftpflichtigen Rückgriff nehmen?, SJZ 1976, 337, 343; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 31; *Keller/Gabi* 76.

[199] *P. Szoelloesy*, Die Berechnung des Invaliditätsschadens im Haftpflichtrecht europäischer Länder, Zürich 1970, 264 Fn. 36; siehe die Nachweise auf den Meinungsstand bei *BernerKomm/Rehbinder* Art 324a N 14.

[200] *Szöllösy* a.a.O. 133 und 264.

[201] *Keller/Gabi* 76; *P. Widmer*, «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, verpflichtet dessen Arbeitgeber zum Ersatz», SJZ 1977, 283, 287.

[202] Zutreffend *Stoll*, Haftungsfolgen, 108.

[203] *Rey* N 241; *Oftinger/Stark* § 10 N 128.

[204] Vgl. etwa *Oftinger* 207; *Oftinger/Stark* § 6 N 157; BGE 99 II (1973), 221, 223: Danach gilt die Regel, wonach nur der Direktgeschädigte legitimiert ist, nicht «für den Schadener-

3. Weitere Problemgruppen

a) Kosten, die der Geschädigte für die Beseitigung oder Minderung des Schadens aufwendet, sind zu ersetzen. Streitig ist, ob solche Aufwendungen auch dann in Rechnung gestellt werden dürfen, wenn sie bereits vor dem konkreten Schadensfall getätigt wurden[205]. Von der Problematik des Frustrationsschaden unterscheiden sich diese Fälle dadurch, dass die Aufwendungen sich nachträglich gerade als sinnvoll erweisen. Mit der Differenzhypothese lassen sich diese Aufwendungen nicht erfassen, da sie nicht durch den betreffenden Schädiger verursacht wurden, der hypothetische Vermögensstand folglich in diesem Punkt nicht von dem tatsächlichen abweicht. Es geht hierbei namentlich um Aufwendungen für *Reservefahrzeuge*, für *eigene Reparaturwerkstätten* oder für *Überwachungsleistungen* in Warenhäusern zur Verfolgung von Ladendiebstählen[206]. Bekannt ist sodann die deutsche Rechtsprechung zu den «*GEMA-Fällen*». Die Verwertungsgesellschaft GEMA unterhält eine eigene Überwachungsorganisation zur Aufdeckung und Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen. Nach ständiger Rechtsprechung kann die GEMA von dem ertappten Verletzer nicht nur Ersatz für die Nutzung des Urheberrechts, sondern darüber hinaus auch Ersatz für ihre Überwachungskosten in der Höhe des Normaltarifs fordern[207].

b) Im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechtsverletzungen bereitet die Ermittlung der Einbusse Probleme. Aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung die sogenannte *dreifache Methode der Schadensberechnung* entwickelt. Der Geschädigte kann alternativ den nachweislich entgangenen Gewinn, eine angemessene Lizenzgebühr oder Herausgabe des vom Verletzer gezogenen Gewinnes beanspruchen[208]. Mit der Differenzhypothese lässt sich weder die fingierte Lizenzgebühr noch die Gewinnabschöpfung, sondern nur der Ersatz des entgangenen Gewinns vereinbaren.

c) Bei Beschädigung oder Zerstörung einer gebrauchten Sache gewährt die Rechtsprechung dem Geschädigten in bestimmten Fällen die Kosten für

---

satzanspruch einer Hausfrau, die ihre Obliegenheiten infolge des schädigenden Ereignisses nicht mehr oder nur noch teilweise erfüllen kann. Der Hausfrau steht vielmehr ein eigener Schadenersatzanspruch zu, dessen Erfüllung nicht mit der Begründung verweigert werden darf, andere Familienangehörige, insbesondere der Ehemann, verrichteten nun die sonst ihr obliegenden Arbeiten.» Dazu auch hinten § 7 II 1.

[205] Umfassend dazu *A. v.Falkenhausen*, Vorhalte- und Vorsorgekosten, *Königstein* 1979, 31 ff.; ferner *Lange* 293 ff. je m.w.N.

[206] Dazu hinten §§ 7 III und 8.

[207] Dazu hinten § 8 II 2.

[208] Ausführlich *Th. Fischer*, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Basel 1961.

die Neuanschaffung, nimmt also entgegen der Differenzhypothese keinen Abzug *«neu für alt»* vor. Dadurch erhält der Geschädigte mehr, als ihm an Schaden entstanden ist, was gegen das Bereicherungsverbot verstösst[209].

d) Nach der Reparatur einer Sache kann, sofern sich die Beschädigung nicht vollständig beheben lässt, ein technischer Minderwert verbleiben, welcher unbestrittenermassen zu ersetzen ist. Problematisch ist dagegen die Berücksichtigung des sogenannten *merkantilen Minderwerts*, welcher vor allem bei Fahrzeugen, Maschinen, Computern und dergleichen aktuell ist. Es handelt sich dabei einerseits um die erhöhte Schadensanfälligkeit erheblich geschädigter und dann reparierter Sachen, andererseits um das Misstrauen, das ein späterer Käufer gegen reparierte Gegenstände hegt[210]. Aus diesem Grunde liegen auf dem Gebrauchtwagenmarkt die Preise für «Unfallwagen» unter den entsprechenden Preisen für unfallfreie Fahrzeuge. Die Rechtsprechung anerkennt diesen Minderwert von jeher als ersatzfähigen Schaden[211], obwohl bei Weiterverwendung der Sache durch den Geschädigten keine Vermögenseinbusse vorliegt.

e) Bei Beschädigung einer Sache kann der Geschädigte dem Ersatzpflichtigen die *Wiederherstellungskosten* in Rechnung stellen. Fraglich ist, ob und inwiefern diese Kosten *über den Sachwert hinausgehen* dürfen. Unstreitig können bei Verletzung eines Haustieres die Heilungskosten unabhängig vom Wert des Tieres in Rechnung gestellt werden. Nach der deutschen Rechtsprechung dürfen sodann bei einem Fahrzeug die Reparaturkosten bis zu dreissig Prozent über dem Sachwert liegen. Bei den meisten der übrigen Güter sowie bei Totalschaden eines Fahrzeuges bildet hingegen der Sachwert die Obergrenze der ersatzfähigen Reparaturkosten. Unabhängig davon, welcher Auffassung man den Vorzug geben will; aus der Differenzhypothese lassen sich entsprechende Differenzierungen jedenfalls nicht ableiten.

Dies gilt in besonderem Masse für die höchst umstrittene Frage, ob der Anspruch auf die Reparatur- bzw. Heilungskosten von der tatsächlichen Schadensbehebung abhängig ist oder ob der Geschädigte dem Ersatzpflichtigen die Aufwendungen auch dann in Rechnung stellen kann, wenn er nicht beabsichtigt, den schadensfreien Zustand wiederherzustellen. Die deutsche Rechtsprechung spricht solche *fiktive Aufwendungen* bei Sachbeschädigungen zu, lehnt sie dagegen bei Heilungskosten ab. Gerade umgekehrt präsentiert sich die Lage in Österreich, wo mit Hinweis auf die besondere Stellung

---

[209] Dazu hinten § 4 III 2.
[210] Dazu hinten § 4 III 1.
[211] Vgl. die Nachweise bei *Oftinger/Stark* § 6 N 370 Fn. 564; *Lange* 263.

des Rechtsgutes Gesundheit zwar fiktive Heilungskosten, nicht aber fiktive Reparaturkosten zu ersetzen sind[212].

f) Schliesslich mussten sich die Gerichte in jüngerer Zeit auch mit der Frage auseinandersetzen, ob *ungewollte oder behindert geborene Kinder* «als Fügung Gottes» hinzunehmen sind oder aber wegen der Unterhaltslast zu einem Schadenersatzanspruch führen. Anders als bei den vorne erwähnten Fällen geht es hier nicht um eine Ausweitung, sondern um eine Einschränkung der Differenzhypothese, denn die Kosten für den Unterhalt wären nach der Differenzrechnung an sich zu ersetzen. Insofern sind die Gerichte in Deutschland und den USA, welche den Unterhaltsaufwand als ersatzfähigen Schaden anerkennen, durchaus konsequent[213]. Die entgegengesetzte Auffassung will aus ethischen Gründen dem Schadensrecht Einhalt gebieten und die Aufwendungen für ungewollte oder behinderte Kinder von der Ersatzpflicht ausnehmen[214].

---

[212] Zum Ganzen § 5.

[213] Vgl. die Nachweise bei *W. Deuchler*, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes («wrongful birth»). Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Rechts, Frankfurt 1984; *E. Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben: «Wrongful Life», Tübingen 1995, welcher die Problematik als Ausdruck einer fundamentalen Wertekrise unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung versteht. In Deutschland hat diese Frage in neuerer Zeit zum Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem BGH geführt: Ersteres Gericht hat entschieden, dass «eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle» verfassungsrechtlichen Grundsätzen widerspricht; die Rechtsprechung der Zivilgerichte sei «mit Blick darauf der Überprüfung bedürftig»; vgl. NJW 1993, 1751, 1764. Der BGH (NJW 1995, 2407, 2409 f.) folgt der Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts nicht: Der Schaden liege nicht in der Existenz des Kindes, sondern in der Unterhaltsbelastung durch das Kind. Insoweit beruhe die Schadensermittlung auf der Differenztheorie. Der Schadensbegriff als solcher sei wertfrei und enthalte insbesondere auch kein Unwerturteil über das Kind. *D. Giesen*, Schadensbegriff und Menschenwürde, JZ 1994, 286, 292, begrüsst es, dass der BGH bei seiner Rechtsprechung geblieben ist, und lädt das Bundesverfassungsgericht ein, seine Auffassung bei passender Gelegenheit «noch einmal zu überdenken». Es sei eben nicht Aufgabe der Verfassungsrichter, «mit schon grundsätzlich problematischen Mitteln, hier sogar mit dem schweren Geschütz des vermeintlichen Menschenwürdeverstosses ihre Rechtsmeinungen in einer zivilrechtlichen Frage durchzusetzen». Siehe auch *A. Roth*, Kindesunterhalt als Schaden, NJW 1995, 2399 f.

[214] Im schweizerischen Recht einen Ersatz ablehnend *P. Weimar*, Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes?, FS Hegnauer, Bern 1986, 641–655; *befürwortend W. Fellmann*, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, 317–335. Nach *Oftinger/Stark* § 2 N 45 ff. dränge es sich auf, «dass der Richter bei guten und mittleren finanziellen Verhältnissen der Eltern die Medizinalperson von der Ersatzpflicht entbindet und bei schlechten vollen Ersatz der in Frage stehenden Kosten zuspricht. Auch eine mittlere Lösung ist je nach den Verhältnissen möglich.» Über die sachliche Berechtigung dieses Vorschlags kann man streiten. Sicher lässt sich diese Lösung aber nicht – wie dies *Oftinger/Stark* behaupten – aus Art. 44 Abs. 1 OR ableiten. Und ebensowenig trifft zu, dass eine solche Berücksichtigung «in der Praxis nicht neu» sei – im Gegenteil: Dass die Wohlhabenheit

V. Gegenwärtiger Stand der Diskussion

a) Ein abstrakter Schadensbegriff, der alle von der Rechtsordnung als ersatzwürdig anerkannten Einbussen umfasst, ist nicht gefunden worden, so sehr man danach gesucht hat. Anders als in der Schweiz setzte sich in Deutschland das Schrifttum schon früh mit den Unzulänglichkeiten der Differenzhypothese auseinander und entwickelte teils Modifikationen, teils Alternativen zur Mommsenschen Schadensdefinition. Auffallend ist, dass man anfangs noch versuchte, die Schadensdefinition wertfrei zu erhalten. Erst in den sechziger Jahren kam man zu dem Schluss, dass gewisse Problemgruppen, obwohl von keiner der bekannten Schadensdefinitionen gedeckt, gleichwohl als ersatzwürdig anzusehen sind, und hat damit offen der Normativierung des Schadensbegriffes das Wort geredet. Trotz heftiger Kritik seitens der Lehre hat der BGH den «normativen Schaden» in seine Rechtsprechung übernommen. Damit ist aber nicht etwa eine konsequente Abkehr von der Differenzlehre verbunden. Vielmehr ist grundsätzlich die Differenzlehre anzuwenden und nur zur «Ergebniskontrolle eine ergänzende wertende (normative) Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt geboten, ob nicht aus gewichtigen Gründen ein Vermögensschaden auch ohne Vermögensdifferenz anzunehmen sei»[215].

b) Dem Grundsatze nach schliesst sich auch MAGNUS in seiner Habilitationsschrift einer «aufgelockerten» Differenzlehre an. Zu ersetzen sind die «wirklich» geldwerten, grundsätzlich nach der Differenzhypothese zu ermittelnden Einbussen[216]. Betrifft jedoch «die Einbusse eine für die Existenz und Entfaltung der Persönlichkeit des Geschädigten wichtige, allenfalls im Kern vermögenswerte Position», sei eine Ausdehnung der Ersatzmöglichkeiten berechtigt und ausnahmsweise auch ein Nichtvermögensschaden zu ersetzen. Die Gefahr der Billigkeitsrechtsprechung sowie der Ausuferung könne dadurch vermieden werden, dass die Fortbildung des Schadensrechts nicht einzelfallbezogen, sondern fallgruppenweise erfolge[217]. Aufgrund umfangreicher rechtsvergleichender Untersuchungen bei fünf besonders umstrittenen Fallgruppen gelangt MAGNUS zu Ergebnissen, die zum Teil von der BGH-

---

des Geschädigten den an sich gegebenen Ersatzanspruch ausschliesst, wäre im Recht des Schadenersatzes eine neue Erscheinung.

[215] BGHZ 75 (1979), 366, 372 = NJW 1980, 775, 776; weitergehend noch BGHZ (GS) 98 (1986), 212, 217 = NJW 1987, 50, 51, wonach die «in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu bestimmen» seien. Siehe aber die in Fn. (213) erwähnte Entscheidung BGH NJW 1995, 2407, 2410, wonach der Schadensbegriff als solcher *wertfrei* sei.

[216] *Magnus* 311.

[217] *Magnus* 309.

Rechtsprechung abweichen. Einen Ersatz für Nichtvermögensschäden befürwortet er in Fällen beeinträchtigter Arbeitsfähigkeit, bei Gebrauchsentzug der wesentlichen Sachgüter und der Erholungsmöglichkeit während der Ferien[218], da es sich hierbei um für den einzelnen wesentliche Lebensbereiche, um «die wichtigen und deshalb schutzwürdigen Positionen»[219] handelt. Eine induktive, von Fällen und Fallgruppen ausgehende Verfahrensweise wählte in jüngster Zeit auch HUBER. Neben der Rechtsvergleichung zieht er aber in erheblichem Umfange auch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse heran, wobei namentlich nach der optimalen Allokation der Ressourcen gefragt wird.

Einen anderen Ansatz findet sich bei SCHIEMANN. Aufgrund einer umfassenden Analyse der BGH-Rechtsprechung gelangt er zu den für das Schadenersatzrecht wesentlichen Prinzipien, nämlich neben dem Ausgleichsprinzip vor allem dem Versorgungs- und Konsumschutzprinzip. Aus diesen Leitprinzipien deduziert er dann wiederum Lösungen für eine Reihe von Schadensproblemen. Obwohl die Ergebnisse meist plausibel erscheinen, ist gleichwohl nur schwer verständlich, wie man aus den doch recht abstrakten Prinzipien zu den im Einzelfall gefundenen Ergebnissen gelangen soll. Vielmehr spricht vieles dafür, dass die vorgeschlagenen «policies» lediglich dazu dienen, die vorgängig aus anderen Erwägungen für richtig befundenen Ergebnisse argumentatorisch zu stützen[220]. Auf den deduktiven Weg vertraute in neuerer Zeit auch ROUSSOS. In der Tradition der verschiedenen Autoren, die nach einer einheitlichen Schadensdefinition suchten, entwickelt er einen weiteren Schadensbegriff, nämlich den «funktionalen Schadensbegriff»[221]. Dieser berücksichtigt neben der Substanzbeeinträchtigung auch weitere Auswirkungen im Vermögen, namentlich die konsumtive Nutzung. Vieles erinnert an Mertens' «Funktionsschadensbegriff». Anstelle einer «Soziabilitätsschranke» zieht aber ROUSSOS bei der Frage, ob eine Funktionsstörung ersatzfähig sein soll, ein «Bedarfskriterium» sowie ein «Flexibilitätskriterium» heran[222]. Während sich der Bedarfsgedanke bereits bei ZEUNER findet, bezieht sich das «Flexibilitätskriterium» auf das, was im Schrifttum allgemein unter dem Begriff «Fühlbarkeit» des Nutzungsausfalles abgehandelt wird. Insgesamt ist auch bezüglich dieses Versuches, einen ein-

---

[218] *Magnus* 232: «Das Recht auf ungestörte Urlaubserholung ist damit als absolut geschütztes Rechtsgut anzuerkennen.»

[219] *Magnus* 309.

[220] Vgl. auch die Skepsis bei *Magnus* 18.

[221] *Roussos* 191 ff.

[222] *Roussos* 276 ff.

heitlichen Schadensbegriff zu entwickeln, trotz des beeindruckenden theoretischen Aufwandes erhebliche Skepsis über den Ertrag angebracht[223].

Die genannten Monographien belegen, dass die Meinungen zum Schadensrecht nach wie vor[224] weit auseinandergehen[225]. Eine einheitliche Grundtendenz lässt sich auch im übrigen Schrifttum nicht ausmachen. Der überwiegende Teil der Autoren vertraut weder allein darauf, das Schadensrecht durch ein in sich geschlossenes, aus allgemeinen Prinzipien und Begriffen abgeleitetes System zu erfassen, noch auf eine ausschliesslich induktive, von den einzelnen Problemfällen ausgehende Verfahrensweise, sondern argumentiert irgendwo in der Mitte zwischen diesen Positionen[226]. So finden sich in der Kommentarliteratur anfangs jeweils allgemeine Ausführungen zum Begriff des Schadens, um anschliessend (in zunehmend grösserem Umfang) auf die einzelnen problematischen Fälle einzugehen. Die Differenzhypothese im ursprünglichen Sinne, d.h. als rechnerischer Gesamtvermögensvergleich, wird heute in Deutschland kaum noch vertreten. Teilweise erachtet man sie jedoch für die Ermittlung von allgemeinen Vermögensschäden als unentbehrlich[227]. Bei Sachschäden ist hingegen nach verbreiteter Auffassung der gemeine Wert als Mindestschaden zu ersetzen[228]. Immer mehr setzt sich die Erkenntnis durch, dass sich weitere Regeln nur mit Blick auf die zur Lösung anstehenden Problemgruppen aufstellen lassen.

---

[223] Vgl. auch die sehr kritische Rezension *Schiemanns* in AcP 1994, 414–419.

[224] Nach *Schiemann*, AcP 1994, 414 gar «mehr denn je».

[225] Siehe die Stellungnahmen von *W. Grunsky*, Wert des verletzten Rechtsguts und Begrenzung der Wiederherstellungskosten, 25 Jahre Karlsruher Forum, Karlsruhe 1983, 101: «Es dürfte kaum ein anderes Rechtsgebiet geben, das in den letzten zwanzig Jahren immer wieder so sehr aus den Fugen zu geraten drohte wie das Schadensersatzrecht.»

[226] Vgl. z.B. *Oftinger/Stark* § 2 N 4 ff. und N 28 ff.; *Larenz* 480 ff. und 487 ff.; *Deutsch* N 806; anders etwa *H. Kötz*, Deliktsrecht, 6. Aufl., Berlin u.a. 1994, N 1 ff., 479 ff., der eine abstrakte Definition des Schadensbegriffes für entbehrlich hält.

[227] So vor allem *Larenz* 482; *Lange* 45.

[228] Vgl. vorne Fn. 86 f.

§ 2 *Schadensbegrenzung*

I. Natürlicher Kausalzusammenhang

1. Bedeutung

Mit dem Schadensbegriff eng verknüpft ist die Kausalität. «Der Umfang des Interesses wird» – wie MOMMSEN[1] ausführt –«bestimmt durch den Kausalnexus zwischen dem eingetretenen Schaden und der zum Ersatz verpflichtenden Tatsache.» Auch nach FISCHER[2] zeigt sich bei der Frage nach dem Vorhandensein und dem Umfang eines Schadens «sofort die hervorragende Bedeutung, welche die Kausalität des Geschehens für das Gebiet des Schadensersatzrechts einnimmt. In der überwiegenden Zahl von Fällen besteht der Schaden nicht nur in der durch die Verletzung des unmittelbar betroffenen Rechtsguts hervorgerufenen ersten Beeinträchtigung; meist werden durch den schädigenden Eingriff weitergehende neue Ereignisse und Einwirkungen ausgelöst. Es kommt nun darauf an, welchen Standpunkt man bei der Schadensuntersuchung einnimmt, ob man sich auf den Standpunkt stellt, abzuwarten, wie weit ein solches Ereignis seine Kreise zieht, oder ob man vorher abgrenzt: teils die unmittelbare Verletzung für sich betrachtet, teils willkürlich für die Betrachtung die Kette der Kausalität unterbricht und nur die bis zu dem Unterbrechungspunkte aufgelaufenen Ereignisse ins Auge fasst.»

Gemäss FISCHER ist die «erstere Betrachtungsweise die allein richtige»; der Ersatzpflichtige hat somit grundsätzlich alle Schäden zu ersetzen, die sich als Folge des haftungsbegründenden Tatbestandes darstellen[3]. Oder in der bundesgerichtlichen Terminologie ausgedrückt: zwischen der «Ursache» und dem «Erfolg» muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Die Voraussetzung einer solchen kausalen Beziehung ist nach OFTINGER ein Postulat der Vernunft, das keiner weiteren Begründung bedarf und das Schadenersatzrecht beherrscht[4]. Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Eingriff des Schädigers und dem Schaden stellt allgemeiner Auffassung nach zugleich eine wesentliche *Begrenzung der Schadensdefinition*[5] und ein

---

[1] S. 117, ferner 137 ff.

[2] S. 4.

[3] Dass der Schadenersatz nicht auf die unmittelbaren Folgen begrenzt werden darf, ist heute unbestritten; vgl. statt aller *v.Tuhr/Peter* 87.

[4] *Oftinger* 70; ebenso *Stark* 2.

[5] BGE 117 V (1991), 369, 382: Der Voraussetzung der Adäquanz «kommt die Funktion einer Haftungsbegrenzung zu»; siehe auch *E. Brem*, Natürlicher und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, ZSR 1983 I, 309.

geeignetes Korrektiv zu den befürchteten Ausuferungstendenzen dar. Denn die Frage, was alles noch als Schaden anzusehen ist, müsse mit Hilfe des Kausalzusammenhanges beantwortet werden[6]. Dem Kausalbegriff kommt demzufolge eine doppelte Funktion zu: Zum einen ist er eine Voraussetzung der Haftpflicht, zum anderen dient er der Abgrenzung des Schadensumfanges[7].

2. *Äquivalenztheorie*

Das Vorliegen des Kausalzusammenhanges wird anhand der sogenannten «conditio sine qua non»-Formel[8] geprüft[9]. Danach darf die fragliche Ursache nicht weggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiele[10]. Mit diesem «hypothetischen Eliminationsverfahren» werden sämtliche Umstände ermittelt, die das eingetretene Ergebnis herbeigeführt haben. Diese müssen also eine notwendige Bedingung für den Schadenseintritt darstellen[11]. Da alle Ursachen als gleichwertig betrachtet werden, spricht man auch von der Äquivalenztheorie.

Bei der Bestimmung des *natürlichen* Kausalzusammenhanges ist nach der Lehre auf den logischen, naturwissenschaftlichen Zusammenhang abzustellen[12]. Entsprechend müsse auch das Vorliegen einer «conditio sine qua non» nach Massgabe naturwissenschaftlicher Kausalgesetze geprüft werden. Aufgabe des juristischen Kausalbegriffs (üblicherweise im Sinne der Adäquanz) sei es dann, die Zurechnung aufgrund des festgestellten natürlichen

---

[6] Vgl. z.B. *Oftinger* 59; *Oftinger/Stark* § 2 N 25; *v.Tuhr/Peter* 87 ff.; *Guhl/Merz/Koller* 62 ff.; so bereits *Mommsen* 117, 137 ff.

[7] Vgl. *Mommsen* 59.

[8] Zur Schreibweise des Begriffes «conditio» (bzw. «condicio») vgl. *B. Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, Berlin 1976, 99 Fn. 355.

[9] Zum Unterschied zwischen «conditiones sine quibus» und einer Ursache im philosophischen Sinne vgl. *Stark* 4 f.; siehe auch *G. Scartazzini*, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, Basel 1991, 10.

[10] Vgl. BGE 117 V (1991), 359, 360 und 369, 376; 115 II (1989), 440, 446; ausführlich dazu *Stark* 7 ff.; *Brem* (Fn. 5) 309, 311 ff.

[11] Man verwendet deshalb auch den Ausdruck Bedingungstheorie. Diese Theorie ist vor allem entwickelt worden durch *M. v.Buri*, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Giessen 1860; *ders.*, Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873. Die Grundgedanken reichen aber noch weiter zurück, vgl. die Nachweise bei *F. Lindenmaier*, Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR 1950, 207, 213, und *W. Knoche*, Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht, Marburg 1959, 64 ff.

[12] Vgl. etwa *v.Tuhr/Peter* 88; *Keller* I 65.

Kausalzusammenhangs mehr oder weniger stark einzuschränken[13]. Diese verbreitete Ansicht stösst aus verschiedenen Gründen auf Kritik: Zum einen lassen sich rechtlich problematische Fälle, bei denen mehrere Schadensursachen vorliegen, streng kausal gar nicht erklären. Folglich lässt sich auch nicht feststellen, ob der Erfolg bei Hinwegdenken der betreffenden Ursache entfiele[14]. Der Richter soll denn auch bei seinem Kausalurteil keine naturwissenschaftliche Darstellung geben[15]. Vielmehr genügen allgemeine Gesetzmässigkeiten oder Vernunftgründe ohne Gesetzescharakter[16]. Zum anderen muss der juristische Kausalbegriff nicht notwendigerweise enger sein als der natürliche. Wie die nachstehenden Problemgruppen zeigen, kann ein rechtlich relevanter Kausalzusammenhang auch dann gegeben sein, wenn eine natürliche Kausalität nicht vorliegt[17]. Schliesslich wurde auch eingewandt, dass «die Formel im Grunde gar nicht richtig anzuwenden» sei. Denn wer etwas hinwegdenke, müsse an dessen Stelle etwas Neues denken. Ob der Erfolg entfällt, hänge davon ab, welche Alternative man hinzudenke[18].

---

[13] Vgl. statt vieler *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 120.

[14] Vgl. *Prosser/Keeton* 269 f.: «The fact of causation is incapable of mathematical proof, since no one can say with abolute certainty what would have occured if the defendant had acted otherwise.» Als Beispiel erwähnen sie den Fall, in dem der Geschädigte eine unbeleuchtete Treppe hinunterfiel. Obwohl nicht nachzuweisen ist, dass die fehlende Beleuchtung eine Ursache des Sturzes ist, «it is a reasonable conclusion that it is more likely than not that the fall would not have occured but for the bad lighting» (270).

[15] So zutreffend *Gottwald* 95; vgl. auch die Bejahung der Kausalität in BGE 117 V (1991), 369, 380, obwohl «der Natur der Sache nach ein direkter wissenschaftlicher Beweis im Einzelfall (noch) nicht geführt werden kann».

[16] *Prosser/Keeton* 270: «If as a matter of ordinary experience a particular act or omission might be expected, under the circumstances, to produce a particular result, and that result in fact has followed, the conclusion may be permissible that the causal relation exists»; ebenso *Gottwald* 95 m.w.N. Vgl. auch *Harris* 196: «If D's tort substantially increased the risk that P might suffer a disease or medical complication, the causal test is satisfied.»

[17] Vgl. auch *K. Larenz*, der in seinem Werk: Hegels Zurechnungslehre, Leipzig 1927, 103, das Kausalitätserfordernis hinsichtlich der Gefährdungshaftungen in Zweifel zog. Denn der Ersatzpflichtige hafte «nicht für seine eigene Tat, sondern für Schäden, die, sei es mit oder ohne sein persönliches Zutun, anderen aus den Einwirkungen seines Betriebes oder seiner Sache erwachsen. Auf den rein kausalen Zusammenhang kommt es dabei überhaupt nicht an.»

[18] *J. Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969, 117, der an ein Beispiel von Mill anknüpft, in dem ein Heer überfallen wurde, weil sich die Schildwache nicht auf ihrem Posten befand. «Nehmen wir ... an, der Soldat habe nicht im Heuschober gesessen und eine Flasche Wein getrunken. Der Soldat habe vielmehr zwar im Heuschober gesessen, jedoch statt Wein nur Bier getrunken. Oder er habe zwar nicht im Heuschober gesessen, jedoch in einem Wirtshaus Wein getrunken. Oder er habe weder im Heuschober gesessen noch Wein getrunken, sondern sei auf einen Nussbaum geklettert und habe Nüsse geknackt. Oder er habe getan, was er sollte, nämlich Wache gestanden. Wie verhält es sich nun aber mit dem Überfall? Der Überfall wäre wahrscheinlich in den drei ersten Fällen gelungen und nur im vierten nicht. Was nun insbesondere die drei ersten Fälle anbelangt, so haben wir das Verhalten

3. Kausalität der Unterlassung

Eine Unterlassung kann im naturwissenschaftlichen Sinne nie Ursache eines Erfolges sein (ex nihilo nihil fit). Nach allgemein anerkannter Auffassung kann indessen die Unterlassung dem positiven Tun gleichgestellt, d.h. als mögliche Ursache eines Erfolgs betrachtet werden[19]. Es handelt sich dabei um einen gedachten Kausalzusammenhang zwischen einer hypothetischen Handlung des Schädigers und den hypothetischen Folgen für den Geschädigten[20]. Mangels Ursächlichkeit muss die Kausalität bei der Unterlassung auf der Wertungsebene bestimmt werden. Die Gleichsetzung von Tun und Unterlassen darf jedoch nicht dazu führen, dass jeder generell «des anderen Hüter» wird[21]. Eine Unterlassung stellt nach allgemeiner Auffassung nur dann Ursache eines Schadens dar, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht[22]. Dadurch geht die Kausalitätsfrage in der Widerrechtlichkeit auf. Anders als bei einem positiven Tun lassen sich – so die herrschende Ansicht – bei der Unterlassung *Kausalität und Rechtswidrigkeit* nicht getrennt prüfen. Das Nichtverhindern eines Erfolges sei erst mit Blick auf eine mögliche Pflichtwidrigkeit erfassbar[23]. Nach GOTTWALD ist es daher «ausgeschlossen, zuerst

---

des Soldaten in dem zuletzt bestimmten Sinne zweifellos 'hinweggedacht'. Jedoch keineswegs mit dem schönen Ergebnis, 'dass der Erfolg entfiele'. Und in der Tat, gilt die Formel 'condicio sine qua non', so war das Verhalten des Soldaten für den Überfall auf das Heer nicht 'kausal': gibt es doch wenigstens drei Möglichkeiten, es 'hinwegzudenken, ohne dass der Erfolg entfiele'.» Zustimmend *B. Schmiedel*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Tübingen 1974, 91 f. Illustrativ hierzu BGHZ 57 (1971), 137, 141 = NJW 1972, 36, 37: Ist der Verkäufer eines Fahrzeuges, der vorsätzlich falsche Angaben über den Kilometerstand macht, für einen durch den Käufer erlittenen Verkehrsunfall verantwortlich? Das OLG Karlsruhe hatte die Kausalität verneint, da der Käufer, wenn er nicht getäuscht worden wäre, zwar nicht diesen, wohl aber einen anderen unfallfreien Wagen derselben Art erworben und mit diesem den gleichen Unfall und somit den gleichen Schaden erlitten hätte. Der BGH vertrat die gegenteilige Ansicht: «Ein Autounfall hängt in seinem Geschehensablauf so weitgehend von den individuellen Eigenschaften des in den Unfall verwickelten Fahrzeugs ab, dass sich unmöglich feststellen lässt, mit einem anderen Fahrzeug wäre der gleiche Unfall mit dem gleichen Geschehensablauf und den gleichen Unfallfolgen eingetreten.» Kritisch zu dieser Entscheidung *H. Honsell*, Bereicherungsanspruch und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, NJW 1973, 350, 352 f.

[19] Statt aller *v.Tuhr/Peter* 95 f.; *Lange* 154.

[20] Im angloamerikanischen Rechtskreis hat die Kausalität der Unterlassung vor allem im Zusammenhang mit Arzthaftungsfällen Beachtung gefunden. Da die Unterlassung oftmals bloss die Heilungschancen verbessert hätte, stellt sich in diesen Fällen gleichzeitig die Frage der Haftung für mögliche Kausalität.

[21] *Esser/Schmidt* 57.

[22] *Oftinger* 88; *Oftinger/Stark* § 3 N 52; *Deschenaux/Tercier* § 2 N 5 f.; *v.Tuhr/Peter* 96; *Guhl/Merz/Koller* 63, 176; *v.Büren* 48 f.; a.M. *Keller/Gabi* 16 f.; *BernerKomm/Becker* Art. 41 N 16.

[23] Vgl. *Stark* 39 f.; *Oftinger* 89; *Oftinger/Stark* § 3 N 52; *Guhl/Merz/Koller* 176.

eine 'natürliche' Kausalität der Unterlassung festzustellen und erst anschliessend zu beurteilen, ob die Tat objektiv rechtswidrig war»[24].

Prüft man die Kausalität anhand der «conditio sine qua non»-Formel, ist die Fragestellung zu modifizieren. Die unterlassene Handlung kann als bloss «gedachtes Sein» im realen Geschehen nichts bewirken, also auch nicht Ursache sein[25]. Das tatsächliche Verhalten während der Unterlassung der gedachten Handlung kommt als Ursache ebenfalls nicht in Betracht, weil bei deren hinwegdenken der Erfolg nie entfiele[26]. Zu fragen ist folglich, ob der Erfolg entfallen würde, wenn die unterlassene Handlung verwirklicht worden wäre[27]. Dieser hypothetische Zusammenhang muss nach der «allgemeinen Lebenserfahrung» festgestellt werden; dadurch «fliesst das sonst bei der Beurteilung der Adäquanz typische Werturteil in die Gesamtbetrachtung des Unterlassens ein und kommt bereits bei der Feststellung dieses hypothetischen Zusammenhangs zum Tragen»[28].

Dass bei Unterlassungstatbeständen anstelle der natürlichen eine wertende juristische Kausalität tritt, kann als Ausnahme von dem ansonsten für jede Haftung geforderten «naturwissenschaftlichen» Kausalzusammenhang betrachtet werden. Es stellt sich indessen das Problem, dass sich Tun und Unterlassen keineswegs klar unterscheiden lassen[29]. Ein Geschehen kann oft-

---

[24] *Gottwald* 98.

[25] Statt vieler *W. Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966, 43.

[26] *H.-J. Mertens/H. Reeb*, Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen, JuS 1971, 409, 469, 470.

[27] Damit zeigt sich auch die enge Verwandtschaft der Kausalität der Unterlassung vom rechtmässigen Alternativverhalten (dazu hinten Ziff. 5). Bei beiden geht die Frage dahin, ob der Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung ausgeblieben wäre. Beachte auch die Folgerungen von *Hanau* in der übernächsten Fussnote.

[28] *Rey* N 599; vgl. auch BGE 115 II (1989), 440, 447 f.

[29] Die Berechtigung der Unterscheidung von Tun und Unterlassen wird auch aus anderen Gründen bestritten. So weist *Schulin* (Fn. 8) 140 ff. darauf hin, wer etwas unterlasse, habe statt dessen etwas anderes getan, das seinerseits als kausal angesehen werden kann. Dagegen wird eingewandt, dass in den meisten Fällen rechtlich belanglos sei, was der Betreffende statt des gebotenen Verhaltens tatsächlich getan hat, d.h., ob er Zeitung las, Karten spielte oder schlief; wesentlich sei nur, was er nicht getan hat; vgl. z.B. *Larenz* 457; *Lange* 155. Diesen Einwand sieht auch *Schulin*, doch macht er geltend, dass dies bei Pflichtenkollisionen nicht zutrifft. Hilft der Arzt einem Unfallverletzten nicht und begibt er sich zu einem Schwerkranken, könne die Unterlassung nur im Zusammenhang mit der positiven Handlung zutreffend gewertet werden. Bei Pflichtenkollisionen lasse sich daher sagen, die Schädigung wurde dadurch verursacht, dass der Betreffende etwas anderes gemacht hat. «Es ist kein Grund ersichtlich, warum dann für die grosse Masse der anderen Fälle etwas anderes gelten soll» (154). Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen wird, wenngleich aus anderen Gründen, auch von *P. Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971, verworfen. Indem er die Kausalität nicht am Erfolg, sondern an der Pflichtwidrigkeit anknüpft (dazu hinten § 3 III 2), überbrückt er den

mals sowohl als fehlerhaftes Tun als auch als Unterlassen des gebotenen Handelns betrachtet werden. Es wird denn auch die Meinung vertreten, fahrlässige Handlungen allgemein als Unterlassung zu qualifizieren, da diese auf der Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt beruhen[30]. So ist etwa nicht nachvollziehbar, weshalb der nachts ohne Beleuchtung fahrende Automobilist eine Unterlassung begeht[31], die Strassenüberquerung durch einen Fussgänger, der nicht auf den Verkehr achtet, hingegen als Tun betrachtet wird[32]. Noch einen Schritt weiter geht RÖDIG. Er vertritt die Ansicht, dass bei der Unterlassung eine andere neutrale Handlung vorliegt, die deshalb zur Ursache wird, weil die Möglichkeit und die Pflicht bestand, anders zu handeln und den Erfolg zu vermeiden[33]. So gesehen besteht in der Tat eine logische Gleichwertigkeit von Handeln und Unterlassen.

Auf die Abgrenzung der Handlung von der Unterlassung muss hier nicht näher eingegangen werden. Wesentlich ist nur, dass bislang keine überzeugenden Unterscheidungskriterien gefunden wurden[34], weshalb sich auch

---

Unterschied hinsichtlich der Kausalität. In der Kausallehre verlaufe die Trennungslinie – so *Hanau* –«nicht zwischen Tun und Unterlassen, sondern zwischen Verbotsverletzungen und Gebotsverletzungen» (97). Bei ersteren müsse das verbotene Tun hinweggedacht, bei letzteren das gebotswidrige Tun oder Lassen hinweg- und das gebotene Tun hinzugedacht werden. Im Gegensatz zur allgemeinen Auffassung kann nach *Hanau* eine Gebotswidrigkeit nicht nur auf eine Unterlassung, sondern auch auf ein Tun zurückgehen, nämlich beim rechtswidrigen Alternativverhalten (31 ff.). Der Theorie von *Hanau* ist vorzuwerfen, dass die Unterscheidung von Verbot und Gebot noch unsicherer erscheint als die Abgrenzung von Tun und Unterlassen. So verbietet z.B. eine Geschwindigkeitsbegrenzung eine schnellere Fahrweise; gleichzeitig gebietet sie, weniger schnell als die vorgeschriebene Höchstgeschwindigkeit zu fahren; vgl. auch *M. Gotzler*, Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, München 1977, 83.

[30] *R. Wiethölter*, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960, 40 ff.; *Münzberg* (Fn. 25) 59 Fn. 118 m.w.N.; vgl. auch *W. Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992, N 1057.

[31] So *Oftinger* 88; *Oftinger/Stark* § 3 N 58; *Keller/Gabi* 42.

[32] So *Keller/Gabi* 16; *Keller/Syz* 23. Der Hinweis, dass «naturgesetzlich der Bewegungsablauf des Fussgängers, nicht aber seine Unterlassung Ursache des Erfolges» ist, vermag nicht zu überzeugen. Auch beim Automobilisten lässt sich sagen, dass die Bewegung des Fahrzeuges, nicht die unterlassene Beleuchtung Ursache des Unfalles ist.

[33] *Rödig* (Fn. 18) 125 ff.

[34] In neuerer Zeit hat *Deutsch* N 96 und *ders.*, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Aufl., Köln u.a. 1993, N 40, vorgeschlagen, auf den Gesichtspunkt der Gefahrerhöhung abzustellen. Als Handlung gilt jedes Verhalten, das die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung vergrössert. Der Fahrzeuglenker, der mit untauglichen Bremsen fährt, handelt, während der Grundstückeigentümer, der ein plötzlich entstandenes Loch auf seinem Grundstück nicht abdeckt, unterlässt. Nach dieser Ansicht würde das Strassenbauunternehmen, das eine Grube nicht hinreichend sichert, handeln. Ein grosser Teil der Verkehrssicherungspflichten (hierzulande unter dem Stichwort «Gefahrensatz» bekannt), die nach allgemeiner

nicht eindeutig bestimmen lässt, in welchem Bereich die Kausalität wertungsfrei und in welchem sie auf der Wertungsebene zu bestimmen ist. Die These einer wertungsfreien «natürlichen» Kausalität wird dadurch erheblich relativiert.

4. Haftung mehrerer

a) Schwierige Kausalitätsprobleme stellen sich in Sachverhaltskonstellationen, in denen mehrere, für die Herbeiführung des Erfolges grundsätzlich geeignete Ursachen aufeinandertreffen. Diese früher eher theoretischen Kausalitätsfragen haben aufgrund der Produktehaftung und des Umwelthaftungsrechts erheblich an Aktualität gewonnen. Erschwert wird die Diskussion durch die uneinheitliche Terminologie in der Rechtslehre[35].

b) Zunächst ist die im Gesetz geregelte *gemeinsame Schädigung*[36] zu erwähnen, d.h. das planmässige Zusammenwirken mehrerer schuldhaft handelnder Personen. Davon zu unterscheiden ist die *gemeinsame Kausalität*[37]. Darunter ist das Zusammentreffen mehrerer voneinander unabhängiger Ursachen zu verstehen, die gemeinsam geeignet sind, den Erfolg herbeizuführen. Im Gegensatz zur gemeinsamen Schädigung ist das Zusammenwirken zufällig. Sowohl bei der gemeinsamen Schädigung als auch bei der gemeinsamen Kausalität tritt nach allgemeiner Ansicht Solidarhaftung für den ganzen Schaden ein[38]. Der einzelne kann sich weder darauf berufen, sein Tatbeitrag

---

Anschauung als Unterlassungstatbestände qualifiziert werden, stellen folglich nach *Deutsch* Handlungsdelikte dar.

[35] Dies gilt offenbar auch für die Verhältnisse in den USA; so führen *Prosser/Keeton* 322 aus, «that much of the existing confusion is due to a failure to distinguish the different senses in which the terms are used».

[36] Von «gemeinsamer Verschuldung» sprechen *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger* Art. 50 N 2 f.; *Oftinger* 99; *Oftinger/Stark* § 3 N 85; *Stark* 56.

[37] Vgl. *Guhl/Merz/Koller* 196 ff.; *Oftinger/Stark* § 3 N 83 ff.; *v.Tuhr/Peter* 93; *Stark* 62

[38] Vgl. statt aller *Oftinger/Stark* § 3 N 83 ff.; *Rey* N 633 m.w.N. Unterschiedlich lauten die Begründungen. Nach *Oftinger* widerspricht die Solidarität bei der gemeinsamen Kausalität dem Kausalgesetz, weil der einzelne nur einen Teil des Schadens verursacht und folglich nur für diesen einzustehen hat. Die Solidarität sei nicht logisch, sondern nur rechtspolitisch zu begründen (97 und 99 f.). *Oftinger* übersieht, dass auch in Fällen, in denen nicht mehrere, sondern nur eine Person haftbar ist, der einzelne den Erfolg jeweils nur in Verbindung mit anderen Umständen herbeiführt. Zutreffend *Stark* 65; *v.Tuhr/Peter* 93. Gleichwohl ist meines Erachtens fraglich, ob bei gemeinsamer Kausalität (nicht aber bei gemeinsamer Schädigung) der Verursacher eines Teilschadens für den ganzen Schaden einzustehen hat. Überzeugender erscheint die im amerikanischen Recht vertretene Auffassung, wonach dem Mitverursacher, sofern sich einzelne Schädigungsfolgen unterscheiden lassen, der Nachweis offensteht, dass ihm nur ein Teil der Schäden zuzurechnen ist; vgl. *Harper/James/Gray* 118; *Prosser/Keeton* 348: «If two defendants independently shoot the plaintiff at the same time, and one wounds the plaintiff in

habe nur einen Teil des Schadens verursacht, noch geltend machen, die Schädigung wäre auch ohne sein Mitwirken entstanden[39]. Diese Auffassung führt bei Schadensverursachungen durch eine unbestimmbar grosse Zahl von Handelnden zu untragbaren Ergebnissen. Zu denken ist etwa an die Haftung eines einzelnen für Demonstrations- oder Streikschäden. Obwohl sein Kausalbeitrag nur geringfügig ist, müsste der in Anspruch Genommene aufgrund der Solidarhaftung für den gesamten Schaden einstehen[40]. Auf das Problem der sogenannten *minimalen Kausalität* hat im deutschen Sprachraum vor allem BYDLINSKI[41] aufmerksam gemacht.

In neuerer Zeit hat man diese Problematik in der Schweiz vor allem bezüglich summierter Immissionsschäden diskutiert[42]. So könnte etwa bei Gewässerverschmutzungen der einzelne in Anspruch genommen werden, auch wenn unzählige Immittenten «Stoffe einleiten, von denen jeder Stoff für sich genommen verhältnismässig harmlos wäre und erst die Summation zu einem Schaden führt»[43]. Letztlich schrecken die Befürworter der Solidarität vor diesen Konsequenzen zurück. Während OFTINGER[44] die Adäquanz der Mitverursachungshandlung in Frage stellt, fehlt es nach anderen Autoren bereits an der natürlichen Kausalität[45]. In zahlreichen Fällen liesse sich in der Tat

---

the arm and the other in the leg, the ultimate result may be a badly damaged plaintiff in the hospital, but it is still possible, as a practical matter, to regard the two wounds as separate wrongs. Mere coincidence in time does not make the two one tort, nor does similarity of design or conduct, without concert.» Aus der Rechtsprechung vgl. etwa Supreme Court of Iowa, Howell v. River Products Co., North Western Reporter 2d 379 (1986), 919.

[39] Vgl. BGE 104 II (1978), 184, 187: Anlässlich eines Spieles dreier Kinder mit einem Pfeilbogen erleidet einer der Beteiligten eine Augenverletzung. Obwohl der Täter bekannt ist, erachtet das Gericht jeden von ihnen als Verursacher. Ähnlich BGE 100 II (1974), 332, 337: Hausbrand infolge eines gemeinsamen Spieles dreier Kinder mit Streichhölzern. Ferner BGE 79 II (1953), 66, 73: Infolge ungenügender Schutzvorrichtungen für die Zuschauer eines Eishockeyspieles wird eine Zuschauerin verletzt. Alle Spieler «ont causé le dommage par une faute commune; aussi en répondent-ils solidairement».

[40] Im einzelnen *Bydlinski* 109 ff.

[41] S. 108 ff.; vgl. auch *E.A. Kramer*, Multikausale Schäden – Länderbericht Schweiz/Österreich, in: Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, hrsg. von A. Fenyves/H.-L. Weyers, Frankfurt a.M. 1988, 55, 72 f.; ausführlich zu den umweltrechtlichen Summationsschäden *G. Pelloni*, Privatrechtliche Haftung für Umweltschäden und Versicherung, Zürich 1993, 164 ff.; ferner *Lange* 159 f.

[42] Nach *D. Medicus*, Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 1986, 778, 782, ist dies «eine der zivilrechtlichen Kardinalfragen des Umweltrechts».

[43] *K. Oftinger*, Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, SJZ 1972, 101, 108; zustimmend *I. Lorez-Wiegand*, Haftung aus Gewässerverunreinigung, Diss. Zürich 1976, 76 f.; in diese Richtung bereits *H.-U. Müller*, Der privatrechtliche Schutz vor Gewässerverunreinigungen und die Haftung, Diss. Zürich 1968, 45.

[44] A.a.O.

[45] *Müller* (Fn. 43) 45; vgl. auch *Lorez-Wiegand* (Fn. 43) 76.

sagen, dass der einzelne Beitrag keine notwendige Bedingung für die eingetretene Schädigung darstellt, nach der «conditio sine qua non»-Formel keine Ursache vorliegt. Gegen diesen Standpunkt wendet sich STARK. Die Ablehnung der Zurechnung möge zwar verlockend sein, trage aber dem Umstand nicht Rechnung, dass jeder einzelne zum Ausmass der Schädigung einen Beitrag geleistet hat. Die Quantität des verursachten Schadens dürfe nicht einfach ausgeklammert werden[46].

In Österreich scheint sich die Auffassung durchzusetzen, dass in Fällen minimaler Kausalität eine Solidarhaftung nicht in Betracht kommt. Statt dessen solle eine nach der realen Beteiligung abgestufte Haftung, bei Beweisschwierigkeiten eine Haftung nach Kopfteilen eintreten[47]. Folgt man dieser Ansicht, ist man wieder beim Grundsatz angelangt, dass jeder nur für den Teil haftet, den er verursacht hat. Der «ungeschriebene Fundamentalsatz des Haftpflichtrechts», wonach bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen jeder solidarisch für den ganzen Schaden einstehen muss, «ohne sich darauf berufen zu können, er sei nur für eine Teilursache verantwortlich»[48], müsste erheblich eingeschränkt werden.

Auf diese Haftungsfragen ist hier nicht näher einzugehen. Festzuhalten bleibt lediglich, dass man in gewissen Fällen eine Verursachung selbst bei fehlender natürlicher Kausalität bejaht und in anderen Fällen selbst bei kausalen Handlungen eine Haftung für den ganzen Schaden wegen der Geringfügigkeit des Tatbeitrages ablehnt.

c) Der gemeinsamen Kausalität nahe steht die *kumulative Kausalität*[49]. Darunter versteht man den Tatbestand, bei dem mehrere Schädiger unabhängig voneinander Schadensursachen setzen, wobei jede Ursache für sich allein genügt, um den eingetretenen Schaden herbeizuführen[50]. Als Beispiel findet sich in der Literatur regelmässig die Verunreinigung eines Gewässers durch

---

[46] *Oftinger/Stark* § 23 N 119 Fn. 171. Zustimmend *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 41), 73 Fn. 88.

[47] *Ehrenzweig/Mayrhofer* 264; *Koziol* I 88; *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 41), 96; ebenso für das deutsche Recht *Stoll*, Haftungsfolgen, 118.

[48] *Oftinger* 337.

[49] Eingehend *P. Loser*, Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Bern 1994, 101 ff.; *Stark* 52 ff.; ferner *Oftinger* 125 f.; *Oftinger/Stark* § 3 N 129; *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 41), 69 f.; *Pelloni* (Fn. 41) 175 f.; *Keller/Gabi* 21 f.; *Berner-Komm/Brehm* Art. 41 N 146; *Keller* I 88; *v.Tuhr/Peter* 94 sprechen von «konkurrierender Kausalität»; für Deutschland umfassend *Th. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, Karlsruhe 1974; aus neuerer Zeit *Lange* 157 f., der von «alternativer Kausalität» spricht.

[50] *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 146; *Oftinger/Stark* § 3 N 129; *Stark* 52 f.; zum Spezialfall, dass Schädiger und Geschädigter Gesamtursachen für den Schaden setzen, vgl. *Oftinger/Stark* § 3 N 128; *Rey* N 618 ff.

Abwässer zweier Fabriken[51]. Das Problem liegt in folgendem Paradox: Genügen die Abwässer einer Fabrik allein nicht für die Verunreinigung, entsteht diese vielmehr nur durch das Zusammenwirken beider Abwässer, so setzt jede Fabrik eine «conditio sine qua non» der eingetretenen Verunreinigung. Das Setzen einer Teilursache genügt, um für den ganzen Schaden haftbar zu sein. Entsteht indessen die Verunreinigung bereits durch die von jeder Fabrik stammenden Abwässer, haftet nach der «conditio sine qua non»-Formel keine der beiden Fabriken. Nach einhelliger Auffassung haften aber auch bei kumulativer Kausalität alle beteiligten Schädiger. Dieses Ergebnis folge zum einen aus Gründen der «praktischen Vernunft»[52], zum andern aber auch aus dem Grössenschluss, d.h. dem Grundsatz des «ad maiore minus»[53].

5. *Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten*

a) Als Problem des Kausalzusammenhanges qualifiziert man gelegentlich auch die überholende bzw. *hypothetische Kausalität*[54]. Diese liegt vor, wenn ein zugefügter Schaden später aus einem anderen Grunde (der sogenannten Reservesursache) ohnehin eingetreten wäre. Bei der Reserveursache kann es sich um ein zufälliges Ereignis, um eine Handlung eines Dritten oder um eine Handlung des Geschädigten handeln. Bei der Konkurrenz einer schädigenden Handlung mit einem Zufallsereignis (sogenannter casus mixtus) wird der Schädiger nach herrschender schweizerischer Lehre nicht entlastet[55]. Als Schulbeispiel sei die Beschädigung eines Fahrzeugs erwähnt, das in der folgenden Nacht aufgrund eines Garagenbrandes ohnehin zerstört worden wäre. Als Begründung wird angeführt, dass ansonsten jede Ersatzforderung auf unbestimmte Zeit hinaus von der künftigen Gestaltung der

---

[51] Vgl. z.B. *Oftinger* 126; *Rey* N 615.

[52] *v.Tuhr/Peter* 94; so auch *Stark* 53 f.

[53] Vgl. z.B. *Oftinger* 126: Da das Setzen einer Teilursache zu einer solidarischen Haftung für den ganzen Schaden führt, müsse dies a fortiori auch für die kumulative Kausalität gelten. Vgl. auch *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 41), 70; *Keller/Gabi* 21 f.; *Rey* N 616.

[54] So die herrschende Ansicht, vgl. etwa *v.Tuhr/Peter* 90 ff.; ausführlich zur Problematik *B. Studhalter*, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Zürich 1995, 28 ff., mit zahlreichen Nachweisen; eindrucksvoll *Rödig* (Fn. 18) 110 ff; siehe auch *Schmiedel* (Fn. 18) 91 ff.; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 147 ff. und ihm folgend *Pelloni* (Fn. 41) 170, 177 unterscheiden die überholende von der hypothetischen Kausalität. Ein Unterschied besteht aber offenbar nur insofern, als sich die zweitgesetzte Ursache vor der erstgesetzten auswirkt. Da es aber jeweils darum geht, dass ein Schaden verursacht wird, der später ohnehin eingetreten wäre, kann schwerlich von zwei verschiedenen Kausalitätsarten gesprochen werden.

[55] Vgl. v.*Tuhr/Peter* 92; *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 41), 71; Zusammenfassung des Meinungsstandes in BGE 115 II (1989), 440, 444 f.

Dinge abhängt[56]. Im übrigen ist jedes Rechtsgut zeitlich beschränkt. Da allen Rechtsgütern eine Schadensanlage innewohnt, die über kurz oder lang den Schaden herbeiführt, wäre jeder Schaden irgendwann einmal «ohnehin eingetreten»[57].

Weniger Übereinstimmung besteht bezüglich der Frage, ob Reserveursachen, welche die Ersatzpflicht eines Dritten begründet hätten, zu berücksichtigen sind. Die Berücksichtigung wird überwiegend abgelehnt, da ansonsten der hypothetische Verursacher mangels Kausalität nicht haften würde und der Geschädigte ohne die Ersatzpflicht des Erstschädigers ungeschützt bliebe[58]. Anderer Auffassung nach ist auf das Verschulden des Erstschädigers abzustellen. Danach bleibt derjenige, der vorsätzlich ein Schaufenster einschlägt, haftbar, selbst wenn nachher noch ein Fahrzeug in dieses fährt. Demgegenüber kann die Haftung aus einem schuldlos verursachten Verkehrsunfall verneint werden, wenn dem Opfer vorgängig ein tödliches Gift verabreicht wurde, das sich noch nicht ausgewirkt hat[59]. Dieser Ansicht wird vorgeworfen, dass sie zu einer Vermischung von Verschulden und Kausalität führt[60].

Insgesamt spricht sich die überwiegende schweizerische Rechtslehre gegen eine Berücksichtigung hypothetischer Ursachen aus, sofern es sich hierbei um ein zufälliges Ereignis oder um eine Handlung eines Dritten handelt[61]. Bezüglich der Fälle, in denen die hypothetische Ursache im Risikobereich des Geschädigten liegt oder dieser sie gar verschuldet hat, lassen sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung[62] eindeutige Stellungnahmen ausmachen[63]. In einer neueren Entscheidung, in der zwei parallele

---

[56] *v.Tuhr/Peter* 92. Nach diesen Autoren ist eine Reserveursache immerhin insoweit beachtlich, als sie eine Gefährdung der Sache bewirkt. «Denn die Gefährdung bedeutet eine dem Grade der Gefahr entsprechende Wertverminderung» (S. 93); zustimmend *H. Deschenaux*, Norme et causalité en responsabilité civile, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 399, 405.

[57] So zutreffend *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 80.

[58] Vgl. z.B. *v.Büren* 72 f., *v.Tuhr/Peter* 92 Fn. 29; *Esser/Schmidt* 230 f.

[59] Beispiel bei *Oftinger* 125. Vgl. auch *Keller/Gabi*, 1. Aufl., 23 (anders in der 2. Aufl.).

[60] *E.A. Kramer*, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289, 303; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 147.

[61] Vgl. *BernerKomm/Becker* Art. 41 N 14; *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger* Art. 41 N 90; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 147 ff.; einschränkend *v.Tuhr/Peter* 92; nunmehr auch *Keller/Gabi* 23 (anders in der 1. Aufl.); weitere Nachweise bei *Loser* (Fn. 49) 86 Fn. 22 f.; für eine differenzierte Berücksichtigung *Kramer*, ZBJV 1987 (Fn. 60), 301 ff.; *Loser* (Fn. 49) 94 ff.; *Studhalter* (Fn. 54) 142 ff. Dies entspricht auch der amerikanischen Rechtslage, vgl. *Harper/James/Gray* 115 ff. m.w.N.

[62] Vgl. BGE 113 II (1987), 86, 92 ff. mit Nachweisen auf die ältere Rechtsprechung.

[63] *Oftinger* 124; erwähnt wird lediglich, dass eine konstitutionelle Disposition im Rahmen der Schadensberechnung oder -bemessung unter Umständen zu berücksichtigen sei.

Geschehensabläufe im gleichen Zeitpunkt zum schadensauslösenden Ereignis geführt haben würden, führte das Bundesgericht aus, die hypothetische Kausalität müsse «aufgrund von wertenden Gesichtspunkten» berücksichtigt werden[64].

b) Eine besondere Fallgruppe der hypothetischen Kausalität bildet das *rechtmässige Alternativverhalten*[65]. Es geht dabei um jene Fälle, bei denen der Schädiger durch ein rechtswidriges Verhalten einen Schaden herbeiführt, welcher durch entsprechendes rechtmässiges Verhalten in gleicher Weise entstanden wäre. Zu denken ist etwa an die Verletzung eines Fussgängers durch ein mit überhöhter Geschwindigkeit fahrendes Fahrzeug, sofern der Unfall auch bei Einhaltung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit eingetreten wäre; bedeutsam sind zudem Arzthaftungsprozesse, wenn die missglückte Operation ohne hinreichende Aufklärung vorgenommen wurde, der Patient indes die Einwilligung auch bei vollständiger Aufklärung über die Operationsrisiken erteilt hätte[66].

In der schweizerischen Literatur fand das Problem des rechtmässigen Alternativverhalten erst in jüngerer Zeit Beachtung[67]. Das Bundesgericht stützt sich denn auch in einer die ärztliche Aufklärungspflicht betreffenden Entscheidung[68] massgeblich auf die Rechtslage in Deutschland. Im deutschen Recht steht ausser Streit, dass rechtmässiges Alternativverhalten unbeachtlich bleibt, wenn die verletzte Norm den Schaden überhaupt und nicht bloss seine Herbeiführung auf einem bestimmten Weg verhindern will. Aber selbst wenn die Verursachung auf einem bestimmten Weg verboten ist, bleibt der Schädiger da haftbar, wo es um wesentliche Verfahrensgarantien geht[69].

---

[64] BGE 115 II (1989), 440, 445.

[65] Dazu BGE 117 Ib (1991), 197, 206 ff. m.w.N.; zum deutschen Recht statt aller *Lange* 197 ff.

[66] Dazu umfassend *O. Guillod*, Le consentement éclairé du patient, Diss. Neuenburg 1986; ferner *W. Wiegand*, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, hrsg. von H. Honsell, Zürich 1994, 119–213; für das deutsche Recht *J. Heilmann*, Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990, 1513, 1518; *Schulin* (Fn. 8) 178.

[67] Vgl. *Kramer*, ZBJV 1987 (Fn. 60), 292 ff.; *Guillod* (Fn. 66) 84 ff.; *Gauch/Schluep* N 2722; *Rey* N 644 ff.; ausführlich nunmehr *Studhalter* (Fn. 54) 171 ff.; *Keller/Gabi* (22) behandeln einen Fall des rechtmässigen Alternativverhaltens unter dem Titel kumulative Konkurrenz von Gesamtursachen.

[68] BGE 117 Ib (1991), 197, 206 ff.; vgl. auch in bezug auf die Werkeigentümerhaftung BGE 122 III (1996), 229, 232 ff.

[69] Vgl. statt aller *Staudinger/Medicus* § 249 N 111 f. *Guillod* (Fn. 66) 100 scheint in der Aufklärungspflicht des Arztes und der Einwilligung des Patienten solche wichtigen Verfahrensgarantien zu erblicken. «Le consentement hypothétique du patient n'exonère pas le médecin de sa responsabilité.» Die hypothetische Einwilligung will er statt dessen im Rahmen der Schadensbemessung berücksichtigen. Diese Kompromisslösung vermag nicht zu überzeugen.

Für den Ersatzpflichtigen liegt die eigentliche Crux in der Beweislast. Wer sich darauf beruft, die Schädigung wäre auch bei pflichtgemässem Verhalten eingetreten, trägt hierfür die Beweislast[70]. Der Schädiger wird daher regelmässig an der Beweisfrage scheitern[71]. Denn in zahlreichen Fällen steht keineswegs fest, ob bei rechtmässigem Verhalten tatsächlich ein identischer Schaden eingetreten wäre[72]. So wird sich etwa bei der ärztlichen Aufklärungspflicht nur selten sagen lassen, der betreffende Patient mit seinen Besonderheiten und Eigenheiten in seiner konkreten Lage hätte eingewilligt, sich an dem betreffenden Tag und von dem betreffenden Arzt operieren zu lassen[73].

c) Ein Teil der Rechtslehre betrachtet das rechtmässige Alternativverhalten als besondere Fallgruppe der hypothetischen Kausalität[74]. Die überwiegende Meinung geht hingegen von *zwei unterschiedlichen Kausalitätsproblemen* aus, wobei die Abgrenzung nicht einheitlich ausfällt. Mehrheitlich erblickt man die Anwendungsgebiete der beiden Kausalitätsarten als zwei sich schneidende Kreise. In der Schnittfläche liegen die Fälle, in denen feststeht, dass bei Unterbleiben der rechtswidrigen Schädigung eine rechtmässige stattgefunden hätte[75]. Richtiger Ansicht nach unterscheiden sich die Kausalitätsfragen dadurch, dass die hypothetische Schädigung bei der einen aufgrund eines eigenen alternativen Verhaltens des Schädigers, bei der anderen hingegen infolge eines dritten Ereignisses (Zufall, Verhalten eines Dritten oder des Geschädigten selbst) eingetreten wäre[76].

Erachtet man die ärztlichen Aufklärungspflichten als wesentliche Verfahrensvorschriften, dann kann sich der Schädiger eben nicht entlasten, auch nicht teilweise. Die Frage verliert freilich deshalb an Bedeutung, weil sich die hypothetische Einwilligung oftmals nicht nachweisen lässt. Dies gilt insbesondere für die deutschen Verhältnisse, da der BGH an den (dem Arzt obliegenden) Beweis strenge Anforderungen stellt; vgl. BGH VersR 1982, 74, 75; JZ 1991, 673, 674 f.; NJW 1991, 2342, 2343 f.; *Lange* 206 und 209 f.

[70] So in Anschluss an die deutsche Auffassung *Kramer*, ZBJV 1987 (Fn. 60), 300; im Rahmen der Arzthaftung BGE 117 Ib 197, 208.

[71] Vgl. z.B. BGE 96 II (1970), 172, 178 f.

[72] *Schulin* (Fn. 8) 179.

[73] Vgl. *Lange* 209 f.; siehe auch *Wiegand* (Fn. 66) 184 f.

[74] Vgl. z.B. *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 88; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 160.

[75] So *Lange* 197; ähnlich *Schulin* (Fn. 8) 179. Von der hypothetischen Kausalität nicht umfasst wären daher jene Fälle, in denen nicht feststeht, ob pflichtmässiges Verhalten zu einem identischen Schaden geführt hätte. Dagegen ist einzuwenden, dass sich auch bei der hypothetischen Verursachung nicht immer mit Sicherheit sagen lässt, ob derselbe Schaden eingetreten wäre. Unsicher ist die Entwicklung namentlich bei einem künftigen Gewinn und bei Schadensanlagen wie etwa die konstitutionelle Prädisposition.

[76] *E. v.Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, Karlsruhe 1962, 30; *R. Frank/W. Löffler*, Grundfragen der überholenden Kausalität, JuS 1985, 689, 693; *Kramer*, ZBJV 1987 (Fn. 60), 301.

d) Unklar ist sodann die *dogmatische Einordnung* der hypothetischen Kausalität. In der deutschen Rechtslehre wird seit langem darauf hingewiesen, dass der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis entstanden wäre. Da der Geschädigte auch ohne dieses Ereignis nicht besser gestellt wäre, könnte er nach der Differenzhypothese keinen Ersatz beanspruchen. Dagegen lässt sich nicht einwenden, hypothetische Ursachen seien nicht zu berücksichtigen[77], beruht doch auch die Differenzlehre von ihrer Definition her auf Hypothesen[78]. In der deutschen und der neueren schweizerischen Rechtsprechung und Lehre besteht daher weitgehend Einigkeit, dass es sich bei der hypothetischen Kausalität nicht um ein Problem der Kausalität, sondern des Schadensbegriffs[79], der Schadensberechnung[80] oder der wertenden Schadenszurechnung[81] handelt.

Auch das rechtmässige Alternativverhalten kann nicht mit Kausalitätserwägungen erfasst werden. Die Frage, ob der Schaden ohne das rechtswidrige Verhalten entstanden wäre, führt – wie NIEDERLÄNDER überzeugend darlegt –«offensichtlich in eine Sackgasse». Bejaht man die Frage, hätte man «einen Schaden ohne reale Ursache; denn die rechtswidrige Handlung soll es nicht sein, und die rechtmässige existiert nur in der Welt des Gedachten»[82]. Solange man das rechtmässige Alternativverhalten als Unterfall der hypothetischen Kausalität betrachtet, muss es auch deren rechtliches Schicksal teilen, d.h., es wird zum Problem der Schadensberechnung. Erst mit der Einsicht, dass es sich hierbei um zwei eigenständige Problemgruppen handelt, war der Blick frei für die Erkenntnis, dass das rechtmässige Alternativverhalten ein Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhanges darstellt[83]. Die

---

[77] In diesem Sinne etwa *v.Tuhr/Peter* 91, wonach solche Gedankengänge «auf einer unzulässigen Vermengung von Tatsachen und Hypothesen beruhen: Die Tatsache, dass der Schaden durch Nachlässigkeit des Schuldners entstanden ist, kann nicht dadurch aus der Welt geschafft werden, dass man Hypothesen darüber aufstellt, was geschehen wäre, wenn er seine Pflicht erfüllt hätte. Denn dieser Fall ist eben nicht eingetreten.»

[78] Zutreffend *Rother* 198.

[79] So z.B. *Guhl/Merz/Koller* 70; *Studhalter* (Fn. 54) 37.

[80] BGE 113 II (1987), 86, 93; *S. Weber*, Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, SJZ 1989, 73, 76; *Loser* (Fn. 49) 99 f.; vgl. bereits *H. Lange*, Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP 1952/53, 153, 160.

[81] So *Schulin* (Fn. 8) 177; *Staudinger/Medicus* § 249 N 98; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 79 m.w.N.

[82] *H. Niederländer*, Hypothetische Schadensereignisse, JZ 1959, 617; vgl. auch *ders.*, Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 1954, 41, 68 ff.

[83] So bereits *J. Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, 263; besonders klar herausgearbeitet in *v.Caemmerers* Beitrag zum «Problem der überholenden Kausalität» (Fn. 76); ferner *Koziol/Welser* 455; siehe aber *M. Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wien 1992, 394, wonach man das rechtmässige Alternativverhalten

beiden Problemgruppen unterscheiden sich daher auch im Hinblick auf die dogmatische Einordnung: die hypothetische Kausalität bei der Schadensberechnung, das rechtmässige Alternativverhalten beim Rechtswidrigkeitszusammenhang[84].

6. *Unsichere Kausalität*

a) Die klassischen Beispiele unsicherer Kausalität liegen in jenen Fällen vor, in denen zwei mögliche Ursachen bekannt sind, aber nur eine kausal sein kann, ohne dass sich feststellen lässt, welche Ursache tatsächlich zum Schaden führte[85]. Man spricht diesbezüglich auch von der *alternativen Kausalität*[86]. Das Problem liegt darin, dass der Geschädigte, der nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Verursachung trägt[87], leer ausgeht, wenn sich nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ermitteln lässt, wer von mehreren möglichen Personen der Schädiger war. Eine Auffangbestimmung gemäss § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach jeder verantwortlich ist, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, besteht im schweizerischen Recht nicht. Der Unterschied zur deutschen Rechtslage ist indessen gering, da Lehre und Rechtsprechung bei gemeinsamer Schädigung (Raufhandel, Demonstrationen usw.) eine Solidarhaftung gemäss Art. 50 OR befürworten[88]. Da die Beteiligung am schädigenden Ereignis ausserordentlich extensiv interpretiert wird und selbst entfernte Teilnahme genügt, steht dem Geschädigten in zahlreichen Fällen, in denen der Schadensverursacher nicht ermittelt werden kann, die notwendige natürliche

---

dogmatisch als Teil der Schutzzweckprüfung ansehen könne, aus praktischen Gründen sich aber eine Trennung der beiden Zurechnungsprobleme empfehle.

[84] So die h.L. in Deutschland, vgl. statt aller *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 88.

[85] In der Literatur findet sich in der Regel das Beispiel des Fussgängers, der durch eines von zwei in kurzem Abstand hintereinander fahrenden Fahrzeugen überfahren wird, oder des Diebstahls aus einem Raum, den nur zwei Personen betreten haben; vgl. *v.Tuhr/Peter* 94; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 145.

[86] Dazu *v.Tuhr/Peter* 94 f.; *Keller/Gabi* 23 f.; *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 60), 68 f.; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 145; *Lange* 76 spricht von «möglicher Kausalität». Siehe auch den strafrechtlichen Fall in BGE 113 IV (1987), 58: Zwei Personen rollen je einen Steinbrocken einen Abhang hinunter; einer der Steine trifft eine unter dem Abhang sich befindende Person tödlich, wobei sich nicht klären lässt, welcher Stein den Tod verursachte; siehe zu dieser Entscheidung *A. Donatsch*, Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?, SJZ 1989, 109–114.

[87] *Oftinger* 82.

[88] BGE 104 II (1978), 184, 187: Trifft bei einem Spiel mit Pfeilbogen ein Kind ein anderes, so sind auch die übrigen Spielgefährten mitverantwortlich. *BernerKomm/Brehm* Art. 50 N 19 f.; *Deschenaux/Tercier* § 35 N 3 ff.; *Stark* 60 ff.

Kausalität daher nicht bewiesen ist, gleichwohl ein Ersatzanspruch zu. Ungeregelt bleiben mithin nur die klassischen Fälle der alternativen Kausalität, bei denen unter den möglichen Verursachern keine psychische Mitverursachung besteht[89]. Richtigerweise ist aber die Lösung nicht in einer fragwürdigen Überdehnung der Bestimmung in Art. 50 OR zu suchen. Entsprechend der amerikanischen Rechtslage sollte in Fällen, in denen lediglich die Kausalität der ansonsten haftpflichtbegründenden Handlungen unklar ist, eine *Beweislastumkehr* eintreten[90].

Das Interesse in der neueren Literatur richtet sich hauptsächlich auf die oft auftretenden Beweisschwierigkeiten bei der Haftung für Umweltschäden, z.B. bei Schäden aus atomarer Verstrahlung oder Schädigungen durch Arzneimittel[91]. Um die Geschädigten nicht leer ausgehen zu lassen, sind immer mehr Autoren bereit, die Voraussetzung des Kausalitätsnachweises in sol-

---

[89] *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 60), 68. *Keller* (I 87) weist darauf hin, dass in Fällen, in denen die möglichen Verursacher haftpflichtversichert sind, der Schaden gemäss einer Vereinbarung unter den Versicherungen übernommen wird, d.h., die Haftpflichtversicherungen verzichten offenbar zugunsten des Geschädigten auf den Einwand der alternativen Kausalität. – Eine Haftung bei alternativer Kausalität ist vorgesehen in Art. 99 des 6. Buches des niederländischen NBW; in Österreich ist dies durch die Rechtsprechung anerkannt, vgl. die Nachweise bei *Kramer*, Multikausale Schäden (Fn. 60), 85 f.; in Deutschland kommt man aufgrund einer weiten Auslegung der in § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB vorausgesetzten «Beteiligung» zu demselben Ergebnis, wobei aber ein gewisser zeitlicher und räumlicher Zusammenhang gefordert wird, vgl. *Palandt/Thomas* § 830 N 9.

[90] In den USA geht die Beweislastumkehr bei alternativer Kausalität zurück auf den Entscheid Supreme Court of California, Summers v. Tice, Pacific Reporter 2d 199 (1948) 1: Der Geschädigte wurde von einer Gewehrkugel getroffen, und es liess sich nicht feststellen, welcher der beiden Jäger, die in seine Richtung geschossen hatten, die Verletzung verursachte. Nach Ansicht des Gerichtes sprechen Gründe der Billigkeit dafür, «that the burden of proof on that subject be shifted to defendants ... The injured party has been placed by defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless. Ordinarily defendants are in a far better position to offer evidence to determine which one caused the injury» (4). In diesem Sinne auch *Prosser/Keeton* 271: «It seems a very desirable solution where negligence on the part of both defendants is clear, and it is only the issue of causation which is in doubt, so that the choice must be made between letting the loss due to failure of proof fall upon the innocent plaintiff or the culpable defendants. But where there is no evidence even as to where culpability lies, the hardship may be equally great upon an innocent defendant; and except in very special cases the courts have refused to shift the burden of proof.» Weitere Nachweise bei *Harper/James/Gray* 102 ff.; *Prosser/Keeton* 271 weisen zusätzlich auch auf die kanadische Rechtsprechung hin. Vgl. zum ganzen auch *Loser* (Fn. 49) 239 ff.

[91] Vgl. etwa *Oftinger/Stark* § 3 N 131; *R. Quendoz*, Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991; *P. Loser*, Schadenersatz für wahrscheinliche Kausalität, AJP 1994, 954–967; *H. Nigg*, Kausalität und Umwelthaftung im Zivilrecht, SVZ 1997, 30-38; *L. Pfister*, Die Haftung des Herstellers für Nebenwirkungen von Arzneimitteln nach amerikanischem Recht, Zürich 1990, 126 ff.; aus deutscher Sicht vgl. z.B. *Th. Bodewig*, Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 1985, 505–558; *Stoll*, Haftungsfolgen, 122 ff. m.w.N.

chen Fällen zugunsten einer sachgerechten Lösung zu opfern. Dabei knüpft die schweizerische Lehre an die vor allem in den achtziger Jahren im amerikanischen Haftpflichtrecht geführte Diskussion über die probabilistische Kausalität an. In den USA wird die Durchbrechung des an sich für jede Haftung notwendigen Kausalitätsnachweises auf den bekannten Fall Sindell v. Abbott Laboratories[92] zurückgeführt. Der Supreme Court of California liess bei einem fehlerhaften Produkt eine Gruppe möglicher Hersteller entsprechend ihren Marktanteilen haften. In der Lehre wurde dieser Ansatz dahingehend weiterentwickelt, dass nicht alle Beteiligten eingeklagt werden müssen. Es genügt, einen möglichen Urheber der Schädigung zu belangen, der dann entsprechend seinem Risikoanteil an der Schadensentstehung haftet[93].

b) Ein etwas anders gelagertes Kausalitätsproblem stellt sich in jenen Fällen, in denen ein ärztlicher Fehler die Heilungschancen vermindert. So hat ein *amerikanisches* Gericht bei einer verspäteten Diagnose, welche die Überlebenschancen des Betroffenen von 39 auf 25% reduzierte, die Kausalität bejaht[94]. Dem Umstand, dass der Haftpflichtige die Schädigung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit herbeigeführt hat, sei im Rahmen der Schadenersatzermittlung Rechnung zu tragen[95]. In einem ähnlichen Fall, in

---

[92] Pacific Reporter 2d 607 (1980), 924; kritisch *D.A. Fischer*, Products Liability – An Analysis of Market Share Liability, Vanderbilt Law Rev. (34) 1981, 1623–1662; eingehend zu dieser Problematik statt vieler *Pfister* a.a.O. 130 ff.

[93] *G.O. Robinson*, Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases, Virginia Law Rev. (68) 1982, 713, 749 ff.; dazu auch *Loser* (Fn. 49) 212 f.

[94] Supreme Court of Washington, Herskovits v. Group Health Co-op, Pacific Reporter 2d 664 (1983), 474, 476 f.: «Is a 36 percent (from 39 percent to 25 percent) reduction in the decedent's chance for survival sufficient evidence of causation to allow the jury to consider the possibility that the physician's failure to timely diagnose the illness was the proximate cause of his death? We answer in the affirmative. To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence.» A.M. aber Supreme Court of Florida, Gooding v. University Hosp. Bldg., Inc., Southern Reporter 2d 445 (1984), 1015; Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc., North Eastern Reporter 2d 272 (1971), 97, 103: «Lesser standards of proof are understandably attractive in malpractice cases where physical well being, and life itself, are the subject of litigation. The strong intuitive sense of humanity tends to emotionally direct us towards a conclusion that in an action for wrongful death an injured person should be compensated for the loss of any chance for survival, regardless of its remoteness. However, we have trepidations that such a rule would be so loose that it would produce more injustice than justice.»

[95] Vgl. aus der amerikanischen Diskussion insbesondere den in der Herskovits-Entscheidung ausführlich zitierten Artikel von *J.H. King*, Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, Yale Law Journal (90) 1981, 1353–1397; siehe auch *J. Makdisi*, Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability, North Carolina Law Rev. (67) 1989,

dem der beklagte Arzt eine pflichtgemässe Diagnose erst nach fünf Tagen vorgenommen hatte, die Schädigung aber auch bei einer früheren Behandlung mit 75% Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre, hat ein *englisches* Gericht Schadenersatz in der Höhe von 25% zugesprochen. Auf Berufung hin lehnte jedoch das House of Lords die Haftung mangels Kausalität ab[96].

Die Berücksichtigung möglicher Kausalität und der Ausgleich dieses herabgesetzten Beweismasses durch eine Reduktion des Schadenersatzes findet sich in der *Schweiz* erstmals in einem Entscheid des Zürcher Obergerichts aus dem Jahre 1988[97]. Dabei konnte die Kausalität zwischen einem ärztlichen Behandlungsfehler und dem späteren Tod des Patienten gerade wegen der begangenen Sorgfaltspflichtverletzung nicht mehr mit genügender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Aus diesem Grunde verlangte das Gericht für die Bejahung des Kausalzusammenhanges nicht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, sondern liess bereits «die ernsthafte Möglichkeit» genügen. Als Ausgleich für die herabgesetzten Anforderungen an den Kausalitätsnachweis sprach das Gericht nur einen entsprechend reduzierten Ersatz zu. Damit wird das Alles-oder-nichts-Prinzip im Bereich der Kausalität aufgegeben.

In der *neueren Rechtslehre* finden sich verschiedene Stimmen, die sich für einen modifizierten Kausalitätsnachweis und eine entsprechende Berücksichtigung bei der Schadensbemessung aussprechen[98]. Und die Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts schlägt eine entsprechende Gesetzesrevision vor. Danach dürfte der Richter den Wahrscheinlichkeitsbeweis zulassen und könnte Schadenersatz in der Höhe dieser Wahr-

---

1063–1101, welcher aus ökonomischen und Fairnessgründen die Wahrscheinlichkeit der Kausalität allgemein bei der Schadenersatzfestsetzung berücksichtigen will. «The proportional liability rule offers a fairer, more efficient remedy than the preponderance of the evidence standard in cases of uncertain causation. Both the commentators and the courts are moving in the direction of adopting this rule, but no judge or commentator has taken the final step. The explanation for this hesitancy may be that the rule replaces causation with probable causation as an element in tort. Contrary to those who believe that this replacement elides cause from the tort analysis, however, this approach deepens the notion of cause by considering its probability» (1100); vgl. auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung und Lehre in 1084 ff. sowie die zahlreichen Nachweise auf das Schrifttum in Fn. 3.

[96] House of Lords, Hotson v. East Berkshire Area Health Authority, Weekly Law Reports 1987/3, 232.

[97] SJZ 1989, 119.

[98] So schlagen z.B. *Oftinger/Stark* § 3 N 42 f., 131 vor, bei wahrscheinlicher Kausalität Ersatz in der Höhe der Wahrscheinlichkeit zuzusprechen. Eine generelle (anteilige) Haftung bei alternativer Verursachung befürwortet offenbar auch *Quendoz* (Fn. 91) 75.

scheinlichkeit zusprechen[99]. Eine generelle Haftung für mögliche Kausalität führt jedoch zu untragbaren Ergebnissen[100]. Auch auf diese bei weitem nicht gelöste Frage des Haftpflichtrechts kann hier nicht näher eingegangen werden. Von Bedeutung ist wiederum nur, dass auch dieses Kausalitätsproblem ohne Wertungen nicht zu lösen ist.

7. Äquivalenztheorie als juristische Zurechnungslehre

a) Wie die Erörterung der verschiedenen Kausalitätsfragen zeigt, lässt sich die Auffassung, wonach der Kausalbegriff auf *logische, naturwissenschaftliche* Gesichtspunkte abstellt, nicht halten. Es wurde bereits bemerkt, dass komplexe Schadensverläufe streng kausal oftmals nicht zu erklären sind. Gleichwohl wird der Richter aufgrund von allgemeinen Gesetzmässigkeiten die Kausalität bejahen. Ein rechtlich relevanter Kausalzusammenhang kann darüber hinaus selbst dann vorliegen, wenn eine Ursache keine «conditio sine qua non» des Schadenseintritts ist; etwa bei der alternativen, kumulativen, hypothetischen und minimalen Kausalität sowie beim rechtmässigen Alternativverhalten.

b) Sodann ist die dogmatisch zutreffende Einordnung der verschiedenen Kausalprobleme unsicher. Wie vorne erläutert wurde, beziehen sich einige Fragen, die als Kausalprobleme betrachtet werden, im Grunde auf die Schadensberechnung bzw. den Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die Fälle der unsicheren Kausalität betreffen hingegen sowohl die Kausalität als auch die Schadensberechnung bzw. -bemessung. Und die hier unter den Begriff der gemeinsamen Verursachung gebrachte minimale Kausalität wird überwiegend als eigenständiges Kausalitätsproblem betrachtet.

Des weiteren weisen die im Rahmen der hypothetischen Verursachung in Betracht kommenden Sachlagen einen engen Zusammenhang mit den Fällen der kumulativen und der alternativen Kausalität auf. So deckt sich die hypothetische Kausalität weitgehend mit derjenigen der kumulativen Kausalität. Auch kumulative Schadensursachen wirken regelmässig nicht gleichzeitig, sondern nacheinander, so dass eine von beiden in Wirklichkeit nur eine Re-

---

[99] Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, hrsg. vom Bundesamt für Justiz, Bern 1991, 228, These 512-8.

[100] So könnte bei sämtlichen Schädigungen, deren Verursacher nicht bekannt sind, die möglichen Schädiger entsprechend der statistischen Wahrscheinlichkeit behaftet werden: bei einer Sachbeschädigung in einer Unternehmung sämtliche Angestellten, in einem Schulhaus sämtliche Schüler, bei einem Verkehrsunfall auf einer wenig befahrenen Strasse in einem Wohnviertel die Anwohner usw.

serveursache ist[101]. Lässt sich die zeitliche Abfolge der Ursachen nicht aufklären, besteht zudem ein enger Zusammenhang zwischen der kumulativen und der alternativen Kausalität. In beiden Fällen ist eben unsicher, wer von den Beteiligten der tatsächliche Verursacher ist. Angesichts der ähnlichen oder gar überschneidenden Sachlagen muss überraschen, wie die Rechtslehre bei den verschiedenen Kausalitätsproblemen zu derart verschiedenen Lösungen kommen kann. Je nachdem, unter welchem Blickpunkt man einen Sachverhalt untersucht, gelangt man zu einer alleinigen Haftung des Betreffenden[102], zu einer solidarischen Haftung[103] oder zu einer Haftungsbefreiung[104].

c) In jüngster Zeit hat GRUNSKY darauf hingewiesen, dass die hypothetische Kausalität eine Fallgruppe innerhalb des Problembereichs der Vorteilsausgleichung bildet. Das schädigende Ereignis hat den Vorteil mit sich gebracht, dass sich die Reserveursache nicht verwirklichen konnte[105]. Die Überlegung ist keineswegs neu. Entsprechende Stellungnahmen finden sich bereits im älteren Schrifttum bezüglich der «lex Rhodia de iactu»[106]. Es geht dabei um die vertragswidrige Verladung von Frachtgut auf ein anderes Schiff, das in der Folge untergeht. Der Vertragsbrüchige hat den Verlust des Frachtgutes zu tragen, es sei denn, das vertragsmässige Schiff ging auf derselben Seereise ebenfalls unter. Nach OERTMANN bewirkt die vertragswidrige Verladung zwar einen Schaden, entzieht aber die Ware gleichzeitig einer anderen Gefahr. Das rechtfertige eine Aufrechnung unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung[107].

Der Einordnung der hypothetischen Kausalität bei der Vorteilsausgleichung kommt durchaus heuristischer Wert zu. Sie erlaubt die Übernahme der Grundsätze zur Vorteilsausgleichung auf die hypothetische Kausalität. Da-

---

[101] In diesem Sinne auch *Pelloni* (Fn. 41) 177: «Letztlich ist es eine Frage des zeitlichen Ablaufs und des Beweises, ob eine kumulative oder eine überholende Kausalität vorliegt.» Vgl. auch *Loser* (Fn. 49) 101.

[102] So grundsätzlich bei hypothetischer Kausalität.

[103] Bei kumulativer Kausalität.

[104] So nach herrschender schweizerischer Lehre bei alternativer Kausalität.

[105] So *W. Grunsky*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: FS Lange, hrsg. von D. Medicus u.a., Köln 1992, 469, 470 ff.; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 BGB N 83.

[106] So *v.Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität (Fn. 76), 18: Er verweist auf die Digestenstelle D 14.2.10.1, welche in § 565 des deutschen HGB übernommen worden sei.

[107] *P. Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1910, 36; ferner *L. Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, 266 Fn. 1; ebenso *H. Moors*, Hypothetische Verursachung und Schadensberechnung, NJW 1954, 332; *H. Kurtze*, Die Bedeutung des verhinderten Verlustes im Schadensersatzrecht, JR 1956, 244, 245.

gegen lässt sich – wie GRUNSKY[108] zutreffend bemerkt – einwenden, dass diese Grundsätze alles andere als klar sind, «weshalb man auf dem vorgeschlagenen Weg vom Regen in die Traufe zu kommen drohe». Man kann den Vorschlag aber auch positiv betrachten. Die Gleichsetzung der beiden Problemgruppen öffnet für die hypothetische Kausalität den Blick dafür, dass sich der Problemkreis durch die beiden Extremlösungen (Beachtlichkeit oder Nichtbeachtlichkeit der hypothetischen Ursache) nicht lösen lässt. Die Lösung muss und kann nur über eine *Wertung* und *Ausbildung von Fallgruppen* gefunden werden, so wie dies für die Vorteilsausgleichung seit jeher anerkannt ist. Aufgrund der erwähnten sachlichen Nähe der hypothetischen Kausalität zu anderen Kausalitätsproblemen müsste diese Schlussfolgerung auch für diese gelten.

d) « Natürliche» Kausalität bedeutet im Schadenersatzrecht *grundsätzliche Zurechenbarkeit* einer Schadensfolge zu einem haftungsbegründenden Tatbestand[109]. Im angloamerikanischen Recht ist diese pragmatische Kausalitätsbetrachtung, die weniger auf Logik oder Naturgesetze als vielmehr auf die praktische Erfahrung des Alltages abstellt, allgemein anerkannt[110]. Entsprechendes lässt sich auch bezüglich der Rechtslehre in Österreich sagen[111]. Insgesamt kommt man nicht umhin anzuerkennen, dass schon die natürliche Kausalitätstheorie eine Haftungstheorie darstellt[112]. Ebenso wie der angeb-

---

[108] *Grunsky*, FS Lange (Fn. 105), 474.

[109] So zutreffend *Gottwald* 96; *ders.*, Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts, Karlsruher Forum 1986, 6.

[110] Vgl. z.B. *Prosser/Keeton* 269 f.; *W.S. Malone*, Ruminations on Cause-In-Fact, Stanford Law Rev. (9) 1956, 61, 62: «A cause is not a fact in the sense that its existence can be established merely through the production of testimony. Although evidentiary data must supply the raw material upon which a finding of cause or no-cause will be based, yet something must first be done with this data by the trier, be he judge or juryman. He must refer the facts presented by the testimony to some judging capacity within himself before he can venture the conclusion that a cause exists. He must arrange the events established by the evidence into a relationship of some kind and he must satisfy himself that the relationship can properly be labeled 'cause'»; zurückhaltender *Hart/Honoré* 128 f.; ausführlich *L. Green*, Rationale of Proximate Cause, Kansas City 1927, 132 ff.

[111] Vgl. *Koziol* I 54 m.w.N.; *Bydlinski* 4: «Die condicio spielt in der Jurisprudenz nicht deshalb eine Rolle, weil sie mit dem 'naturwissenschaftlichen' etc. Kausalbegriff übereinstimmt – was zweifelhaft ist und offenbleiben kann –, sondern weil sie unter den Haftungsgründen erscheint, also normativ bedeutsam ist»; siehe auch *Ehrenzweig/Mayrhofer* 259: Die Bedingungstheorie erfülle «im grossen und ganzen die ihr gestellte Aufgabe, ist aber ergänzungsbedürftig und kommt nicht ohne Abschwächungen und Ausnahmen aus».

[112] *Gottwald*, Karlsruher Forum (Fn. 109), 7 m.w.N.

lich «natürliche Schadensbegriff» bedarf auch der Kausalbegriff juristischer Präzisierung und *normativer Wertung*[113].

II. Adäquater Kausalzusammenhang

1. Begriff, Massstab und Bedeutung

a) Obwohl die Äquivalenztheorie als Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht rasch allgemein anerkannt wurde, zeigte sich doch bald, dass man damit die Ersatzpflicht nicht genügend begrenzen kann[114]. Im Schrifttum wurde daher vorgeschlagen, zwischen Verursachung und Veranlassung[115] bzw. Ursache und Bedingung[116] zu unterscheiden oder nur die letzte Bedingung zu berücksichtigen. Die mittlerweile in Vergessenheit geratenen Lehren fanden kaum Gefolgschaft. Durchgesetzt hat sich indessen die im Jahre 1888 durch v.KRIES[117] begründete Lehre der adäquaten Ursache. Massgebend ist danach die generelle Eignung der Ursache für die Herbeiführung des eingetretenen Erfolges. Die Frage nach der Eignung ist nach Massgabe der dem Schädiger zur Zeit des Setzens der Bedingung bekannten oder erkennbaren Einzelumstände zu beantworten (subjektive «ex ante»-Prognose[118]).

Gegen das Abstellen auf das Wissen des konkreten Täters wandte sich RÜMELIN[119]. Durch die individualistische «ex ante»-Betrachtung sei die Ad-

---

[113] Dagegen wendet etwa *Schmiedel* (Fn. 18) 92 ein: «Verschiedene Rechtsordnungen können für das gleiche Verhalten verschiedene Rechtsfolgen vorsehen – aber sie können nicht bewirken, dass diesseits und jenseits der Pyrenäen verschiedene Kausalgesetze gelten.» Dass diese Auffassung (hinsichtlich der hier interessierenden rechtlichen Verursachungsproblematik) unzutreffend ist, ergibt sich bereits daraus, dass die verschiedenen Rechtsordnungen bezüglich der vorne dargestellten Kausalprobleme zu unterschiedlichen Lösungen gelangen.

[114] Dass das Kriterium der Adäquanz – entgegen der herrschenden Anschauung – lediglich für die Zurechnung von Nachteilen in Betracht kommt, bei der Vorteilsanrechnung hingegen keine Funktion haben kann, wurde bereits erläutert, vgl. vorne § 1 I 3.

[115] *H. Dernburg*, Pandekten, Bd. II, 1. Aufl., Berlin 1886, 120; *ders.*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II/1, 3. Aufl., Halle 1905, 71.

[116] *L. v.Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhange, 11. Für eine Kritik an diesen «gekünstelten begrifflichen Konstruktionen» vgl. *G. Bernert*, Die Leerformel von der «Adäquanz», AcP 1969, 421, 425.

[117] Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179, 228 f.; nach *Bernert* (Fn. 116) 422 Fn. 8 geht die Adäquanzlehre auf *L. v.Bar* zurück, von *v.Kries* erhielt sie ihren Namen.

[118] Vgl. auch *Lindenmaier* (Fn. 11) 224, der diese Umschreibung als «individuelle ex ante Adäquanztheorie» bezeichnet.

[119] *M. Rümelin*, Der Zufall im Recht, Freiburg i.Br./Leipzig 1896, 46 f.

äquanz nur noch schwerlich vom Verschulden zu unterscheiden[120]. Statt dessen sei die Adäquanz nach objektiven, auf das allgemeine menschliche Erfahrungswissen abstellenden Gesichtspunkten zu bestimmen, wobei nicht nur die ex ante bekannten bzw. erkennbaren, sondern auch die ex post, erst im Verlaufe des Geschehens aufgedeckten Umstände heranzuziehen sind (objektive «ex post»-Prognose)[121].

Dass nach diesem Verfahren nur noch wenige Ursachen als inadäquat zu bezeichnen sind, hat bereits TRÄGER[122] kritisiert. Er befürwortet eine vermittelnde Lösung, wonach einerseits auf den Zeitpunkt des Setzens der Bedingung, andererseits auf den Idealbeobachter abzustellen ist (objektive «ex ante»-Prognose). «Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen, und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst ausserdem noch bekannten.»[123]

Von den weiteren im Laufe der Zeit vorgeschlagenen Modifizierungen der Adäquanzlehre sei hier bloss noch diejenige von LARENZ erwähnt. Er folgt grundsätzlich der Trägerschen objektiven «ex ante»-Prognose, will aber den Idealbeobachter durch den erfahrenen Beobachter ersetzen[124].

b) In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint der Begriff des adäquaten Kausalzusammenhanges erstmals im Jahre 1915[125]. Seither bekennt sich das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung zur Adäquanztheorie. Auch in der Literatur hat sich die Adäquanz in kurzer Zeit als absolut herrschende Kausalitätslehre etabliert[126]. Es lässt sich diesbezüglich durchaus von einem *Grundpfeiler des Haftungsrechts* sprechen. Die stereotype, in der Rechtsprechung und Literatur gleichermassen verwendete *Formel* der Adäquanz lautet: «Haftungsbegründend ist die Ursache, die nach

---

[120] *M. Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 1900, 171, 218.

[121] *Rümelin* a.a.O. 222 f., 246.

[122] Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, 159 ff.

[123] *Träger* (Fn. 107) 159.

[124] *K. Larenz*, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS Honig, Göttingen 1970, 79, 82; *Larenz* 439 f.; zustimmend *Staudinger/Medicus* § 249 N 45; ähnlich *Soergel/Mertens* vor § 249 N 120 (besonders erfahrener Beobachter); kritisch *Roussos* 53.

[125] BGE 41 II (1915), 90, 94. Vgl. *P. Schwartz*, Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, 1, 2, wonach die Adäquanz «unvermittelt wie ein deus ex machina» aufgetaucht sei.

[126] Vgl. z.B. *Engel* 329; *Keller/Gabi* 30.

dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint.»[127] Obwohl sich diese Definition in fast allen Erläuterungen der Adäquanz findet, gehen die Auffassungen im Einzelfall erheblich auseinander. So wird etwa übereinstimmend festgestellt, dass eine generelle Eignung der fraglichen Ursache vorliegen müsse, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen[128]. Der Einzelfall ist also generalisierend zu betrachten. In Widerspruch dazu steht die Aussage, dass dies nicht bedeute, die Folge müsse typisch oder regelmässig zu erwarten sein; auch aussergewöhnliche[129], singuläre[130] Folgen könnten adäquat sein.

Sodann hat die Beurteilung der Adäquanz nach schweizerischer Auffassung (anders als nach der vorherrschenden Auffassung in Deutschland[131]) *ex post* zu erfolgen, d.h. mittels einer objektiven nachträglichen Prognose[132]. Abzustellen ist nicht auf die Voraussehbarkeit, sondern auf die *objektive Eignung*. Ob der Haftpflichtige mit einem bestimmten Erfolg rechnen konnte, sei erst bei der Verschuldensfrage zu prüfen. In Widerspruch zu dieser Auffassung steht die Feststellung, dass das Wissen um die schädigende Wirkung eine an sich inadäquate Ursache zu einer adäquaten machen kann[133]. Betrachtet man die Darstellungen in den Lehrbüchern und Kommentaren,

---

[127] Vgl. z.B. *Oftinger* 72 f.; *Oftinger/Stark* § 3 N 15; *Keller/Syz* 40; *Rey* N 525 m.w.N.; BGE 117 V (1991), 369, 382.

[128] Vgl. statt aller *Oftinger* 75; *Oftinger/Stark* § 3 N 16.

[129] *Oftinger* 76 Fn. 17 unterscheidet zwischen «aussergewöhnlichen» und «ganz aussergewöhnlichen» Folgen.

[130] Nach *BernerKomm/Brehm* (Art. 41 N 124) muss der rechtliche Kausalzusammenhang aus rechtspolitischen Gründen «auch (gewisse) singuläre Folgen erfassen».

[131] Vgl. statt aller *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 40: «Ob eine Ursache adäquat kausal ist, beurteilt sich nicht ex post danach, wie die Dinge effektiv verlaufen sind (sonst gäbe es nur adäquate Ursachen); massgeblich ist vielmehr der ex-ante-Standpunkt des Schädigers»; ebenso für das französische Recht *J. Flour/J.-L. Aubert*, Les obligations, Bd. II, 6. Aufl., Paris 1994, 152: «Une analyse des probabilités, que l'on fait alors que l'on connaît le résultat, est hors de propos: il est trop tard pour se demander si ce résultat était probable ou non.»

[132] *Oftinger* 76; *Oftinger/Stark* § 3 N 22; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 122; *Rey* N 538; *Keller/Gabi* 29; ausführlich *Stark* 13 ff. Meist spricht man dabei von «objektiver Voraussehbarkeit», was zu terminologischen Missverständnissen führen kann. Klarer deshalb *Oftinger/Stark* § 3 N 22 («objektiv geeignet»). Die ältere Literatur folgte hingegen der Trägerschen «ex ante»-Prognose, vgl. *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger* Art. 41 N 84; *W. Bürgi*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Bern 1927, 88 f.

[133] So *Keller/Syz* 40; *Stark* 35 ff.; *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger* Art. 41 N 84. Auf den Widerspruch dieser Aussage zu der auch von diesen Autoren vertretenen allgemeinen Definition der Adäquanz wird nicht eingegangen. Siehe aber den Begründungsversuch bei *Träger* (Fn. 107) 161 ff.

fällt auf, dass man weniger Wert auf theoretische Umschreibungen und Präzisierungen legt als vielmehr das Wesen der Adäquanz aufgrund mehr oder weniger umfangreicher Zusammenstellungen von Beispielen aus der Rechtsprechung veranschaulicht[134].

2. *Wegfall der Adäquanz*

a) Die Adäquanz kann aus zwei Gründen entfallen[135]: Einmal kann die Folge derart entfernt sein, dass man nicht mehr von einer adäquaten Verursachung sprechen kann. Gemeint sind mithin jene Fälle, bei denen die Ursache *nicht geeignet* war, den Erfolg zu bewirken. Präzisierend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die zeitliche Entfernung nur ein Indiz für die Inadäquanz darstellt[136]. Im übrigen veranschaulicht die Literatur diesen Fall der Inadäquanz zumeist anhand von Schulbeispielen: So soll die falsche Wegauskunft an den Spaziergänger nicht adäquate Ursache für den auf diesem Weg erlittenen Verkehrsunfall sein[137]. Desgleichen ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall, welcher den Betroffenen zur Verschiebung einer geplanten Flugreise zwingt, und dem Absturz des von diesem benutzten Flugzeuges inadäquat. Wie LANGE[138] ironisch anmerkt, «hat dieser Absturz bislang auf sich warten lassen».

b) Die zweite Fallgruppe der Inadäquanz ist die sogenannte *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*[139]. Dabei wird die vom vermeintlich Haftpflichtigen gesetzte Ursachenkette durch eine neue Ursache in den Hintergrund gedrängt; die ursprüngliche, an sich adäquate Ursache erscheint infolgedessen als inadäquat. Als Unterbrechungsgründe kommen die höhere Gewalt, das Selbstverschulden des Geschädigten und das Verschulden eines

---

[134] Vgl. z.B. die Zusammenstellungen bei *Oftinger* 78 ff.; *Oftinger/Stark* § 3 N 29 f.; *Keller* I 72 ff.; *Deschenaux/Tercier* § 4 N 42 f.; besonders umfangreich *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 129 (Zusammenfassung von rund achtzig Entscheidungen).

[135] Ausführlich *Stark* 25 f. und 69 ff.; ferner *Oftinger* 108 ff.; *Oftinger/Stark* § 3 N 136 ff.; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 130 ff.; vgl. auch die bildhafte Formulierung von *Keller* I 77: «Bei der gewöhnlichen Inadäquanz wird die Ursache, von der die Betrachtung ausgeht, in die Ferne gerückt; bei der Unterbrechung wird sie von der andern Ursache, die dahertritt, in den Boden gestampft.»

[136] *Oftinger* 108; ähnlich *Rey* N 540.

[137] *Oftinger* 108; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 131; *Stark* 25 Fn. 89; *Rey* N 550; siehe auch das Beispiel bei *Oftinger/Stark* § 3 N 17.

[138] Gutachten, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen 1960, 13.

[139] Auf die unglückliche Wortwahl wird immer wieder hingewiesen, vgl. statt aller *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 132. Die Unterbrechungsgründe finden sich in zahlreichen Spezialgesetzen; vgl. insbesondere Art. 59 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz, Art. 1 Abs. 1 Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Art. 69 Abs. 2 Gewässerschutzgesetz.

Dritten in Betracht. Die Unterbrechung tritt allerdings nur ein, wenn der Unterbrechungsgrund eine gewisse Intensität aufweist, wobei der Grad der erforderlichen Intensität sich nach den Umständen bestimmt[140].

Als höhere Gewalt wird ein zu grosser Intensität gesteigerter Zufall verstanden. Es muss sich um ein unvorhersehbares und unvermeidliches Ereignis handeln, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht[141]. Nach KELLER nimmt die höhere Gewalt in der Literatur und in der Vorstellung der Leute einen weit grösseren Raum ein als in der Wirklichkeit[142]. Das Bundesgericht bejahte sie denn auch nur selten[143]. Nicht viel bedeutsamer ist das grobe Drittverschulden als Unterbrechungsgrund, das im übrigen in der Praxis nur bei Kausalhaftungen Anwendung fand[144]. Eine gewisse praktische Bedeutung kommt daher nur dem groben Selbstverschulden zu.

In der Regel wird aber das Selbstverschulden erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt[145]. Nach der Rechtslehre kann auch die höhere Gewalt, sofern deren Intensität nicht den für die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges erforderlichen Grad erreicht, bei der Ersatzbemessung als Reduktionsgrund gewürdigt werden. Drittverschulden führt hingegen nicht zu einer Ermässigung des Schadenersatzes, sondern zu einer Mithaftung des Dritten neben dem primär Haftpflichtigen[146].

---

[140] *Oftinger* 110 f.; *Keller/Syz* 41.

[141] BGE 90 IV (1964), 265, 270; 111 II (1985), 429, 433; *Rey* N 574 m.w.N.

[142] *Keller* I 80.

[143] Die Literatur erwähnt jeweils dieselben drei bundesgerichtlichen Urteile: BGE 49 II (1923), 254, 266; 51 II (1925), 190, 197 f. und 80 II (1954), 216, 220. Vgl. *Keller* I 80; *Keller/Syz* 42; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 142; *Rey* N 576. In BGE 49 II (1923), 254 bestand die (ohnehin nur in einem obiter dictum erwähnte) höhere Gewalt in einem ausserordentlich starken Wolkenbruch; bei einem ähnlichen Sachverhalt rund fünfzig Jahre später hat das Gericht aber gerade gegenteilig entschieden (vgl. BGE 100 II (1974), 134, 142), so dass die frühere Entscheidung kaum noch als massgebend anzusehen ist. BGE 51 II (1925), 190 betrifft den Verlust von Frachtgut infolge kriegerischer Ereignisse in Rumänien im Jahre 1916; doch die Begründung der Entscheidung vermag nicht zu überzeugen (der Krieg kam zwar «nicht gänzlich überraschend», doch seien nicht «sämtliche, durch diese Kriegserklärung bewirkten Ereignisse voraussehbar gewesen», diese «hatten durchaus etwas Überraschendes, Unerwartetes an sich»); die Entscheidung würde heute (namentlich mit Blick auf BGE 88 II (1962), 283, 291) wohl anders ausfallen. In BGE 80 II (1954), 216 wurde bereits die Widerrechtlichkeit abgelehnt, die Verneinung der Adäquanz geschah nur noch beiläufig. Ob der höheren Gewalt als Unterbrechungsgrund überhaupt noch eine nennenswerte Bedeutung zukommt, ist daher mehr als fraglich.

[144] Vgl. z.B. BGE 41 II (1915), 223, 228; 96 II (1970), 355, 359; 98 II (1972), 288, 291 (ist eher ein Problem des rechtmässigen Alternativverhaltens).

[145] Dazu hinten § 10 II.

[146] Vgl. etwa *Guhl/Merz/Koller* 66; siehe auch hinten § 9 II 2 und 3.

3. Einwände aus theoretischer Sicht

a) Der Adäquanzlehre wird vorgeworfen, «dass es 'regelmässige' Folgen einer Handlung nicht gibt. Eine bestimmte Handlung kann nur die durch sie bedingten bestimmten Folgen haben, mögen diese wahrscheinlich oder unwahrscheinlich sein.»[147] Sodann sei unklar, welches Mass an Wahrscheinlichkeit notwendig ist[148]. Doch selbst wenn sich ein solcher Massstab formulieren liesse, kann die Lehre nicht nutzbringend umgesetzt werden. Schon im Ansatz verfehlt sind daher Analysen des erforderlichen Wahrscheinlichkeitgrades[149]. Denn die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Frage, nach welchen Massstäben die Generalisierung zu erfolgen hat, d.h., wie weit das Beobachtungfeld zu ziehen ist[150]. Je weiter man das Ausgangskollektiv bestimmt, um so unwahrscheinlicher wird der Erfolg; je enger man den Kreis der Vergleichsfälle zieht, desto näher stehen diese dem Schadensfall und um so «adäquater» erscheint die fragliche Ursache[151]. Gerade umgekehrt liegen die Dinge bezüglich des Erfolges. Der Eintritt des Erfolges ist um so wahr-

---

[147] *Bernert* (Fn. 116) 427.

[148] Vgl. *H. Lauri*, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 1976, 18 f.

[149] Vgl. diesbezüglich die von *H. Giger*, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, FS Keller, Zürich 1989, 141, 157 f., angebotene Skala, die von Unmöglichkeit bis zu absoluter Sicherheit reicht, wobei für die Bejahung der Adäquanz wenigstens hohe Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt wird. Begründen nur diejenigen Ursachen eine Haftpflicht, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Schädigung führen können, so würde dies eine drastische Einschränkung der Zurechenbarkeit bedeuten. *Gigers* Vorschlag vermeidet diese Konsequenz, indem die Kausalketten in einzelne Etappen aufgegliedert werden. Die einzelnen Ursachen seien eben oft auch Wirkungen. Nun lässt sich freilich jede noch so entfernte Folge als adäquate bezeichnen, wenn man nur die Kausalkette in genügend kleine Etappen unterteilt. Vgl. auch *Keller/Gabi* (29), welche die Adäquanz ebenfalls bejahen, «sofern die Prüfung der konkreten Kausalkette ergibt, dass jedes Glied bis hin zum Schaden die adäquate Folge des vorangehenden Gliedes ist». Im Widerspruch dazu steht allerdings ihre anschliessende Feststellung, dass «die schliessliche Folge sich als eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Folge der ersten ursächlichen Momente darstellt» (29).

[150] *P. Giovannoni*, La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle, ZBJV 1962, 249, 258; *Lange* 85; *H. Weitnauer*, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang: Versuch einer Ehrenrettung, FS Oftinger, Zürich 1969, 321, 336, welcher darauf hinweist, dass die «Problematik bereits *v.Kries* in voller Deutlichkeit gesehen hatte». Vgl. auch *Lauri* (Fn. 148) 19 ff.

[151] So ist es z.B. unwahrscheinlich, dass die Benützung der Strassenbahn durch eine betagte Person zu einer Verletzung führt. Der Wahrscheinlichkeitsgrad erhöht sich, wenn man weiss, dass diese sich nicht festhielt. Erhält man als weitere Information, dass die Strassenbahn eine Vollbremsung einleiten muss, lässt sich gar von grosser Wahrscheinlichkeit sprechen. Vgl. auch das Beispiel bei *Weber* (Fn. 80) 75.

scheinlicher, je mehr (und um so unwahrscheinlicher, je weniger) der Erfolg generalisiert wird[152].

Bezüglich der Generalisierung zeigt sich auch mit besonderer Schärfe die Problematik der in der Schweiz vertretenen objektiv nachträglichen Prognose. Bei Zugrundelegung aller nach Eintritt des Erfolges erkennbaren Umstände entsprechen die Vergleichsfälle im Regelfall genau dem zu prüfenden Schadensfall. Der Erfolgseintritt ist nicht nur wahrscheinlich, sondern in aller Regel sicher – inadäquate Fälle folglich kaum noch denkbar[153]. Es erstaunt daher nicht, dass die Rechtsprechung immer wieder auch unwahrscheinliche, ja sogar singuläre Kausalverläufe als adäquat bezeichnet.

b) Eine ausschliesslich auf das äussere Geschehen abstellende Kausalbetrachtung vermag nicht zu genügen. Auf diesen Umstand hat als erster LARENZ in seiner Dissertation über «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung»[154] hingewiesen. In Anknüpfung an die Unterscheidung der Hegelianer des 19. Jahrhunderts zwischen «imputatio facti» und «imputatio juris» kommt er zu dem Schluss, nicht der blosse Kausalzusammenhang sei entscheidend, sondern der aus dem freien Willen des Subjekts folgende Gedanke der Verantwortlichkeit. Nur das vom Menschen beherrschbare Geschehen kann als Tat dieses Menschen betrachtet werden. Inadäquate Folgen sind allgemeiner menschlicher Voraussicht nicht zugänglich und liegen damit ausserhalb der Sphäre menschlicher Freiheit. Dadurch unterscheidet sich die «eigene Tat» vom zufälligen Geschehen. Die objektive Zurechnung beschränkt sich nicht auf das vom konkreten Subjekt Gewollte, sondern umfasst alles, «was gewusst und damit vom Willen umspannt werden konnte, was als Gegenstand des Willens möglich war»[155]. Da nur auf Folgen abgestellt wird, die für einen einsichtigen Menschen erkennbar waren und als solche auch beherrscht werden konnten, stellt die Adäquanztheorie keine Kausalitäts-, sondern eine *Zurechnungslehre* dar[156].

---

[152] So bereits *G. Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Berlin 1902, 15: «Denn von dem Masse der Generalisierung ist (der Wahrscheinlichkeitsgrad) abhängig, er ist umso höher, je weniger, umso niedriger, je mehr die Bedingungen, umso niedriger, je weniger, umso höher, je mehr der Erfolg generalisiert wurde.»

[153] Volkstümlicher, in der Sache aber gleich ausgedrückt in Privy Council, Overseas Tankship (UK), Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd. (The Wagon Mound), Weekly Law Reports 1961/2, 126, 140: «After the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is the foresight of the reasonable man which can determine responsibility.»

[154] Siehe ferner *Larenz*, FS Honig (Fn. 124), 79 ff.; *R. Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, FS Frank, Tübingen 1930, 174, 179 ff.; dazu auch *Sourlas* 27; *Gotzler* (Fn. 29) 51.

[155] *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre (Fn. 17), 68.

[156] Durch das Abstellen auf den Gesichtspunkt, dass die Verantwortlichkeit zur Beeinflussung menschlichen Verhaltens geeignet ist, bestehen Berührungspunkte mit der neueren auf

Erblickt man die innere Begründung der Adäquanztheorie in der Verantwortlichkeit für Geschehnisse, die durch menschliches Verhalten beeinflussbar sind, so wird der Anwendungsbereich auf jene Haftungstatbestände eingeschränkt, die durch eine menschliche Handlung ausgelöst werden. Hinsichtlich der Gefährdungshaftungen entfällt hingegen die innere Rechtfertigung[157]. Im Bereiche des Haftpflichtrechts wäre die Adäquanzlehre auf die Verschuldenshaftungen sowie die sogenannten einfachen Kausalhaftungen beschränkt. Gerade bei diesen Haftpflichttatbeständen wird aber von zahlreichen Autoren bezweifelt, ob der Adäquanz eine eigene Funktion zukommt. Da die Definition des Verschuldens enger ist als diejenige der Adäquanz, sei der Adäquanzbegriff bei der Verschuldenshaftung obsolet[158]. Der Adäquanz kommt nach dieser Auffassung nur bei den Gefährdungshaftungen eine eigenständige Funktion zu. Die paradoxe Situation, dass der Adäquanztheorie, so wie sie hierzulande verstanden wird, im Rahmen der Verschuldenshaftungen offenbar keine Funktion zukommt und bei Gefährdungshaftungen der inneren Begründung entbehrt, fand bislang kaum Beachtung.

---

generalpräventive Ziele ausgerichteten Ökonomischen Analyse des Rechts; hierzu hinten § 9 I 4.

[157] Vgl. bereits *Rümelin* (Fn. 120) 249, wonach der Adäquanz bei den Gefährdungshaftungen «wenig Raum» verbleibe. «Denn wenn einmal die Verwirklichung einer voraussehbaren Betriebsgefahr konstatiert ist, so ist der objektiv adäquate Kausalzusammenhang immer gegeben.»

[158] Vgl. *Guhl/Merz/Koller* 65: Die Adäquanz habe keine eigenständige Bedeutung, weil «bei der Verschuldenshaftung regelmässig schon die Antwort auf die Frage nach dem Vorhandensein eines Verschuldens beim Täter die richtige Lösung herbeiführt»; *Keller* I 71: Bei der Verschuldenshaftpflicht komme man auch ohne den Adäquanzbegriff aus, «denn wenn in einem Falle schon die Adäquanz = objektive Voraussehbarkeit zu verneinen ist, kann von Verschulden = subjektiver Voraussehbarkeit natürlich nicht die Rede sein»; *W. Lanz*, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Bern/Frankfurt a.M. 1974, 82 f.; *Th. Maurer*, Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Bern 1974, 16; *Schwartz*, BJM 1970 (Fn. 125), 14; *U. Huber*, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 677, 680: «Wenn fahrlässig nur solche Rechtsgutverletzungen sind, mit deren Möglichkeit der Täter, bei gehöriger Sorgfalt, rechnen musste und auf deren Vermeidung er deshalb sein Verhalten einrichten musste, dann hat die Frage, ob der Eintritt der Rechtsfolge für eine objektive nachträgliche Prognose ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit lag, nicht einmal akademisches Interesse.» *Oftinger* (73 Fn. 6) lehnt diese Auffassung ab, da sie den Problemkreis der Inadäquanz infolge von Entlastungsgründen übersehe. Schon aus diesem Grunde könne auf den adäquaten Kausalzusammenhang auch bei der Verschuldenshaftung nicht verzichtet werden. Siehe nun aber *Oftinger/Stark* § 3 N 31.

4. Unzulänglichkeiten in der Rechtsprechung

a) Neben den dogmatischen Unzulänglichkeiten der Adäquanztheorie wecken auch die von LANZ[159] zu Recht angeprangerten Widersprüchlichkeiten in den bundesgerichtlichen Entscheidungen Bedenken. So werden die entsprechenden Entscheidungsgründe jeweils durch die Adäquanzformel eingeleitet. In verschiedenen Urteilen wird anschliessend erklärt, dass auch «ungewöhnliche», «ausserordentliche» und sogar «seltene» Folgen adäquat sein können[160]. Diese Äusserungen vertragen sich in der Tat nicht mit der üblichen Definition, die «auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung» abstellt.

Abgesehen von den terminologischen Widersprüchlichkeiten weckt bereits ein kurzer Durchblick der Rechtsprechung erhebliche Zweifel, ob sich das Bundesgericht bei seiner Entscheidfindung tatsächlich von der Adäquanzlehre – im Sinne einer generalisierenden, auf die objektive Eignung abstellenden Theorie – leiten lässt. Dies kann an einem Beispiel erläutert werden. Verfolgt ein nicht genügend beaufsichtigter Hund ein Mädchen und bricht sich der zu Hilfe eilende Vater ein Bein, liegt – nach Auffassung des Bundesgerichtes – zwischen der mangelhaften Beaufsichtigung und dem Beinbruch keine Adäquanz vor[161]. Greift hingegen ein angeketteter Hund einen Spaziergänger an und flüchtet dessen Begleiter in Richtung eines Silos, um sich auf der an diesem angebrachten Leiter in Sicherheit zu bringen, übersieht er dabei wegen eines Mäuerchens, dass der Silo in einer Grube steht, und gelingt es ihm nicht, die Leitersprossen zu ergreifen, weshalb er in die Grube stürzt, so sind die Körperverletzung und ihre Schadensfolgen adäquate Folge der Verletzung der Sorgfaltspflichten[162]. Diese Entscheidungen mögen aufgrund der einzelnen Umstände berechtigt sein. Durch Kausalitätsüberlegungen lassen sie sich jedenfalls nicht herleiten. Weit eher scheint hier die Adäquanz nur noch als nachträgliche Scheinbegründung zu dienen[163]. In diesem Sinne verstehen offenbar auch V.TUHR/PETER die Adäquanzlehre: «Wenn aber der Richter auf Grund seines nicht weiter analysierbaren Rechtsgefühls zur Entscheidung kommt, dass diese Wirkung dem Täter nicht angerechnet werden darf, so kann diese Entscheidung dadurch

---

[159] (Fn. 158) 36 ff.; siehe auch *Giovannoni* (Fn. 150) 260 ff.

[160] Vgl. z.B. BGE 119 Ib (1993), 334, 345 f.; weitere Nachweise bei *Lanz* (Fn. 158) 36 f. und *Kramer*, ZBJV 1987 (Fn. 60), 305 ff.

[161] BGE vom 10.2.1950, *Willemin/Martella*, nicht publiziert, zit. nach *Berner-Komm/Brehm* Art. 41 N 144.

[162] BGE 102 II (1976), 232, 238 f.

[163] Ebenso *Lanz* (Fn. 158) 41 («um den Anschein der Wissenschaftlichkeit und der Berechenbarkeit zu wahren»).

begründet werden, dass man diesen Schaden nicht als eine adäquate und daher nicht zu ersetzende Wirkung der Tat bezeichnet.»[164] Von der Adäquanz als Wahrscheinlichkeits- oder Voraussehbarkeitstheorie kann bei Zugrundelegung dieser Auffassung keine Rede mehr sein.

b) In einzelnen Fällen hat das Bundesgericht auch ausdrücklich eingeräumt, dass es letztlich nicht um eine generelle Eignung geht. Entscheidend sei vielmehr, ob eine Schädigung «billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden darf»[165]. Eine Modifizierung der Adäquanztheorie durch den *Billigkeitsgrundsatz* mag zwar für die konkrete Wertung des Einzelfalles förderlich sein. Die Billigkeit ist jedoch ein zu abstrakter Grundsatz, als dass sich damit eine rationale Begründung von Entscheidungen herleiten liesse[166]. Dies ist weniger unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit problematisch; unbefriedigend ist vielmehr, dass die wirklichen Entscheidungsgründe verdeckt bleiben. Dies ist auch in Deutschland der Hauptpunkt der an der Adäquanztheorie geübten Kritik: «Dass sie als Deckmantel für Entscheidungen dient, wo die sie in Wahrheit tragenden Gründe nicht offengelegt werden.»[167] Indem die der Entscheidung zugrundeliegenden Wertungen und Interessenabwägungen nicht offengelegt werden, verliert die Begründung an Überzeugungskraft; vor allem aber wird eine rationale Kontrolle verunmöglicht[168].

---

[164] *v.Tuhr/Peter* 98; so auch noch *T. Guhl/H. Merz/M. Kummer* in der 6. Aufl. des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1972, 84. Während *Lanz* a.a.O. diese Umschreibung der Adäquanz zu Recht kritisiert, beurteilt *P. Widmer*, Die abenteuerliche Wissenschaft vom Haftpflichtrecht, ZBJV 1976, 199, 210, den Rückgriff auf «Vernunft und Rechtsgefühl» als besonders geglückt. Besser «kann man es schwerlich sagen», und «so klar kann sich nur ausdrücken, wer genau weiss, was er will». Ebenso im französischen Recht hinsichtlich der Unterscheidung der «dommages directs et indirects» *Flour/Aubert* (Fn. 131) 156, wonach «le juge qualifie le dommage 'direct' lorsqu'il estime souhaitable d'en mettre la réparation à la charge du défendeur; 'indirect', dans le cas contraire».

[165] BGE 96 II (1970), 392, 397; 107 II (1981), 269, 276 (Adäquanz notwendig, «um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein und eine vernünftige Begrenzung der Haftung zu ermöglichen»).

[166] Vgl. nur *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, 288 ff.

[167] *Sourlas* 31, in Anschluss an *Heinrich Lange*, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP (156) 1957, 114, 118; vgl. auch *E. v.Caemmerer*, Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. II, Tübingen 1962, C 72; *Larenz*, FS Honig (Fn. 124), 82: «In der Tat vermag man sich bei Durchsicht der Rechtsprechung des Eindrucks nicht zu erwehren, dass sich hinter der Bejahung oder der Verneinung der Adäquanz in vielen Fällen andere, nicht ausgesprochene Gründe verbergen müssen.»

[168] Auf diesen Gesichtspunkt weist nachdrücklich hin *Sourlas* 31 f.; *U. Friese*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Erlangen-Nürnberg 1968, 25 f.; *Lange* 95.

5. Würdigung

a) Trotz der gewichtigen Einwände steht in der *Schweiz* die Beibehaltung der Adäquanztheorie nach ganz herrschender Lehre ausser Streit. Einige Autoren weisen zwar auf gewisse Unzulänglichkeiten hin, um sogleich anzumerken, dass man bislang «kaum etwas Besseres gefunden hat»[169]. Zudem habe die Adäquanzlehre bisher akzeptable Ergebnisse gezeitigt. Sie sollte auch deshalb weiterhin angewandt werden, weil sich die schweizerische Praxis an die Terminologie und Bewertungsmethode gewöhnt habe[170]. Für eine dogmatische Rechtfertigung verweist man regelmässig auf den «Versuch einer Ehrenrettung» der Adäquanztheorie durch WEITNAUER[171].

Einzig Mitte der siebziger Jahre übten einige Autoren Kritik an der Adäquanzlehre[172]. Der überwiegende Teil der Lehre zeigt indessen bis heute keinerlei Neigung, die Tauglichkeit der Adäquanztheorie einer kritischen Prüfung zu unterziehen[173]. Insbesondere finden sich nur selten eingehende Erörterungen der Alternativen zu dieser Kausallehre. Überblickt man den Meinungsstand in der Rechtslehre, könnte man gar den Eindruck gewinnen, die Adäquanzlehre habe sich auch international weitgehend durchgesetzt und könne kaum noch ernstlich in Frage gestellt werden[174]. Im nachfolgenden ist daher in einer rechtsvergleichenden Umschau zu prüfen, ob die in Deutschland entwickelte Lehre auch in anderen Ländern als massgebende Kausalitätstheorie etabliert ist.

---

[169] *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 163.

[170] Vgl. auch *A. Bussy*, Motorfahrzeug-Haftpflicht: Kausalzusammenhang, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 910, N 15, wonach die Adäquanztheorie dem Richter «bloss die Richtung weist. Mehr darf man von ihr nicht verlangen.»

[171] (Fn. 150) 321–346.

[172] Am vehementesten durch *Lanz*. Nach *Lanz* (Fn. 158) 3 erweist sich «die Zauberformel des adäquaten Kausalzusammenhanges» «bei näherer Prüfung als das reine Gegenteil dessen ..., wofür sie ausgegeben wird, nämlich weltfremd, unpraktikabel, oft nichtssagend, auf den ersten Blick allein überzeugend durch die wissenschaftliche Einkleidung und die scheinbare Stützung durch zu diesem alleinigen Zweck konstruierte, bewusst auf die Theorie zugeschnittene und daher oft irreführende Beispiele». Vgl. ferner *Maurer* (Fn. 158) 15 ff.; *Deschenaux* (Fn. 56) 408 ff.; *Deschenaux/Tercier* § 4 N 44 ff.; siehe auch *Lauri* (Fn. 148) 18 ff.

[173] Vgl. statt aller *Oftinger* (73 Fn. 6), welcher sich mit den Kritikern in einer Fussnote befasst; anders nun *Oftinger/Stark* § 3 N 32 f.

[174] Vgl. z.B. *Oftinger* 72; *Oftinger/Stark* § 3 N 15 («in der Schweiz wie auch in manchen andern Ländern ... massgebend»); *v.Tuhr/Peter* 97 Fn. 51; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 163; *Weitnauer* (Fn. 150) 322, welcher von der «in der Schweiz, wie auch sonst im kontinentaleuropäischen Rechtsraum und darüber hinaus, massgeblich gewordenen Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang» spricht.

b) In der *französischen* Rechtslehre befürworten einige Autoren zwar ebenfalls die Adäquanztheorie; diese vermochte sich indessen nicht durchzusetzen. Nach CHABAS ist man in Frankreich «loin du critère retenu par les partisans de la causalité adéquate qui est non la prévisibilité subjective des circonstances du dommage, mais la prévisibilité objective du résultat»[175]. Auch die Befürworter der Adäquanztheorie betonen jeweils, dass der Richter den rechtserheblichen Kausalzusammenhang nach seinem Gerechtigkeitsgefühl und gesunden Menschenverstand beurteilen müsse[176]. Zu beachten ist ferner, dass der Schadenersatz im französischen Recht durch weitere Kriterien begrenzt wird: So muss der Schaden eine «suite immédiate et directe» sowie «certain» und im vertraglichen Bereich überdies noch voraussehbar sein[177]. Insgesamt betrachtet man in Frankreich die Kausalitätsfrage eher pragmatisch, gefühlsmässig und weniger aufgrund logisch-juristischer Begriffe[178]. Dieser Befund scheint auch auf die Rechtslage in Norwegen zuzutreffen[179]. In Österreich war die Adäquanzlehre nie sehr bedeutend. Sie wird von einigen Autoren neben der Normzwecklehre herangezogen[180]. Bemerkenswert ist, dass auch das neue niederländische Schuldrecht nicht die Adäquanz, sondern die Normzwecklehre kodifiziert hat[181]. Im angloamerikanischen Rechtsbereich spielte die Adäquanzlehre nie eine Rolle.

Von Interesse ist schliesslich die Entwicklung der Adäquanztheorie in Deutschland. Bis zur berühmt gewordenen Rektoratsrede durch V.CAEMMERER im Jahre 1956[182] war die Lehre unbestritten[183]. In Anschluss an RABEL wandte sich V.CAEMMERER entschieden gegen die Adäquanzlehre. «Die Versuche, durch Aufstellung eines besonderen Begriffes juristischer

---

[175] *Chabas* 626; ebenso *Flour/Aubert* (Fn. 131) 182: «L'appréciation de la relation causale, aussi 'objectivisée' qu'elle puisse être, reste irréductiblement subjective; les limites à fixer ne peuvent être exprimées en une formule générale et abstraite: il n'y a pas de définition du dommage indirect.»

[176] Vgl. *Chartier* 82 («sentiment d'équité, de justice, ou simplement le bon sens»).

[177] Art. 1150 CCf und dazu insbesondere *I. Souleau*, La prévisibilité du dommage contractuel, Paris 1979.

[178] So zutreffend auch *S. Meierhans*, Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden, recht 1994, 202, 209.

[179] Vgl. *Meierhans* a.a.O. 212 und 214 f.

[180] Vgl. *Ehrenzweig/Welser* 276 ff.; *Koziol/Welser* 448 f., 453 ff.; *Koziol* I 169; *Bydlinski* 64.

[181] Buch 6, Art. 163: «There is no obligation to repair damage when the violated norm does not have as its purpose the protection from damage such as the suffered by the victim» (zit. nach der Übersetzung von P.P.C. Haanappel/E. Mackaay, Deventer/Boston 1990).

[182] Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht, Freiburg i.Br. 1956.

[183] Die Kritik *E. Rabels*, Das Recht des Warenkaufs, Berlin 1936, 495 ff., kam zur falschen Zeit.

Kausalität der Schadensersatzhaftung vernünftige Grenzen zu ziehen», müssten «alle als gescheitert angesehen werden»[184]. Dieser Kritik schloss sich auch LANGE in seinem Gutachten zum 43. Deutschen Juristentag an[185]. Seither verlor die Adäquanzlehre in Deutschland zunehmend an Bedeutung und wird in neuerer Zeit immer öfters gänzlich abgelehnt[186]. Sie trat auch in der Rechtsprechung in den Hintergrund[187].

c) Angesichts der rechtsvergleichenden Betrachtung ist festzustellen, dass die Adäquanztheorie nur in der Schweiz mit Ausschliesslichkeitsanspruch vertreten wird. Obwohl die Theorie ursprünglich in Anschluss an die damals vorherrschende Auffassung in Deutschland adaptiert wurde, hat sich der in der deutschen Rechtslehre und Praxis zwischenzeitlich stattgefundene Meinungsumschwung von der Adäquanz- zu der Normzwecklehre bislang nicht ausgewirkt. Dieser Befund erstaunt um so mehr, als sich im schweizerischen Recht einer Überspannung der Deliktshaftung bereits durch Art. 43 Abs. 1 OR (zumindest gemäss dem allgemeinen Verständnis dieser Bestimmung[188]) vorbeugen liesse, die Begrenzung durch die Adäquanzlehre also weniger vordringlich erscheint als bei dem auf der Grundlage der Totalreparation beruhenden BGB[189].

---

[184] *v.Caemmerer*, Problem des Kausalzusammenhanges (Fn. 182), 12.

[185] Gutachten (Fn. 138), 10 ff. und 44; zuvor bereits *Lange*, AcP 1957 (Fn. 167), 114–136.

[186] Ablehnend z.B. *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 42 f.; *AlternativKomm/Rüssmann* vor § 249–253 N 50 und 55; *Esser/Schmidt* 218 ff.; *J.G. Wolf*, Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962, 6 ff.; *Huber*, JZ 1969 (Fn. 158), 677–683; *H.-J. Lüer*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, Karlsruhe 1969, 127 ff.; eindrücklich *W. Dunz*, Gefährdungshaftung und Adäquanz in der neueren Rechtsprechung des BGH, VersR 1984, 600, 601: «Der Verfasser kann sich am Ende einer weitgehend bis ausschliesslich dem Haftpflichtrecht gewidmeten Richterlaufbahn *keines* Falles erinnern, in dem die Adäquanzformel ... bei der Lösung eines schwierigen Zurechnungsproblems praktisch hilfreich gewesen wäre»; stark einschränkend *Stoll*, Kausalzusammenhang, 27 und 48; *ders.*, Haftungsfolgen, 398; vermittelnd *Staudinger/Medicus* § 249 N 43 ff.; Lange 95: «Gleichwohl verbleibt den Gedanken, die der Adäquanztheorie zugrunde liegen, ein fester Platz im Rahmen der Schadenszurechnung.» *Fikentscher* (Fn. 30) N 481 versteht die Adäquanz als im Sinne «der durchschnittlichen zivilistischen Schadensersatznorm angemessen».

[187] Vgl. die Nachweise bei *Lange* 107 f. Fn. 148 und 149. Siehe auch die Bemerkung des ehemaligen BGH-Richters *W. Dunz*, Verhalten als Zurechnungskriterium in der neueren Rechtsprechung des BGH, 25 Jahre Karlsruher Forum, Karlsruhe 1983, 97, 100, wonach «sich die Rechtsprechung jedenfalls des VI. Zivilsenats inzwischen ganz ausdrücklich von dem im Grunde längst ... aufgegebenen Begriff einer allgemein zu definierenden 'adäquaten Verursachung' gelöst und die Abhängigkeit der an seine Stelle zu setzenden Kriterien für die haftpflichtrechtliche Zurechnung vom jeweiligen Haftungstatbestand aufgezeigt hat».

[188] Vgl. zu dieser Bestimmung hinten § 9 II.

[189] So *Schwartz* (Fn. 125) 2; *Lanz* (Fn. 158) 22.

III. Schutzzweck der Norm

1. Begriff, Ursprung, Inhalt

a) Die Theorie vom Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm geht davon aus, dass Normen nicht auf den Schutz vor allen überhaupt denkbaren Schäden zielen. Eine Norm wird häufig zur Verhütung bestimmter Arten von Schäden geschaffen. Dieser Gesetzeszweck ist auch auf der Ebene des Schadensausgleichs zu beachten. Infolgedessen sind nur diejenigen Schäden zu ersetzen, welche die betreffende Norm verhüten wollte[190]. «Die Frage der Haftungsgrenzen ist», nach V.CAEMMERER, «durch die Entfaltung von Sinn und Tragweite dieser konkreten Norm zu lösen und nicht durch generelle Kausalitätsformeln.»[191] Im Grunde handelt es sich bei der Normzwecklehre um eine teleologische Auslegung (genauer: eine teleologische Reduktion) der Anspruchsnorm[192].

Die Normzwecklehre wurde zunächst in Österreich, namentlich durch EHRENZWEIG[193], zu einem allgemeinen Grundsatz des Haftpflichtrechts entwickelt und später durch RABELs rechtsvergleichende Untersuchung zur Problematik des Warenkaufs in Deutschland eingeführt[194]. In Anlehnung an die angloamerikanische Rechtsauffassung hielt er es für wenig sinnvoll, die primären vertraglichen Pflichten nach dem Zweck der getroffenen Vereinbarung festzulegen, die Konkretisierung der sekundären Verbindlichkeiten dagegen hiervon unabhängig zu gestalten. Richtigerweise sollten auch die Kriterien der Haftungsbegrenzung bei Vertragsverletzungen nicht auf den Begriff der Ursächlichkeit, sondern auf den Vertrag selbst und die darin festgelegten Parteiinteressen abstellen[195]. Während RABEL die Theorie vornehmlich für Vertragsverletzungen entwickelt hatte, erweiterten vor allem WILBURG und V.CAEMMERER[196], später dann LANGE[197], WOLF[198] und

---

[190] Vgl. etwa *Lange* 104.

[191] *v.Caemmerer*, Problem des Kausalzusammenhanges (Fn. 182), 12.

[192] Siehe etwa *Sourlas* 40 m.w.N.

[193] System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II/1, 2. Aufl., Wien 1928, 48.

[194] (Fn. 183) 502: «Die Theorie der Schadensverteilung nach Massgabe des Forderungszweckes ... entfaltet gerade auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen ihre fruchtbarste Bedeutung.» Die Wurzeln des Normzweckgedankens reichen indes in das letzte Jahrhundert zurück, vgl. *Stoll*, Kausalzusammenhang, 6 Fn. 15; *Schmiedel* (Fn. 18) 109; *Gottwald* 105; *Friese* (Fn. 168) 43; ausführlich zur historischen Entwicklung *R. Lang*, Normzweck und Duty of Care, München 1983, 11 ff.

[195] *Rabel* (Fn. 183) 495.

[196] Problem des Kausalzusammenhanges (Fn. 182).

[197] Gutachten (Fn. 138).

STOLL[199] den Schutzzweckgedanken auch auf den ausservertraglichen Bereich.

b) Die *Konkretisierung* des Normzweckes erfolgt in drei Richtungen: Zu prüfen ist, ob der Geschädigte zu dem geschützten Personenkreis gehört, ob die verletzte Norm das betroffene Rechtsgut schützen will und ob diejenige Art der Schädigung vorliegt, die durch die Aufstellung der Norm verhindert werden sollte[200]. Dies bedeutet indessen nicht, dass sich die einzelnen Punkte der Schrankentrias eindeutig abgrenzen lassen. Vielmehr handelt es sich um die Aufgliederung eines einheitlichen Grundgedankens[201]. Dieser kann am besten anhand einiger Beispiele erschlossen werden. Lässt man z.B. Drahtmattenreste an einer Stelle liegen, die auch von Fussgängern betreten wird, so verletzt man die Strassenverkehrsordnung und verstösst zugleich gegen die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten. Nicht zum Schutzbereich der Rechtspflichtverletzung gehören Schäden, die deshalb eintreten, weil Jugendliche herumliegende Reste als Waffe benutzen[202]. In der deutschen Rechtslehre findet sich auch regelmässig das Beispiel des Kegeljungen, der entgegen den Kinderschutzbestimmungen zur Nachtzeit arbeitet. Durch undisziplinierten Verhalten der Spieler wird er verletzt und verklagt den Wirt. Das Nachtarbeitsverbot für Kinder soll vor Gesundheitsschäden durch Überanstrengung schützen, nicht aber vor Verletzungen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit der nächtlichen Arbeit stehen[203]. Ebenso verhält es sich im Fall, in dem ein Busfahrer den polizeilichen Vorschriften zuwider zu viele Personen mitnimmt und ein Taschendieb in dem Gedränge eine Brieftasche entwendet[204]. Im vertraglichen Bereich lässt sich als Beispiel etwa anführen, dass der Verkäufer eines Fahrzeuges, der vorsätzlich falsche Angaben über den Kilometerstand macht, zwar für den Minderwert, nicht aber für den Schaden, den die Käuferin aufgrund eines Verkehrsunfalles erlitten hat, einstehen muss[205]. Anwendungsbeispiele für den Schutzweck der übertretenen

---

[198] (Fn. 186).

[199] Kausalzusammenhang, 5 ff.

[200] Vgl. statt aller *Lang* (Fn. 194) 33. Älterer Auffassung nach war vorfrageweise zu prüfen, ob die übertretene Norm überhaupt den Schutz einzelner bezweckt, vgl. z.B. *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 39. Dass aus der Unterscheidung zwischen Schutzgesetzen und der Allgemeinheit dienenden Normen keine wesentlichen Einsichten zu gewinnen sind, hat vor allem *Schmiedel* (Fn. 18) 119 f. nachgewiesen.

[201] So zutreffend *Lang* (Fn. 194) 306.

[202] OLG Düsseldorf NJW 1957, 1153.

[203] Vgl. den vom LG Hannover entschiedenen Fall, Das Recht 1910, 36; dazu *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 40; *Esser/Schmidt* 225.

[204] Beispiel von *v. Caemmerer*, Problem des Kausalzusammenhangs (Fn. 182), 13.

[205] *Esser/Schmidt* 224; im Ergebnis ebenso BGHZ 57 (1971), 137, 143 = NJW 1972, 36,

Norm finden sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. So hat das Bundesgericht bei Erteilung einer Einfuhrbewilligung für elektrische Geräte, die den Sicherheitsvorschriften nicht genügten, die Schadenersatzklage der Konkurrenten des Importeurs gegen das Kontrollorgan abgewiesen[206]. Bekannter ist ein noch im letzten Jahrhundert entschiedener Fall: Entgegen den forstpolizeilichen Vorschriften lässt eine Gemeinde Bäume von einem Dritten fällen, welcher sich dabei verletzt[207]. Nach v.TUHR fehlt es an der Adäquanz[208]; richtigerweise bezieht sich aber die verletzte Norm, die den Schutz des Waldes bezweckt, nicht auf die eingetretene Schädigung[209].

c) Die Lehre vom Schutzzweck der Norm *unterscheidet sich von der Adäquanzlehre* einmal dadurch, dass nicht auf die Wahrscheinlichkeit abgestellt wird. Auch ist die erforderliche Voraussicht anders definiert. Während bei der Schutzzwecklehre die Voraussicht bei der Setzung der Norm massgebend ist, wird bei der Adäquanz auf die allgemeine Voraussehbarkeit abgestellt[210]. Diese theoretischen Unterschiede dürfen freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Resultate der beiden Lehren weitgehend überschneiden. Schäden, deren Eintritt ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen, stellen regelmässig auch nicht Folgen dar, welche die verletzte Norm zu

---

[206] BGE 94 I (1968), 628, 642 f.: «Nach der vom Bundesgericht anerkannten objektiven Theorie ist ein Verhalten nur dann widerrechtlich im Sinne der Begründung eines Schadenersatzanspruches, wenn es gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen. Sind die verletzten Rechtssätze nicht zum Schutze des Geschädigten erlassen worden, so fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Schaden.» Die Begründung vermag nicht zu überzeugen. Die unzureichende Kontrolle gegenüber Importeuren ist «nach dem allgemeinen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung» durchaus geeignet, bei den sich an die Vorschriften haltenden Konkurrenten eine Umsatzeinbusse und damit einen Schaden herbeizuführen. Die Schädigung ist nicht inadäquat, sondern nicht im Schutzzweck der Norm; ebenso *H. Merz*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1968, ZBJV 1970, 81, 85 f.

[207] BGE 30 II (1904), 567, 571 f. Vgl. auch den im Jahre 1874 in England entschiedenen Fall, in dem Schafe bei einem Transport auf einem Schiffsdeck vorschriftswidrig nicht durch Gatter getrennt waren. Werden die Tiere infolge Fehlens der Gatter bei einem Sturm über Bord gespült, kann der Ersatzanspruch nicht aufgrund der unterlassenen Trennung der Tiere durch Gatter gefordert werden; *Gorris v. Scott*, Exchequer Cases 9 (1874), 125, 130: «The regulations which have been broken were, not to prevent cattle from being washed overboard, but to protect them against contagious disease.»

[208] *A. v.Tuhr*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, 331; ebenso BGE 79 II (1953), 424, 438; 94 I (1968), 628, 643 m.w.N.

[209] Zutreffend die Begründung in BGE 30 II (1904), 567, 572: «Jene forstpolizeilichen Vorschriften bezwecken ja den Schutz des Waldes, nicht den Schutz des Lebens oder der Gesundheit Einzelner.» So nun auch *v.Tuhr/Peter* 416; *Oftinger* 131; *Oftinger/Stark* § 4 N 41 Fn. 50.

[210] Vgl. *Wilburg* 244.

verhüten suchte, und umgekehrt sind Schadensfolgen, die ausserhalb des Schutzzweckes liegen, oft auch nicht mehr adäquat[211].

2. Anerkennung in Rechtsprechung und Lehre

a) In *Deutschland* ist die Normzwecklehre sowohl in der Doktrin als auch in der Rechtsprechung mehrheitlich, wenn auch mit Vorbehalten, anerkannt[212]. Sie soll aber nach überwiegender Auffassung die Adäquanzlehre nicht ersetzen, sondern neben ihr angewendet werden[213]. Wenngleich das Nebeneinander von Adäquanz- und Normzwecklehre in der Rechtsanwendung gelegentlich Schwierigkeiten bereitet und es auch in der Doktrin nicht ganz gelingt, die beiden Lehren zu koordinieren oder gar zu einer harmonischen Kooperationseinheit zu verschmelzen, so scheint man mit dieser Kumulationslösung mehrheitlich nicht unzufrieden zu sein. Auch in *Österreich* ist die Normzwecklehre seit langem von Lehre und Praxis anerkannt[214], wobei daneben auch die Adäquanz zur Haftungsbegrenzung herangezogen wird[215]. In den *Niederlanden* hat die Normzwecklehre Eingang in das neue Gesetzbuch gefunden[216]. Im *amerikanischen* Recht entspricht das Normzweckdenken der «scope of risk theory»[217], welche sich in neuerer Zeit weit-

---

[211] Vgl. die Beispiele bei *Lange* 106.

[212] Nachweise bei *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 42 f. Fn. 142 ff.; *Lange* 108 Fn. 150 ff.; umfassender Überblick bei *Lang* (Fn. 194) 19 ff. und passim. Zustimmend auch *Hart/Honoré* 103, wonach die Fragestellungen der Normzwecklehre «give intelligible and intelligent answers, whereas the old questions, familiar in German jurisprudence, whether there was a 'relationship of adequate causation' between act and harm, give answers which often are neither.»

[213] So *Staudinger/Medicus* § 249 N 43; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 123; *Larenz* 441; *Lange* 96; a.M. etwa *Fikentscher* (Fn. 30) N 444.

[214] Vgl. *Koziol* I 151; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 276 ff. je m.w.N. Während die ältere Lehre die Rechtswidrigkeit als relativen Begriff auffasste, handelt es sich nach der heute herrschenden Auffassung bei der Normzwecklehre nicht um eine Frage der Rechtswidrigkeit, sondern um ein Haftungsproblem.

[215] Umstritten, vgl. *Koziol* I 168 f.

[216] Buch 6, Art. 163 (siehe Fn. 181). Sie war auch zuvor in Lehre und Rechtsprechung anerkannt; vgl. *G. Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, München 1970, 174 ff.

[217] Siehe etwa *J.G. Fleming*, The law of Torts, 7. Aufl., Sydney 1987, 193; *L. Green*, Duties, Risks, Causation Doctrines, Texas Law Rev. (41) 1962, 42, 46: «It will be observed that duty is qualified by 'legal cause'. Legal cause is something different from causal relation or causal connection. If it means anything, it means whether the risk of injury created by a defendant's conduct falls within the duty owed to the victim.»

gehend durchgesetzt hat[218]. Dabei werden die Zurechnungsgrenzen – wie im deutschen Recht – in der erwähnten dreifachen Richtung untersucht.

b) In der *Schweiz* wurde die Lehre in den siebziger Jahren von LANZ[219], DESCHENAUX[220], LAURI[221] und wohl auch von MAURER[222] übernommen. Die ganz herrschende Auffassung lehnt hingegen – im Rahmen des rechtlich erheblichen Kausalzusammenhanges – die Normzwecklehre ohne nähere Begründung ab[223], soweit sie überhaupt Beachtung findet[224]. Die beinahe einhellige Ablehnung des Normzweckgedankens in der Rechtslehre ist überraschend und kann im Grunde nur auf ein ungenügendes Verständnis des Inhalts dieser Lehre zurückgeführt werden. Die Normzwecklehre will bloss sicherstellen, dass sich der Erfolg im Rahmen des Schutzzweckes der Haftungsnorm hält. Die verletzte Verhaltenspflicht muss – zumindest auch – statuiert worden sein, um die eingetretenen Schäden hintanzuhalten. Zu einer solchen «Relativität des Unrechtstatbestandes»[225] bekennt sich seit jeher auch die schweizerische Lehre. So liegt nach OFTINGER/STARK Widerrechtlichkeit nur vor, wenn die übertretene Norm zum Schutze des Geschädigten erlassen wurde und die Schädigung in den Schutzbereich der Norm fällt. «Dient eine Norm anderen Zwecken, so ist zwar eine Widerrechtlichkeit in dem Sinne gegeben, dass jene Norm als solche verletzt ist. Dies zählt hier jedoch nicht, weil nicht eine Widerrechtlichkeit in der hier allein aktuellen Bedeutung, nämlich in jener für das Haftpflichtrecht, vorliegt.»[226] Dieses Verständnis der Widerrechtlichkeit entspricht allgemeiner Auffassung. Erstaunlicherweise weist OFTINGER, der die Normzwecklehre im Rahmen der Ausführungen zum Kausalzusammenhang entschieden ablehnt, bezüglich der Widerrechtlichkeit mit Nachdruck darauf hin, dass sowohl Adäquanz als

---

[218] Vgl. *Prosser/Keeton* 297, wonach «the 'scope of the foreseeable risk' is on its way to ultimate victory as the criterion of what is 'proximate', if it has not already achieved it»; zu den älteren Auffassungen *Lüer* (Fn. 186) 66 ff., 108 ff.; *Lang* (Fn. 194) 270 ff.

[219] (Fn. 158) insbesondere 107 ff.

[220] (Fn. 56) 414 ff.

[221] (Fn. 148) 31 ff.

[222] (Fn. 158) 17 ff.

[223] Nach *Oftinger* (73 Fn. 6) und ihm folgend *BernerKomm/Brehm* (Art. 41 N 157) läuft die Lehre vom Schutzzweck der Norm auf eine Vermischung mit dem Problem der Widerrechtlichkeit hinaus; siehe auch *Oftinger/Stark* § 3 N 33.

[224] Einen kurzen Hinweis findet sich im Rahmen des Kausalzusammenhanges bei *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 157 ff.; *Oftinger* 72 Fn. 5; *Oftinger/Stark* § 3 N 32 f.; *Rey* N 547 f.; keine Erwähnung im Rahmen der Kausalität bei *Keller/Gabi* 44 f.; *Keller* I 66 ff.; *v.Tuhr/Peter* 97 ff.;. *Guhl/Merz/Koller* 63 ff.

[225] *Esser/Schmidt* 225.

[226] *Oftinger/Stark* § 4 N 41. Vgl. auch *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 37; *Keller/Gabi* 37 und 44 f.; *v.Tuhr/Peter* 415 f.

auch Schutzzweck der Norm die Haftung begrenzen, weshalb beide Gesichtspunkte getrennt zu prüfen seien[227].

Die Stellungnahmen der schweizerischen Lehre unterscheiden sich im Grunde von der deutschen Lehre nur darin, dass sie den Schutzzweck der Rechtswidrigkeit zuordnen[228], während in Deutschland die dogmatische Einordnung nach wie vor ungeklärt ist[229]. Die Auffassungen in der schweizerischen Lehre decken sich mit der älteren in Österreich vertretenen Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang. Abzustellen ist danach auf die Frage, ob das anspruchsbegründende Verhalten gerade zur Verhütung des eingetretenen Schadens verboten, d.h. als rechtswidrig erklärt worden ist[230]. Nach dieser Lehre kann also dasselbe Verhalten gegenüber der einen Person rechtswidrig, gegenüber einer anderen rechtmässig bzw. eine bestimmte Verletzungsart rechtswidrig, eine andere rechtmässig sein[231]. Das Rechtswidrigkeitsurteil wird damit relativiert. Gegen eine solche Relativierung wendet sich zu Recht der überwiegende Teil der deutschen und der neueren österreichischen Lehre, da das Unwerturteil nur einheitlich abgegeben werden kann[232]. Meint man hingegen mit dem Rechtswidrigkeitszusammenhang nur die haftungsrechtliche Relevanz der übertretenen Norm, dann ist grundsätzlich kein Unterschied mehr zur Schutzzwecklehre auszumachen[233]. Die Lehre vom Schutzzweck geht indessen insofern weiter, als sie nicht ein rechtswidriges Verhalten voraussetzt, folglich auch Ersatzpflichten aus erlaubtem Verhalten abdeckt[234]. Insgesamt lässt sich die geringe Bedeutung der Schutz-

---

[227] *Oftinger* 131 f.

[228] Im deutschen Recht wird dagegen allgemein die Ansicht vertreten, dass in Fällen, in denen eine Handlung den Schutzbereich einer Norm nicht berührt, nicht die Rechtswidrigkeit entfällt, sondern die Anwendung dieser Norm an sich; vgl. etwa *E. Schickedanz*, Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie, NJW 1971, 916, 917 m.w.N.

[229] Teilweise wird sie mit dem Verschuldensprinzip verflochten, so *Stoll*, Kausalzusammenhang, 19 f.; *Huber*, JZ 1969 (Fn. 158), 679; *H. Merz*, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 1955 (= FS für den Schweizerischen Juristenverein), 301, 320; andere erblicken darin eine «weitere Haftungsvoraussetzung», so *Mertens/Reeb* (Fn. 26) 588; *E. Deutsch*, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985, 1987: Der Schutzbereich stehe «ausserhalb des Schichtaufbaus».

[230] Vgl. *Oftinger/Stark* § 4 N 41; *Rey* N 698 m.w.N.; *Ehrenzweig* in der zweiten Auflage des Schuldrechts Allgemeiner Teil, Wien 1928, 48.

[231] *Larenz* 446.

[232] Vgl. die Nachweise bei *Lange* 102; *Koziol/Welser* 454; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 277.

[233] *Larenz* 447.

[234] Vgl. *Lange* 106; ähnlich *Larenz* 447; siehe auch die Unterscheidung bei *Sourlas* 40 f., 165.

zwecklehre in der Schweiz darauf zurückführen, dass Lehre und Praxis[235] Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm ohnehin berücksichtigen, ohne aber entsprechende theoretische Unterscheidungen auszuformulieren[236], insbesondere auch ohne die einzelnen Anwendungsgebiete der Normzwecklehre zu analysieren.

3. *Die einzelnen Anwendungsgebiete*

a) Der Normzweckgedanke hat seinen festen Platz im *Vertragsrecht.* Jeder Vertrag ist auf bestimmte Interessen der einen und der anderen Partei ausgerichtet. Nach der Schutzzwecklehre hat der Schuldner nur für die durch den Vertrag geschützten Interessen, nicht aber für die Folgen des Vertragsbruches schlechthin einzustehen[237]. Letztlich läuft dies auf eine den Vertragszweck beachtende Auslegung von Verträgen hinaus[238].

Gegner der Schutzzwecklehre weisen darauf hin, dass die Vertragsparteien mit den jeweiligen Pflichten nicht auch den Vertragszweck ausdrücklich zu vereinbaren pflegen. Nach SCHACK ist der Zweck individueller Vertragspflichten, den Gläubiger vor Schäden zu schützen, die bei pflichtgemässem Verhalten des Schuldners nicht eingetreten wären. Für gegenteilige Unterstellungen gebe die Auslegung regelmässig nichts her[239]. Der Schutzzweck sei daher ebenso umfassend wie zur Haftungsbegrenzung untauglich. Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, dass sie nicht zwischen Integritätsinteresse und Erfüllungsinteresse unterscheidet. Bezüglich ersterem erscheint der jeweilige Vertragszweck in der Tat unergiebig. Von Bedeutung kann er indessen bei der Bestimmung und Begrenzung des zu ersetzenden Erfüllungsinteresses sein. So können etwa bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen Schäden in engem ursächlichem Zusammenhang mit einer fristlosen Vertragsauflösung liegen. Gleichwohl hat der Schuldner nur für Folgen

---

[235] Vgl. den bereits erwähnten Fall in BGE 30 II (1904), 571: Aus neuerer Zeit siehe etwa BGE 117 II (1991), 259, 270; 117 II (1991), 315, 317 f.; weitere Nachweise bei *Rey* N 702; *Maurer* (Fn. 158) 18 Fn. 31.

[236] So auch *Maurer* (Fn. 158) 18.

[237] Grundlegend *Rabel* (Fn. 183) 496, welcher diese Lehre vor allem in bezug auf Vertragsverletzungen erläutert; ausführlich zur Schutzzwecklehre im Vertragsrecht *Th. Raiser*, Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck, Diss. Stuttgart 1962; vgl. ferner *Lange* 108 f.

[238] Ausführlich *Raiser* a.a.O. 23 ff.; vgl. auch *J. Ströfer*, Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982, 207 ff.

[239] *H. Schack*, Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, 305, 310.

aufzukommen, die bei fristgerechter Kündigung nicht entstanden wären[240]. Zu beachten ist, dass der Vertragszweck nicht nur zu einer Haftungsbegrenzung, sondern auch zu einer Haftungsausweitung auf spezielle, ungewöhnliche (inadäquate) Folgen führen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertrag gerade den Schutz vor dieser Schädigungsgefahr bezweckt. Den Kritikern ist immerhin insoweit zuzustimmen, als die Bestimmung des gemeinsamen Zwecks oftmals Mühe bereitet, zumal die Parteien den Zweck regelmässig nicht audrücklich bezeichnen, dieser daher aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln ist. Auch führt die Ausdehnung der vertraglichen Schutz- und Fürsorgepflichten zu einem erweiterten Kreis der durch einen Vertrag geschützten Interessen. Infolgedessen werden bei der vertraglichen Haftung die Integritätsinteressen immer bedeutsamer.

Die Schutzzwecklehre leistet auch einen Beitrag zur Klärung der Ersatzfähigkeit immaterieller Vertragsinteressen. Wenngleich das schweizerische, anders als das deutsche Recht[241] keine Gesetzesbestimmung kennt, welche die Geldentschädigung für immaterielle Schäden beschränkt, so ist doch unstreitig, dass ein Schadenersatzanspruch nur für materielle Schäden besteht. Die Verletzung immaterieller Interessen kann lediglich durch Genugtuungsleistungen ausgeglichen werden. Die Berechtigung dieser Unterteilung ist zumindest dann zweifelhaft, wenn immaterielle Interessen Gegenstand des Vertrages bilden. Insoweit sollten keine Zweifel über ihre Vermögensfähigkeit bestehen. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass ihre Bezifferung nicht möglich ist, da sich die Parteien diesbezüglich qua Preisfestlegung geeinigt haben.

b) Einen festen Platz hat die Normzwecklehre sodann in der *Gefährdungshaftung*. In diesem Bereich kann es weder darauf ankommen, mit welcher statistischen Wahrscheinlichkeit die Schädigung gerade in dieser Form eintritt, noch – mangels Verhaltensbezugs – auf die Voraussehbarkeit. Vielmehr sind nur jene Schadensfolgen zuzurechnen, die auf die Verwirklichung der spezifischen Gefahr des Betriebes oder der Sache zurückzuführen sind. Zu prüfen ist in anderen Worten, ob «die konkrete Begehungsweise bzw. die konkrete Risikoverwirklichung im Plan des Gesetzes» gestanden haben[242]. So wurden etwa die verschiedenen Betriebshaftungen wegen der mit der jeweiligen Betriebsart zusammenhängenden Gefahren eingeführt. Die Haftung

---

[240] Zutreffend *BernerKomm/Rehbinder* Art. 337b N 1 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Weitere Beispiele aus der deutschen Praxis bei *Lange* 109 ff.

[241] § 253 BGB.

[242] *Esser/Schmidt* 255; vgl. auch *Lanz* (Fn. 158) 203; *Lange* 121.

sollte folglich nur da bestehen, wo sich diese Gefahren manifestiert haben[243]. Letztlich handelt es sich auch hier um eine Konkretisierung des allgemein anerkannten Gebotes teleologischer Gesetzesauslegung[244].

c) Einer differenzierten Betrachtung bedarf die Frage, ob der Normzwecklehre auch im Bereich der *allgemeinen Haftungsnorm* in Art. 41 Abs. 1 OR eine eigenständige Funktion zukommen kann. Diese Frage lässt sich nur im Zusammenhang mit dem massgeblichen Widerrechtlichkeitsbegriff beantworten, wobei es im Rahmen dieser Arbeit genügen muss, die Problematik kurz zu skizzieren[245]. In der Lehre wird bekanntlich zwischen der objektiven und der subjektiven Widerrechtlichkeit oder, anders ausgedrückt, zwischen Verhaltens- und Erfolgsunrecht unterschieden. Da die subjektive Widerrechtlichkeitslehre auf die Verletzung eines absoluten Rechtes abstellt, kommt der Schutzzwecktheorie bei den meisten Schädigungen keine eigenständige Bedeutung zu[246]. Der Anwendungsbereich beschränkt sich auf die reinen Vermögensschäden, bei denen die Widerrechtlichkeit erst vorliegt, wenn eine Verhaltensnorm verletzt wird. Hier steht die Berücksichtigung des Schutzzweckes ausser Streit[247].

Richtigerweise sollte aber nur ein menschliches Verhalten und nicht ein Erfolg rechtswidrig sein. Ein Erfolg lässt sich nicht verbieten. Nicht die Körperverletzung, Sachbeschädigung usw. ist also rechtswidrig, sondern das davor liegende, den Sollensanforderungen nicht genügende Verhalten, sei es eine Handlung oder eine Unterlassung[248]. Zudem ist es sinnlos, die Rechtswidrigkeit als Tatbestandvoraussetzung zu bezeichnen, ohne ihr eine auswählende Funktion unter allen denkbaren Handlungen beizumessen. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung bekennt sich zwar zur objektiven Widerrechtlichkeit, doch handelt es sich – wie BOSSHARD[249] mit Recht bemerkt – um ein Lippenbekenntnis. Nach überwiegender Auffassung begründet nämlich bereits ein Verstoss gegen die sogenannten Verhaltensgrundnormen die Widerrechtlichkeit. Als Verhaltensgrundnormen gelten die Verbote, jemanden zu töten, die körperliche Integrität und Persönlichkeit zu verletzen, Besitz oder Eigentum zu beeinträchtigen und gegen Treu und

[243] So *Oftinger* 24; *Oftinger/Stark* § 3 N 69 f.; ebenso *Lanz* (Fn. 158) 204.

[244] *Lange* 121.

[245] Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Widerrechtlichkeitsproblematik findet sich bei *E. Bosshard*, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Zürich 1988; grundlegend *Münzberg* (Fn. 25) 49 ff.

[246] Vgl. *Bosshard* a.a.O. 29; *Guhl/Merz/Koller* 174 f.

[247] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 36 m.w.N.; anders wohl *Keller/Gabi* 45.

[248] Ausführlich zur Problematik *Bosshard* (Fn. 245) 45 ff; vgl. für die deutsche Lehre *Deutsch* N 246.

[249] (Fn. 245) 51 f.

Glauben zu handeln[250]. Diese Auffassung läuft letztlich wieder auf die subjektive Widerrechtlichkeitslehre hinaus.

Geht man hingegen – entsprechend der modernen und zutreffenden Auffassung[251] – konsequent von der objektiven Widerrechtlichkeit aus, dann kann nur ein Verstoss gegen eine einzelne gesetzliche Verhaltensnorm widerrechtlich sein. Zahlreiche Verhaltensnormen sind bereits in Schutzgesetzen des Privat- und öffentlichen Rechts fixiert. Nun ist es aber schlicht nicht möglich, sämtliche Verhaltensnormen positivrechtlich festzulegen. Nicht der Gesetzgeber, sondern Lehre und Praxis haben daher die Aufgabe, im Bereich des Haftpflichtrechts die einzelnen Verkehrsschutzpflichten herauszuarbeiten[252]. Nach dieser Auffassung muss bei jeder Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR ein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm vorliegen. Dadurch würde die Schutzbereichslehre in allen Haftpflichtfällen Anwendung finden.

4. Würdigung

Gegen die Normzwecklehre wird eingewandt, die Norm lasse den *Zweck* oft nicht oder nur *vage* erkennen[253]. Eine eindeutige Differenzierung zwischen Schadensfolgen, die vom Normzweck umfasst werden, und solchen, die ausserhalb desselben liegen, sei daher nicht möglich. Aus diesem Grunde ist nach KEUK die Normzwecklehre nur geeignet, «Verwirrung zu stiften», denn man könne «sich ohnehin für eine jede Entscheidung auf den Normzweck berufen»[254]. Es wurde auch schon die Befürchtung geäussert, dass man mit der Normzwecklehre die Generalklausel der Adäquanz durch eine «noch unberechenbarere Generalklausel» ersetze, «die dann wirklich zum asylum ignorantiae der Rechtsprechung werden könnte»[255]. Selbst Befürworter der

---

[250] *Bosshard* (Fn. 245) 48 f. m.w.N.

[251] So die seit jeher geltende Auffassung in Österreich, vgl. *Koziol* I 90 f. m.w.N.; umstritten dagegen in Deutschland, vgl. *Palandt/Thomas* § 823 N 33 m.w.N.

[252] *K.J. Hopt*, Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 1983, 608, 633, bezeichnet die Herausbildung sachgerechter Verkehrssicherungspflichten als «Hauptaufgabe des Deliktsrechts».

[253] Vgl. *Rother* 20 ff.; *Lüer* (Fn. 186) 133 f.; *Schickedanz* (Fn. 228) 916–920; *Keuk* 224 ff. Ablehnend früher auch *Larenz*, FS Honig (Fn. 124), 84 f.; in neuerer Zeit anerkennt er, dass die Normzwecklehre das Problem der Haftungsbegrenzung «wohl in manchen, aber keineswegs in allen Fällen befriedigend zu lösen vermag» (Schuldrecht I 445). Heute wird die Lehre in Deutschland nur noch vereinzelt abgelehnt, vgl. z.B. in bezug auf die Vertragshaftung *Schack* (Fn. 239) 306 ff.

[254] *Keuk* 235.

[255] *Schickedanz* (Fn. 228) 920.

Lehre räumen ein, dass es sich bloss um ein «Arbeitsprogramm»[256] handelt und die Grenzen der Zurechnung «in kasuistischer Fortbildung der bisherigen Praxis vorsichtig abgetastet werden»[257] müssen.

Insoweit als sich die Kritik dagegen wendet, dass die Normzwecklehre nicht zu eindeutigen Ergebnissen führt, beruht sie auf der längst überholten Vorstellung, wonach jede rechtliche Entscheidung durch mechanische Deduktion gefunden werden sollte. Treffender scheint der Einwand, der Zweck einer Norm lasse sich oft nur vage bestimmen. Dies führe zu Zirkelschlüssen, da als Zweck jeweils das gelte, was man zuvor selbst in die Norm hineingelegt hat. Auch die Befürworter sehen die Gefahr, dass die Normzwecklehre als Scheinbegründung für eine anderweitig gewonnene Entscheidung dienen kann[258]. Im Gegensatz zur Adäquanztheorie entsteht aber bei der Normzwecklehre die Gefahr der Scheinbegründung erst aus ihrem Missbrauch[259]. Die Ermittlung des Normzweckes fordert nämlich den Richter zur Begründung bezüglich des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs sowie der hintanzuhaltenden Gefahr heraus. Die Begründung muss plausibel und rational sein, wobei die Rationalität als Konsensfähigkeit zu verstehen ist. Die Gefahr der «Entwertung» der Lehre zur blossen Leerformel kann zwar durch den Begründungszwang eingeschränkt werden. Zuzugeben ist freilich, dass die Auffassungen bezüglich des Schutzbereichs nicht selten auseinandergehen werden. Gerade in den problematischen Fällen lässt sich eben oftmals kein Konsens erzielen[260].

---

[256] *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 45: Die Lehre «kann und will keine Zauberformel aufstellen, sondern ein Arbeitsprogramm»; ebenso *Lang* (Fn. 194) 307; ferner *F. Hauss*, Referat, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. II, Tübingen 1962, C 23, 30 («keine Zauberformel, sondern nur eine Arbeitshypothese für die juristische Wertung»).

[257] *v. Caemmerer*, Problem des Kausalzusammenhangs (Fn. 182), 18.

[258] *Sourlas* 48 f.; *Deutsch* N 301: Fehle es an jedem Anhalt für den Schutzbereich, verberge sich «hinter der Berufung auf den Normzweck eine petito principii. Das gewünschte Ergebnis regiert, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung»; siehe auch die Bedenken gegen die Anwendung der Normzwecklehre durch die Rechtsprechung bei *Honsell*, NJW 1973 (Fn. 18), 353.

[259] *Sourlas* 49; *Lang* (Fn. 194) 87 und 306 f.

[260] Vgl. die bei *Rey* N 702 geschilderten Fälle aus der Gerichtspraxis und die zitierten kontroversen Stellungnahmen der Literatur.

IV. Zurechnung nach Risikobereichen

1. Begriff und Inhalt

a) Das menschliche Zusammenleben in unserer hochtechnisierten Welt ist mit einer ganzen Reihe von Alltagsrisiken verbunden. Jedermann ist solchen Risiken, die sowohl aus menschlichem Fehlverhalten als auch aus den notwendigen, aber nicht völlig kontrollierbaren Kräften der Technik resultieren können, mehr oder weniger ausgesetzt[261]. Umgekehrt zieht der einzelne von den entsprechenden Handlungen oder Techniken auch einen Nutzen. Es erscheint demzufolge plausibel, den Geschädigten die allgemeinen Risiken selber tragen zu lassen.

Dieser Gedanke wird unter dem Stichwort «allgemeines Lebensrisiko»[262] erörtert. Danach haftet der Schädiger nur insoweit, als er das Lebensrisiko gesteigert hat. Als typische Bereiche allgemeiner Risiken werden meist die Gefahrenkreise Verkehr, Arbeitsplatz, Sport und Haushalt erwähnt[263]. Verwirklicht sich eine dieser Gefahren als adäquate Folge eines an sich zum Ersatz verpflichtenden Umstandes, so wird die Schädigung gleichwohl nicht als Unfallfolge empfunden[264]. Der Gedanke des «allgemeinen Lebensrisikos» hat sich in der deutschen Rechtsprechung und Lehre weitgehend durchgesetzt. In der Schweiz nahm man hingegen nur vereinzelt Kenntnis von dieser Theorie[265].

b) Die Theorie des allgemeinen Lebensrisikos wird in der Literatur meist anhand einiger *Beispiele* illustriert[266]. Bekannt ist der Fall, in dem der

---

[261] *Friese* (Fn. 168) 164 f.

[262] Die Einführung des Begriffes «allgemeines Lebensrisiko» in die haftungsrechtliche Diskussion wird auf *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 51 ff. zurückgeführt. Umfassend hierzu *M. Mädrich*, Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980; siehe ferner *Stoll*, Kausalzusammenhang, 26 f.; *Lang* (Fn. 194) 101 f., 152 ff.; *Wolf* (Fn. 186) 46 ff.; *Friese* (Fn. 168) 164 ff.; *Lüer* (Fn. 186) 134 ff.; *E. v.Caemmerer*, Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung bei der Anmietung von Ersatzwagen, VersR 1971, 973, 976 ff.

[263] Vgl. etwa *Friese* (Fn. 168) 169; *Mädrich* a.a.O. 26.

[264] *Lange* 148.

[265] *Lanz* (Fn. 158) 183 ff.; *Gauch/Schluep* N 2721.

[266] Vgl. z.B. *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 51 ff., welcher die Lehre an fünf Beispielen aus der Rechtsprechung erläutert: die Gefahr, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, liegt im Rahmen eines allgemeinen Risikos, das jedermann trifft, BGHZ 27 (1958), 137, 141 = NJW 1958, 1041, 1042; ferner BGH NJW 1958, 1044; gleiches gilt für die Gefahr, Zeuge eines Verkehrsunfalles zu werden und dabei einen Schockschaden zu erleiden, OLG Hamburg Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 60 (1905), 100; die Gefahr des deliktisch Verletzten, sich im Krankenhaus eine Grippeinfektion zuzuziehen, RGZ 105 (1922), 264, 266; die Gefahr des Beinamputierten, sich während eines Artilleriebeschusses im Krieg nicht rechtzeitig in Sicherheit begeben zu können, BGH NJW 1952, 1010; die Gefahr eines Grund-

durch eine deliktische Handlung Verletzte auf der Fahrt in das Krankenhaus einen weiteren Unfall erleidet. Bei der Frage, ob der Schädiger auch für diesen Folgeschaden aufzukommen hat, differenziert die Literatur überwiegend danach, ob der Verletzte mit normaler Geschwindigkeit, d.h. ohne besondere Eile oder in einem mit Blaulicht und überhöhter Geschwindigkeit fahrenden Krankenwagen transportiert wird[267]. Bei ersterem handele es sich um ein Risiko, das in demselben Masse bei jeder Benutzung eines Fahrzeugs besteht; verwirklicht habe sich daher nur das allgemeine Risiko der Teilnahme am Strassenverkehr. Bei letzterem stelle die Art des Transportes ein erhöhtes Risiko dar; dafür habe der Erstschädiger einzustehen. In der Rechtslehre findet sich regelmässig auch das Beispiel des durch einen Unfall am Kopf verletzten Schrankenwärters, bei dem man anlässlich der Behandlung eine Hirnarteriosklerose entdeckt, was letztlich zu seiner Entlassung führt. Die Möglichkeit der Entdeckung einer Krankheit gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko[268]. Gleiches gilt, wenn der Verletzte prophylaktisch gegen künftige Verletzungen eine Tetanusspritze erhält, die zu einer schweren Allergie führt[269]. Eine besonders intensive Diskussion löste das Urteil des deutschen BGH aus, bei dem die Fahrbahn aufgrund eines Verkehrsunfalles blockiert wurde und undisziplinierte Fahrer die Unfallstelle umfuhren und dabei den Rasen beschädigten. Das Gericht betrachtete dies als allgemeines Risiko, das jeden Strassenanlieger trifft und das ihm auch nicht abgenommen werden kann[270]. Keine Haftung bestehe ferner bei Gefahrenherden im Strassenverkehr, die im Rahmen des Möglichen ausreichend gekennzeichnet sind[271].

---

eigentümers, dass bei einem Verkehrsstau infolge eines Unfalles undisziplinierte Fahrer das Hindernis umfahren und dadurch den Grünstreifen verwüsten, LG Düsseldorf NJW 1955, 1031. Die Adäquanz ist in allen Fällen nicht zu bestreiten. Die Ablehnung der Einstandspflicht lässt sich daher nur mit einer anderen Begründung halten.

[267] Vgl. z.B. *Larenz* 447.

[268] BGH JZ 1969, 702, 704.

[269] BGH NJW 1963, 1671, 1672: «Denn es entspricht zwar dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes, dem Verletzten Ausgleich auch hinsichtlich eines ungewöhnlichen und unglücklichen Verlaufs zu gewähren, weil er ihm ohne das haftungsbegründende Ereignis nicht ausgesetzt worden wäre. Dagegen lässt es sich aus diesem Gesichtspunkt nicht rechtfertigen, dem Schädiger Gefahren aufzubürden, die nicht schon der konkrete Ablauf von selbst mit sich gebracht hat, sondern die ohne unfallbedingten Bezug rein äusserlich und zusätzlich daran angeknüpft worden sind.» Siehe zu diesen Entscheidungen auch *Lange*, 146.

[270] BGHZ 58 (1972), 162, 169 (anders dagegen das vorne in Fn. 266 erwähnte «Grünstreifen-Urteil» des LG Düsseldorf); zustimmend *E. Deutsch*, Regressverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhanges im Zivilrecht, JZ 1972, 551–553; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 140; ablehnend *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 58; unentschieden *Staudinger/Medicus* § 249 N 68.

[271] Vgl. BGH VersR 1969, 895: Ein verunfallter Lastwagen ragt in die Fahrbahn hinein. Obwohl die Unfallstelle durch zwei Warnfackeln beleuchtet wird, verunglückt ein nachfolgen-

Die Theorie des allgemeinen Lebensrisikos ist auch im vertraglichen Bereich anwendbar. So müsse der Kunde, der den Wagen in Reparatur gibt und ihn entgegen der Vereinbarung erst am späten Nachmittag erhält, die aufgrund der ungünstigen Verkehrslage erhöhten Risiken selbst tragen[272]. Im Kanton Zürich hat ein Arbeitsgericht entschieden, dass geringfügige Kratzer an einem Geschäftswagen im Risikobereich des Arbeitgebers liegen und nicht dem angestellten Fahrer zur Last gelegt werden dürfen[273].

2. *Konkretisierung*

Die Resultate der oben erwähnten Fälle stehen – von Grenzfällen abgesehen – weitgehend ausser Streit. Umstritten ist indessen, ob das Zurechnungskriterium des allgemeinen Lebensrisikos notwendig ist. Die Kritik richtet sich vor allem gegen die *Unbestimmtheit des Begriffes*. Tatsächlich ist unklar, nach welchen Kriterien das Lebensrisiko zu bestimmen ist. So ist zunächst zu fragen, ob das Risiko aus der Sicht des Geschädigten oder aus der Verkehrsauffassung eines noch näher zu bestimmenden Kollektivs beurteilt werden muss. Ersteres wird etwa von KRAMER vertreten. Im Hinblick auf das erwähnte Beispiel des Unfalles auf dem Weg zum Krankenhaus vertritt er die Auffassung, dass nicht eine Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos vorliegt, wenn der Verletzte «ein prinzipieller Antiautomobilist» war[274]. Mehrheitlich wird aber für eine objektive Bestimmung eingetreten, weshalb unerheblich sei, ob der Verletzte den Gefahren des Strassenverkehrs bewusst auswich und aus Ängstlichkeit nie Fahrzeuge benutzt habe. Aber auch wenn man der generellen Betrachtungsweise folgt, ist unklar, welches Kollektiv als Bezugsgruppe heranzuziehen ist: Ist bei einem Verkehrsunfall in der Innenstadt auf die städtischen Autofahrer, sämtliche Autofahrer, sämtliche Verkehrsteilnehmer oder die Gesamtbevölkerung abzustellen? Und ist etwa zwischen Erwachsenen und Kindern, Gesunden und Behinderten usw. zu differenzieren?[275]

---

des Fahrzeug. Der BGH lehnt die Adäquanz ab. Kritisch dazu *E. Schmidt*, Kompensation der Pflichtwidrigkeit durch nachfolgendes pflichtgemässes Verhalten?, VersR 1970, 395, 398: «Jedermann könnte – sogar vorsätzlich – die grössten Gefahren heraufbeschwören; er würde nicht dafür belangt, wenn er später alles in seinen Möglichkeiten Stehende getan hat, um den Gefahrenherd im nachhinein wieder einzudämmen»; siehe auch *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 52a.

[272] *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 47; zustimmend *Raiser* 67.

[273] ZR 1988, 175.

[274] *E.A. Kramer*, Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, 338, 344.

[275] Vgl. *Larenz* 448.

Ein weiterer Vorbehalt gegen die Theorie des allgemeinen Lebensrisikos betrifft die Unbestimmtheit der *vorausgesetzten Gefahrerhöhung*. Ebenso wie bei der Adäquanz stellt sich nämlich die Frage, welcher Grad der Risikoerhöhung für die Zurechnung genügen soll. V.CAEMMERER erwähnt als Beispiel die Anmietung eines Ersatzwagens durch denjenigen, der unverschuldet in einen Verkehrsunfall verwickelt wird. Erleidet dieser in der Folge mit dem Mietwagen wiederum einen Unfall, so seien die Folgen dem für den ersten Unfall Verantwortlichen nicht zuzurechnen. Obwohl das Fahren mit dem Ersatzwagen möglicherweise ein grösseres Risiko darstellt als das Fahren mit dem eigenen Wagen, den man kennt, verwirklicht sich im zweiten Unfall bloss das allgemeine Lebensrisiko des Betroffenen. Gleiches solle gelten, wenn die durch einen Dritten zu vertretende Verspätung dazu führt, dass jemand statt der Eisenbahn ein Taxi benützen muss und bei einem Verkehrsunfall verletzt wird. Es mag zwar zutreffen, dass die Fahrt mit der Eisenbahn ungleich sicherer ist als die Taxifahrt. Die Benutzung der üblichen Fortbewegungsmittel sei jedoch stets dem Bereich des allgemeinen Lebensrisikos zuzurechnen, auch wenn die eine Transportart andersartige Gefahren mit sich bringt oder sogar gefährlicher ist als die andere[276].

3. *Einordnung*

Kontrovers ist sodann die dogmatische Einordnung. Während die einen den Gedanken des allgemeinen Lebensrisikos bei der Adäquanztheorie oder bei der Schutzzwecklehre einordnen, sehen andere darin ein eigenständiges Zurechnungsmoment. Für die Einordnung in die Adäquanz tritt etwa LARENZ ein. Da die Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko ebenso wie die Adäquanz von der Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadensereignisses ausgehe und bei beiden Theorien der notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit bzw. der Gefahrerhöhung unklar sei, könne auch auf dieses Zurechnungskriterium verzichtet werden. Ihre Ergebnisse seien auch mit der «richtig verstandenen Adäquanztheorie» zu erreichen[277]. Die wohl überwiegende Lehre in Deutschland tritt demgegenüber für eine Eingliederung in die Schutzzwecktheorie ein[278]. Diese Auffassung ist dann berechtigt, wenn man den Schutz-

[276] So *E. v.Caemmerer*, Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung bei der Anmietung von Ersatzwagen, VersR 1971, 973, 976.

[277] *Larenz* 448 f.; ebenso *Gauch/Schluep* N 2721; ferner *Schickedanz* (Fn. 228) 920; siehe auch *Kramer*, JZ 1976 (Fn. 274), 342; wohl auch *Weber* (Fn. 80) 75.

[278] *Lange*, Gutachten (Fn. 138), 51 ff.; *Wolf* (Fn. 186) 47; *Huber*, JZ 1969 (Fn. 158), 681; *F. Ossenbühl*, Die Struktur des Aufopferungsanspruchs, JuS 1970, 276, 281; *E. v.Caemmerer*, Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadenser-

zweck nach Massgabe der Funktion des Schadenersatzrechts insgesamt bestimmt[279]. Das allgemeine Lebensrisiko wäre dann nicht selbständiges Haftungsbegrenzungselement, sondern Bestandteil der Schutzzweckprüfung. Stellt man hingegen bloss auf die spezielle Zielrichtung des jeweiligen Ge- bzw. Verbotes ab, dann kann das allgemeine Lebensrisiko als eigenständiges Zurechnungselement betrachtet werden.

Sowohl die Einordnung bei der Adäquanz als auch beim Schutzzweck lässt sich bei entsprechender Formulierung der Theorien begründen. Immerhin ist zu beachten, dass die Adäquanzlehre und der Gedanke vom allgemeinen Lebensrisiko von unterschiedlichen Standpunkten aus geprüft werden. Während die Adäquanzlehre die Eignung des schädigenden Umstandes aus der Sicht des Schädigers betrachtet, steht bei der Bestimmung des allgemeinen Lebensrisikos die Stellung des Geschädigten, d.h. die mit der natürlichen Existenz üblicherweise verbundenen Gefahren im Mittelpunkt. Ein entsprechender Einwand lässt sich auch gegen die Unterstellung unter den Schutzzweck vorbringen. Da die Adäquanz- bzw. Normzwecktheorie auf der einen Seite und die Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko auf der anderen Seite von unterschiedlichen gedanklichen Prämissen ausgehen, sollte letzteres – dem Vorschlag STOLLs folgend – unter keines der genannten Haftungsbegrenzungselemente eingeordnet werden[280].

Um den ohnehin überlasteten Zurechnungstheorien nicht noch weitere Prüfungskriterien aufzubürden, rechtfertigt es sich der Sache nach, das allgemeine Lebensrisiko als *eigene* (negative) *Zurechnungskategorie* zu betrachten. Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass der Inhalt von den Gründen der Nichthaftung her zu bestimmen ist; d.h., dass derjenige Schadensbereich, der vom Adäquanzerfordernis nicht mehr gedeckt ist oder nicht mehr unter den Schutzbereich der Norm fällt, als «allgemeines Lebensrisiko» bezeichnet wird. Eine solche reflektorische Inhaltsbestimmung gibt dem Begriff des «allgemeinen Lebensrisikos» keinerlei eigene Aussage[281]. Eigenständige Bedeutung kommt diesem Gedanken nur zu, wenn er einen

---

satzansprüchen aus Verkehrsunfällen, DAR 1970, 283, 287; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 72 ff.; *Lang* (Fn. 194) 152 ff.; grundsätzlich befürwortend auch die deutsche Judikatur, vgl. etwa BGH JZ 1969, 702, 704. In der schweizerischen Literatur spricht sich *Lanz* (Fn. 158) 183 ff. für eine entsprechende Einordnung aus.

[279] *Mädrich* (Fn. 262) 80.

[280] *Stoll*, Kausalzusammenhang, 26 f.; zustimmend *Lange* 150; *ders.*, Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, JZ 1976, 198, 207; ferner *Mädrich* (Fn. 262) 96 ff.; *Staudinger/Medicus* § 249 N 94; *Soergel/Mertens* vor § 249 N 131 Fn. 59.

[281] *E. Deutsch*, Das «allgemeine Lebensrisiko» als negativer Zurechnungsgrund, VersR 1993, 1041, 1044, spricht von einem «Muster ohne Wert».

dem Rechtsgutinhaber zugewiesenen Risikobereich bezeichnet, der auch bei einer Verursachung durch einen Dritten nicht verlagert wird[282]. Es handelt sich, anders ausgedrückt, um Risiken, «die mit den Bedingungen des Menschseins verbunden sind und grundsätzlich anderen nicht im Wege der Haftung zur Last gelegt werden können»[283].

In der Literatur wird auch die Ansicht vertreten, der negative Zurechnungsgrund des allgemeinen Lebensrisikos weise eine gewisse Verwandtschaft zur Theorie des «Handelns auf eigene Gefahr» auf[284]. Bei ersterem handele es sich um ein allgemeines, bei letzterem um ein besonderes Risiko, das der Handelnde auf eigene Gefahr eingeht. Obwohl beide ihre Wertungsmassstäbe aus der Sphäre des Geschädigten schöpfen, sind die Lehren doch unterschiedlich. Geht es bei der einen um die Frage des mit dem Leben des Betroffenen üblicherweise verbundenen Risikos, so ist bei der anderen darauf abzustellen, ob sich der Betroffene trotz Kenntnis der Gefahrenlage freiwillig der Schädigungsgefahr ausgesetzt hat[285]. Die Möglichkeit der freien Entscheidung ist also nur beim Handeln auf eigene Gefahr vorausgesetzt, während es beim allgemeinen Lebensrisiko hierauf nicht ankommt[286].

4. Würdigung

Dem allgemeinen Lebensrisiko kommt als negativer Zurechnungsgrund nur dann eigenständige Bedeutung zu, wenn es mit selbständigem Inhalt gefüllt wird. Bislang ist es jedoch nicht gelungen, die massgebenden Kriterien dieses Rechtsinstituts auszumachen, von denen die Lösungen im Einzelfall abgeleitet werden könnten[287]. Auch ist die Einordnung ungeklärt. Es deutet vieles darauf hin, dass sich das allgemeine Lebensrisiko nicht abstrakt, sondern nur anhand von Fallgruppen konkretisieren lässt.

---

[282] *Deutsch* a.a.O. 1044.
[283] *Deutsch* a.a.O. 1043.
[284] *Wolf* (Fn. 186) 53 f.
[285] *H. Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, Tübingen 1961, 4 f.
[286] *Mädrich* (Fn. 262) 95.
[287] *Deutsch* (Fn. 281) 1046.

§ 3 *Analyse der tradierten Dogmatik*

I. Allgemeines

1. Abschied von Formeln

Der Schaden ist nach der allgemein herrschenden Auffassung in der Schweiz aufgrund der *Differenzhypothese* zu bestimmen und mittels der *adäquaten Kausalität* zu begrenzen. Der Vorzug dieses Konzepts wird vor allem darin gesehen, dass damit eine allgemeingültige Definition des Schadens besteht, welche im Bereich der Differenzrechnung und der natürlichen Kausalität – bis auf wenige Ausnahmen – wertungsneutral ist. Wertungsfragen sind bloss bei der Begrenzung durch die Adäquanz erheblich. Die Erläuterungen zum Vermögensschaden kommen in ihrer Mehrheit der überholten traditionellen deutschen Schadenslehre nahe, die am nachdrücklichsten in den fünfziger Jahren von WERNER im Staudingerschen Kommentar[1] vertreten wurde. Dieses Schadensverständnis ist geprägt durch sein Streben nach einer am «natürlichen» Schaden ausgerichteten Schadensdefinition und einer Schadensabgrenzung durch die Adäquanzlehre.

Wie in den vorgehenden Paragraphen aufgezeigt wurde, vermag das herrschende Verständnis des Schadens weder dogmatischen Anforderungen noch der Rechtswirklichkeit zu genügen. Sowohl die Differenzhypothese als auch die Schadensabgrenzung durch Kausalitätstheorien beruhen auf der verfehlten Ansicht, Probleme des Schadensausgleichs mit *allgemeingültigen, wertungsneutralen Formeln* einer Lösung zuführen zu können[2]. Bemerkens-

[1] 11. Aufl., Berlin 1967, vor § 249–55 N 9 ff., 26 ff.

[2] Zu diesem Irrglauben hat der angesehene Haftpflichtrechtler *L. Green*, Rationale of Proximate Cause, Kansas City 1927, 198, bereits in den zwanziger Jahren ausgeführt: «But shutting our eyes, stopping our ears, resorting to doubtful formulas or other device of chance, does not mean that judgement is escaped nor that it is an intelligent and acceptable judgment. It merely means that we have been saved the painful process of rational judging. But as much as we have rested on formulas, do we really insist that they render this service with precision, or do we merely use them to bear the weight of judgment arrived at by processes which we ourselves do not understand nor attempt to vocalize?» Vgl. aus neuerer Zeit *Hart/Honoré*, die im Vorwort zur zweiten Auflage (LIII) ausführen: «Indeed, it cannot be denied that if all the limits of responsibility are to be reduced to a single formula, the emptier the formula the better.» In bezug auf Regressansprüche hat auch *H. Merz*, Diskussionsbeitrag im Karlsruher Forum 1964, 36 gemahnt, «vorsichtig vorzugehen und nicht sofort ein umfassendes Prinzip durchsetzen zu wollen, sondern eher von den Fallgruppen her zu versuchen, eine Anzahl von Maximen zu erarbeiten, die vernünftige Lösungen gewährleisten».

wert ist, dass sich die rege Schadenersatzdiskussion in Deutschland, die in der dortigen Literatur und Rechtsprechung zu erheblichen Wandlungen in bezug auf den Schadensbegriff und die Schadensbegrenzung führte, in der schweizerischen Doktrin kaum ausgewirkt hat[3]. Die hiesige Lehre hält selbst dann noch unbeirrt an den ehemals aus dem deutschen Recht rezipierten Theorien fest, wenn diese in ihrem «Herkunftsland» in erheblichem Umfange relativiert werden. Aufgrund der offenkundigen Unzulänglichkeiten der Schadensformeln scheint es indes an der Zeit, ihren *heuristischen Wert* für die Erläuterung des Schadensausgleichs und die Lösung der anstehenden Probleme auch hierzulande *kritisch zu hinterfragen.*

2. *Begriffliche Probleme*

a) Die Verantwortung sowohl für die in der schweizerischen Literatur verdeckt gebliebenen Unzulänglichkeiten des tradierten Schadenskonzepts als auch für den im deutschen Recht allseits beklagten desolaten Zustand des Schadenersatzrechts liegt nicht zuletzt beim anzutreffenden *Begriffswirrwarr.* Zahlreiche Missverständnisse lassen sich auf Mehrfachbedeutungen von Begriffen oder auf unterschiedlich gehandhabte Begriffspaarbildungen zurückführen[4]. Sowohl beim Vermögensschaden als auch beim Zurechnungszusammenhang ist meist schon der Untersuchungsgegenstand unklar, weshalb jeweils unsicher ist, ob gleichlautende Aussagen mit gleichlautenden Inhalten zu verbinden sind[5].

b) Bezüglich des *Schadensbegriffes* ist etwa zweifelhaft, worauf sich die vorgeschlagenen Definitionen beziehen. Die eine Verständnismöglichkeit richtet ihr Augenmerk auf die mit der Verletzung der Rechtsgüter einer Person verbundenen Einbussen oder Nachteile, auf den «*Verletzungsschaden*». Danach versteht man unter Schaden «eine Einbusse, die jemand infolge eines bestimmten Vorganges oder Ereignisses an seinen Lebensgütern, sei es an

---

[3] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 70 ff.; *Keller/Gabi* 8 ff.; *Keller* I 52 f.; auf die Relativierungstendenzen und die starke normative Prägung der Differenzhypothese weisen hingegen *Gauch/Schluep* N 2630, 2632 ff. hin; die Differenzlehre gänzlich ablehnend *H. Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, 5 («operational und juristisch nicht brauchbar»); *Schaer* N 127 («juristische Leerformel», «Phantombegriff»); *R. Schaffhauser/J. Zellweger*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern 1988, N 1102: «Schadenberechnung ist ebensowenig eine rein rechnerische Operation, wie die Ausdeutung des Schadenbegriffs eine durch reine Begriffslogik zu erschliessende Thematik darstellt.»

[4] *Brinker* 180 f.; zum englischen Recht *Ogus* 2: «The failure of the law more clearly to delimit the various aspects of the compensation process has led to ambiguities in terminology.»

[5] *Brinker* 13.

seiner Gesundheit, seiner körperlichen Integrität, seinem beruflichen Fortkommen, seinen Erwerbsaussichten oder an bestimmten Vermögensgütern, erleidet»[6]. Die Schadensdefinition kann sich jedoch auch auf den *Umfang des grundsätzlich zu ersetzenden Schadens* beziehen. Der Schaden umfasst bei diesem Verständnis nicht sämtliche Nachteile, sondern nur den «*rechtlich ersatzfähigen Schaden*», also dasjenige, «was am Ende aller Haftungsbegründungs-, Zurechnungs- und Haftungsbegrenzungsfragen auf der Rechtsfolgeseite als ausgleichsberechtigte Position übrigbleibt und zugesprochen wird»[7].

Des weiteren divergiert im deutschen Schrifttum der Gebrauch des Begriffspaares «*natürlicher und normativer Schaden*» erheblich. Während die einen den natürlichen Schaden als den aufgrund der Differenzhypothese ermittelten Schaden verstehen und alle anderen Schadenskonzeptionen unter dem Begriff des normativen Schadens zusammenfassen[8], sehen andere jeden Schadensbegriff als normativ an, da dieser notwendigerweise von der Rechtsordnung geprägt ist[9]. Mit dem Begriff normativer Schaden bezeichnet man gelegentlich auch bloss jene Fallgruppen, in denen eine Vermögensdifferenz zwar nicht auszumachen, von der Rechtsprechung gleichwohl eine Entschädigung zugesprochen wird[10]. Einige Autoren sehen ihn auch als Auf-

---

[6] *Larenz* 426; *Deutsch* N 781: «Schaden ist der dauernde Nachteil». *Koziol/Welser* 444 verwenden den Ausdruck «realer Schaden», führen dann aber in irreführender Weise aus: «Der reale Schaden ist also eine Art Vermögensschaden.»

[7] *Brinker* 182; siehe aber die klare Unterscheidung zwischen «Verletzung und Schaden» bei *E. Deutsch*, Der Ersatz des reinen Vermögensschadens, FS Henckel, Berlin 1995, 79, 80; vgl. auch *Dobbs* 209: «Courts and lawyers often use the term damages to mean either the harm or loss suffered by the plaintiff or the legal remedy for that loss. Sometimes this usage leads to confusion. The amount of harm may be either more or less than the amount of damages ... Because harm differs from damages in nature as well as in amount, the term damages is best reserved for the claim or the remedy rather than for the underlying loss or injury.» Siehe ferner American Jurisprudence 2d 22, § 2, wo zwischen «injury», «damage» und «damages» unterschieden wird. «Injury is the illegal invasion of a legal right; damage is the loss, hurt, or harm which results from the injury; and damages are the recompense or compensation awarded for the damage suffered.» Ferner *Patti* 17: «Il concetto giuridico di danno patrimoniale presuppone quindi un concetto di danno in senso naturalistico, ma tra i due concetti non c'è identità poiché il secondo rappresenta soltanto uno degli elementi necessari per la costruzione del primo.»

[8] So vor allem *Mertens* 12 ff. und passim.

[9] *Larenz* 427; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 8; *Lange* 39: «Einen im ursprünglichen Sinn des Wortes natürlichen Schadensbegriff gibt es nicht»; siehe auch *Staudinger/Medicus* vor § 249 N 34: «faktisch-normativer Schadensbegriff»; ebenso *Soergel/Mertens* vor § 249 N 45; anders hingegen noch *Mertens* 92 f.; ferner *Deutsch* N 786: «Die Wertungsjurisprudenz hat Einzug in das Schadensrecht gehalten, lässt indes der Faktizität den Vortritt. Was den Schadensumfang angeht, haben wir heute einen faktisch-normativen Schadensbegriff.»

[10] *Esser/Schmidt* 174; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 8; *H. Hagen*, Zur Normativität des Schadensbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, FS Hauss, Karlsruhe

fang- oder Sammelbegriff für die Lösung bestimmter Einzelprobleme. Danach müsse «man sich von der Vorstellung freimachen, die 'Normativisten' verfolgten über einen einheitlichen theoretischen Ansatz ein gemeinsames Anliegen. Vielmehr geht es um heterogene Aspekte der Schadensermittlung, die sich allenfalls dahin zusammenfassen lassen, dass jeweils eine Auflockerung der strengen Differenzmethode angestrebt wird.»[11] Während diese Auffassung soweit wie möglich auf dem Boden der Differenzhypothese bleiben will, postulieren andere «Normativisten» die völlige Aufgabe der Differenzlehre[12]. Umgekehrt kann auch der natürliche Schaden verschieden verstanden werden: entweder gleichbedeutend mit der Differenzhypothese oder als der von der Verkehrsanschauung anerkannte Nachteil, d.h. als der einem vorrechtlichen Verständnis zugängliche faktische Schaden[13]. Aufgrund der Inhaltslosigkeit des Begriffspaares «natürlicher und normativer Schaden» sollte dieser bei der dogmatischen Arbeit gemieden werden[14].

Gleiches gilt bezüglich des Begriffspaares «*subjektiver und objektiver Schaden*». Die Bezeichnung subjektiver Schaden richtet sich meist auf den subjektiven Wert, d.h. denjenigen Wert, den der Gegenstand gerade für den Geschädigten hat, während der objektive Wert dem gemeinen Wert entspricht. Die Begriffe «objektiver» und «subjektiver» Schaden werden aber in der Literatur auch mit der abstrakten bzw. der konkreten Schadensberechnung gleichgesetzt[15]. Der objektive Schaden findet sodann in Neuners dogmatischen Konzeption des gemeinen Wertes als Mindestschaden Verwendung[16], während der subjektive Schaden gelegentlich auch als Interesse bezeichnet wird[17].

Die Gleichsetzung des subjektiven Schadens mit dem Interesse ist wenig glücklich, da der Begriff des Interesses seinerseits in verschiedener Hinsicht

---

1978, 83, 100; *F. Baur*, Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, FS Raiser, Tübingen 1974, 119, 127 ff.

[11] *Esser/Schmidt* 174; ähnlich *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 7.

[12] Vgl. vorne § 1 II 4. Zu den verschiedenen Arten, wie der normative Schaden in der italienischen Lehre verstanden wird, vgl. *Patti* 25 ff.

[13] *Larenz* 426; *Lange* 28 f.; vgl. auch *W. Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992, N 438: Die Normrelevanz werde bei der Rechtswidrigkeit untersucht. Dies entlaste «die Wertbezogenheit der Handlung, des Schadens und der Kausalität weitgehend, so dass diese Begriffe praxis- und lebensnah 'naturalisiert' werden können».

[14] *Brinker* 203. Siehe etwa die verwirrliche Erläuterung bei *Fikentscher* a.a.O. N 439: «In Wahrheit kann objektiver Schaden ebenso 'normativ' (...) wie 'natürlich' (...) aufgefasst werden wie subjektiver.»

[15] Vgl. *Oftinger* 59 Fn. 31; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 13 f.; *Fikentscher* a.a.O. N 439.

[16] Vgl. vorne § 1 II 1.

[17] Vgl. *Oftinger/Stark* § 2 N 20 f.

verwendet wird, namentlich als Bezeichnung für den nach der Differenzlehre berechneten Gesamtvermögensschaden[18]. Gelegentlich definiert man auch den Verletzungsschaden als Beeinträchtigung eines Interesses[19]; damit bezeichnet das Interesse die geschützte Gütersphäre des Geschädigten[20].

c) Bei der *Zurechnung* stellt sich die Lage kaum besser dar. Teilweise werden unter denselben Begriffen unterschiedliche Kausalprobleme oder umgekehrt unter verschiedenen Begriffen dasselbe Kausalproblem verstanden. Auf die diesbezüglichen Verwirrungen betreffend kumulative, alternative, konkurrierende, hypothetische usw. Kausalität wurde bereits hingewiesen. Aber auch die *Adäquanzlehre* wird unterschiedlich interpretiert. Während Kritiker diese im Sinne ihrer ursprünglichen Definition verstehen, wollen andere die Adäquität mit diffusen Billigkeitserwägungen anreichern, um so sämtliche Einzelfallprobleme einer Lösung zuzuführen[21]. Die *Normzwecktheorie* ihrerseits kann als Voraussicht des Gesetzgebers[22] oder als teleologische Auslegung der Haftungsnorm[23] verstanden werden. Auch das *allgemeine Lebensrisiko* lässt sich als Kehrseite der Adäquanz- oder der Normzwecklehre betrachten, das alle von den genannten Zurechnungstheorien nicht erfassten Bereiche umfasst und damit nicht mehr aussagt als der altbekannte Grundsatz «casum sentit dominus», oder aber als eigenständige, in den Bereich der Adäquanz- oder Normzwecklehre eingreifende negative Zurechnungstheorie[24].

Neben diesen definitorischen Unzulänglichkeiten ist vor allem auch unklar, worauf sich die jeweilige Zurechnungslehre bezieht, auf die Haftungsbegründung oder die Begrenzung des Schadenersatzumfanges. Eine sinnvolle Diskussion über die Ausgestaltung und Funktion des Zurechnungszu-

---

[18] So bereits *H. Möller*, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, 30 f.; *Larenz* 482 Fn. 9; *Fikentscher* (Fn. 13) N 440 («Differenzhypothese gleichbedeutend mit 'subjektivem Schadensersatz'»). Darauf, dass die Gleichsetzung des Schadens mit dem Interesse durch Mommsen einem historischen Irrtum unterliegt, wurde bereits vorne hingewiesen.

[19] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 6.

[20] Vgl. *Brinker* 184.

[21] So die ganz herrschende Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz.

[22] Vgl. etwa *H. Lange*, Gutachten, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen 1960, 50, wonach stets zu prüfen sei, ob «sich die verletzte Pflicht bei vernünftiger Betrachtung als auch mit Rücksicht auf die eingetretene Folge aufgestellt denken» lasse. Dagegen wendet *H. Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968, 27, zu Recht ein, dass man die Phantasie des Gesetzgebers nicht überschätzen dürfe.

[23] So die heute vorherrschende Ansicht, vgl. z.B. *Staudinger/Medicus* § 249 N 33; *Bydlinski* 63.

[24] Umfassend *E. Deutsch*, Das «allgemeine Lebensrisiko» als negativer Zurechnungsgrund, VersR 1993, 1041–1046.

sammenhanges bei der Schadensbegrenzung setzt voraus, dass die in Frage stehenden Beziehungen zunächst gegliedert und analysiert werden.

II. Dogmatik des Vermögensschadens

1. Differenzhypothese als Grundkonzeption

Wie vorne dargestellt wurde, besteht eine Vielfalt von Schadensbegriffen; MERTENS unterscheidet in seiner Schrift neben Mommsens Differenzhypothese dreizehn verschiedene Auffassungen zum Schadensbegriff[25]. Ein einheitliches Verständnis des Schadens ist daher nicht zu verzeichnen. Dieser Befund ist nicht etwa dahingehend zu verstehen, dass eine Vielzahl von eigenständigen Schadenskonzeptionen bestehen. Der überwiegende Teil der vorgeschlagenen Schadensbegriffe bezieht sich auf bestimmte strukturelle Unzulänglichkeiten der Differenzhypothese, die man durch entsprechende Modifikationen, nach «wertenden Gesichtspunkten»[26], nach «Sinn und Zweck des Schadenersatzes»[27], nach dem Grundsatz von «Treu und Glauben»[28], zu beheben sucht. Die bisherigen Bemühungen um die Korrektur des Schadensbegriffes vermochten nicht zu überzeugen, im Gegenteil: Abweichungen von der Differenzhypothese wurden derart zahlreich, dass fraglich ist, ob noch von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis gesprochen werden kann[29], ob übergreifende Regeln abgedankt haben und die auf den Einzelfall bezogenen Billigkeitsentscheidungen das Schadensrecht beherrschen[30]. Obwohl das Schadensrecht seit Jahren als «verworren»[31], «fast schon chaotisch»[32] charakterisiert wird, gelang es bisher trotz Aufbietens beachtlichen Aufwandes an juristischem Scharfsinn nicht, das, was unter Schaden zu verstehen ist, in allgemein gültiger Form zu umschreiben. Interessanterweise kam bereits HECK im Jahre 1929 für die damaligen Verhältnisse zu demselben Schluss: «Ein Schadensbegriff, der für alle Einzelprobleme bestimmte

---

[25] *Mertens* 23 ff.

[26] Vgl. *Staudinger/Medicus* § 249 N 5.

[27] *E. v.Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, Karlsruhe 1962, 6.

[28] *Mertens* 179, wonach «der in § 249 zugrunde gelegte Schadensbegriff in gewisser Hinsicht durch § 242 zu konkretisieren ist».

[29] Dies bezweifelt etwa *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 7; ferner *Patti* 23.

[30] Vgl. auch *Magnus* 1.

[31] *Keuk* 14.

[32] *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 25.

und zugleich angemessene Ergebnisse erbringt, ist nicht gefunden worden, so sehr nach ihm gesucht wurde.»[33]

In jüngerer Zeit hat sich eine gewisse *Resignation* breitgemacht. So kommt etwa ein so profunder Kenner des Schadensrechts wie MEDICUS[34] zu dem Schluss, die Hoffnung auf ein Patentrezept, «das die Schwierigkeiten auch nur für einen Teil des Schadensrechts völlig beseitigt, wäre schon angesichts der Geschichte dieses Rechtsgebiets vermessen. So kann die Theorie dem Praktiker hier nur eine sehr beschränkte Hilfe bieten. In dieser Erkenntnis bin ich um so sicherer geworden, je länger ich mich mit dem Schadensersatzrecht beschäftigt habe.» Auch die in den letzten Jahren erschienenen Monographien wenden sich den «Argumenten und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts» durch die Gerichte zu (SCHIEMANN), untersuchen bestimmte Fallgruppen, um daraus induktiv «zu systematischen und begriffsbildenden Überlegungen zu gelangen» (MAGNUS[35]), oder beschäftigen sich mit den «Fragen der Schadensberechnung» (HUBER). Diese Entwicklung weckt den Verdacht, dass die Wurzel allen Übels in der Suche nach einem einheitlichen Schadensbegriff liegt, ein Verdacht, der auch durch die Rechtsvergleichung gestützt wird. Im ausländischen Schrifttum sucht man meist vergebens nach einer theoretischen Auseinandersetzung mit dem Schadensbegriff. Diesen versteht man vielmehr als Oberbegriff für sämtliche Arten von Einbussen, die nach dem geltenden Rechtssystem ersatzfähig sind. Das Streben nach einem einheitlichen Schadensbegriff beruht vor allem auf der Faszination über die Differenzformel, in deren Banne die schweizerische Literatur bis auf den heutigen Tage steht. Im folgenden sind deshalb die Grundlagen der Differenzhypothese kritisch zu analysieren.

---

[33] *Ph. Heck*, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, 40. Dies ist für ihn schon deshalb nicht erstaunlich, weil bei Alltagsbegriffen «nur ein Begriffskern» völlig klar zu sein pflege. «Aber diesen Begriffskern umgibt ein Begriffshof, eine Gruppe von Tatbeständen, bei denen die Einordnung schwankend ist. Dies gilt auch für den Schadensbegriff.»

[34] Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, Karlsruhe 1977, 43; ähnlich *Hagen*, FS Hauss (Fn. 10), 100 f.

[35] S. 5.

2. *Verletzungsschaden und Vermögensschaden*

Bei der Differenzhypothese ist ein doppelter Begriffsgebrauch auszumachen[36]. Zum einen wird sie im Sinne der Mommsenschen Gesamtvermögensdifferenz gebraucht. Zum anderen kann sie sich auf den natürlichen, realen Schaden, auf «den an den Gütern des Geschädigten entstandenen realen Verlust, die Wunde des Verletzten, das Loch im Schaufenster»[37] beziehen. Nach diesem Verständnis bezeichnet die Differenzhypothese den Unterschied zwischen dem wirklich bestehenden, schadensbelasteten Zustand und einem hypothetischen, schadensfreien Zustand[38]. Mit diesem Begriffverständnis stimmen selbst jene Autoren überein, die die Differenzhypothese als Definition des Vermögensschadensbegriffes ablehnen. Im Vergleich zwischen dem realen und dem hypothetischen Zustand, der gegenwärtigen Güterlage und der hypothetischen Güterlage ohne das schädigende Ereignis, stecke der richtige «Kern der Differenzhypothese, der ernstlich nicht bestritten werden kann»[39]. Das Ergebnis dieses Zustandsvergleiches wird auch «Verletzungsschaden»[40] genannt, was insofern irreführend ist, als der Vergleich sich nicht auf einen Schaden, sondern auf Rechtsgutverletzungen bezieht und letztlich bloss auf die *Berücksichtigung hypothetischer Verletzungsursachen* hinausläuft. Reduziert man den Anwendungsbereich der Differenzhypothese auf den «realen» Schaden, kommt dieser Lehre keine eigenständige Funktion mehr zu, und sie könnte aufgegeben werden.

Des weiteren ist die *dogmatische Einordnung* der Differenzhypothese unklar. Die schweizerische Literatur bezeichnet das Vorhandensein eines Schadens durchwegs als Voraussetzung der Haftung. Ob diese Haftungsvoraussetzung vorliegt, müsse aufgrund des von der Differenzlehre geforderten Gesamtvermögensvergleiches geprüft werden. Sind neben dem Schaden auch die weiteren Haftungsvoraussetzungen gegeben, ist die Rechtsfolge der Ersatz des eingetretenen Schadens. Der Schaden muss daher sowohl auf der

---

[36] *Brinker* 189.

[37] *v. Caemmerer* (Fn. 27) 5.

[38] *Brinker* 189. Auch *Staudinger/Medicus* § 249 N 6 sprechen von der «richtig als Zustandsvergleich verstandenen Differenzhypothese». Kritiker würden die Differenzhypothese «dahin *missverstehen*, als ziele sie auf die *rechnerische Ermittlung der Differenz zwischen zwei Vermögenswerten*». Dieser Vorwurf ist irreführend. Die Differenzhypothese wurde und wird nach wie vor von zahlreichen Autoren (u.a. von *Medicus* selbst) im Sinne eines Gesamtvermögensvergleichs verstanden. Siehe auch die Richtigstellung bei *Honsell/Harrer* 166 Fn. 78.

[39] *Lange* 45; ferner *Staudinger/Medicus* § 249 N 4.

[40] Vgl. etwa *Brinker* 181.

Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgeseite geprüft werden. Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb der Schaden im Rahmen des Haftungstatbestandes ermittelt werden muss. Für diesen genügt vollauf, dass der Ersatzpflichtige ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt oder durch Verletzung einer Verhaltensnorm in die Interessensphäre des Geschädigten eingreift bzw. im vertraglichen Bereich eine Leistungspflicht nicht, nicht richtig oder verspätet erfüllt[41]. Ist der Haftungstatbestand erfüllt, hat der Betroffene – selbst wenn kein Schaden im Rechtssinne eingetreten ist – Anspruch auf Naturalrestitution; gegebenenfalls stehen ihm auch die Unterlassungs- oder die Beseitigungsklage offen. Ihren zutreffenden Platz kann die Differenzhypothese folglich nur auf der Rechtsfolgeseite haben[42].

3. *Abgrenzung der Vermögens- und Nichtvermögensschäden*

a) Die Befürworter der Gleichsetzung von Differenzhypothese und Schaden erblicken deren Funktion namentlich darin, dass sie dem Wunsch nach erweiterter Ersatzmöglichkeit für Freuden und Genüsse[43], den *Ausuferungstendenzen* im modernen Schadensrecht einen *Riegel vorschiebt*[44]. Mittels der Differenzhypothese soll aus dem realen Schaden der in Geld messbare und damit grundsätzlich ersatzfähige Vermögensschaden abgeleitet werden[45]. Der reale Schaden kann sowohl materielle als auch immaterielle Güter betreffen. Aber nur was sich in Geld messen lässt und damit in der Differenzrechnung ihren Niederschlag findet, stelle einen grundsätzlich ersatzfähigen Vermögensschaden dar. Präzisierend wird darauf hingewiesen, dass die Messbarkeit abstrakt zu verstehen sei, sie auch gegeben ist, wenn sich die Schadenshöhe «im wesentlichen nach objektiven Kriterien und frei von den subjektiven Empfindungen, Neigungen und Anschauungen des jeweils Betroffenen bestimmen lässt»[46]. Bei näherem Hinsehen erweisen sich diese Äu-

[41] So zutreffend *Keuk* 26 f.; siehe auch *v.Tuhr/Peter* 407; zutreffend hinsichtlich der Vertragsverletzung *M. Keller/Ch. Schöbi*, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988, 244 ff.

[42] Vgl. bereits *Mommsen* 6: «Es sind zwei ganz verschiedene und wohl voneinander zu trennende Fragen, ob überhaupt ein Interesse vorhanden ist und ob ein Anspruch auf Erstattung dieses Interesses rechtlich begründet ist.»

[43] *K. Küppers*, Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1976, 23 f.

[44] *Oftinger* 58.

[45] So die ganz herrschende schweizerische Lehre, vgl. statt aller *v.Tuhr/Peter* 83 f.: «Schaden ist Verminderung des Vermögens» und «besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre».

[46] *Lange* 52.

sserungen als *Zirkelschluss*. Man kann nicht auf der einen Seite sagen, nur Vermögensschäden sollen durch Geld ersetzbar sein, und auf der anderen Seite die Vermögensschäden durch die Messbarkeit in Geld definieren. Diese Äusserungen beschränken sich im Grunde auf die triviale Aussage, *durch Geld solle nur ersetzbar sein, was durch Geld ersetzbar sei*[47].

Der Vorwurf, die Differenzlehre erschöpfe sich bei der Definition des ersatzfähigen Vermögensschadens in einem Zirkelschluss, wiegt schwer. Denn sämtliche Schadensdefinitionen zielen letztlich darauf ab, den Vermögensschaden von immateriellen Schäden zu trennen. Es wird denn auch behauptet, der Wert und die praktische Tauglichkeit einer Schadenstheorie offenbare sich im Grenzbereich der Vermögens- und Nichtvermögensschäden[48]. Gegen die Eignung der Differenzhypothese zur Abgrenzung von Vermögens- und Nichtvermögensschäden spricht zudem der Umstand, dass sich – wie die Diskussionen um die Frustrations- und Kommerzialisierungstheorien zeigen – zahlreiche Bedürfnisse, Genüsse und Chancen präzise in Geld ausdrücken lassen, ohne dass ihre Beeinträchtigung zu einem Ersatzanspruch führen würde. Richtiger Ansicht nach sagt die Differenzhypothese über die Ermittlung der in der Vermögensbilanz einzustellenden Werte nichts aus, vielmehr setzt sie die Unterscheidung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden bereits voraus[49].

b) Die Frage, wie diese Unterscheidung zu treffen ist, wird von den Befürwortern der Differenzlehre äusserst vage und namentlich in der schweizerischen Literatur mit wenig aussagekräftigen Umschreibungen beantwortet. Unter Schaden verstehe man «nur den äusseren, den materiellen, den wirtschaftlichen, den Vermögensschaden – im Gegensatz zum inneren, immateriellen, seelischen Schaden»[50]; er liege vor, wenn sich der haftungsbegründende Eingriff «in ökonomischer Hinsicht auswirkt», ein Rechtsgut «in wirtschaftlich erfassbarem Umfange vermindert erscheint»[51]. Diese Formulierungen sind eher geeignet, die Grundlagen der Vermögensschadenskonzeption zu verschleiern, denn transparent zu machen.

Letztlich kommt man nicht umhin anzuerkennen, dass das Abstellen auf die Gesamtvermögensdifferenz Aussagen über die Vermögensqualität der einzelnen in der Bilanz einzusetzenden Posten erfordert. Der Begriff

---

[47] Vgl. auch die Kritik bei *Staudinger/Medicus* § 253 N 15.
[48] Vgl. etwa *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 7.
[49] Zutreffend *Brinker* 200.
[50] *Keller* I 52.
[51] *Oftinger* 53.

«*Vermögen*» ist indes «mehrdeutig und weiterer Untersuchung bedürftig»[52]. In jüngster Zeit hat KOLLER darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die zentrale Stellung des Schadenersatzrechts zu erwarten wäre, «dass die Privatrechtsdogmatik Bedeutung und Tragweite des Begriffes 'Vermögen' längst klar herausgearbeitet hat. Das ist indessen nicht der Fall.»[53] Naheliegend wäre ein Rückgriff auf die Wert- und Preistheorien der Nationalökonomie, was aber in der allgemein abgelehnten Kommerzialisierungstheorie münden würde; denn aus «ökonomischer Sicht kann nicht zweifelhaft sein, dass Nutzungen für den Nutzungsberechtigten einen Vermögenswert haben»[54].

Vorgeschlagen wird ferner, auf die Übertragbarkeit bzw. *Veräusserlichkeit* oder auf die *Beschaffbarkeit* des fraglichen Gutes gegen Geld abzustellen[55]. Während das Abstellen auf die Veräusserlichkeit den Kreis der Vermögensgüter insofern zu eng zieht, als etwa Nutzniessung, Wohnrecht und manche Forderungen unübertragbar sind, aber gleichwohl einen Vermögenswert haben, ist das Kriterium der Beschaffbarkeit zu weit, denn was kann man sich für Geld heute nicht alles beschaffen? Aus diesem Grunde will LARENZ neben der Beschaffbarkeit gegen Geld darauf abstellen, ob das Gut streng an die Person gebunden ist oder nicht: Die «Berechtigung zur Teilnahme an einer Reise, einer Vorstellung» sei «auch dann ein Vermögensgut, wenn sie nicht übertragbar ist – nicht dagegen der Genuss, den sie dem Teilnehmenden gewährt»[56]. Weshalb sollte dann, so wäre zu fragen, nicht auch die für Geld beschaffbare Berechtigung zur Benutzung eines Fahrzeuges, eines Segelbootes, eines Schwimmbades oder eines Pelzmantels einen Vermögenswert darstellen, sind diese Rechte grundsätzlich doch sogar übertragbar?[57]

---

[52] *E. Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 690 Fn. 138.

[53] *Th. Koller*, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, recht 1994, 25.

[54] *Gauch/Schluep* N 2642. Bemerkenswert ist, dass im älteren Schrifttum der Nutzungswert ohne weiteres als Vermögensbestandteil betrachtet wurde. Anschaulich die Ausführungen von *J. Kohler*, Das Obligationsinteresse, Archiv für Bürgerliches Recht (12) 1897, 2: «Es ist nicht nur Vermögensinteresse, wenn ich meinen Palast verkaufen kann, sondern auch, wenn es mir ermöglicht ist, ihn zu bewohnen, in ihm zu lustwandeln und mich an seinen Säulengängen zu erfreuen; es ist ein Eingriff in mein Vermögensrecht, wenn ein Fremder in meine Hallen tritt oder in meinem Wintergarten nächtigt.» Vgl. ferner *Fischer* 18 f.

[55] Vgl. dazu *Larenz* 485.

[56] *Larenz* 486.

[57] Vgl. die Ablehnung von Gebrauchsvorteilen als Vermögensschaden bei *Larenz* 500, wonach diese Berechtigungen in der Vermögensgesamtrechnung keinen gesonderten Posten darstellen. Gerade dieser Einwand lässt sich aber auch gegen die Berechtigung zu der Teilnahme an einer Reise oder einer Vorführung erheben.

Insgesamt ist festzuhalten, dass nicht nur bei der Differenzlehre, sondern bei sämtlichen vorgeschlagenen Schadensdefinitionen die Gefahr eines Zirkelschlusses besteht, indem diejenigen Schäden als Vermögensschäden bezeichnet werden, die man für ersatzwürdig hält[58]. Was als auf der Grundlage des Rechtsverkehrs oder des Marktes basierende Vermögensschadenskonzeption daherkommt, stellt sich bei näherer Betrachtung als ein theoretisch weitgehend unabgesichertes Erkenntnisinstrument dar, das eher auf «alltagstheoretisch intuitiven»[59] Kriterien beruht.

c) Weder die Differenzhypothese noch der Vermögensbegriff ermöglichen eine brauchbare *Abgrenzung der materiellen von den immateriellen Schäden.* Es ist deshalb zu fragen, ob die strenge Trennung Vermögens-/Nichtvermögensschaden, wie dies sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz postuliert wird, berechtigt ist. Während sich die deutsche Rechtslehre diesbezüglich durch den klaren Wortlaut des § 253 BGB gebunden sieht, leitet man in der Schweiz den Grundsatz, dass nur materielle Schäden ersetzt werden können, aus der speziellen Regelung der Genugtuung in den Art. 47 und 49 OR ab.

Zweifel an der strikten Trennung kommen zunächst auf, weil die Restitution sowohl bei materiellen als auch bei immateriellen Schäden Anwendung findet, Wiederherstellungskosten auch dann beansprucht werden können, wenn sich der verletzende Eingriff nicht oder nur geringfügig auf den Vermögensstand auswirkt. Die Ermittlung des Ersatzes auf der Grundlage des Restitutionsgedankens führt zwangsläufig zu einer Verwischung der Grenze zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden[60].

Unabhängig davon ist der Grundsatz der strikten Trennung von materiellen und immateriellen Nachteilen und sind die damit zusammenhängenden Abgrenzungsbemühungen an sich fragwürdig. Darauf hat auch STOLL hingewiesen. Aufgrund rechtsvergleichender Untersuchungen kommt er zu dem Schluss, dass es «Zwischen- oder Mischformen des Schadens (gibt), bei denen sich materielle und immaterielle Momente in einer schwer zu trennenden Weise miteinander verbinden»[61]. So kann die Entschädigung für die körperliche Verunstaltung einer Person, der Erwerbsschaden einer körperlich verletzten Hausfrau oder die verletzungsbedingte Erschwerung der Berufsarbeit, welche sich infolge überobligatorischer Anstrengung des Betroffenen nicht auf den Verdienst auswirkt, nicht eindeutig der materiellen oder der immate-

---

[58] Vgl. auch *Migsch* 16.
[59] So treffend *Brinker* 201.
[60] Vgl. dazu auch hinten § 4 II 1.
[61] *Stoll*, Haftungsfolgen, 177; *ders.*, Remedies, 8-17.

riellen Sphäre zugeordnet werden. Entgegen der allgemein in der Lehre geäusserten Auffassung trifft es auch nicht zu, dass immaterielle Schäden gesondert entschädigt werden müssen, weil für sie kein Berechnungsmassstab zur Verfügung steht. Selbst eindeutig vermögensrelevante Beeinträchtigungen können oftmals nicht mit einer Geldsumme gleichgesetzt werden. So liegen z.B. bei Fortkommensschäden oder Erwerbsbeeinträchtigungen von Jugendlichen kaum konkretere Anhaltspunkte für die Bezifferung des Ersatzes vor als bei einem mittels Genugtuung auszugleichenden Eingriff in die körperliche Integrität. Mit Recht weist STOLL darauf hin, dass in Rechtsordnungen, die den Ersatz für Nichtvermögensschäden stark einschränken, diese teilweise grosszügig den materiellen Schäden zugeschlagen werden. So hat sich etwa in der italienischen Rechtsprechung und Lehre die Auffassung durchgesetzt, dass der Körperschaden als solcher unabhängig von etwaigen finanziellen Auswirkungen einen Vermögensschaden darstellt. Dadurch wird die Vorschrift, wonach immaterielle Nachteile nur unter sehr engen Voraussetzungen ausgeglichen werden können, umgangen[62]. Im belgischen und im französischen Recht subsumiert man körperliche Beeinträchtigungen allgemein unter den Begriff des Vermögensschadens. Der «dommage moral» betreffe demgegenüber die «sensibilité physique»; darunter fällt der Ersatz für physische und psychische Leiden oder entgangene Annehmlichkeiten[63]. Damit soll nicht etwa einer entsprechenden Ausweitung des Begriffes Vermögensschaden das Wort geredet werden. Vielmehr belegen die rechtsvergleichenden Hinweise, dass die Rechtsentwicklung zum einen auf eine Vervollkommnung des Rechtsschutzes für immaterielle Schäden geht. Zum anderen ist die Grenze zwischen den materiellen und den immateriellen Nachteilen fliessend, die Forderung nach einer strikten Trennung daher kaum zweckmässig.

4. Das Wertungsproblem

a) Das traditionelle, auf der Differenzhypothese beruhende Schadensverständnis erhebt zwar (zumindest implizit) den Anspruch der *Wertungsfreiheit*[64]; Anspruch und Wirklichkeit klaffen indessen weit auseinander.

---

[62] Nach Art. 2059 Cc kommt ein solcher Ersatz im wesentlichen nur bei Straftaten gemäss Art. 185 und 598 des Codice penale in Betracht. Vgl. dazu *G. Bender*, Personenschaden und Schadensbegriff, Rechtsvergleichende Untersuchung zur neueren Entwicklung des Personenschadens in Italien, Baden-Baden 1993, 35 ff., 94 ff.

[63] *Stoll*, Haftungsfolgen, 172.

[64] So z.B. *Oftinger* 54; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 70. Vgl. aber *Fischer* 48, wonach «bei der Untersuchung, ob die durch eine Handlung in der Aussenwelt an einem bestimmten

Zahlreiche Fragen des Schadensrechts lassen sich ohne Bezugnahme auf rechtspolitische Erwägungen und Berufung auf den Zweck des Schadensausgleichs nicht beantworten[65]. Es ist daher erstaunlich, dass die herrschende Lehre am wertungsfreien Differenzschadensbegriff vor allem aus dem Grunde festhält, weil sie befürchtet, dass ansonsten Tür und Tor für eine reine Billigkeitsrechtsprechung geöffnet würde[66]. In Wahrheit verhält es sich gerade umgekehrt. Weil Rechtsprechung und Lehre bei den notwendigen Erweiterungen und Restriktionen der Differenzlehre in dogmatische Schwierigkeiten geraten, dabei die Orientierung verlieren und sich dann bloss noch fallweise vortasten können, entstehen die beklagten Ungereimtheiten und eklatanten Widersprüchlichkeiten, was letztlich in einer dogmatikfernen Billigkeitsjudikatur mündet[67]. Nicht zu folgen ist insbesondere der früheren Auffassung des BGH, wonach grundsätzlich von der wertfreien Differenzlehre ausgegangen werden kann und bloss zur Ergebniskontrolle eine ergänzende wertende (normative) Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt geboten ist, «ob nicht aus gewichtigen Gründen ein Vermögensschaden auch ohne Vermögensdifferenz anzunehmen sei»[68]. Auf Wertungen muss die Differenzhypothese nicht nur bei den mit dem Differenzschadensbegriff verknüpften Problemen der Vorteilsanrechnung und der hypothetischen Kausalität sowie bei der Begrenzung durch die Adäquanz- bzw. die Normzwecklehre zurückgreifen. Vielmehr bedingt die Umsetzung der Gesamtvermögenstheorie generell ein Wertungskonzept. «Denn vor jeder Rechenoperation bedarf es einer Entscheidung darüber, welche Position zu welchem Wert in die Bilanzen zur Ermittlung des realen und des hypothetischen Vermögens-

---

Vermögen vorgenommene Veränderung sich als eine Wertminderung darstellt, von mehr oder minder generellen Werturteilen ausgegangen wird». So auch *Schaffhauser/Zellweger* (Fn. 3) N 1102: Die Schadensberechnung sei «Teil jener wertausfüllenden Tätigkeit, die sich mit der Frage befasst, inwieweit erlittene Beeinträchtigungen ersatzfähig sein sollen». Ferner *Migsch* 17: «Für das Schadensrecht ist festzuhalten, dass ein durch Wertungsblindheit gekennzeichnetes, zu limitiertes Rechtsgütersystem unbefriedigend war und ist»; *Deutsch* N 792: «Auf das Ganze gesehen ist der Schadenstatbestand als Generalklausel geregelt, denn jeder – aus der Verletzung folgende – Schaden wird nach dem Gesetzeswortlaut ersetzt, vorausgesetzt dass er ersatzfähig ist. Damit ist der Schadensbegriff für neue Entwicklungen geschmeidig, bedarf aber zugleich wertender Konkretisierung.»

[65] Auf verschiedene wesentliche Problemgruppen wird hinten §§ 4 bis 8 eingegangen. Vgl. zudem auch zum Problem der Haftung für neues Leben Bezirksgericht Arbon, SJZ 1986, 46 und die weiteren Nachweise vorne § 1 IV 3; ferner etwa zur Busse als ersatzfähiger Schaden BGE 115 II (1989), 72, dazu *B. Maurenbrecher/U. Zulauf*, Bankgeheimnisverletzung – Busse generell kein ersatzfähiger Schaden?, SZW 1991, 36–42.

[66] Vgl. *Oftinger/Stark* § 2 N 56 ff.; gegen die «Reize einer normativen Korrektur des Schadenbegriffs» auch *Maurenbrecher/Zulauf* (Fn. 65) 42.

[67] Vgl. auch *Honsell/Harrer* 162.

[68] BGH NJW 1980, 775, 776; so auch *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 14.

stands einzustellen sind.»[69] Oder wie BRINKER[70] formuliert: «Die Tatsache, dass eine Position in der Vermögensbilanz erscheint, beruht in jedem Fall auf einer bereits vorab getroffenen normativen Entscheidung.» Die Berufung auf einen vorrechtlichen, natürlichen Schadensbegriff führt bloss in die Irre und sollte gemieden werden.

b) Eine Integration von Wertungsgesichtspunkten in die Differenzhypothese hat KEUK vorgeschlagen. Beim Interesse als Vergleich zweier Zustände sei nicht auf eine hypothetische Vermögenslage, die bei Hinwegdenken des Schadensereignisses bestände, abzustellen, sondern auf den Zustand, welchen der Schädiger durch sein ordnungsgemässes Verhalten realiter hätte herbeiführen sollen[71]. Der Schaden besteht daher nicht in einer wertfreien Rechenoperation, sondern in der Differenz zwischen realem und gesolltem Zustand. Durch das Abstellen auf das ordnungsgemässe, gesollte Verhalten des Schädigers werden die anvisierten Wertungen in die Schadensdefinition eingebracht. Die Konkretisierung kann nur auf der Grundlage der übertretenen Rechtsnorm erfolgen, wodurch KEUKs Theorie auf eine Einbindung der Normzwecktheorie in die Interesseformel hinausläuft[72]. Unklar ist, inwiefern sich diese Auffassung von der in Deutschland mehrheitlich ohnehin befürworteten Berücksichtigung der Normzwecklehre bei der Schadenersatzbestimmung unterscheidet und gegebenenfalls welche Vorteile KEUKs Theorie bringt. Bedenken gegen das Abstellen auf die Pflichtwidrigkeit bestehen schon deshalb, weil dies die Haftungen, die ein pflichtwidriges Verhalten überhaupt nicht voraussetzen, nicht zu berücksichtigen vermag[73]. Das gesollte Verhalten als Bezugsmassstab hat hingegen im Vertragsrecht seine Berechtigung. Bezeichnenderweise argumentiert denn auch KEUK in ihrer Schrift mehrheitlich auf dem Boden des vertraglichen Schadenersatzrechts. Dass das vertragsgerechte Verhalten nach Massgabe des Vertragszweckes bei der Ersatzbestimmung zu berücksichtigen ist, wird in der neueren Lite-

[69] *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 23. In diese Richtung nun auch der BGHZ (GS) 98 (1986), 212, 217 = NJW 1987, 50, 51: Danach «hat sich in der Rechtsprechung des BGH die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Differenzhypothese als wertneutrale Rechenoperation nicht davon enthebt, am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes die in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu bestimmen»; siehe aber BGH NJW 1995, 2407, 2410 (Schadensbegriff sei «wertfrei»). Siehe zu dieser Frage auch *Rey* N 372; ferner *E. Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057, wonach «in einer Schadensbuchhaltung, die sich nur am Rechenwerk vergnügt, Haftungsgrund und Haftungszweck verlorengingen und damit Struktur und Berechenbarkeit des Schadens».

[70] S. 198; vgl. in diesem Sinne auch *Patti* 23.

[71] *Keuk* 56.

[72] So auch *Brinker* 193.

[73] Zutreffend *Brinker* 193.

ratur vermehrt erkannt. Dagegen scheitert KEUKs Schadenskonzept im ausservertraglichen Bereich an denselben Einwänden, die auch gegen die Normzwecklehre vorgebracht werden; denn die entscheidende Frage, welche Positionen dem «gesollten Zustand» entsprechen und damit bei der Ersatzermittlung zu berücksichtigen sind, bleibt unbeantwortet.

5. *Vom einheitlichen zum gegliederten Schadensbegriff*

a) Nachdem, wie ausgeführt, die Differenzhypothese ohne Wertungen nicht auskommt, lässt sich der Schaden nicht als Differenz zwischen zwei Zuständen, sondern stets nur als Differenz zwischen zwei *Zustandsbewertungen* erfassen[74]. Dies besagt erst, dass es keinen «natürlichen», «wirklichen» Vermögensschaden gibt, der ersatzfähige Schaden vielmehr *normativ* zu bestimmen ist. Nunmehr soll der Frage nachgegangen werden, ob an einem einheitlichen, ungegliederten Summen-Schadensbegriff festzuhalten ist; oder anders ausgedrückt, ob als Bezugsobjekt des Schadens das gesamte Vermögen des Geschädigten anzusehen ist und den verschiedentlich anzutreffenden Unterteilungen, wie positiver Schaden und entgangener Gewinn, Personen-, Sach- und allgemeiner Vermögensschaden, nur klassifikatorische Bedeutung zukommt[75]. Denn trotz der anerkannten Schwächen eines Gesamtvermögensvergleichs wird der Vermögensdifferenzrechnung zumindest die Funktion einer «groben Faustregel» zugebilligt, die im Einzelfall oder für bestimmte Fallgruppen[76] der Ergänzung bedarf.

Bei der Darstellung der Differenzhypothese wurde darauf hingewiesen, dass eine Gesamtvermögensbetrachtung schon deshalb scheitert, weil sich der massgebliche Zeitpunkt nicht festlegen lässt und unbestrittenermassen auch Schäden ersetzt werden, die erst nach dem Urteilstag entstehen. KEUK weist ferner darauf hin, dass sich die Prüfung der Zurechenbarkeit nur mit Blick auf den konkreten einzelnen Schaden denken lässt, das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhanges oder Rechtswidrigkeitszusammenhanges nur bezüglich einzelner Schädigungen ermittelt werden kann[77]. Wesentlicher noch erscheint, dass eine solche Schadensbetrachtung schlicht nicht den Gegebenheiten in der Realität entspricht. Der Schaden als rechnerische Gesamtvermögensdifferenz erscheint schon dem Geschädigten selbst als gekün-

---

[74] *Gottwald* 46.

[75] So ausdrücklich bereits *Mommsen* 134.

[76] So der Vorschlag von *Magnus* 308 f., dazu vorne § 1 V; ebenso *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 9.

[77] *Keuk* 31.

stelt, und nichts steht ihm ferner, als im Schadensfall die Geldbeträge zweier Gesamtvermögensbestände zu vergleichen, um alsdann diese Differenz einzuklagen. Abgesehen davon ist eine Klage ohne Aufschlüsselung der einzelnen Schäden auch prozessrechtlich aufgrund der Substantiierungspflicht unzulässig[78]. Umgekehrt kann ein Gericht nur konkrete Einzelbeträge zu- oder absprechen, niemals aber einen abstrakten Gesamtschaden[79].

Die Einheit des Schadens im Sinne der Differenz zwischen den Geldbeträgen zweier Gesamtvermögen, wie sie von der ganz herrschenden schweizerischen Lehre vorausgesetzt wird, lässt sich nicht halten. Diese Einsicht setzt sich in Deutschland zunehmend durch[80]. In den meisten anderen Rechtsordnungen hat eine solche Gesamtvermögensdifferenz nie Fuss fassen können[81]. In der neueren Schadenslehre wird immer mehr erkannt, dass ein Festhalten an einem rechnerischen Gesamtschaden «nur den Nährboden für mannigfache willkürliche Distinktionen und kasuistische Korrekturen geboten» hat[82], ohne jeglichen heuristischen Wert ist und einer sachgerechten Problemlösung nur im Wege steht[83]. Sinnvoll und möglich ist nur das Abstellen auf die einzelnen Schadensposten; der Schaden entspricht dann der Summierung der einzelnen Posten. Sämtliche dagegen erhobenen Einwän-

[78] Zutreffend *Gottwald* 47; ausführlich zur Problematik *F. Dörfelt*, Die Aufgliederung der aus einem Schadensfall entspringenden Ersatzforderungen im materiellen Recht und Prozessrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1976, 21 ff., 79 ff.

[79] *Gottwald* 47.

[80] So bereits *Fischer* 6: «Beim Vermögensschaden bilden die konkreten durch die Schadenshandlung verursachten Tatsachen, nach ihrer nachteiligen oder günstigen Einwirkung auf das Vermögen geschätzt, die einzelnen Rechnungsposten, aus deren Zusammensetzung sich der Schade als rechnerischer Begriff ergibt.» Vgl. sodann *H. Möller*, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, 9 f., 16 f.; *H. Reinecke*, Schaden und Interesseneinbusse, Berlin 1968, 145 ff.; *G. Bernert*, Die Leerformel von der Adäquanz, AcP 1969, 421, 439: Es sei «nicht nur unpraktisch, sondern unmöglich, die Höhe des Schadens mittels dieser Differenz zu berechnen ... Die Unmöglichkeit einer derartigen Berechnung ist darin begründet, dass das Vermögen als Gesamtheit verschiedenartiger Gegenstände und entsprechend auch der Schaden als Vermögensdifferenz nur nach den Werten der einzelnen Gegenstände berechnet werden kann»; *Keuk* 23 ff., 31 ff.; *Honsell* 72; *Gottwald* 46 ff.

[81] Vgl. vorne § 1 I 1. Siehe auch *Dobbs* 220: «To a large extent, damages must vary with the kind of harm suffered. For this reason, courts do not use a universal measure of damages.» Zur Unbrauchbarkeit einer allgemeinen Entschädigungsformel siehe auch American Jurisprudence 2d 22, § 399: «Difficulty does not arise in stating the general rule, but in applying that rule to specific cases. There are countless types of property, both tangible and intangible; there are scores of differing classifications of interests in that property, ranging from simple ownership to rights of possession; and there are many different kinds of injuries to property interests ... Courts are agreed, therefore, that there is no fixed or inflexible rule for determining the measure of damage for injuries to, or the taking, detention, or destruction of, property in every case.»

[82] *Keuk* 24.

[83] *Honsell* 74.

de[84] kommen nicht darum herum, dass der Schaden letztlich schwerlich anders bestimmt werden kann als durch Bezugnahme auf die durch das Schadensereignis bewirkten einzelnen Schadensposten[85]. Nach einer vermittelnden Ansicht soll der von der Differenzhypothese geforderte Gesamtvermögensvergleich für die Ermittlung von unmittelbaren Vermögensschäden und Vermögensfolgeschäden unentbehrlich bleiben[86]. Nun ist aber nicht einzusehen, weshalb hinsichtlich eines Erwerbsausfalles, eines entgangenen Gewinnes oder einer Belastung mit Verbindlichkeiten ein Gesamtvermögensvergleich «unentbehrlich» sein sollte. Ebenso wie man bei einer eingeschlagenen Fensterscheibe nicht nach dem Gesamtwert des Vermögens des Geschädigten fragt, ist das Gesamtvermögen des Geschädigten auch bei Vermögens(folge)schäden unerheblich. Erleidet der Geschädigte aufgrund einer Verletzung durch einen Dritten einen Erwerbsausfall während eines Monates oder entgeht ihm wegen der Verletzung ein vorteilhafter Geschäftsabschluss, ist es weder notwendig noch sinnvoll, auf das Gesamtvermögen des Betroffenen zurückzugreifen. Zweckmässigerweise sollte die Lösung nicht in Richtung einer vermittelnden Lösung, d.h. in der Korrektur der ungewollten Folgen des tradierten Schadensbegriffs gesucht werden. Dieser ist vielmehr ganz abzulehnen. Dass dem *Schadensbegriff keine zentrale Bedeutung* für die Bestimmung des Inhalts der Ersatzpflicht eingeräumt werden sollte, zeigt auch die Rechtsvergleichung[87]. Obgleich der Wunsch verständlich erscheint, sämtliche (oder zumindest die meisten) schadenersatzrechtlichen Fragen von einer einheitlichen Schadensdefinition abzuleiten, ist dies bislang auch nicht annähernd gelungen, und es besteht auch wenig Aussicht, dieses Ziel mittels eines einheitlichen Begriffs des Schadens zu erreichen. Angesichts der Unterschiede bei den zur Lösung anstehenden Sachfragen sind nur von einem entsprechend differenzierten Instrumentarium brauchbare Ergebnisse zu erwarten.

Der rechnerische *Vergleich zweier Gesamtvermögenslagen*, deren Grösse ohnehin nie bekannt ist, d.h. die Formulierung eines Gesamtvermögensschadens, der nicht als das Ergebnis der Addition der einzelnen Schäden be-

---

[84] Siehe etwa *Lange* 36; *Mertens* 45.

[85] So vor allem *Keuk* 24 f.

[86] So *Larenz* 482; *Lange* 45; ähnlich, wenngleich zurückhaltender, *Stoll*, Haftungsfolgen, 423; *ders.*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973, 18: «Die Differenzhypothese erweist sich somit als ein der Grundhaltung des Gesetzes entsprechender Test dafür, welche Folgeschäden im allgemeinen in Geld zu ersetzen sind», wobei nicht behauptet werde, «dass dieser Test überall und ausnahmslos Gültigkeit hat» (a.a.O. Fn. 40a).

[87] Vgl. vorne § 1 I 1.

griffen wird, macht keinen Sinn und schafft bloss Verwirrung[88]. Eine Schadensdefinition, welche die Struktur des Schadens nicht wiedergibt, ist nicht durchzuhalten und bezüglich der problematischen Fragen des Schadensrechts *ohne jeglichen Erkenntniswert.* Nur eine Definition, die auf der Summierung der einzelnen zurechenbaren und ersatzfähigen Schadensposten beruht, gibt den Blick frei für eine wertende Zurechnung von Schadensposten und entspricht gleichzeitig den praktischen Gegebenheiten. Die Einheit des Schadensbegriffes ist folglich abzulehnen und statt dessen von einem *gegliederten Schadensbegriff* auszugehen. Die entschädigungsfähigen Einbussen sind *fallgruppenweise*[89] durch *wertende Beurteilung* der in Frage kommenden Sachgesichtspunkte zu entwickeln[90].

b) Ausfluss des Gesamtvermögensbegriffes ist eine subjektivierte Schadensberechnung, die nicht lediglich auf den objektiven Wert der verletzten Güter abstellt, sondern sämtliche Auswirkungen auf das übrige Vermögen des Geschädigten mit umfasst. Entgegen den in der Lehre erhobenen Einwänden bedeutet das Abstellen auf einen gegliederten Schadensbegriff keineswegs, dass der subjektive Wert der verletzten Güter, d.h. deren besonderer Wert für den Geschädigten nicht erstattet werde[91]. Je mehr man den Schaden gliedert, d.h., je mehr Schadensposten innerhalb des Schadens un-

---

[88] Bereits *F. v.Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936, 3 ff., 24 ff. und passim, warnte vor dogmatisch-schematischen Einheitslösungen, abstrakten Fehldefinitionen und einem vereinheitlichten Begriffsmonismus.

[89] Siehe auch *Schaer* N 234, wonach «der *Begriff Schaden* eine *Durchgangsfunktion* hat wie die Generalklausel von Art. 2 ZGB und deshalb versucht werden muss, verschiedenartige Fallgruppen herauszukristallisieren, die dem Schadensbegriff gewisse Konturen zu geben vermögen». Auch in der neueren deutschen Literatur setzt sich allmählich die Erkenntnis durch, dass zumindest «die Ausnahmen von der Differenzhypothese nicht durch Deduktion aus dem Schadensbegriff abgeleitet oder auf einen einzigen Wertungsgesichtspunkt zurückgeführt werden können, sondern fallgruppenweise entwickelt werden müssen»; so *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 9 – bei N 14 wird dann auf das Heranziehen der Differenzhypothese ganz verzichtet: «Wann ein zu ersetzender Schaden vorliegt, lässt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der Probleme nicht durch blosse Deduktion aus dem Schadensbegriff ableiten, sondern erfordert eine wertende Beurteilung nach Massgabe der Fallgruppen.» In diesem Sinne sodann die allgemeine Auffassung im amerikanischen Recht, vgl. etwa *Dobbs* 220: «In some kinds of cases the practice is merely to state what is often called 'elements' of damages ... This approach rarely attempts to suggest a formula for measuring damages but is usually content instead to list the kinds of harm for which the court will permit compensation.» Siehe auch *Green* (Fn. 2) 201: «The damage problem, likewise, assumes its proper place as one of merely inventorying the losses – an inquiry of fact under the supervision of the court as to what items are to be considered and the standards of evaluation to be employed.»

[90] Vgl. auch *Steffen* (Fn. 69) 2058: «Schadensausgleich soll nicht nur wirtschaftlich, sondern wirtschaftlich vernünftig sein.» Ebenso *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 11: Abzustellen sei auf «wertende, normative und wirtschaftliche Gesichtspunkte».

[91] Siehe dazu *Mommsen* 216 f.

terschieden werden, desto kleiner wird der Unterschied zwischen der subjektiven und der objektiven Schadensberechnungsmethode. Die einzelnen nachteiligen Auswirkungen des betroffenen Vermögensbestandteiles auf das Vermögen als Ganzes werden als individualisierbare Schadensposten zu den übrigen Posten addiert[92]. Bei Zugrundelegung des gegliederten Schadensbegriffes würde die Berücksichtigung des subjektiven Wertes unweigerlich zu Doppelberechnungen führen[93]. So müsste etwa bei einem Handelsreisenden der subjektive Wert des beschädigten Fahrzeuges nach Massgabe der Bedeutung des Fahrzeuges für seinen Ertrag während der Reparaturdauer ermittelt werden. Ersetzt man gleichzeitig auch den entgangenen Gewinn, erfasst man diesen Vermögenswert doppelt[94]. Es besteht also ein enger Zusammenhang zwischen dem einheitlichen und dem subjektiven Schadensbegriff einerseits sowie dem gegliederten und dem objektiven Schadensbegriff andererseits.

Es ist indessen darauf hinzuweisen, dass die Begriffe «objektiver» und «subjektiver» Schadensbegriff insofern problematisch sind, als diese in der Literatur auch mit der abstrakten bzw. konkreten Schadensberechnung gleichgesetzt werden. Im hier verwandten Sinne bezeichnet der Begriff «objektiv» bloss den Gegensatz zur Auffassung, welche bei der Wertbestimmung eines Gegenstandes auch eine Entwertung von anderen Gegenständen oder den Verlust einer konkreten Gewinnaussicht berücksichtigen will. Diese Auswirkungen, die man als Folgeschäden bezeichnen kann[95], sollten indes als eigenständige Schadensposten betrachtet werden. Unter dem objektiven Wert im Gegensatz zum subjektiven Wert wird daher der Sachwert als solcher, ohne Berücksichtigung von Folgeschäden, begriffen. Über die Art und Weise der Ermittlung des Sachwertes ist damit noch nichts ausgesagt. Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte auf die Terminologie «objektiver/subjektiver Schadensbegriff» ganz verzichtet werden und – in Anschluss an KEUK – nur «von dem Sachwert und den weiteren mit dem Sachverlust verbundenen Vermögensnachteilen die Rede sein»[96].

---

[92] Bereits *Mommsen* 217 hat auf die «sehr erheblichen Vorzüge» eines gegliederten Schadensbegriffs hingewiesen, «wenn es sich nicht um eine blosse Feststellung des Begriffs des Interesses, sondern um die in einem einzelnen Fall vorzunehmende Schätzung handelt, indem auf diese Weise eine sicherere Grundlage für die Schätzung gewonnen wird».

[93] *Sourlas* 62.

[94] Vgl. auch die ähnlichen Beispiele bei *Mertens* 140 und *Dobbs* 232.

[95] Vgl. *Larenz* 483.

[96] *Keuk* 199.

III. Dogmatik der Schadensbegrenzung

1. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität

a) In der schweizerischen Rechtswissenschaft wird der Zurechnungszusammenhang zwischen Handlung bzw. sonstigen haftpflichtbegründenden Umständen und dem eingetretenen Schaden in einem einheitlichen Verfahren geprüft; sowohl für die Begründung als auch für den Umfang der Haftung kommt dasselbe Kriterium, die Adäquanz, zur Anwendung[97]. Die Literatur weist nur vereinzelt auf die unterschiedliche Funktion hin, welche die Adäquanz als massgebliches Haftungs- und Schadensbegrenzungskriterium erfüllen soll[98]. Es wird meist auch nicht explizit ausgeführt, ob die Adäquanz die zurechenbaren Rechtsgutverletzungen oder den Ersatzbetrag begrenzt. Die Stellungnahmen im Schrifttum lassen indes erkennen, dass die aus der Differenzlehre resultierenden Grenzen des Schadens als zu weit gehend empfunden werden und daher durch die Adäquität zu korrigieren sind[99]. Überdies bezieht die Literatur den Kausalzusammenhang regelmässig nicht auf die Rechtsgutverletzung, sondern direkt auf den Schaden. Die Adäquanz bestimmt damit nicht bloss die Grenze der Einstandspflicht für Rechtsgutverletzungen, sondern auch den *Umfang des zu ersetzenden Schadens*[100]. Bei der Frage, wie dies zu erfolgen hat, lassen sich zwei Möglichkeiten unterscheiden: Zum einen kann der Schaden nach der Differenzmethode berechnet und anschliessend mittels der Adäquanztheorie herabgesetzt werden; dadurch würde diese zur Schadensbemessungstheorie[101]. Zum anderen könnte

---

[97] Vgl. statt aller *Guhl/Merz/Koller* 64; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 72 und 121.

[98] In diese Richtung deuten etwa die Ausführungen von *Oftinger* (74) hin: «Die Funktion des Kausalbegriffs ist also eine doppelte: steht der Schaden als zurechenbar fest, so können die zurechenbaren Ursachen ermittelt werden; sind die zurechenbaren Ursachen abgesteckt, so lässt sich das zurechenbare Ausmass des Schadens bestimmen.» Deutlicher noch nunmehr *Oftinger/Stark* § 3 N 20.

[99] Zutreffend *Sourlas* 56 f.

[100] *Oftinger/Stark* § 3 N 20; *v.Tuhr/Peter* 98 stellen die Abgrenzung durch die Adäquität der Schadensbemessung gemäss Art. 43 OR gleich; ebenso *G. Scartazzini*, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, Basel 1991, 23, wonach im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zu bestimmen sei, «si et dans quelle mesure cette influence représente à son tour une cause adéquate d'un dommage déterminant», diese erlaube es auch, «de déterminer dans quelle mesure le dommage constaté doit éventuellement être réduit». Vgl. dazu auch *Sourlas* 57.

[101] *Sourlas* 57 spricht hingegen von «Schadensberechnungstheorien». Siehe in diesem Zusammenhang etwa die Ausführung bei *P. Widmer*, Die abenteuerliche Wissenschaft vom Haftpflichtrecht, ZBJV 1976, 199, 208, der die Adäquanz im Sinne von angemessener Haftbarkeit versteht. «Adäquat ist die Haftung ganz schlicht dann, wenn der Schaden genau so weit auf den Schädiger bzw. den zur Verantwortung Gezogenen überwälzt wird, wie der massgebende Haf-

die Adäquität vorgängig eingreifen und den ersatzfähigen Schadensumfang abstecken, und erst anschliessend würde dann die Schadensbemessung erfolgen[102]. Obwohl die vorherrschende Literatur die Funktion der Adäquanztheorie im zweitgenannten Sinne versteht, zieht sie Kausalitätsüberlegungen regelmässig auch im Rahmen der Art. 43/44 OR heran[103].

b) Die deutsche Dogmatik unterscheidet demgegenüber seit jeher zwischen der *haftungsbegründenden* und der *haftungsausfüllenden* Kausalität[104]. Mit ersterer meint man den Zusammenhang zwischen einem bestimmten Tun und der Verletzung eines Rechtsgutes. Die haftungsausfüllende Kausalität bezieht sich hingegen auf den Zusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und den daraus entstehenden Folgeverletzungen und Folgeschäden. Eine Mindermeinung lehnt die Zweiteilung des juristischen Kausalzusammenhanges mit der Begründung ab, dass dadurch bei den Schadensfolgen keine genügenden haftungsbegrenzenden Kriterien bestehen[105]. Anders als bei der Haftungsbegründung, wo neben der Kausalität noch weitere Zurechnungskriterien Anwendung finden (Verschulden und Widerrechtlichkeit), sei die Haftungsausfüllung nur noch von der juristischen Kausalität gesteuert. Diese Bedenken konnten sich aber weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung durchsetzen.

Die Unterscheidung der beiden Arten des rechtserheblichen Kausalzusammenhanges findet sich auch im französischen Schrifttum[106]. Im englischen Schadensrecht wird die Zurechnung bei der Haftungsbegründung (law of liability) und den Haftungsfolgen (law of damages) ebenfalls getrennt geprüft, wobei nicht ganz klar ist, ob beide Male dasselbe Kriterium heranzu-

---

tungs- oder Zurechnungsgrund reicht, d.h. proportional oder entsprechend seinem Verschulden.» Danach umfasst die Adäquanz auch die Herabsetzungsgründe; darauf hat bereits *Schaer* N 256 hingewiesen.

[102] Hierbei liesse sich das Verhältnis zum Schadensbegriff entweder dahingehend verstehen, dass sie diesen mitbestimmt oder aber nur die Ersatzfähigkeit einschränkt; *Sourlas* 58. Bei ersterem geht die Frage dahin, welche Folgen aus dem Schadensbegriff auszuklammern sind, bei letzterem, für welche Folgen trotz Vorliegens eines Schadens kein Ersatz gefordert werden kann.

[103] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 53 f.; *v.Tuhr/Peter* 106; zweifelnd nunmehr *Oftinger/Stark* § 7 N 45.

[104] Vgl. bereits *Mommsen* 139; sodann z.B. *Deutsch* N 125 ff.; *Larenz* 432 f.; *Lange* 77 ff.; siehe aber *E.A. Kramer*, Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, 338, 343: Differenzierung bringe nicht mehr «als eine Bezeichnung der Chronologie des Schadensablaufs»; *Honsell/Harrer* 161 Fn. 7; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 39; sehr kritisch auch *Lanz* 177 ff.

[105] Siehe etwa *Honsell/Harrer* 161 Fn. 7.

[106] *Chartier* 55 f.: «Ce qui est vrai, c'est qu'il existe en quelque sorte deux liens de causalité différents ... l'un entre le fait examiné et le dommage initial, et l'autre entre ce dommage et ses conséquences ultérieures»; ebenso für das Vertragsrecht *Chabas* 623.

ziehen ist. Während gemäss der Entscheidung «Re Polemis»[107] die Haftungsbegründung durch die Voraussehbarkeit, die Haftungsfolgen hingegen nach der «direct or natural cause» zu begrenzen sind, hielt man in der Entscheidung «The Wagon Mound»[108] dafür, bei beiden Zurechnungsarten auf die Voraussehbarkeit abzustellen.

c) Die Unterscheidung der haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität ist nach Auffassung einiger Autoren auch deshalb notwendig, weil die massgebenden Zurechnungstheorien nicht bei beiden Kausalitätsarten Anwendung finden. So wird etwa vertreten, die haftungsausfüllende Kausalität sei ausschliesslich durch das Kriterium der Adäquanz zu begrenzen[109]. Hier hat der Adäquanzgedanke zum Teil auch nach Ansicht jener Autoren seinen Platz, welche das Abstellen auf die Adäquanz bei der Haftungsbegründung ablehnen[110]. Vertreter der Normzwecklehre erachten indessen mehrheitlich den Schutzzweck auch bei der Haftungsausfüllung als genügend[111]; gelegentlich sieht man hier sogar den eigentlichen Anwendungsbereich des Normzweckgedankens. Denn bei der Begründung der Haftung besage die Lehre an sich bloss das, was sich bereits aus dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit bzw. des Verschuldens ergebe[112], weshalb ihr nur im Rahmen der Haftungsbegrenzung eine eigenständige Funktion zukommen könne. Andere sehen gerade umgekehrt die entscheidende Bedeutung der Normzwecklehre bei der Haftungsbegründung[113].

---

[107] Court of Appeal, Re Polemis et al. and Furness, Withy & Co., Ltd., Kings Bench Division 1921/3, 560.

[108] Privy Council, Overseas Tankship (UK), Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd. (The Wagon Mound), Weekly Law Reports 1961/2, 126.

[109] So z.B. *H. Weitnauer*, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang: Versuch einer Ehrenrettung, FS Oftinger, Zürich 1969, 321, 325 f.; bei der Haftungsbegründung werde indessen die Ersatzpflicht meist «durch weitere als Korrektiv wirkende Haftungsvoraussetzungen eingegrenzt» (326).

[110] Vgl. etwa *Stoll*, Kausalzusammenhang, 27.

[111] Vgl. z.B. *U. Huber*, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 676, 681 f.; *H. Lange*, Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, JZ 1976, 198, 205; ablehnend *Stoll*, Kausalzusammenhang, 27: «Wie soll etwa ergründet werden, ob der Gesetzgeber bei Erlass der Strassenverkehrsordnung ausser der Unfallverhütung den Zweck verfolgt haben könnte, die Grippe-Infektion der Opfer im Krankenhaus zu verhindern?»; *St. Weber*, Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, SJZ 1989, 73, 75.

[112] So vor allem *J.G. Wolf*, Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962, 45: Die Normzwecklehre sei «ohne wägbare Auswirkung für die Entscheidung der Frage, ob Schadensersatz geschuldet wird», zwinge dagegen bei der Zurechnung der Folgeschäden dazu, «die entscheidungstragenden Zurechnungskriterien herauszuarbeiten»; ähnlich *E. Deutsch*, Regressverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhanges im Zivilrecht, JZ 1972, 551, 552.

[113] In diesem Sinne namentlich *Stoll*, Kausalzusammenhang, 14 ff.; ihm folgend *Sourlas* 88 f.

2. Abgrenzung

a) Die Befürworter der Zweiteilung des Zurechnungszusammenhanges bekunden erhebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der *Abgrenzung der haftungsbegründenden von der haftungsausfüllenden Kausalität.* Grundsätzlich lassen sich im deutschen Schrifttum drei Auffassungen unterscheiden. Nach der einen Auffassung umfasst der Haftungsgrund immer auch die Rechtsgutverletzung. Anderer Ansicht nach ist ausschliesslich auf die Verletzung einer Verhaltenspflicht abzustellen. Die vorherrschende Auffassung differenziert hingegen je nach Tatbestandstyp. Bei Haftungsnormen, die auf den Eingriff in besonders geschützte Rechtspositionen abstellen (sogenannte Eingriffstatbestände[114]), gehört die Rechtsgutverletzung zur Haftungsbegründung. Handelt es sich hingegen um selbständige Verhaltensnormen (sogenannte Verhaltensnormtatbestände[115]), so liegt der Haftungsgrund in deren Verletzung; alles weitere gehört dann zur Haftungsausfüllung[116].

Eine Mindermeinung[117] lehnt die uneinheitliche Abgrenzung von Haftungsgrund und Haftungsausfüllung bei Verhaltensnorm- und Eingriffstatbeständen ab, da man ansonsten je nach Tatbestandstyp unterschiedliche Kausalbezüge zu prüfen hätte. Zum Teil müsste zunächst der Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem betroffenen Rechtsgut und anschliessend zwischen dem Rechtsgut und den Schadensfolgen analysiert werden; zum Teil könnte man direkt den Zusammenhang zwischen der Pflichtverlet-

---

[114] Der mit Abstand wichtigste Fall ist § 823 Abs. 1 BGB: «Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.»

[115] Hierher gehören die §§ 823 Abs. 2 und 839 BGB; unklar ist die Eingliederung von § 826 BGB, der – entsprechend Art. 41 Abs. 2 OR – sowohl die Verletzung einer sittlichen Pflicht als auch die Beeinträchtigung fremder Vermögensinteressen voraussetzt. Vgl. dazu *P. Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971, 90 Fn. 25.

[116] Ausführlich *J. v.Falkenhausen*, Vorverlegung der Haftung bei Verletzung von Unfallverhütungsvorschriften und Schutzgesetzen, Karlsruhe 1981, 93 ff.; *M. Gotzler*, Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, München 1977, 110 ff.; *U. Friese*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Erlangen-Nürnberg 1968, 6; siehe auch *MünchKomm/Hanau* § 276 N 41 f. m.N. Die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Verhaltensnormtatbeständen entspricht der haftungsrechtlichen Regelung im BGB, findet aber in der Generalklausel des Art. 41 Abs. 1 OR keine Grundlage; gleichwohl befürwortet man eine entsprechende Trennung auch im schweizerischen Haftpflichtrecht. In die Abgrenzungsproblematik spielen Fragen der Widerrechtlichkeit und des Verschuldensbezuges, d.h., ob sich das Verschulden nur auf den Pflichtverstoss oder auch auf die Rechtsgutverletzung erstrecken muss, hinein.

[117] Vgl. *H. Stoll*, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 1962, 203, 211 ff.; *Hanau* (Fn. 115) 91 ff.; *Gotzler* (Fn. 116) 112 f.; *v.Falkenhausen* (Fn. 116) 110 ff.; *MünchKomm/Mertens* § 823 N 42a.

zung und den nachteiligen Folgen prüfen. Die Meinungen gehen indessen auseinander, ob die Rechtsgutverletzung stets zur Haftungsbegründung oder stets zur Haftungsausfüllung gehört.

b) Nach HANAU bezieht sich die haftungsbegründende Kausalität immer auf die Pflichtverletzung. Dies gelte nicht nur hinsichtlich der Verhaltensnormtatbestände, sondern auch hinsichtlich der Eingriffstatbestände. Bei letzteren seien nicht unmittelbar die absoluten Rechte, sondern die subjektiven Rechte an diesen Gütern geschützt; also statt der Sache das Eigentum, statt des Lebens das Recht auf Leben usw.[118] Die Begründung stellt namentlich auf die Fälle des defensiven Güterschutzes ab[119]. Die Rechtsmacht zum Ausschluss fremder Einwirkungen setze nicht erst nach geschehener Verletzung, sondern schon bei drohendem Eingriff ein. Auch bei den Eingriffstatbeständen sei das zentrale Tatbestandsmerkmal darin zu sehen, dass die Pflicht zur Vermeidung einer unmittelbaren Gefährdung der absoluten Rechtsgüter verletzt wird. Begründet man alle Haftungen mit der Pflichtverletzung, so muss auch die haftungsausfüllende Kausalität jeweils von ihr ausgehen.

c) Die entgegengesetzte Auffassung vertritt u.a. STOLL[120]. Die zivilrechtliche Haftung setze eine Rechtsgutverletzung oder zumindest deren konkrete Gefährdung voraus. Daran ändere die rechtstechnische Ausgestaltung der Norm nichts. Zwischen den Verhaltensnorm- und den Eingriffstatbeständen bestehe bloss ein formeller, kein struktureller Unterschied. Während letztere die geschützten Rechtsgüter einzeln nennen und damit implizit Verhaltensweisen verbieten, welche die Rechtsgüter beeinträchtigen, knüpfen erstere direkt an die Verhaltensweisen an. Auch die verhaltensorientierten Haftungstatbestände seien aber auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und Interessen ausgerichtet, die durch Auslegung, vor allem mit Blick auf den Zweck, ermittelt werden müssen. Erst die Verletzung des von der Ver-

---

[118] *Hanau* knüpft damit an die vor allem von *E. Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, 113 ff., entwickelte Lehre an, wonach um die Rechtsgüter ein Bereich gelagert ist, in dem nur der Berechtigte disponieren darf. Nach *Bucher* ist «die Verletzung eines Rechtsobjekts weder hinreichende noch auch nur notwendige Bedingung einer Rechtsverletzung». Vielmehr könne «das den Tatbestand der Rechtsverletzung ausmachende Element nur im Verstoss gegen den in Ausübung des Rechts geäusserten Willen, den Anspruch, erblickt werden. Damit ist gezeigt, in welcher Weise der Wille des Rechtsträgers 'geschützt', 'mit Macht ausgestattet' ist, nämlich indem er zur Rechtsnorm erhoben wird» (121).

[119] *Hanau* (Fn. 115) 93 ff.

[120] Haftungsfolgen, 393 ff.; *ders.*, Kausalzusammenhang, 22 f.

haltensnorm geschützten Rechtsguts oder Interesses begründe eine Haftung[121].

Unter den Autoren, welche die Rechtsgutverletzung immer zur Haftungsbegründung zählen, lassen sich wiederum verschiedene Richtungen ausmachen. Teilweise wird die Auffassung vertreten, nur die erste Rechtsgutverletzung gehöre zum Haftungstatbestand. Alle weiteren wirtschaftlichen Nachteile, die sich aus dem haftungsbegründenden Eingriff ergeben, seien dies weitere Rechtsgutverletzungen oder seien dies Beseitigungskosten, entgangener Gewinn usw., würden Folgeschäden darstellen[122] und seien folglich der Haftungsausfüllung zuzuschlagen. Anderer Ansicht nach gehören bloss die Vermögensschäden und Folgeschäden zur Haftungsausfüllung, die Folgeverletzungen dagegen zur Haftungsbegründung[123].

3. *Haftungstatbestand und Schadenstatbestand*

a) Die divergierenden Ansichten hinsichtlich der Zurechnung beruhen vor allem auf der Unsicherheit, was unter der haftungsausfüllenden Kausalität zu verstehen ist. Dies lässt sich wiederum auf eine ungenügende Unterscheidung zwischen dem Haftungstatbestand und dem Schadenstatbestand zurückführen. Entsprechend der im angloamerikanischen Recht geltenden Abgrenzung sollte die Verletzung eines rechtlich geschützten Gutes dem Haftungstatbestand zugeschlagen werden, während die Fragen, welche aus diesen Verletzungen folgenden Einbussen ersatzfähig sind und in welchem Umfang hierfür Ersatz zu leisten ist, den Schadenstatbestand betreffen[124].

---

[121] *Stoll*, Haftungsfolgen, 393; so auch *H.-J. Lüer*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, Karlsruhe 1969, 13; *v.Falkenhausen* (Fn. 116) 93 ff.; *MünchKomm/Mertens* § 823 N 42a m.w.N. Entsprechendes gelte auch im vertraglichen Bereich. Hier sei ebenfalls nicht an die Vertragsverletzung, sondern an die durch die verletzte Vertragspflicht geschützten Interessen anzuknüpfen. Zu unterscheiden seien dabei Leistungspflichten, die das Erfüllungsinteresse betreffen, und Schutzpflichten, die sich auf das Integritätsinteresse beziehen. Über das Interesse finde sich auch das Rechtsgut. Im übrigen wird darauf hingewiesen, dass zwischen den auf das Integritätsinteresse gerichteten Schutzpflichten und den deliktischen Pflichten gleicher Art eine enge Verwandtschaft bestehe; vgl. *Gotzler* (Fn. 116) 116; siehe auch *Keuk* 109 ff.

[122] *Lüer* (Fn. 121) 11; *Friese* (Fn. 116) 5 ff.; *E. Ruhwedel*, Vorhaltekosten und ihre Ersetzbarkeit, JuS 1982, 27, 29.

[123] So namentlich *Stoll*, Haftungsfolgen, 402 ff.

[124] Vgl. z.B. *Ogus* 1: «In any action for tort or breach of contract, the court may have to resolve a conflict on one or more of four different issues: (i) whether the defendant was in breach of contract or has committed a tort; (ii) whether the breach of contract or tort inflicted an injury on the plaintiff's person or property, or gave rise to a purely economic injury; (iii) the extent of the plaintiff's losses (pecuniary and non-pecuniary) consequent on his injury and whether such losses are recoverable at law; (iv) the amount of money to be paid as compensati-

Infolgedessen gehören neben der *Primärverletzung* auch die weiteren, durch das primäre Schadensereignis verursachten *Folgeverletzungen* des Betroffenen zum *Haftungstatbestand*. Daran schliesst sich der *Schadenstatbestand* an. Bei diesem muss der Zusammenhang zwischen dem verletzten Rechtsgut und den daraus hervorgehenden ersatzfähigen Schadensposten geprüft werden[125].

b) Eine Definition der haftungsausfüllenden Kausalität, welche sowohl Folgeverletzungen als auch aus einer Verletzung folgende Einbussen mit einbezieht und sich damit über die Unterscheidung von Haftungs- und Schadenstatbestand hinwegsetzt, ist abzulehnen. Dies folgt schon daraus, dass der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Rechtsgut, in das der Schädiger haftungsbegründend eingreift, und weiteren Folgeverletzungen nach anderen Massstäben einzugrenzen ist als die aus den einzelnen Schadensfolgen resultierenden Schadensfolgen[126]. Bei ersterem geht es z.B. um die Frage, ob der

---

on for the legally recoverable pecuniary and non-pecuniary losses. In broad terms it may be said that (i) and (ii) are issues of 'liability' and therefore outside the law of damages which is concerned with (iii) and (iv).» Ebenso etwa *K.D. Cooper-Stephenson/I.B. Saunders*, Personal Injury Damages in Canada, Toronto 1981, 26, welche überdies nachdrücklich auf die «very different policy orientation of the two aspects of a civil action for damages» hinweisen: «The focus of legal rules falling within the ambit of 'liability' – designed to resolve issues of breach and injury – is on defendant's responsibility. The rules are dominated, at least conceptually, by notions of fault and moral accountability. In contrast, the focus of legal rules falling within the ambit of damages – designed to resolve issues of loss and compensation – is on the plaintiff's deprivation. These rules are dominated by the principles of compensation and restitution. The two sets of rules, with their markedly different policy orientation, do not blend well into an integrated whole.» Ferner *Dobbs* 1 f.; *Green* (Fn. 2) 190 f. In neuerer Zeit auch *Deutsch* N 793, wonach sich an den Unrechtstatbestand der Schadenstatbestand anschliesse, welcher sich zusammensetze aus dem Schaden und dem Schadensumfang.

[125] Die Unterscheidung bleibt – wie *Ogus* 2 zu Recht ausführt – im Bereich der Vermögensschäden «somewhat obscure. But, though sometimes imprecise, the distinction carries a force beyond that of a mere academic exercise.» Nach *Deutsch* (Fn. 7) 80 und 83 f. gehören indes sowohl die Verletzung als auch der Schaden zum Haftungstatbestand; der Schadenersatz bildet hingegen die Rechtsfolge. Ähnlich wie hier, wenngleich mit abweichender Terminologie, *A. Flessner/Th. Kadner*, Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang, JuS 1989, 881 f.: Die Schwäche der herkömmlichen Dogmatik erblicken sie darin, «dass nicht ausreichend zwischen Schaden und seinem Ersatz unterschieden wird», wobei sie «Schaden» im Sinne von «Einbusse, Verlust, Nachteil» verstehen. Für die Feststellung dieses Nachteils komme man in der Tat nicht «ohne eine Differenzbetrachtung im Wortsinne, auf deutsch: eine *Unterschieds*betrachtung», aus. Dieser Vergleich erfordere eine Bewertung, wobei das wertende Element «aus dem Recht selbst begründet werden» müsse, insoweit normativ sei. Daran schliesse sich die Frage an, ob und in welcher Höhe der Geschädigte Anspruch auf Ersatz in Geld, gegebenenfalls auf Naturalherstellung hat.

[126] Vgl. auch *Cooper-Stephenson/Saunders* (Fn. 124) 26: «The distinction between liability and damages facilitates the theoretical analysis of an entire cause of action. It helps in allocating legal rules and concepts, such as 'reasonable foresight' and 'risk' to their proper place and function.» Siehe auch *Hart/Honoré* 262, wonach die Befürworter der «foreseeability

deliktisch Verletzte, der im Spital infolge eines Behandlungsfehlers, einer Grippe, eines weiteren Sturzes usw. noch weitere Gesundheitsbeeinträchtigungen erleidet, auch für diese Verletzungen den Schädiger belangen kann. Bei letzterem ist demgegenüber etwa fraglich, ob die Aufwendungen zur Heilung bzw. Reparatur, die Werteinbusse des Rechtsgutes, der entgangene Gewinn usw. zu ersetzen sind. Die Adäquanz- und Normzwecklehren scheinen vor allem auf die erste Frage zugeschnitten zu sein[127], während ihre Funktion bezüglich der zweiten Frage unsicher ist[128]. SOURLAS bezweifelt gar, dass hier überhaupt noch von Kausalität gesprochen werden kann. «Für denjenigen, der den Wert als etwas dem Rechtsgut Immanentes ansieht, ist die erklärungslogische Bezugnahme auf die Kausalität im Verhältnis zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden pleonastisch.»[129] SOURLAS übersieht indessen, dass die Werteinbusse nur eine der möglichen Erscheinungsformen des Schadens bildet. Hinsichtlich der im Zusammenhang mit der Rechtsgutverletzung aufgewandten Kosten sowie des entgangenen Gewinns lässt sich das Kausalerfordernis nicht bestreiten.

Obwohl zutreffend erscheint, dass sich die Probleme der Kausalität vorwiegend hinsichtlich des Haftungstatbestandes stellen, so können sie im Rahmen des Schadenstatbestandes doch nicht negiert werden. So ist etwa bei der Frage, ob die Aufwendungen durch den Eingriff in das Rechtsgut veranlasst wurden bzw. ein erwarteter Gewinn aus diesem Grunde ausblieb, jeweils die hypothetische Kausalität zu prüfen. Es ist mithin zu fragen, ob die Kosten für die Ersatzanschaffung, Reparatur, Heilungsmassnahme usw. in naher Zukunft ohnehin hätten aufgewandt werden müssen bzw. der Gewinn aus anderweitigen Gründen nicht realisiert worden wäre[130]. Anderes gilt in-

---

doctrine» als Haftungsbegrenzung vor allem hervorheben würden «its apparent success in bringing culpability and compensation within a single formula. It is by this that the doctrine in the last resort stands or falls and we shall see that in fact it falls.»

[127] Auf die Zurechnungszusammenhänge zwischen Handlung und Primärverletzung einerseits, Primärverletzung und Folgeverletzungen andererseits ist hier nicht näher einzugehen. Es kann daher auch offenbleiben, ob eine entsprechende Unterscheidung zu treffen ist, und gegebenenfalls, welches Begrenzungskriterium jeweils massgebend sein soll.

[128] Darauf hat im deutschen Recht namentlich *Stoll*, Kausalzusammenhang, 46, hingewiesen; ferner auch *E. v.Caemmerer*, Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung bei der Anmietung von Ersatzwagen, VersR 1971, 973, 974: Bei Aufwendungen habe man «Bedenken, mit den üblichen Adäquanzformeln einfach darauf abzustellen, ob sie als Schadensfolgen ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit lagen. Das würde kaum je der Fall sein.»

[129] *Sourlas* 77.

[130] Siehe etwa das Beispiel bei *Cooper-Stephenson/Saunders* (Fn. 124) 639: «A negligently explodes his gun within two feet of B. Ten minutes later, B suffers a minor heart seizure. For the following month B does not go to work, and earns nothing during that period. During that month B's fellow employees go on strike, earning no pay.»

dessen hinsichtlich der Schadensbegrenzung aufgrund der Adäquanz- bzw. der Normzwecklehre. So entscheidet etwa bei Aufwendungen zur Schadensbeseitigung nicht die Adäquanz, sondern die *sachliche Angemessenheit* über die Ersatzfähigkeit. Unverhältnismässige Reparaturkosten mögen daher noch adäquat sein, müssen aber gleichwohl nicht in vollem Umfange ersetzt werden. Umgekehrt kann selbst ein ausgefallener, inadäquater Gewinn zu ersetzen sein, sofern er mit Sicherheit gemacht worden wäre[131]. Hinsichtlich der aus Rechtsgutverletzungen folgenden Vermögenseinbussen hat die Begrenzung je nach Art des Schadens nach unterschiedlichen Kriterien zu erfolgen. *Im Schadenstatbestand kommt folglich weder der Adäquanz- noch der Normzwecklehre Bedeutung zu*[132]. Auf die in der Literatur geäusserten Befürchtungen, dass dies im Einzelfall zu einer untragbar hohen Belastung für den Ersatzpflichtigen führen kann, ist hinten einzugehen[133].

[131] *Stoll*, Kausalzusammenhang, 36.

[132] In ähnlichem Sinne hat bereits *Bernert* (Fn. 80) 442 die Ansicht vertreten, dass es hinsichtlich des Umfanges des Schadenersatzes der Adäquanz nicht bedarf. Siehe auch *F. Bydlinski*, Zur «Reduktionsklausel» des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadenersatzrechtes, JBl 1968, 330, 332: Der Versuch, «das Adäquitätserfordernis von den realen schädlichen Wirkungen auf die Schadensziffer zu übertragen, ist sehr problematisch».

[133] Vgl. § 10 III.

2. TEIL

ERSATZFÄHIGE SCHÄDEN

§ 4 *Wiederherstellung und Wertersatz*

I. Geldersatz und Naturalrestitution

1. Haftungsfolgen im allgemeinen

Unter Haftungsfolgen des Privatrechts sind – wie STOLL[1] ausführt –«alle Rechtsbehelfe zu verstehen, welche die Rechtsordnung dem von einem haftungsbegründenden Ereignis Betroffenen zur Verfügung stellt, um das Ereignis samt seinen Folgen abwehren zu können». Der in der Praxis bedeutsamste Rechtsbehelf ist in allen Rechtsordnungen der Anspruch auf *Geldersatz* als Ausgleich für den verursachten Schaden. Die Wiedergutmachung kann an sich nicht nur in Geld, sondern auch *in natura* durch den Schädiger selbst erfolgen. Zu den Rechtsbehelfen zählen in einem weiteren Sinne auch der negatorische *Beseitigungsanspruch* und der vorbeugende *Unterlassungsanspruch*[2] bzw. die «injunction» des angloamerikanischen Rechts, wobei die Abgrenzungen seit jeher unklar und umstritten sind[3].

Im angloamerikanischen Recht werden die verschiedenen Rechtsbehelfe und ihre Funktionen oftmals in Gesamtdarstellungen abgehandelt[4]. Werke

---

[1] Haftungsfolgen, 2.

[2] Im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen vgl. *A. Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Aufl., Basel 1995, N 570 ff.; *H.M. Riemer*, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, N 385 ff.; bezüglich Eigentumsüberschreitungen nach Art. 679 ZGB *P.-H. Steinauer*, Les droits réels, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1994, N 1920 ff.

[3] Vgl. insbesondere *G. Hohloch*, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, Frankfurt a.M. 1976; *E. Picker*, Negatorische Haftung und Geldabfindung: Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichen Haftungssysteme, FS Lange, Stuttgart 1992, 625–696; zum österreichischen Recht vgl. *Koziol/Welser* 442 f.

[4] Siehe für England: *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, 2. Aufl., London 1994; *D.R. Harris*, Remedies in Contract and Tort, London 1988; *G.H. Treitel*, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988; *F.H. Lawson*, Remedies of English Law, 2. Aufl., London 1980; Schottland: *D.M. Walker*, The Law of Civil Remedies in Scotland, Edinburgh 1974; USA: *D. Laycock*, Modern American Remedies, Boston u.a. 1994; *D.B. Dobbs*, Law of Remedies, Hornbook Series, 2. Aufl., St. Paul 1993 (Studienausgabe des Werkes: Law of Remedies, Practitioner Treatise Series, 3 Bde., 2. Aufl., St. Paul 1993); *M.K. Kane*, Remedies, 2. Aufl., Santa Monica 1988; *J.F. O'Connell*, Remedies in a Nutshell, 2. Aufl., St. Paul 1985; siehe bereits die 1. Aufl. von *F. Hilliard*, The Law of Remedies for Torts or Private Wrongs, 2 Bde., Boston 1867; Australien: *M. Tilbury*, Civil Remedies, 2 Bde., Sydney u.a. 1990/1993; *M. Tilbury/M. Noone/B. Kercher*, Remedies, Commentary and Materials, 2. Aufl., Sydney 1993; *B. Kercher/M. Noone*, Remedies, 2. Aufl., Sydney 1990; *I.C.F. Spry*, The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages, 4. Aufl., Sydney 1990. Vgl. ferner für das italienische Recht *deCupis* II 1 ff., der neben dem Ersatz in Geld und Naturalrestitution in seinem Werk auch die präventiven, prozessualen Rechtsbehelfe sowie die Unterlassungsklage behandelt.

über die «remedies» haben eine lange Tradition. In jüngster Zeit hat im deutschen Recht STOLL auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Haftungsfolgen einer Privatrechtsordnung gesamthaft zu betrachten, da diese sich «vielfach wechselseitig bedingen und beeinflussen»[5]. So ist etwa das Institut der «nominal damages» nur vor dem Hintergrund der im angloamerikanischen Recht fehlenden Feststellungsklage zu verstehen, und die Rechtsfigur der «astreinte» im französischen Recht hängt mit gewissen Unzulänglichkeiten des Vollstreckungsrechts zusammen[6]. Das Zusammenspiel der einzelnen Haftungsfolgen sowie der prozessrechtlichen Behelfe ist namentlich auch bei der rechtsvergleichenden Analyse entsprechend zu berücksichtigen[7]. Die Unterschiede dürfen freilich nicht überschätzt werden. Dies gilt in besonderem Masse für die hier im Vordergrund stehende Frage, welche Einbussen in Geld auszugleichen sind.

2. *Die Naturalrestitution im speziellen*

Im römischen Recht musste im ganzen Anwendungsbereich des Formularprozesses jedes Leistungsurteil auf eine bestimmte Geldsumme gestellt sein; der Geschädigte konnte mithin nicht Naturalleistung, sondern nur Geldersatz verlangen[8]. Das Prinzip der Naturalrestitution lässt sich aber immerhin bis in die theologisch-kanonistische Tradition sowie auf das naturrechliche Gedankengut zurückverfolgen[9] und fand Eingang in das preussische ALR[10] und das ABGB[11]. Im BGB wurde die Naturalrestitution – trotz der gewichtigen Bedenken DEGENKOLBS[12] – gar als die primäre Ersatzform bestimmt[13]. Die Wiederherstellung des hypothetischen Zustandes ohne das schädigende Er-

---

[5] *Stoll*, Haftungsfolgen, 3; ferner *ders.*, Remedies, 8-1, 8-6.

[6] *B. Grossfeld*, Die Privatstrafe, Frankfurt a.M. 1961, 22 ff., 37; *Mertens* 11 Fn. 1; *Stoll*, Haftungsfolgen, 50, 218; *ders.*, Remedies, 8-117; umfassend *O.R.M. Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld, Tübingen 1992.

[7] *Stoll*, Remedies, 8-6, 8-83 ff.; zu pessimistisch freilich die Einschätzung von *Mertens* 11 Fn. 1, der aus diesem Grunde in seiner Arbeit auf die Rechtsvergleichung ganz verzichtet.

[8] Vgl. *M. Kaser*, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., München 1992, 165.

[9] *U. Wolter*, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB: Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung, Berlin 1985.

[10] Bd. I, 6. Titel § 79; ebenso in § 687 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

[11] § 1323 ABGB.

[12] Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP (76) 1890, 1-88.

[13] § 249 Satz 1 BGB: «Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.» Vgl. auch die Kritik bei *Fischer* 156 f.

eignis gilt als die vollkommenere Form des Schadensausgleichs[14]. Entschädigung in Geld kann der Geschädigte grundsätzlich nur fordern, wenn die Naturalherstellung unmöglich oder mit unverhältnismässigen Aufwendungen verbunden ist. Bei Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache kann ausnahmsweise statt der Herstellung der dazu erforderliche Geldbetrag verlangt werden. In abgeschwächter Form sieht auch das österreichische Recht den Vorrang der Naturalrestitution vor[15]. § 1323 ABGB stellt nicht auf die Unmöglichkeit oder Unverhältnismässigkeit der Aufwendungen, sondern auf die «Tunlichkeit» ab[16]. Gerade umgekehrt präsentiert sich die Lage im italienischen Recht. Danach ist Ersatz grundsätzlich in Geld zu leisten[17]. Der Geschädigte kann indessen Wiederherstellung in natura verlangen, sofern eine solche möglich ist und die Kosten für den Schädiger nicht übermässig sind[18]. Im angloamerikanischen Recht steht der Geldersatz noch stärker im Vordergrund. Im allgemeinen hat eine Partei nur Anspruch auf Geldersatz, und nur im Bereich der Vertragshaftung, namentlich bei Kaufverträgen betreffend Grundstücke oder andere Speziessachen, kann der Richter Naturalrestitution anordnen[19].

Das *schweizerische* Recht stellt die Art des Ersatzes für den eingetretenen Schaden dem Richter anheim[20]. Er kann, sofern es geboten erscheint, die Naturalrestitution anordnen. Gleiches gilt für das französische Recht[21]. In beiden Ländern ordnet die Rechtsprechung nur selten die Naturalrestitution

---

[14] *H. Hagen*, Zur Naturalrestitution, in: Wandlungen des Schadensersatzrechts, hrsg. von H. Lange/H. Hagen, Heidelberg 1987, 59, 64; ebenso *deCupis* II 328 f.; *Chabas* 717: «C'est le mode de réparation le plus parfait.»

[15] Ausführlich hierzu *Ehrenzweig/Mayrhofer* 310 ff.

[16] «Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt oder, wenn dies nicht tunlich ist, der Schätzungswert vergütet werden.»

[17] *Patti* 15 und 55; *deCupis* II 27.

[18] Art. 2058 CCi; in der Lehre ist Inhalt und Anwendungsbereich dieser Bestimmung streitig; vgl. *C. Salvi*, Risarcimento del danno, in: Enciclopedia del diritto, Varese 1989, 1084, 1092 ff. (auf die Beseitigung der materiellen Schädigung gerichtet); *deCupis* II 305 ff., 323 (Generalnorm für alle Haftungsfolgen mit Ausnahme des Geldersatzes); *G. Ferri*, Danno extracontrattuale e valori di mercato, Rivista del diritto commerciale 1992, 757 ff., insbesondere 796 ff.

[19] Vgl. *Dobbs* 805; *O'Connell* (Fn. 4) 113: «In general, Specific Performance is a remedy by which the equity court can order the defendant to do what he promised to do under an agreement. In other words, the plaintiff gets the performance he wants rather than damages because the money is inadequate. It is applied generally in two types of situations: land contracts and unique chattels.»

[20] Art. 43 Abs. 1 OR.

[21] Vgl. *Chartier* 485, der von einem «pouvoir souverain des juges du fond» spricht, die Art des Ersatzes zu bestimmen, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 65.

an[22]. Sie ist oftmals nicht möglich und liegt meist weder im Interesse des Geschädigten noch des Schädigers[23]. Auch hat der Geschädigte – im Gegensatz zum italienischen Recht[24] – keinen Anspruch auf Naturalrestitution[25].

Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen unterscheidet sich die Rechtslage in den verschiedenen Ländern in tatsächlicher Hinsicht nur geringfügig. In den Ländern, in denen die Naturalrestitution die primäre Form des Schadenersatzes darstellt[26], ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Realität gerade umgekehrt; die in der Praxis primäre Form des Ersatzes bildet die Entschädigung in Geld[27]. Weit wichtiger als die Wiederherstellung durch den Schädiger ist die Frage, ob und inwiefern der Geschädigte die Wiederherstellung auf Kosten des Schädigers vornehmen bzw. veranlassen kann.

II. Restitution und Kompensation

1. Grundsätzliches

a) Ob und in welchem Umfang ein ersatzfähiger Schaden vorliegt, hängt oftmals massgeblich von der *Reaktion des Geschädigten* auf ein Schadensereignis ab. So kann er Massnahmen zur *Wiederherstellung* des schadensfreien Zustandes treffen und damit sein Restitutionsinteresse betätigen. Sieht er hingegen davon ab, erleidet er eine *Werteinbusse*, für die er ein Äquivalent in Geld, eine Kompensation, verlangen kann. Mit der Restitution soll der Geschädigte wieder in dieselbe Lage gestellt werden, in der er ohne das schädigende Ereignis wäre, während die Kompensation darauf abzielt, die im Vermögen eingetretene Wertminderung in Geld auszugleichen[28]. STOLL erblickt

---

[22] *Oftinger* 68; *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 19; bereits *W. Im Hof*, Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel 1/II, Diss. Bern 1912, 20, 53, hatte darauf hingewiesen, dass in den zahlreichen veröffentlichten bundesgerichtlichen und kantonalen Urteilen «nicht ein einziges Mal auf eine eigentliche naturale Ersatzleistung erkannt worden» sei; für die französische Rechtslage siehe *Chartier* 486.

[23] Siehe bereits *ZürcherKomm/Oser* (1. Aufl., Zürich 1915) Art. 43 Anm. IV; ebenso *Chartier* 486 f.: «Cette substitution risque nécessairement de mécontenter le demandeur sans pour autant satisfaire le défendeur»; *deCupis* II 329 ff.

[24] Art. 2058 CCi; zur Frage, ob der Richter an den Antrag des Verletzten gebunden ist, vgl. etwa *P. Forchielli*, Responsabilità civile, Padova 1983, 104.

[25] *Oftinger/Stark* § 2 Fn. 119; ebenso für das französische Recht *Chartier* 486.

[26] *Stoll*, Remedies, 8-75 f.

[27] Vgl. *Staudinger/Medicus* § 249 N 199; *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 1; *Honsell/Harrer* 163; siehe ferner auch *deCupis* II 27.

[28] Grundlegend *Degenkolb* (Fn. 12) 1 ff.; ferner *D. Medicus*, Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 1969, 449–455; *Ollier/Le Gall* 10-2; *Köhler* 349 ff.; *E. Bötticher*, Schadensersatz

in der Restitution und der Kompensation nicht bloss zwei unterschiedliche Arten der Schadensberechnung, sondern die beiden Hauptfunktionen des Schadenersatzes[29].

Unabhängig davon, ob eine Rechtsordnung die Naturalrestitution zulässt, kann der Geschädigte jeweils nicht bloss den Wertersatz fordern, sondern alternativ auch die *Kosten der Restitutionsmassnahmen* in Rechnung stellen[30]. Der Geschädigte soll eben das verletzte Rechtsgut nicht gerade demjenigen zur Wiederherstellung anvertrauen müssen, der für die Schädigung verantwortlich ist[31]. Zahlreiche Fragen des Schadensrechtes lassen sich auf den Dualismus des Restitutions- und des Kompensationsprinzips zurückführen, was in Literatur und Rechtsprechung lange nicht oder nur am Rande beachtet wurde[32]. Erst in neuerer Zeit wird dieser unterschiedliche Ansatz der Schadensbestimmung bei einigen Autoren entsprechend gewürdigt[33].

b) Die beiden Berechnungsarten verursachen deshalb Schwierigkeiten, weil sie zu ganz *unterschiedlichen Schadenshöhen* führen können. In den Fällen, in denen die Beträge auseinanderfallen, geht – von Ausnahmefällen

---

für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 1966, 301, 307; *A. Zeuner*, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP (163) 1964, 380, 383 ff.

[29] Haftungsfolgen, 151; *E. Deutsch*, Der Ersatz des reinen Vermögensschadens, FS Henckel, Berlin 1995, 79, unterscheidet dagegen «Restitution, Reparation und Kompensation»; vgl. zur angloamerikanischen Doktrin *Dobbs* 210: «The stated goal of the damages remedy is compensation of the plaintiff for legally recognized losses.»

[30] *Ollier/Le Gall* 10-4; *Stoll*, Haftungsfolgen, 152; in diese Richtung bereits die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ALR, RGZ 11 (1883), 266, 267. Vgl. auch American Jurisprudence 2d 22, §§ 401 f.: «The following two rules of damages have frequently been stated: (1) the injured party is entitled to recover the difference between the value of the real property immediately before and immediately after injury (often referred to as the 'diminution in value' rule); (2) the injured party is entitled to recover the cost of repairing the realty by restoring it to its condition immediately prior to the injury (generally referred to as the 'restoration' or 'cost of repair' rule).»

[31] Vgl. z.B. *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 13; *Köhler* 349; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 312 f.; so bereits *Fischer* 157.

[32] So setzen die englischen Gerichte den Schaden eines beschädigten Schiffes jeweils den Reparaturkosten gleich; vgl. etwa Court of Appeal, The London Corporation, Probate Division 1935, 70, 77: «Prima facie, the damage occasioned to a vessel is the cost of repairs.» Diese Rechtsprechung wurde später auf alle anderen Sachen übertragen; vgl. *McGregor* N 772. Vgl. demgegenüber für das amerikanische Recht *Dobbs* 229, wonach «cost of repair or substitution cost damages are not always the same or even approximately the same as diminished value measures. So in some cases the plaintiff who wishes to recover repair costs must establish grounds for departing from the market measure.»

[33] Vgl. z.B. *Stoll*, Haftungsfolgen, 151 ff.; *Huber* 141 ff.; *Köhler* 364; *Medicus*, JuS 1969 (Fn. 28), 449 ff., *Brinker* 322 ff.; *Ferri* (Fn. 18) 765 ff.; *H.-U. Brunner*, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg i.Ü. 1991, N 135 ff.

abgesehen[34] – der aufgrund der Restitution ermittelte Betrag über das Wertinteresse hinaus. So liegen die Kosten einer Sachreparatur oftmals über der infolge der Schädigung eingetretenen Wertminderung der Sache; dies gilt in besonderem Masse für Güter, die einen geringen oder überhaupt keinen Marktwert aufweisen. Die Wiederherstellung der beschädigten oder die Beschaffung einer gleichwertigen anderen Sache bringt das Vermögen des Geschädigten nicht nur seinem Wert, sondern auch seiner Zusammensetzung nach in den schadensfreien Zustand und wahrt dadurch «das Integritätsinteresse und mit ihm zugleich auch das Wertinteresse»[35]. Hingegen kann für die Beeinträchtigung der Vermögenszusammensetzung, des «Wertinterdependenzinteresses»[36], nur dann eine Kompensation im Rahmen eines allgemeinen Vermögensschadens verlangt werden, wenn sich die Beeinträchtigung finanziell nachteilig auswirkt.

c) Die Anerkennung der beiden Interessearten führt überdies zu einer unterschiedlichen Berücksichtigung *immaterieller Schäden* und letztlich zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden[37]. Dies wurde in der schweizerischen Literatur bislang kaum beachtet. In Deutschland und Österreich ist unbestritten, dass bei immateriellen Schäden Naturalherstellung gefordert werden kann, soweit sie «möglich und wirtschaftlich» bzw. «tunlich» ist[38]. Da die Schadensbeseitigung durch den Schädiger einerseits und den Geschädigten andererseits gleich zu behandeln sind, kann die Restitution – im Gegensatz zur Kompensation – bei materiel-

---

[34] Vgl. etwa Supreme Court of Louisiana, Coleman v. Victor, Southern Reporter 2d 326 (1976), 344: Kläger forderte Wertdifferenz von 1450 $; Gericht sprach die tieferen Reparaturkosten in der Höhe von 800 $ zu.

[35] So *Medicus*, JuS 1969 (Fn. 28), 449 f.

[36] *Brinker* 324.

[37] Dazu bereits *H. Siber*, Planck's Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Berlin 1914, 69: «Ist freilich die Veränderung der Sache von der Art, dass sie keine Wertminderung oder gar eine Werterhöhung zur Folge hat ... so ist die Herausrechnung einer Gelddifferenz zugunsten des Ersatzberechtigten unmöglich.» Gleichwohl liege für den Betroffenen ein Schaden vor, und er kann nicht nur Herstellung, sondern auch Vorausleistung der Herstellungskosten verlangen; diese können sehr erheblich sein, auch wenn die Wertdifferenz gleich Null und daher ein Geldersatz nicht möglich ist.

[38] Vgl. zum deutschen Recht *Larenz* 474; *Lange* 217 ff. und 423; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 9 und § 249 N 2; zum österreichischen Recht *Rummel/Reischauer* § 1323 N 1 und 1324 N 13; *Koziol* I 179 f. je m.w.N. Bereits *Mommsen* 130 führte aus, selbst wenn ein Vermögensinteresse nicht vorliege, könne «die Klage darauf gerichtet werden, dass der frühere Zustand wiederhergestellt werde oder dass der Beklagte die Kosten erstatte, welche nötig sind, um eine völlige Wiederherstellung des früheren Zustandes zu bewirken oder, falls dies nicht möglich ist, einen Zustand herzustellen, welcher dem Verletzten wenigstens doch dieselben Annehmlichkeiten und Vorteile wie der frühere Zustand gewährt».

len und immateriellen Schäden gleichermassen Anwendung finden[39]. So wird bei Zusprechung von Reparaturkosten, die über den Marktwert der Sache hinausgehen, zwangsläufig in gewissem Umfange Rechtsschutz für immaterielle Interessen gewährt. Dies gilt vor allem auch für Heilungskosten von Haustieren. Deren Marktwert ist oftmals vernachlässigbar gering, so dass die Restitution in der Hauptsache das Affektionsinteresse schützt[40]. Vollständig durchbrochen wird die Grenze zum Nichtvermögensschaden bei Gütern ohne jeglichen Marktwert; zu denken ist etwa an ein beschädigtes Familienbild[41]. Während also die Kompensation bloss das *Wertinteresse* erfasst, kann die Restitution auch das *Affektionsinteresse* schützen.

Besondere Bedeutung kommt überdies dem Umstand zu, dass die Kompensation das *Verwendungsplanungsinteresse* nicht berücksichtigt und gescheiterte Verwendungspläne nicht ersetzen kann. Der Grund hierfür liegt darin, dass sich in der Wertbemessung nicht niederschlägt, was der Betroffene mit dem beeinträchtigten Gut oder in bezug auf anderweitige Güter plante[42]. Die theoretische Unterscheidung von Restitution und Kompensation darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die beiden Prinzipien der Schadensberechnung eng miteinander verknüpft sind und sich im Hinblick auf eine angemessene Entschädigung des in seinen Rechtsgütern Beeinträchtigten ergänzen[43].

2. *Anwendungsbereich der Restitution und der Kompensation*

a) In Anbetracht dessen, dass die Schadensberechnung aufgrund des Restitutions- und des Kompensationsinteresses dem Umfange nach zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, stellt sich die Frage, wonach zu entscheiden ist, welches Interesse der Geschädigte im konkreten Fall beanspru-

---

[39] Vgl. auch *Stoll*, Remedies, 8-9; *ders.*, Haftungsfolgen, 152 ff.; *Esser/Schmidt* 170; *Brunner* (Fn. 33) N 135 ff.

[40] *Medicus*, JuS 1969 (Fn. 28), 452 f.

[41] *Stoll*, Haftungsfolgen, 153. Hingegen stellt die Freizeit kein schadensersatzrechtlich geschütztes Rechtsgut dar, weshalb entgegen *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 12 bei Entzug von Freizeit der Schädiger nicht Verschaffung entsprechender Freizeit schuldet; vgl. dazu hinten § 7 IV 2 und V 4.

[42] So zutreffend *Brinker* 324, der als Beispiel anführt: «Wenn der Betroffene für seinen Picasso zum Beispiel besondere Tapeten oder Beleuchtungen angebracht hatte oder zur Feier des Bildes zu einem Empfang geladen hatte, so werden diese Positionen nach herkömmlichem Verständnis nicht in den Wert des Bildes einfliessen und demnach im Grundsatz nicht kompensierbar.»

[43] Vgl. *Stoll*, Remedies, 8-9.

chen darf. Wie die Rechtsvergleichung zeigt, muss diesbezüglich in verschiedener Hinsicht differenziert werden.

Zunächst ist danach zu unterscheiden, ob ein Personen- oder ein Sachschaden vorliegt. Bei Personenverletzungen lässt sich nicht von Wertminderung sprechen. In diesem Bereich kann bloss auf das Restitutionsinteresse, d.h. auf die Heilungskosten, abgestellt werden. Ist die Heilung nicht möglich, liegt ein ideeller Schaden vor, der im Rahmen des Schmerzensgeldes abzugelten ist[44]. Die Abgrenzungsfrage zwischen den beiden Interessearten stellt sich hingegen bei Sachschäden. Unbestritten ist, dass die Schadensberechnung nach Massgabe des Restitutionsinteresses die Möglichkeit der Wiederherstellung voraussetzt. Zweifelhaft und umstritten ist indessen, in welchen Fällen eine Wiederherstellung möglich ist[45].

Der schadensfreie Zustand kann genaugenommen nur dadurch hergestellt werden, dass der Schädiger dem Geschädigten dieselbe Sache wieder leistet. Die Restitution kommt bei einem derart engen Verständnis weder bei Beschädigung noch bei Zerstörung, sondern lediglich bei Entziehung der Sache in Betracht[46]. Richtigerweise geht es aber bei der Restitution nicht um die Herstellung des früheren Zustandes, sondern um die *Herstellung* des *hypothetischen Zustandes*, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde[47]. Da Geschehenes nicht ungeschehen zu machen ist, kann die Restitution den Geschädigten meist nicht vollständig in den hypothetischen Soll-Zustand versetzen. Will man das Restitutionsprinzip nicht leerlaufen lassen, hat man sich zweckmässigerweise mit einer Annäherung an den hypothetischen Zustand zu begnügen[48]. Zwischen dem zu schaffenden und dem hypothetischen Zustand dürfen in sachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht keine nennenswerten Unterschiede bestehen[49].

b) Nach § 249 Satz 2 BGB kann der Gläubiger bei «Beschädigung einer Sache ... statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen». Daraus wird abgeleitet, dass die Restitution nur bei Beschädigung, nicht aber bei Zerstörung einer Sache zum Zuge kommen kann. «Denn im Falle ihrer Zerstörung ist ihre Herstellung nicht möglich, ein Geldbetrag für

---

[44] Vgl. nur *Huber* 160.

[45] Vgl. zur Rechtslage in Deutschland statt aller *Staudinger/Medicus* § 249 N 219 ff.; für Österreich vgl. *Koziol* I 177 f.; *Apathy* 48.

[46] *Koziol* I 180.

[47] Richtig *Hagen* (Fn. 14) 61.

[48] *Hagen* (Fn. 14) 62; vgl. bereits *Fischer* 167 ff.; *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, 90 («wirtschaftlich gleichwertiger Zustand»).

[49] So *Lange* 214; *Koziol* I 180 f. («Schaffung eines gleichartigen, wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes»); ferner *Ehrenzweig/Mayrhofer* 311, die darauf hinweisen, dass der Naturalrestitution in Zeiten starker Geldentwertung besondere Bedeutung zukommt.

diesen Zweck daher auch nicht erforderlich.»[50] Der Anspruch gehe auf Ersatz in Geld. Mehrheitlich wird indessen auch die Wiederbeschaffung als Restitution angesehen, wobei danach zu unterscheiden sei, ob es sich um eine vertretbare oder eine unvertretbare Sache handelt. Nur bei letzterer sei die Restitution ausgeschlossen. Diese Unterscheidung entspricht auch der französischen und der älteren österreichischen Rechtslage[51]. Einige Autoren wollen indessen selbst bei Zerstörung einer unvertretbaren Sache die Restitution nicht ausschliessen. Richtigerweise komme es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, weshalb auf die wirtschaftliche Austauschbarkeit der zu ersetzenden Sache abzustellen sei[52].

Unklar ist die praktische Relevanz dieser Diskussion. Diejenigen Autoren, die die Restitution auf die Sachbeschädigung beschränken, billigen dem Geschädigten im Falle einer Zerstörung Geldersatz in der Höhe der Wiederbeschaffungskosten zu. Nichts anderes erhält der Geschädigte auch nach dem Restitutionsprinzip. Auch die Diskussion bezüglich der Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen ist schwer zu verstehen. Wer die Restitution nicht auf vertretbare Sachen begrenzen will, stellt auf die Austauschbarkeit ab, die bei «Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Sachen»[53] nach Massgabe der «Verkehrsanschauung»[54] zu bestimmen ist. Da auch die Frage, ob eine Sache vertretbar oder unvertretbar ist, von der Gepflogenheit des Verkehrs abhängt[55], ist schwer zu sehen, wodurch sich die beiden Ansichten unterscheiden sollen.

c) In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist streitig, ob der Anspruch auf die Wiederherstellungskosten entfällt, wenn der Geschädigte die *beschädigte Sache unrepariert veräussert*[56]. Der BGH gewährt eine Entschädigung bei Fahrzeugen[57], nicht aber bei einem beschädigten Hausgrundstück[58], ohne für diese Differenzierung zureichende Gründe anführen zu können. Jedenfalls vermag der Hinweis, im Unterschied zu den Verwen-

---

[50] *Larenz* 468.

[51] Vgl. zum französischen Recht *Chartier* 192 ff.; siehe auch *Ollier/Le Gall* 10-18. Zum österreichischen Recht *H. Klang/K. Wolff*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1951, 120 m.N.; a.M. *Koziol* I 181; *Rummel/Reischauer* § 1323 N 8.

[52] So *Koziol* I 181 mit Berufung auf *H. Westermann*, Der Inhalt des Ersatzanspruchs bei Gebäudezerstörung und Gebäudeschäden, AcP (156) 1957, 137, 140 ff.; ferner *Rummel/Reischauer* § 1323 N 8 («weil Schaffung einer Ersatzlage genügt»).

[53] *Koziol* I 181.

[54] *Westermann* (Fn. 52) 139 ff.

[55] Vgl. z.B. *v.Tuhr/Peter* 53 f.; *Gauch/Schluep* N 100; *Larenz* 152; *Koziol/Welser* 216.

[56] Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 15; *Staudinger/Medicus* § 249 N 220 f.

[57] BGHZ 66 (1976), 239, 241 ff.

[58] BGHZ 81 (1981), 385, 390 ff.

dungsmöglichkeiten von Grundstücken komme «für Kraftfahrzeuge gängigen Typs nur *eine* wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsart in Frage, nämlich ihr weiterer Einsatz als Verkehrsmittel nach Wiederherstellung ihrer Gebrauchsfähigkeit»[59], nicht zu überzeugen[60]. Richtiger Ansicht nach benötigt man im Falle einer Veräusserung der beschädigten Sache die Reparaturkosten nicht mehr als Massstab zur Berechnung des Schadens. Die bereits ersichtlichen und künftig zu erwartenden Beeinträchtigungen schlagen sich im Verkaufspreis nieder. Der Geschädigte kann den Mindererlös als allgemeinen Vermögensschaden auf den Schädiger überwälzen. Ein Grund für eine weitergehende Entschädigung ist nicht ersichtlich[61], auch nicht bei Fahrzeugen.

d) Ein etwas anders gelagertes Problem stellt sich bezüglich der widerrechtlichen *Belastung* des Betroffenen mit einer *Verbindlichkeit* gegenüber einem Dritten. Im Regelfall macht es keinen Unterschied, ob der Ersatz aufgrund des Restitutions- oder des Kompensationsprinzips ermittelt wird; beide Male hat sich der Ersatz an der Höhe der Verbindlichkeit zu orientieren. Ist der Betroffene aber vermögenslos, kann der kompensative Ersatz nicht höher sein als derjenige Betrag, den der Betroffene zur Tilgung der Verbindlichkeit aufzuwenden vermag[62]. Die überzeugendere Auffassung ist daher, dass der Ersatzpflichtige Restitution schuldet, den Betroffenen infolgedessen von der Verbindlichkeit zu befreien hat[63].

e) Fraglich ist, ob der Restitutionsgedanke auch bei *Folgeschäden* Anwendung findet. Auf den entgangenen Gewinn als bedeutendste Form eines Folgeschadens ist die Restitution ohnehin nicht anwendbar; er ist nur der Kompensation zugänglich[64]. Aber auch bei anderweitigen Folgeschäden kann die Restitution nicht unbesehen angewendet werden; dies gilt namentlich dann, wenn die immateriellen Aspekte überwiegen. Hier besteht in besonderem Masse die Gefahr, dass immaterielle Schäden «materialisiert» werden, indem der Geschädigte restitutive Massnahmen zur Beseitigung des

---

[59] BGHZ 66 (1976), 239, 244.

[60] Welche wirtschaftlich sinnvollen Nutzungsarten lassen sich etwa bei einem Einfamilienhaus, einem Geschäftshaus, einem Lagerhaus denken? Vgl. auch *Köhler* 361; *Honsell/Harrer* 166; kritisch sodann *G. Schiemann*, Die Grenzen des § 249 S. 2 BGB, DAR 1982, 309 f. Zustimmend aber *D. Medicus*, Gründe und Grenzen des Ersatzes «fiktiver Schäden», DAR 1982, 352, 359.

[61] Dies erkennt im Grunde auch der BGH in der Entscheidung betreffend das Hausgrundstück, BGHZ 81 (1981), 385, 392.

[62] Zu diesem aus der Differenzlehre folgenden Ergebnis gelangte das deutsche RG in verschiedenen Entscheidungen; vgl. die Nachweise bei *Stoll*, Haftungsfolgen, 192 Fn. 222.

[63] So die herrschende Lehre in Deutschland, vgl. z.B. *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 12. Vgl. auch NJW-RR 1989, 211, 213, 1043, 1044.

[64] *Stoll*, Haftungsfolgen, 296.

Schadens ergreift und die Kosten dem Schädiger in Rechnung stellt[65]. Dieser Ansatz versucht in anderen Worten, durch eine weite Interpretation der Herstellungsmöglichkeit die Entschädigung der immateriellen Schäden grosszügiger zu handhaben. So liesse sich etwa vertreten, dass der ausgefallene Urlaub in Griechenland durch eine Reise nach Florida ersetzt[66] und der entgangene Karajan-Konzertgenuss gleichwertig durch ein Böhm-Konzert ausgeglichen werden könne[67]. Denkbar ist ferner, bei Zerstörung eines Hirschgeweihes, das von einem durch den Geschädigten in Ungarn geschossenen Hirsch stammt, als Ersatz für die Jagdtrophäe denjenigen Betrag zuzusprechen, der für die Erlegung eines gleichwertigen Hirsches in demselben Land aufzuwenden wäre[68]. Bei einem noch weiteren Verständnis der Restitutionsmöglichkeiten lässt sich für den ganzen immateriellen Bereich eine Entschädigung begründen. Es lässt sich nämlich bei fast allen immateriellen Schäden ein nicht in Geld bestehendes Äquivalent, eine «Ersatzfreude», ausdenken, dessen Kosten man dem Ersatzpflichtigen in Rechnung stellen kann[69]. Zu denken ist etwa an den infolge der Tötung eines Haustieres, der Beschädigung einer aufwendigen Bastelarbeit und dergleichen empfundenen Kummer, welcher mit dem Besuch einer Opernaufführung oder gar einer Ferienreise gelindert wird[70]. Jegliche Grenze zwischen materiellen und immateriellen Schäden entfällt, wenn man diese Kosten – der herrschenden Meinung folgend[71] – auch dann gewährt, wenn der Geschädigte die Wiederherstellung nicht beabsichtigt.

Gegen die Anwendung der Restitution auf immaterielle Folgeschäden wendet STOLL[72] mit Recht ein, es handele sich dabei um die Verschaffung eines nicht in Geld bestehenden Äquivalents für einen individuellen Verlust, der sich nicht mehr aus der Welt schaffen lässt, und laufe deshalb auf einen «Naturalersatz für einen nicht fungiblen, immateriellen Wert» hinaus. Folge man diesem Ansatz, müsste man immaterielle Einbussen allgemein als mate-

---

[65] *Stoll*, Haftungsfolgen, 164.

[66] Vgl. einen entsprechenden Fall in OLGZ 1982, 460, 463; das OLG München lehnte einen Ersatz ab.

[67] Kritisch dazu *Brinker* 65 und 325, der auf eine entsprechende Auffassung bei *H. Ellrich*, Der Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungsschäden, Diss. Giessen 1972, 10, hinweist.

[68] Das OLG Köln lehnte einen dahingehenden Anspruch ab, OLGZ 1973, 7. Vgl. auch BGHZ 92 (1984), 85 (hinten Fn. 110).

[69] *H. Stoll*, Anmerkung zu BGHZ 63, 98, JZ 1975, 252, 254.

[70] *Stoll*, Haftungsfolgen, 164.

[71] Vgl. zu diesem Problemkreis hinten § 5.

[72] In einer Anmerkung zu BGHZ 63, 98, betreffend eine Geldentschädigung für verdorbene Ferienzeit in Höhe des Aufwandes für einen Ersatzurlaub, JZ 1975, 252, 254.

riellen Schaden anerkennen, da es keinen Unterschied macht, ob man jene unmittelbar in Geld umsetzt oder sich erst ein immaterielles Äquivalent ausdenkt, dessen Kosten dann dem Ersatzpflichtigen in Rechnung gestellt werden[73].

III. Ersatz des Restitutionsinteresses

1. Begrenzung des Anspruches

a) Bei der Problematik der Schadensbestimmung aufgrund des Restitutionsprinzips geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Geschädigte vom Schädiger Ersatz seiner Aufwendungen zur Wiederherstellung des verletzten Rechtsgutes beanspruchen kann. Das Problem liegt vor allem darin, dass der Geschädigte in der Regel frei entscheiden kann, ob und in welchem Umfang er solche Aufwendungen tätigen will, und damit auch den Umfang der Ersatzpflicht massgeblich bestimmt. Es ist daher zu prüfen, inwiefern der Restitutionsanspruch zu begrenzen ist[74].

b) Im *schweizerischen* Recht wäre der Restitutionsanspruch wohl nach dem Adäquanzkriterium zu begrenzen[75]. Diese Ansicht entspricht auch der älteren Lehre und Rechtsprechung in Deutschland. Es müsste daher danach gefragt werden, ob das schädigende Ereignis generell geeignet war, den Geschädigten zu den getätigten Aufwendungen für die Wiederherstellung zu veranlassen[76]. Die Adäquanz vermag indessen den Restitutionsanspruch nicht sinnvoll zu begrenzen. Dass der Geschädigte Aufwendungen zur Wiederherstellung einer beschädigten Sache tätigt, ist selbst dann nicht aussergewöhnlich, wenn der Wert durch die Beschädigung keine oder nur eine geringfügige Verringerung erfahren hat. So liess z.B. in einem englischen Fall[77]

---

[73] *Stoll* a.a.O.; ebenso *Soergel/Mertens* vor § 249 BGB N 91, welcher «bei Schäden in Form der Beeinträchtigung von Dispositionen einen Naturalersatz durchweg als ausgeschlossen» erachtet.

[74] Vgl. dazu vor allem *W. Grunsky*, Wert des verletzten Rechtsguts und Begrenzung der Wiederherstellungskosten, 25 Jahre Karlsruher Forum, Karlsruhe 1983, 101–105; *Stoll*, Haftungsfolgen, 155 ff.; *Huber* 141 ff.

[75] Ausdrückliche Stellungnahmen finden sich in den Kommentaren und Lehrbüchern nicht.

[76] Vgl. z.B. *Medicus*, JuS 1969 (Fn. 28), 450 f., welcher die Ansicht vertritt, «der vorhersehbar unnütze Aufwand ist kein adäquater Schaden» (451). In die ohnehin überfrachtete Adäquanzformel wäre nach dieser Auffassung auch der subjektive Wissensstand des Betroffenen hinsichtlich der Rentabilität einer Wiederherstellung zu integrieren.

[77] Court of Appeal, Darbishire v. Warran, Weekly Law Reports 1963/1, 1067.

der Geschädigte sein gut gewartetes Fahrzeug reparieren, obwohl er von der Werkstatt und der Versicherung darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die Reparatur «uneconomic» sein würde. Die Kosten beliefen sich auf das Doppelte des Anschaffungspreises eines ähnlichen Wagens. Das Gericht schloss nicht aus, dass die Reparatur aus Sicht des Geschädigten vernünftig war; entscheidend sei indes eine objektive Beurteilung, d.h., ob er «from the point of view of a businessman»[78] seiner Schadensminderungspflicht nachkam[79]. Mit der Adäquanz hat diese Abgrenzung nichts zu tun.

Im *österreichischen* Recht erfolgt die Grenzziehung nach der «Tunlichkeit». Als untunlich bezeichnet man gelegentlich jene Wiederherstellungskosten, die den Wertersatz, d.h. den «Schätzwert im Unfallzeitpunkt»[80], wesentlich übersteigen[81]. Diese Auffassung geht meines Erachtens aus einem doppelten Grunde fehl: Zum einen trägt ein einheitlicher Massstab den Gegebenheiten der unterschiedlichen Fälle nicht Rechnung. Zum anderen ist nicht auf den Veräusserungs-, sondern auf den Beschaffungswert abzustellen; denn schliesslich hat der Geschädigte bei Untunlichkeit Anspruch auf die Kosten einer Ersatzanschaffung. Dagegen ist der österreichischen Rechtslage insofern zuzustimmen, als sie darauf abstellt, ob die Wiederherstellung *wirtschaftlich vertretbar* oder aus anderen Gründen tunlich ist.

c) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung werden mithin nicht aufgrund der Adäquanz, sondern nach ihrer *Angemessenheit im Hinblick auf die konkreten Umstände* begrenzt[82]. Die Angemessenheit bestimmt sich danach,

---

[78] A.a.O. 1076.

[79] A.a.O. 1072: «It may well be that the plaintiff, so far as he himself was concerned, did act reasonably and that what he got was of more value to him than the damages represented by the value of the car. The plaintiff, however, did not show that he had any special use for which this car alone was suitable, as, for instance, in his business, or anything more than that it was a sound car very well maintained and suited to his ordinary life ... The true question was whether the plaintiff acted reasonably as between himself and the defendant and in view of his duty to mitigate the damages.» Siehe aber High Court, Queen's Bench Division, O'Grady v. Westminster Scaffolding, Ltd., Lloyd's List Law Reports 1962/2, 238, 239: Bei einem älteren Fahrzeug wurden substantiell über dem Marktwert liegende Reparaturkosten mit der Begründung zugesprochen, der Wagen sei durch liebevolle Pflege sowie umfangreiche Ausbesserungs- und Ausstattungsarbeiten zu einer einzigartigen Sache geworden, welche den Eigentümer mit «pride and joy» erfülle; in Darbishire v. Warran (Fn. 77) 1072 sah man den Unterschied zu diesem Fall darin, dass «it was a remarkable vehicle, having been supplied by the plaintiff, the apple of whose eye it was, with no less than three new engines, a new body, and other replacements».Vgl. dazu auch *McGregor* N 1248. Allgemein zur Schadensminderungspflicht hinten § 10 I.

[80] *Ehrenzweig/Mayrhofer* 311 Fn. 9.

[81] OGH JBl 1978, 162, 165; siehe auch die Nachweise in *Koziol* I 182.

[82] Wie vorne dargelegt wurde, versteht man im schweizerischen Recht unter Adäquanz sowohl die allgemeine Eignung, die aufgrund eines nachträglichen Wahrscheinlichkeitsurteils

«welche Aufwendungen ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der besonderen Lage des Geschädigten machen würde»[83]. Eine weitergehende Konkretisierung ist nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf einzelne Schadensgruppen möglich.

2. *Einzelne Fallgruppen*

a) Bei *Sachbeschädigungen* ist im Regelfall auf die Verhältnismässigkeit der Reparaturkosten zur objektiven Wertminderung abzustellen[84]. Sachgerecht unterscheidet man diesbezüglich im französischen Recht zwischen ersetzbaren und nichtersetzbaren Sachen[85]. Bei ersetzbaren Sachen können die Reparaturkosten dem Geschädigten in Rechnung gestellt werden, selbst wenn der Betrag über dem Verkaufswert liegt, wobei der Wiederbeschaffungswert die Obergrenze bildet[86]. Handelt es sich hingegen um eine unersetzbare Sache, können die Kosten für die Wiederherstellung – gemäss Auffassung in der französischen Literatur – unabhängig von deren Höhe gefordert werden[87]. In der amerikanischen Rechtsprechung bestehen dagegen keine allgemein anerkannten Berechnungsregeln. Während einige Gerichte Wiederherstellungskosten bis zur Höhe des Marktwertes der Sache vor der Schädigung zusprechen, bezeichnen andere zu Recht die Wertminderung als Obergrenze[88]. Im allgemeinen ist nämlich nicht zu begründen, weshalb ein

---

zu beurteilen ist und damit auch aussergewöhnliche Folgen umfasst, als auch Angemessenheit; vgl. *Oftinger* 72 f. und 75; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 122 und 162. Bei Zugrundelegung einer derart unbestimmten Definition, die letztlich nicht viel mehr besagt, als dass die Zurechnung von Einbussen und die Schadenersatzbegrenzung nach Billigkeitsgesichtspunkten zu erfolgen hat, könnte das Adäquanzkriterium freilich auch für die Begrenzung der Aufwendungen zur Schadensbeseitigung herangezogen werden.

[83] *Köhler* 349, mit Nachweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

[84] Vgl. etwa *Rey* N 322. Zum amerikanischen Recht siehe etwa Restatement 2d of Contracts § 348(2)(b), comment c: «If an award based on the cost to remedy the defects would clearly be excessive and the injured party does not prove the actual loss in value to him, damages will be based instead on the difference between the market price that the property would have had without the defects and the market price of the property with the defects.»

[85] *Chartier* 192; vgl. auch *Ollier/Le Gall* 10-18.

[86] Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Chartier* 195 f., welcher die Rechtsprechung dahingehend zusammenfasst, «que le coût de réparations peut être supérieur à la valeur vénale jusqu'à atteindre la valeur de remplacement, mais que si les réparations sont plus chères que cette dernière, seule celle-ci doit être retenue» (196).

[87] Siehe z.B. *Chartier* 193.

[88] Vgl. *Harper/James/Gray* 536 ff. und Blashfield Automobile Law and Practice, Bd. XV, 3. Aufl., St. Paul 1969, § 480.1 Fn. 4 je mit zahlreichen Nachweisen auf die Rechtsprechung. Siehe auch ausführlich Court of Appeal of Georgia, Bowling v. Gober, South Eastern Reporter 2d 424 (1992), 335, 337 f.

etwaiger Restwert ausser acht zu lassen ist. Handelt es sich also um eine vertretbare Sache und ist keine besondere Beziehung des Geschädigten zum betroffenen Gut vorhanden, dann sollten die Reparaturkosten nicht über die Wiederbeschaffungskosten abzüglich des Restwertes hinausgehen dürfen.

In Abweichung dieser Regeln lässt die deutsche Rechtsprechung im Fahrzeugbereich die Reparaturkosten selbst dann noch als verhältnismässig gelten, wenn sie den Wiederbeschaffungspreis für einen Gebrauchtwagen um nicht mehr als dreissig Prozent übersteigen[89]. Weshalb die Reparaturkosten gerade bei Fahrzeugen eine derart grosse Abweichung von den Wiederbeschaffungskosten aufweisen dürfen, ist nicht einzusehen[90]. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass der Geschädigte das eigene – wenngleich durch den Unfall beschädigte – Fahrzeug kennt, das statt dessen erworbene gebrauchte Ersatzfahrzeug hingegen nicht[91]; doch darf dieses «Integritätsinteresse» (bzw. die subjektiv verständliche Abneigung gegen den Erwerb eines Gebrauchtwagens[92]) nicht mit dreissig Prozenten der Beschaffungskosten veranschlagt werden. Reparaturkosten, die über die Beschaffungskosten hinausgehen, lassen sich richtiger Ansicht nach nur im Rahmen des sogenannten Prognoserisikos rechtfertigen. Denn das Risiko einer Fehlbeurteilung über die Höhe der Reparaturkosten und Fehler der Werkstätte bei der Reparaturvornahme gehen zu Lasten des Schädigers[93]. Unverständlich ist

---

[89] Sogenannter Integritätszuschlag, so BGHZ 115 (1991), 364, 373. Weitere Nachweise bei *Lange* 401 Fn. 857; *MünchKomm/Grunsky* § 249 Fn. 11. Zu den Einzelheiten, insbesondere zur Frage, ob der Zuschlag vom Wiederbeschaffungs*wert* oder von den (um den Restwert verminderten) Wiederbeschaffungs*kosten* zu rechnen ist, vgl. *R. Weber*, Die 30% Grenze bei Kraftfahrzeug-Reparaturkosten, DAR 1991, 11–16.

[90] Ebenso *W. Grunsky*, Anmerkung, JZ 1992, 806, 807: «Bei einem Kühlschrank dürfte kaum jemand auf den Gedanken kommen, über den Wiederbeschaffungswert hinaus einen Integritätszuschlag im Falle der Reparatur anzuerkennen. Wieso das Auto hier eine Sonderstellung einnehmen soll, bleibt eine offene Frage.» Wie die Erfahrungen in Deutschland zeigen, besteht im übrigen ein Anreiz, wirtschaftlich unvernünftige Reparaturen durchführen zu lassen; vgl. etwa BGHZ 115 (1991), 364: Reparaturkosten in der Höhe von ca. 93'000 DM zuzüglich Wertminderung von 5'000 DM, obwohl Aufwand für Ersatzbeschaffung bloss 75'000 DM betrug. Die amerikanische Rechtsprechung lehnt Reparaturkosten, die über die Wertminderung hinausgehen, ebenfalls ab. Zu entschädigen ist «either the reasonable cost of repairs necessary to put the vehicle in the same condition it was before the accident, or, in the alternative, the difference between its value immediately before and immediately after the accident, whichever is less», American Jurisprudence 2d 8, § 1130 m.N.

[91] So die Begründung in BGHZ 115 (1991), 364, 371; zustimmend die h.L. in Deutschland, vgl. z.B. *Esser/Schmidt* 193; *Staudinger/Medicus* § 251 N 21.

[92] *Lange* 401.

[93] Zu den Einzelheiten der Restitutionsposten im Gefolge von Sachschäden an Fahrzeugen *Lange* 396 ff.; ausführliche Darstellung dieses Rechtsgebietes *G. Sanden/J. Völtz*, Sachschaden des Kraftverkehrs, 6. Aufl., München 1994; für die Schweiz *B. Rusconi*, Le préjudice automo-

ferner, weshalb der BGH die 130%-Grenze nach dem Wiederbeschaffungswert bestimmt, ohne den Restwert des beschädigten Fahrzeugs in Abzug zu bringen[94]. Übersteigen dagegen die Reparaturkosten die 130%-Grenze, so soll der Geschädigte nur den Wiederbeschaffungswert ohne den Integritätszuschlag erhalten[95]. Demgegenüber sei der Integritätszuschlag geschuldet, wenn die Reparatur «zwar mehr als 130% des Wiederbeschaffungswertes kosten würde, der Geschädigte es aber schafft, sie mit einem Kostenaufwand durchzuführen, der zwischen 100% und 130% des Wiederbeschaffungswertes liegt»[96], oder wenn die 130%-Grenze deshalb nicht überschritten wird, weil «der Geschädigte sich zunächst mit einer Wiederherstellung der Fahrtüchtigkeit begnügt, rein optische Schäden aber einer späteren, auf eigene Kosten vorzunehmenden Ausbesserung überlässt»[97]. Diese Differenzierungen sind nicht nur logisch nicht haltbar[98], sie laden auch zu Manipulationen ein[99]. Der Geschädigte wird geradezu gezwungen, sich zwei Rechnungen ausstellen zu lassen, von denen die eine knapp unter der 130%-Grenze liegt[100].

Bei *Baumängeln* sind die Reparaturkosten dem Minderwert gegenüberzustellen. Die Angemessenheit der Wiederherstellungskosten ist freilich in

---

bile, Freiburg i.Ü. 1966, sowie die Beiträge in: Der Automobilschaden, Juristische Publikationen des Automobil-Clubs der Schweiz, Nr. 1, Bern 1968.

[94] Vgl. die Nachweise bei *E. Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057, 2060 Fn. 26. Der ehemalige Vorsitzende desjenigen BGH-Senats, der die massgeblichen Entscheidungen zum Schadensrecht fällt, begründet diese Rechtsprechung folgendermassen: «Weniger normativ als aus Gründen der Praktikabilität akzeptieren wir heute ein Mehr an Reparaturkosten von 30 v.H. über dem Preis für einen Ersatzwagen, von dem wir heute den Restwert des Unfallwagens nicht mehr abziehen wegen des Geschreis, das man um seine Berechnung gemacht hat»; a.a.O. 2060.

[95] BGHZ 115 (1991), 375, 380, wonach die Reparaturkosten «nicht in einen vom Schädiger auszugleichenden wirtschaftlich vernünftigen Teil und einen vom Geschädigten selbst zu tragenden wirtschaftlich unvernünftigen Teil aufgespalten werden» dürfen.

[96] *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 7b.

[97] *H. Lange*, Anmerkung, JZ 1992, 482 f.

[98] Weshalb sollten bei einem Beschaffungswert von 20'000 Fr. und einem Restwert von 10'000 Fr. Reparaturkosten in der Höhe von 26'000 Fr. gefordert werden können? Vgl. auch das Beispiel bei *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 7b; gleichwohl stimmt *Grunsky*, JZ 1992 (Fn. 90), 807, dem BGH zu: «Dies entlastet die Schadensabwicklung von den oft leidigen Streitigkeiten um die Höhe des Restwerts.»

[99] So werden die Haftpflichtversicherer bestrebt sein, in Grenzfällen die erforderlichen Reparaturkosten eher zu hoch anzusetzen, um bloss den Beschaffungswert zu ersetzen, und die Geschädigten Gegenstrategien entwickeln, um in den Genuss der Reparaturkosten in der Höhe von 130% des Beschaffungswertes zu gelangen; vgl. *Huber* 189 f.; kritisch zu dem Integritätszuschlag auch *Grunsky*, JZ 1992 (Fn. 90), 807. Siehe demgegenüber die Stellungnahme von *Lange*, JZ 1992 (Fn. 97), 482, 483, welcher die Berücksichtigung solcher Erwägungen als «Kapitulation des Rechts vor der Schlechtigkeit dieser Welt» charakterisiert.

[100] So auch *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 7b.

zahlreichen Fällen grosszügiger zu handhaben als im Fahrzeugbereich[101]. Zu unterscheiden sind Renditeobjekte auf der einen Seite und selbstgenutzte Wohnhäuser, kulturhistorische Gebäude und dergleichen auf der anderen Seite[102]. Wesentlich ist überdies, in welchem zeitlichen Abstand ohnehin Renovierungsbedarf bestand. Im Hinblick auf die verschiedenartigen Interessenlagen lässt sich keine Faustregel hinsichtlich der Angemessenheitsfrage aufstellen[103]. Dies gilt noch ausgeprägter für andere Sachgüter, an denen der Geschädigte aus subjektiv verständlichen Gründen besonders hängt, wie z.B. Kunstgegenständen, Familienandenken[104], und in besonderem Masse bei der Verletzung von Haustieren[105]. In diesen Fällen besteht ein Wiederherstel-

---

[101] So hat etwa der BGH Aufwendungen von 13 262 DM als nicht unverhältnismässig hoch gegenüber einem Minderwert von 7020 DM bezeichnet, siehe *Lange* 236 Fn. 129. In diesem Sinne auch die überwiegende Auffassung in der amerikanischen Rechtsprechung; vgl. *Dobbs* 500. Ein Teil der Gerichte begrenzt aber die Wiederherstellungskosten auf den Marktwert des Gebäudes, vgl. z.B. Supreme Court of Nebraska, «L» Investments, Ltd. v. Lynch, North Western Reporter 2d 322 (1982), 651, 656, wonach «the award for such damage should not exceed the market value of the property immediately preceding the damage to the property. It seems that one ought not to be able to recover a greater amount for partial destruction than one could recover for total destruction.»

[102] Zur Begrenzung des Nachbesserungsanspruches im Werkvertragsrecht vgl. BGE 111 II (1985), 173; kritisch dazu *A. Koller*, Ausschluss der Nachbesserung im Falle «übermässiger Kosten» (Art. 368 Abs. 2 OR), Baurecht 1986, 10–12.

[103] Ebenso *Lange* 418. Vgl. auch American Jurisprudence 2d 22, § 418, wonach es bei Gebäudeschäden nicht möglich sei, «to state a single rule of damages which applies invariably to cases of this type, as the facts vary from case to case».

[104] Vgl. auch Restatement 2d of Torts § 928, comment a: «If, however, the chattel has peculiar value to the owner, as when a family portrait having substantially no exchange value has been harmed ... it may be reasonable to make repairs at an expense greater than the cost of another chattel.»

[105] Vgl. etwa *Grunsky*, 25 Jahre Karlsruher Forum (Fn. 74), 102: «Wollte man (bei der Beschränkung der Wiederherstellungskosten) auf den Marktwert des Tieres abstellen, so hätte der Rassehund Heilungschancen, von denen die Promenadenmischung nicht einmal träumen könnte. Viele Tiere dürften mangels eines Marktwertes wohl nicht einmal einer einfachen Behandlung wie der Injektion einer Spritze unterzogen werden.» Ausführlich auch *M. Gimpel-Hinteregger*, Das Tier als Sache und Ersatz der Heilungskosten für ein verletztes Tier, ÖJZ 1989, 65–70. In Deutschland und Österreich wurde die Entschädigung für Heilungskosten bei Tieren in den letzten Jahren gesetzlich speziell geregelt. § 1332a ABGB: «Wird ein Tier verletzt, so gebühren die tatsächlich aufgewendeten Kosten der Heilung oder der versuchten Heilung auch dann, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen, soweit auch ein verständiger Tierhalter in der Lage des Geschädigten diese Kosten aufgewendet hätte.» § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB: «Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.» In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die neue Vorschrift überflüssig ist, da die Ersatzfähigkeit der Heilungskosten bei Tieren schon nach früherem Recht nicht auf den materiellen Wert des Tieres begrenzt war; statt aller *MünchKomm/Grunsky* § 251 N 23; *Gimpel-Hinteregger* a.a.O.

lungsinteresse auch dann, wenn die ökonomischen Auswirkungen gering sind[106].

b) Ist die Sache *zerstört* oder sind die *Reparaturkosten unangemessen*, hat der Geschädigte Anspruch auf die Wiederbeschaffungskosten einer entsprechenden Sache. Problematisch sind wiederum unvertretbare, für den Geschädigten aus subjektiven Gründen bedeutsame Sachgüter. Beachtung findet vor allem der Ersatz bei Zerstörung von Bäumen. Diesbezüglich stellen sich verschiedene Probleme. So ist die Verschaffung eines Ersatzbaumes heute auch bei sehr alten Bäumen möglich. Wegen der hohen Kosten erscheint jedoch ein vollwertiger Ersatz – von Ausnahmefällen abgesehen – als unverhältnismässig. Zu beachten ist sodann, dass Bäume auf öffentlichen Strassen und Plätzen mangels Veräusserbarkeit keinen Verkehrswert haben. Bei in der Bauzone liegenden Grundstücken ist überdies nicht auszuschliessen, dass die Zerstörung von Bäumen für die Bebaubarkeit vorteilhaft ist, sich der Wert des Grundstücks folglich erhöht[107]. Um unbillige Unterscheidungen zu vermeiden, sollte die Angemessenheit, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, abstrakt festgelegt werden, wobei der Ersatzanspruch in der Regel auf die Neuanpflanzung zu beschränken ist[108].

---

[106] Die Gerichte ziehen die Grenze unterschiedlich weit. Vgl. die Zusammenstellung der entsprechenden Entscheidungen in ZfS 1988, 279; ferner *Lange* 237.

[107] Vgl. auch *Dobbs* 499: «If the defendant bulldozes the plaintiff's trees or his garden, it may be that there is no economic harm at all: the land may be worth as much or more than before because it can be readily used for a housing development.» Siehe auch den Fall in BGH NJW 1988, 1837, 1938, in dem die unerlaubte Zerstörung eines unter Denkmalschutz stehenden Gebäudes den Wert des Grundstückes erhöhe, ein Schaden mithin zu verneinen sei.

[108] Grosszügiger die deutsche Rechtsprechung, welche meist dem von *W. Koch* ausgearbeiteten «Sachwertverfahren» folgt: Verkehrs- und Schadensersatzwerte von Bäumen, Sträuchern, Hecken, Obstgehölzen und Reben nach dem Sachwertverfahren, 4. Aufl., Bonn 1987; *ders.*, Aktualisierte Gehölzwerttabellen, Bäume und Sträucher als Grundstückbestandteile an Strassen, in Parks und Gärten sowie der freien Landschaft, 2. Aufl., Karlsruhe 1987; Rechtsprechungsnachweise bei *W. Koch*, Das Sachwertverfahren für Bäume in der Rechtsprechung, VersR 1990, 573–597; grundlegend BGH NJW 1975, 2061, 2062: Entgegen der Vorinstanz erachtet der BGH nicht bloss die Kosten für Erwerb und Anpflanzung eines jungen Baumes zuzüglich eines Zuschlages für das Anwachsrisiko als ersatzfähig, sondern will darüber hinaus auch eine Verzinsung des «Anfangswertes» sowie die weiteren Pflegekosten bis zum Erreichen des Alters des zerstörten Baumes gewähren; kritisch zu dieser Entscheidung *H. Franzki*, Der Bundesgerichtshof und die alte Kastanie, DRiZ 1976, 113 f.; siehe auch die Bedenken gegen das Kochsche Sachwertverfahren bei *Palandt/Heinrichs* § 249 N 26: Dessen Methode führe «zu übersetzten Entschädigungsbeträgen, die mit den Mehrpreisen, die bei Grundstückverkäufen für den Baumbestand bezahlt werden, kaum zu vereinbaren sind»; ausführlich auch *Staudinger/Medicus* § 251 N 76 ff. Im Einzelfall können sich freilich Differenzierungen aufdrängen; zutreffend *Grunsky*, 25 Jahre Karlsruher Forum (Fn. 74), 102: «Vor allem ist Baum nicht gleich Baum. Bei der tausendjährigen Eiche sind sicher andere Massstäbe anzulegen als bei einer erst vor kurzem gesetzten Tanne, für die bei jeder Baumschule sofort Ersatz beschafft werden kann.» Vgl. auch die differenzierten Regeln in American Jurisprudence 2d 22,

Einen interessanten Grenzfall bildet der in der deutschen Literatur viel besprochene Fall, in dem ein in jahrelanger Arbeit gefertigtes, einzigartiges Modellboot zerstört wurde. Der Kläger verlangte Ersatz für die Herstellungskosten, namentlich für die dabei aufgewandte Arbeitszeit, in der Höhe von 90'000 DM. Die Vorinstanz gewährte lediglich die Materialkosten für den Neubau eines Bootes, nicht aber die Lohnkosten, da der Bau Ergebnis gestalteter Freizeit sei[109]. Der BGH lehnte die Kosten der Wiederherstellung ebenfalls ab, gewährte aber Ersatz in der Höhe des Veräusserungswertes[110]. Nach MEDICUS[111] ist die BGH-Entscheidung insofern widersprüchlich, als das Modellboot einesteils als ein «nicht marktgängiges Einzelstück» bezeichnet wird, das Gericht aber anderenteils den beeinträchtigten Vermögenswert aus dem Marktgeschehen ermitteln will. Dieser Einwand übersieht, dass auch Einzelstücke, für die auf dem Markt kein Ersatzstück zu beschaffen ist, sehr wohl einen Verkaufswert haben können. Nach LANGE[112] ist von den Wiederherstellungskosten auszugehen, davon sind aber die ideellen Momente (Bastlerglück und Bastlerstolz) zu eliminieren. Im Ergebnis unterscheidet sich diese höchst unbestimmte Berechnungsregel kaum vom (zugegebenermassen ebenfalls schwer abzuschätzenden) Veräusserungswert. Ein Gut, das keinen Verkaufswert aufweist, weil niemand es will, ist eben ausschliesslich von ideellen Momenten bestimmt. Je höher der Verkaufswert, desto geringer ist der ideelle Anteil des Gutes.

Nach STOLL[113] ist der Wert des investierten Materials oder der aufgewandten Arbeit unbeachtlich; der Vermögensschaden erschöpft sich vielmehr in dem zu schätzenden Veräusserungswert des Bootes. Diese Auffassung weckt aus folgender Überlegung Zweifel: Wurde die Sache nicht zerstört, sondern bloss beschädigt, ist unstreitig, dass bei bestimmten Gütern Reparaturkosten auch dann zu ersetzen sind, wenn sie über deren Marktwert

---

§§ 424 f.; siehe auch Court of Appeal of North Carolina, Harper v. Morris, South Eastern Reporter 2d 365 (1988), 176, 177, wonach zu den massgeblichen Faktoren gehören «the purpose for which these particular trees and shrubs cut, were grown and maintained; the cost of replacement or restoration of the same to the extent that it is reasonable and practicable; that is, not being excessive in relation to the damage to the land itself; and the contemplated use of the particular lands from which the timber and shrubs were cut or removed, including any aesthetic value to the landowners of such trees and shrubs».

[109] OLG Köln VersR 1983, 377, 379.

[110] BGHZ 92 (1984), 85 = JZ 1985, 39 mit zustimmender Anm. *Medicus* = JR 1985, 192 mit Anm. *G. Hohloch* (Materialkosten als Mindestschaden); vgl. dazu auch *E. Schmidt*, Das zerstörte Unikat, JuS 1986, 517–522; *Lange* 53; *Stoll*, Haftungsfolgen, 304 f.

[111] Anmerkung, JZ 1985, 42, 43; ebenso *W. Grunsky*, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, JZ 1986, 170, 171; *Lange* 53.

[112] S. 53.

[113] Haftungsfolgen, 305.

hinausgehen[114]. Weshalb sollten aber bei Beschädigungen Reparaturkosten in weit höherem Umfange gefordert werden können als bei Zerstörung und anschliessender Neukonstruktion? Um diese nicht zu begründende Ungleichbehandlung zu vermeiden, ist der Verkaufswert bloss als *Mindestschaden* zu bezeichnen. Bei Sachgütern, bei denen über den Marktwert hinausgehende Reparaturkosten zuerkannt werden, sollte infolgedessen der ausserordentliche oder der besondere Wert der Sache für den Eigentümer auch im Falle der Zerstörung angemessene Berücksichtigung finden, sofern der Geschädigte die Wiederherstellung der beschädigten Sache tatsächlich vornimmt. Eine über den blossen Veräusserungswert hinausgehende Entschädigung lässt sich aufgrund dieser Überlegung nicht bloss bei Pflanzen, Kunstgegenständen und Familienandenken, sondern auch bei einem mit grossem Aufwand hergestellten Bastlerwerk rechtfertigen.

c) Bei Aufwendungen im Zusammenhang mit *Personenschäden* fällt die Werteinbusse als Vergleichsmassstab weg. Es liesse sich daher die Ansicht vertreten, die Gesundheit sei so hoch einzuschätzen, dass noch so hohe Kosten die Grenze der Unverhältnismässigkeit nicht überschreiten[115]. Dass diese Auffassung nicht zutreffend sein kann, zeigt der «Narben-Fall». Der BGH lehnte es ab, bei einer weder entstellenden noch schmerzenden geringfügigen Narbe den Aufwand für eine operative Entfernung zuzusprechen[116]. Übertriebenen Aufwand betrieb auch das Opfer eines unbedeutenden Verkehrsunfalles, das sich eine Kur in Meran und anschliessend eine weitere Kur in Arosa verschreiben liess[117]. Auch bei Personenschäden wird daher der Restitutionsanspruch durch das Kriterium der Angemessenheit begrenzt; über die Angemessenheit ist jedoch «nicht vom wirtschaftlichen, sondern vom medizinischen Standpunkt aus zu urteilen»[118]. Die Heilungsmassnahme muss sowohl im Rahmen des ärztlich Verordneten liegen als auch für die Heilung erforderlich sein. Die Heilungskosten dürfen also nicht den zu erwartenden Auswirkungen der Behandlung auf die Erwerbsfähigkeit gegenübergestellt werden. Und es ist auch unerheblich, ob der Heilungserfolg einigermassen sicher, nur wahrscheinlich oder gar unwahrscheinlich ist; ange-

---

[114] Vgl. vorne bei Fn. 104 ff.; dies anerkennt auch *Stoll*, Haftungsfolgen, 298 ff.

[115] In diese Richtung wohl *Koziol* II 127.

[116] Vgl. den Fall in BGHZ 63 (1974), 295 = NJW 1975, 640 = JR 1975, 327 mit kritischer Anm. *R. Jochem*; siehe auch KG VersR 1980, 873. Der Ausgleich hat diesfalls über die Genugtuung zu erfolgen.

[117] LG Düsseldorf VersR 1966, 95; dazu *Lange* 241. Ausführlich zur «necessity and reasonableness of medical expense», American Jurisprudence 2d 22, §§ 201 ff.

[118] Zutreffend *Esser/Schmidt* 188; ferner *Grunsky*, 25 Jahre Karlsruher Forum (Fn. 74), 101.

sichts der besonderen Stellung des Rechtsgutes Gesundheit genügt auch eine minimale Heilungschance.

Entgegen einer gelegentlich vertretenen Ansicht[119] ist bei Personenschäden nicht massgebend, was der Geschädigte selbst ohne einen Ersatzpflichtigen vorgekehrt hätte[120]. Dieses Werturteil lässt sich allerdings nicht mit dem Hinweis untermauern, dass ansonsten «unzulässig zwischen Armen und Reichen zu Lasten jener unterschieden» würde[121], da eine solche Unterscheidung in zahlreichen weiteren Gebieten, namentlich beim Lohnausfall, gilt. Entscheidend ist mithin einzig, ob die konkrete Heilungsmassnahme im Hinblick auf den angestrebten Heilungserfolg *erforderlich* und aus medizinischer Warte *angemessen* ist. In diesem Sinne ist auch die Frage nach der Wahlfreiheit zwischen privatem oder öffentlichem Krankenhaus und privater oder allgemeiner Abteilung zu lösen. Nicht die Lebensweise des Geschädigten, sondern medizinische Gesichtspunkte, namentlich die Schwere der Verletzung, sind massgebend[122].

Entsprechendes gilt auch für die Frage, ob die Kosten für *Besuche der Angehörigen* zu ersetzen sind. Es ist darauf abzustellen, ob die Besuche für den Heilungsprozess notwendig oder doch zumindest förderlich sind[123] und die entsprechenden Kosten infolgedessen angemessene Aufwendungen im Rahmen der Restitution darstellen. Dieser Massstab gilt auch für die notwendigen Kosten im Zusammenhang mit der Begleitung des Geschädigten

---

[119] So etwa *W. Schmidt*, Ersatz der Heilungskosten des Pflichtversicherten, VersR 1966, 614, 615; KG MDR 1973, 495; zurückhaltender *Lange* 309.

[120] *Esser/Schmidt* 188; *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 6.

[121] So *Esser/Schmidt* 188 mit Verweis auf *H. Schroers*, Gesellschaftspolitische Entscheidung durch die Rechtsprechung im Schadensersatzprozess?, ZRP 1974, 10 f.

[122] In diesem Sinne auch *BernerKomm/Brehm* Art. 46 N 11. Vgl. ferner OLG München VersR 1981, 169: private Abteilung bei besonders schweren Verletzungen (neun Operationen) und sehr langem Krankenhausaufenthalt (547 Tage); OLG Oldenburg VersR 1984, 765; OLG Düsseldorf VersR 1985, 644 (besonders schwieriger und risikoreicher Eingriff).

[123] Vgl. BGH JZ 1989, 344, 345, wonach «aufgrund wertender Betrachtung die mit Krankenhausbesuchen bewirkte Förderung des Heilerfolgs noch dem Aufwand für die Heilung des Verletzten zugerechnet» wird. Die Häufigkeit richtet sich nach Art der Verletzung, Alter des Geschädigten und Verwandtschaftsgrad; vgl. *Lange* 308 f. Neben den Reisekosten umfasst der Anspruch auch den unvermeidlichen Verdienstausfall; vgl. *Palandt/Heinrichs* § 249 N 11 m.N. Aufgrund der Schadensminderungspflicht haben die Besuche nach Möglichkeit während der Freizeit zu erfolgen (zum Problem der verdorbenen Freizeit vgl. § 7 IV 2 und V 4). In neuerer Zeit werden auch die Kosten der Beaufsichtigung des Kindes eines Besuchenden als ersatzfähig betrachtet; vgl. *W. Wussow/W.-D. Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht, 14. Aufl., Köln u.a. 1996, N 1821 m.N.; so bereits LG Münster MDR 1969, 481; a.M. LG Köln VersR 1975, 145, 146 (Kosten nicht im Schutzzweck der Norm); *W. Wussow/G. Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 5. Aufl., München 1990, N 176.

durch eine Drittperson[124]. Sodann geht die Pflege zu Hause durch einen Angehörigen ebenfalls zu Lasten des Ersatzpflichtigen, vorausgesetzt, es bedarf einer solchen Pflege. Neben den Kosten ist dem Angehörigen auch ein etwaiger Verdienstausfall zu ersetzen. Obwohl diese Kosten in der Person von Dritten entstehen, können sie vom Geschädigten als eigener Schaden gefordert werden[125]. Hingegen vermag die vom Bundesgericht als Begründung herangezogene Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zu überzeugen, da die Krankenhausbesucher nicht ein fremdes, sondern ein eigenes Geschäft besorgen[126].

d) In Deutschland ist umstritten, ob bei der Angemessenheitsfrage auf das *Verschulden* abgestellt werden darf[127]. Die Einwände weisen vor allem darauf hin, dass die Bestimmungen über den Schadenersatz von pönalisierenden Elementen bewusst frei gehalten wurde. Dabei wird freilich ausgeklammert, dass die Berücksichtigung des Verschuldens auch präventive Zielsetzungen verfolgen kann. Im Hinblick auf das Präventionsprinzip spricht manches dafür, zumindest bei vorsätzlicher Schädigung die Angemessenheit grosszügiger zu beurteilen und in einem bestimmten Umfange auch unangemessene Restitutionskosten zu ersetzen[128]. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass damit immaterielle Schäden ersetzt werden, da deren Ersatzfähigkeit bei der Restitution ohnehin anerkannt ist.

---

[124] Namentlich bei Kindern, gegebenenfalls auch älteren Personen ist eine Begleitung nötig. Der Geschädigte kommt in diesen Fällen bloss seiner Schadensminderungspflicht nach, wenn er sich durch einen Angehörigen begleiten lässt, statt die Dienste eines Dritten zu beanspruchen.

[125] So die deutsche Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Lange* 458 Fn. 26; *Palandt/Heinrichs* § 249 N 11; zustimmend *Staudinger/Medicus* § 249 N 189 f.; eingehend zu den dogmatischen Problemen *H.-J. Seidel*, Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensrecht, VersR 1991, 1319–1328.

[126] Siehe BGE 97 II (1971), 259, 266 f.; ebenso *Oftinger/Stark* § 6 N 111. Wie hier *Seidel* a.a.O. 1323, welcher zudem darauf hinweist, dass der Fremdgeschäftsführungswille fehlt und fraglich erscheint, ob die Geschäftsführung dem wirklichen oder doch zumindest mutmasslichen Interesse des Schädigers entspricht; anders aber BGH NJW 1979, 598.

[127] Bejahend BGH NJW 1970, 1180; *Lange* 237; *Palandt/Heinrichs* § 251 N 7; ablehnend *Staudinger/Medicus* § 251 N 22; *Soergel/Mertens* § 251 N 10; *Esser/Schmidt* 196.

[128] Anschaulich der Entscheid in BGH NJW 1970, 1180: Der Beklagte hatte, ohne den Grenzabstand einzuhalten, eine Baute errichtet, und dies, obwohl die Baugenehmigung versagt wurde und die Baubehörde zwei Bauverbote erlassen hatte. Vgl. zur Berücksichtigung des Verschuldens im Rahmen der Verhältnismässigkeit der Nachbesserungskosten im Werkvertragsrecht *Koller* (Fn. 102) 12; *P. Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, N 1762, 1769, möchte dagegen nur grobe Fahrlässigkeit berücksichtigen.

IV. Ersatz des Kompensationsinteresses

1. Allgemeines

a) Bei der Kompensation wird dem Geschädigten ein Äquivalent für die erlittene Schädigung gewährt. Anders als bei der Restitution geht es nicht um die reale Wiederherstellung des hypothetischen Zustandes, sondern um die wertmässige Wiederherstellung der hypothetischen Verhältnisse[129]. Meist erfolgt dies in Geld als allgemeines Tauschmittel. Im Gegensatz etwa zum BGB[130] darf der schweizerische Richter aber auch Naturalersatz zusprechen, was vor allem bei Störungen der Tauschfunktion des Geldes in Notzeiten bedeutsam werden kann[131].

Die Kompensation wird gelegentlich als das eigentliche Anwendungsgebiet der Differenzlehre bezeichnet[132]. Die Differenzhypothese vermag aber auch in diesem Bereich nicht zu genügen. Sie besagt eben grundsätzlich nicht, für welche Nachteile eine Kompensation zu gewähren ist und was gegebenenfalls umfangmässig als angemessener Ausgleich erachtet werden kann. Dies gilt auch bezüglich Einbussen an Geld oder geldwerten Gütern. So besteht etwa bei Hinzutreten von hypothetischen Schadensursachen oder Tatbeständen der Vorteilsausgleichung ein weiter Wertungsrahmen[133]. Das Kompensationsprinzip lässt aber auch offen, ob der Geldersatz *abstrakt*, unabhängig von den individuellen Verhältnissen des Geschädigten, oder *konkret*, nach Massgabe der Auswirkungen des Schadensereignisses auf das Gesamtvermögen des Betroffenen, zu berechnen ist[134]. Entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht[135] ist die konkrete Schadenberechnung nicht selbstverständlich. In zahlreichen Fallgruppen lässt sich der Schaden nur abstrakt ermitteln. So wird die Dauer eines Erwerbsausfalls in der Schweiz aufgrund der einschlägigen Tabellen von Stauffer/Schätzle festgelegt. Auf die speziellen Verhältnisse des konkreten Sachverhaltes wird bloss in Aus-

---

[129] *Stoll*, Haftungsfolgen, 167.

[130] Dazu *Stoll*, Haftungsfolgen, 169, der darauf hinweist, dass die deutschen Gerichte gleichwohl die Freiheit in Anspruch genommen haben, bei Störung der Tauschfunktion des Geldes Naturalersatz anstelle von Geld zuzuerkennen; vgl. die Rechtsprechungsbeispiele bei *Lange* 216 Fn. 25, die alle aus der unmittelbaren Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg stammen.

[131] *Ehrenzweig/Mayrhofer* 311; *Stoll*, Haftungsfolgen, 169.

[132] Vgl. etwa *Lange* 246.

[133] Dazu vorne § 1 I 3 und 4.

[134] *Stoll*, Haftungsfolgen, 169.

[135] Vgl. *Oftinger* 59, 194, 250 f., der im allgemeinen von der konkreten Berechnung ausgeht und nur ausnahmsweise, bei Vorliegen besonderer gesetzlicher Bestimmungen (namentlich im Transportrecht), die abstrakte Berechnung zulässt; ebenso *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 13 ff.; *Deschenaux/Tercier* § 24 N 12 ff.; *Engel* 342.

nahmefällen abgestellt. Verschiedene Rechtsordnungen legen sich denn auch nicht auf die eine oder andere Art der Schadensberechnung fest[136]; namentlich im angloamerikanischen Recht differenziert man pragmatisch nach Fallgruppen und Art des Einzelschadens[137]. Auch die Kompensation ist daher in hohem Masse von rechtlichen Wertungen bestimmt und damit «alles andere als blosses Rechenexempel oder arithmetische Aufgabe»[138].

b) Die Kompensation findet bei *Sachschäden* und sonstigen *Vermögensschäden*, nicht aber bei Personenschäden Anwendung. Wird bei einem Sachschaden keine Wiederherstellung vorgenommen, so ist Wertersatz zu leisten. Bei marktgängigen Gütern ist der Wert nach dem Marktpreis zu ermitteln[139]. Die Ausführungen in der Literatur wecken in der Regel den Eindruck, dass es nur einen massgebenden Marktpreis gibt. Nun lässt sich aber bei allen Gütern jeweils ein Verkaufs- und ein Einkaufspreis unterscheiden. Da die beiden Beträge teilweise erheblich auseinander liegen, ist nicht unbedeutend, nach welchem sich die Ersatzberechnung zu richten hat. Im Hinblick darauf, dass die Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Gegenstandes unter die Restitution fällt, darf nicht auf die Beschaffungskosten abgestellt werden; massgebend ist vielmehr der Veräusserungspreis. Die Wertbestimmung bereitet indessen dann Schwierigkeiten, wenn es sich um einzigartige Sachen handelt, die zwar ohne Zweifel einen Vermögenswert darstellen, für die jedoch kein Markt besteht. Zu denken ist vor allem an unersetzbare Kunstgegenstände, altertümliche Bücher oder wertvolle Sammelobjekte, sofern sie seit langer Zeit nicht mehr veräussert wurden[140]. Die Kompensation ist aber auch hinsichtlich der sonstigen Vermögensschäden problematisch; auf einige umstrittene Fragen soll im nachfolgenden eingegangen werden.

---

[136] *Stoll*, Haftungsfolgen, 170; *ders.*, Remedies, 8-22 f.

[137] *Dobbs* 223 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen, 295; *ders.*, Remedies, 8-23.

[138] *Stoll*, Haftungsfolgen, 167.

[139] Vgl. dazu aus nationalökonomischer Sicht *V. Mataja*, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888, 157 ff.

[140] Siehe dazu auch die vorne gemachten Ausführungen hinsichtlich des Restitutionsinteresses. Überdies stellt sich bei Gütern, die in nur sehr begrenzter Anzahl existieren, noch eine zusätzliche Schwierigkeit. Durch den Untergang eines der wenigen Exemplare erhöht sich der Wert der übriggebliebenen Stücke. Hat die Berechnung auf den ursprünglichen oder den gegenwärtigen Wert abzustellen? Vgl. den entsprechenden Übungsfall in *H. Honsell*, Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht, Zürich 1992, 34 ff.

2. Erwerbs- und Gewinnausfall

a) Der Vermögensschaden wird gemeinhin unterteilt in den durch das Schadensereignis *entstandenen Verlust* und den *entgangenen Gewinn*[141]. Dieser Unterscheidung kommt insofern eine gewisse Bedeutung zu, als der entgangene Gewinn nur der Kompensation zugänglich ist[142]. Der entgangene Gewinn zeichnet sich aber auch dadurch aus, dass seine Feststellung sowie die Ermittlung der Gewinnhöhe regelmässig mit beweisrechtlichen Unsicherheiten verbunden ist und in erheblichem Masse zu hypothetischen Erwägungen nötigt, wie sich die Vermögensverhältnisse des Geschädigten ohne die Einwirkung des Schadensereignisses entwickelt hätten[143]. Manche Rechtsordnungen sehen Sonderregelungen hinsichtlich der Anforderungen vor, die an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des entgangenen Gewinns zu stellen sind[144], wobei dem Geschädigten mehr oder weniger grosszügige Beweiserleichterungen eingeräumt werden. Diese beweisrechtliche Ungleichbehandlung ist aus dem Grunde problematisch, weil sich der entgangene Gewinn oftmals kaum vom positiven Vermögensverlust trennen lässt. Je sicherer die Gewinnaussicht, um so eher lässt sie sich als Bestandteil des gegenwärtigen Vermögens bezeichnen. Die Beeinträchtigung einer Erwerbsaussicht stellt daher, je nachdem wie sicher mit ihrer Realisierung gerechnet werden darf, entweder entgangenen Gewinn oder einen Vermögensverlust dar, wobei die Grenzen fliessend sind[145].

---

[141] In einigen Gesetzen wurde diese Unterscheidung ausdrücklich normiert, vgl. etwa §§ 1293, 1323, 1331, 1332 ABGB; Art. 1223 und 2056 CCi; Art. 74 Wiener UN-Kaufrecht.

[142] *Stoll*, Haftungsfolgen, 296.

[143] *Stoll*, Haftungsfolgen, 324.

[144] Vgl. § 252 Satz 2 BGB; Art. 2056 Abs. 2 CCi, wonach der Richter den entgangenen Gewinn «con equo apprezzamento delle circostanze del caso» festzustellen hat; nach Restatement 2d of Torts § 912 hat der Geschädigte den Schadensumfang mit demjenigen Mass an Sicherheit zu beweisen, welches die Eigenart des Delikts und die Umstände gestatten. «Cheerful prognostications» genügen jedenfalls nicht; vgl. *Dobbs* 235 m.N.; ebenso *Harper/James/Gray* 506, wonach «'reasonable certainty' requires reasonable supporting evidence beyond 'conjecture' or 'speculation'»; ausführlich zur «certainty» American Jurisprudence 2d 22, §§ 625 ff., 635, 641.

[145] So bereits *H. Möller*, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, 112, wonach auch beim entgangenen Gewinn «keine Vermögensvermehrung verhindert, sondern nur das vorhandene Vermögen beeinträchtigt» werde; ferner *Lange* 59. Aus diesem Grunde kann auch im österreichischen Recht, in welchem der Ersatz entgangenen Gewinns nur bei Absicht und grober Fahrlässigkeit geschuldet ist, diese Einschränkung umgangen werden, indem die vereitelte Aussicht auf Gewinn als Beeinträchtigung eines bestehenden Vermögensteils betrachtet wird und deshalb unter den Wertersatz fällt; *Koziol/Welser* 444 f.; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 322 f.

b) Unterschiedlich wird die Frage beantwortet, ob der Verlust einer blossen *Gewinnchance* zu entschädigen ist. Im französischen Recht ist die sogenannte «perte d'une chance» seit längerer Zeit anerkannt[146]. Dabei geht es ganz allgemein um die Zusprechung einer Schadensquote, wenn sich ein günstiger Umstand, eine vorteilhafte Entwicklung möglicherweise verwirklicht hätte, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten. In der französischen Rechtsprechung findet die «perte d'une chance» in den verschiedenartigsten Fällen Anwendung. Die häufigsten Fälle betreffen Prozessaussichten, die wegen eines prozessualen Fehlers des Anwaltes wegfallen, Verunmöglichung der Heilungs- oder Überlebenschancen, vereitelte Fortkommenschancen und verhinderte Aussichten auf Unterhaltsleistungen[147]. Sowohl im schweizerischen als auch im italienischen und amerikanischen Recht hat dieser Problemkreis bis in die neuere Zeit keine grosse Beachtung gefunden. Mehrheitlich lehnt man jedoch eine Entschädigung wegen der Unsicherheit des Verlusteintritts ab[148]. Denn obwohl der Gewinn ohnehin einen mehr oder weniger spekulativen Charakter habe, führen auch die in den Rechtsordnungen vorgesehenen Beweiserleichterungen nicht dazu, dass der Geschädigte bloss mögliche oder unwahrscheinliche Gewinnmöglichkeiten beanspruchen könne. Vielmehr müssten genügend Anhaltspunkte vorliegen, die geeignet sind, auf den Schadenseintritt schliessen zu lassen, die mithin eine annähernd sichere Annahme zuliessen, dass der Gewinn erzielt worden wäre. Im allgemeinen gilt nach wie vor, was FISCHER[149] bereits um die Jahrhundertwende ausgeführt hat: «Hervorzuheben ist, dass eine Gewinnchance als solche im Schadensersatzrecht als entgangener Gewinn nicht gewertet wird. Die Möglichkeit bedeutenden Gewinnes, verbunden mit geringer Wahrscheinlichkeit, und die Möglichkeit geringen Gewinnes, verbunden mit grosser Wahrscheinlichkeit seines Eintretens, können sich als ökonomisch gleichwertige Gewinnchancen darstellen. Das Gesetz berücksichtigt als entgangenen Gewinn nur die letztere Chance.»

---

[146] Vgl. z.B. *F. Chabas*, La perte d'une chance on droit français, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, hrsg. von O. Guillod, Zürich 1991, 131–143 m.w.N.; *Chartier* 31 ff.

[147] Vgl. ausführlich *Chartier* 32 ff. mit zahlreichen Nachweisen; ferner auch die Auszüge aus verschiedenen Urteilsbegründungen in *Chabas* 411 ff.

[148] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 52 mit Rechtsprechungsnachweisen; zum italienischen Recht vgl. die Nachweise bei *A.P. Mirabelli di Lauro*, La valutazione del danno alla persona, Camerino/Napoli 1982, 163 ff.; zum amerikanischen Recht vgl. *Dobbs* 236 ff., wonach «the plaintiff has not proved the loss of $ 100'000 in profits when he proves only a 40% likelihood that he would have earned such profits» (236); ferner *Harper/James/Gray* 505 m.w.N.

[149] S. 54.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die Ablehnung des Ersatzes für eine verlorene Gewinnchance scheint auf die Verwirrung und das unterschiedliche Verständnis hinsichtlich des Begriffes der «perte d'une chance» zurückzuführen sein. So subsumiert die Doktrin unter diesen Begriff sowohl unsichere Rechtsgutverletzungen als auch Gewinnmöglichkeiten, und in Frankreich wird die «perte d'une chance» überdies als eigene Schadensart betrachtet. Die Frage, ob der Verlust einer Erwerbs- oder Gewinnmöglichkeit entschädigungsfähig ist, sollte indes von der Problematik der unsicheren Rechtsgutverletzung unterschieden werden[150]. Letzteres gehört zum Haftungstatbestand und ist hier nicht näher zu analysieren[151]. Dass hingegen die Wahrscheinlichkeit der hypothetischen Vermögensentwicklung, der Realisierung eines Gewinnes oder Erwerbs sich auf die Höhe des Ersatzes auswirkt, ist bei verschiedenen Schadensarten anerkannt; zu denken ist an die Fortkommenschancen, die beeinträchtigte Erwerbsmöglichkeit, die zu erwartende Gewinnentwicklung eines Unternehmens und dergleichen mehr. In allen diesen Fällen stellt man bei der Schadensberechnung gezwungenermassen auf Statistiken und damit auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen ab[152].

Gemäss der neueren italienischen Literatur handelt es sich bei der «perte d'une chance» nicht um einen hypothetischen Gewinnausfall, sondern um einen sicheren Verlust einer Gewinnchance und damit um einen positiven Vermögensverlust[153]. Nur der ökonomische Wert dieser sicheren Chance ist

---

[150] In diesem Sinne auch House of Lords, Mallet v. McMonagle, Appeal Cases 1970, 166, 176: «The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.»

[151] Die Frage, ob das Kausalitätserfordernis bei der Haftungsbegründung herabgesetzt werden kann, wenn dies bei der Schadensberechnung durch eine entsprechende Reduktion kompensiert wird, wurde durch das Zürcher Obergericht im Jahre 1988 bejaht, SJZ 1989, 119. Vgl. dazu mit Hinweisen auf die Literatur vorne § 2 I 6. Zustimmend aus deutscher Sicht *Deutsch* N 852, wonach dies ein guter Weg sei, «die Unsicherheit der Zurechnung des Schadens vom Prozessrecht in das materielle Recht zu verlegen».

[152] Vgl. auch *E.W. Stark*, Die «perte d'une chance», Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, hrsg. von O. Guillod, Zürich 1991, 101, 108 f., der in Fn. 34 darauf hinweist, dass in solchen Fällen «nichts so sicher ist wie die Annahme, dass die Schätzung, sei sie aufgrund einer Statistik oder unabhängig davon erfolgt, falsch ist».

[153] *D. Busnelli*, Perdita di una «chance» e risarcimento del danno, Foro Italiano 1965 IV, 47, 51: «La perdita di questa 'chance' dà luogo, di per sè, ad un danno, più o meno grave ed a

zu entschädigen. Dieser Auffassung kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Vielmehr ist hinsichtlich der einzelnen ersatzfähigen Schadensposten zu untersuchen, ob und inwiefern der Gedanke der «perte d'une chance» Anwendung finden kann[154]. Ersatzfähig sollten einmal diejenigen Gewinnchancen sein, die handelbar sind. Zurückhaltung ist hingegen bei nicht handelbaren Chancen angezeigt. So hatte z.B. der BGH eine Ersatzklage eines Architekten zu entscheiden, der rechtswidrig von einem Architektenwettbewerb ausgeschlossen wurde, an dem sich 42 weitere Bewerber beteiligten[155]. Das Gericht lehnte einen Ersatz ab, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Kläger bei Zulassung zum Wettbewerb einen Preis errungen oder den Auftrag erhalten hätte. In einem ähnlichen Fall, bei dem die Klägerin vertragswidrig von der Teilnahme an einem Schönheitswettbewerb abgehalten wurde, anerkannte hingegen der englische Court of Appeal[156] die Ersatzfähigkeit der Gewinnchance[157]. Der massgebende Unterschied zwischen den beiden Fällen ist wohl darin zu sehen, dass die Gewinnchance im englischen Fall nicht lediglich marginal war; aufgrund der angeführten Begründungen lässt sich vermuten, dass bei einer Chance von wenigen Prozenten ein Ersatz ebenfalls abgelehnt würde[158]. Bemerkenswert ist auch eine

---

volte di difficile valutazione, ma cionondimeno certo ed effettivo»; *Mirabelli di Lauro* (Fn. 148) 159 ff. mit Nachweisen auf die verschiedenen Auffassungen.

[154] So *auch S.M. Waddams*, The Law of Damages, 2. Aufl., Toronto 1994, 13-13: «Where the defendant's wrongful conduct deprives the plaintiff of a chance of profit that is fifty per cent or less, it might be thought that the plaintiff has failed on the balance of probabilities to prove any loss at all. As likely as not, it could be said, the plaintiff has suffered no loss at all by the defendant's wrong and so should be entitled only to nominal damages. This line of reasoning however fails to give weight to the common sense view that in some contexts at least, chances of fifty per cent or less do have a real value.»

[155] BGH NJW 1983, 442.

[156] Court of Appeal, Chaplin v. Hicks, Kings's Bench Division 1911/2, 786, 796: Die Klägerin gehörte zu den fünfzig Finalisten aus einem Wettbewerb mit rund 6000 Teilnehmern. Von den Finalisten sollten die zwölf Sieger ermittelt werden. «Where by contract a man has a right to belong to a limited class of competitors, he is possessed of something of value, and it is the duty of the jury to estimate the pecuniary value of that advantage if it is taken from him»; dazu *T. Weir*, Loss of Chance – Compensable in Tort?, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, hrsg. von O. Guillod, Zürich 1991, 111, 120 f.; *McGregor* 223 f.

[157] Ein ähnliches Beispiel findet sich im amerikanischen Restatement 2d of Torts § 912: Beispiel 16 erwähnt einen Wettbewerb, in dem der Geschädigte zu den drei Finalisten gehört. «Assuming that there was more than a mere possibility that A might have won the prize, A is entitled to damages from B based on the value of the chance that he would have received the prize.»

[158] Vgl. Chaplin v. Hicks (Fn. 156) 796 f., wonach die Geschworenen «may well think that it is of considerable pecuniary value to have got into so small a class». In diesem Sinne auch eine neuere kanadische Entscheidung, Ontario Court of Appeal, Eastwalsh Homes Ltd. v. Anatal Developments Ltd., Dominion Law Reports 4th 100 (1993), 469, 481: «One of the frequent difficulties in assessing damages is that the plaintiff is unable to prove loss of a defi-

in neuerer Zeit in Kanada ergangene Entscheidung, in der ein Professor nach einer ihm gewährten «Bewährungszeit» vorzeitig in den Ruhestand treten musste. Der Professor klagte gegen die Universität auf Schadenersatz mit der Begründung, dass ihm keine ausreichende Möglichkeit für den Nachweis seiner Fähigkeiten gegeben wurde. Das Berufungsgericht in Saskatchewan anerkannte den Anspruch, wobei es die Wahrscheinlichkeit der Bewährung mit dreissig Prozent veranschlagte und den Ersatz entsprechend kürzte[159].

c) Schwierige Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Ermittlung *künftiger Erwerbseinbussen*[160]. Mögen die Erwerbsaussichten von Selbständigerwerbenden bereits mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sein[161], so liegen entsprechende Annahmen bei Kindern vollends im Bereich des Spe-

---

nite benefit but only the 'chance' of receiving a benefit had the contract been performed. In those circumstances, rather than refusing to award damages, the courts have attempted to estimate the value of the lost chance and awarded damages on a proportionate basis.» Diese generelle Anerkennung wird alsdann eingeschränkt (483 f.): «Where it is clear that the defendant's breach has caused loss to the plaintiff, it is no answer to the claim that the loss is difficult to assess or calculate. The concept of the loss of a chance then begins to operate and the court will estimate the plaintiff's chance of obtaining a benefit had the contract been performed. But even in this situation ... proof of the loss of a mere chance is not enough; the plaintiff must prove that the chance constitutes 'some reasonable probability' of realizing 'an advantage of some real substantial monetary value'.»

[159] Saskatchewan Court of Appeal, Cohnstaedt v. University of Regina, Saskatchewan Reports 116 (1994), 241. Das Gericht berücksichtigte bei der Ersatzberechnung auch die Möglichkeit, dass der Kläger aus anderen Gründen vorzeitig aus der Universität ausgeschieden wäre. «The damages for lost opportunity are therefore: the probability of reinstatement (30%), multiplied by the likelihood of the appellant remaining at the University of Regina until normal retirement (80%), multiplied by the value of the loss of salary less pension contributions ($ 309'750).» Die Entscheidung ist freilich nicht endgültig, da der Supreme Court die Berufung zugelassen hat; Supreme Court of Canada Bulletin 1994, 1568.

[160] Zu den Einzelheiten vgl. *Oftinger/Stark* § 6 N 114 ff.; für das deutsche Recht z.B. *Wussow/Dressler* (Fn. 123) N 1541 ff.; für das französische Recht *Y. Lambert-Faivre*, Le droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Paris 1990, N 194 ff. m.w.N.; für das italienische Recht *Mirabelli di Lauro* (Fn. 148) 257 ff., 371 ff.; für das amerikanische Recht *Harper/James/Gray* 548 ff.; rechtsvergleichend *H. McGregor*, Personal Injury and Death, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen 1983, 9-107 ff.; *G. Viney/B. Markesinis*, La réparation du dommage corporel, Essai de comparaison des droits anglais et français, Paris 1985; vgl. auch die kritischen Analysen bei *P. Cane*, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 5. Aufl., London u.a. 1993, 124 ff. und 133 ff.

[161] Naturgemäss lässt sich der Erwerbsausfall von Selbständigen nur approximativ bestimmen. Eine Berechnungsmöglichkeit besteht darin, auf die zugunsten seines Unternehmens erbrachten Leistungen abzustellen. Können diese auch durch einen Dritten erbracht werden, so sind nur die Kosten einer Ersatzkraft zu ersetzen. Theoretisch liesse sich auch die Gewinnentwicklung heranziehen, wobei jeweils unsicher ist, worauf Gewinneinbrüche zurückzuführen sind. Vgl. auch American Jurisprudence 2d 22, § 183: «Care must be taken not to make the defendant an insurer of prospective profits.» Ausführlich zum amerikanischen Recht *Stein* 183 ff. Zum deutschen Recht vgl. etwa *W. Grunsky*, Schadensersatz bei Verletzung eines Gewerbetreibenden oder Freiberuflers, DAR 1988, 400–411.

kulativen. Überholt ist die Begründung in einer bundesgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1907, in der aufgrund der bescheidenen Verhältnisse der Eltern und ihrer beruflichen Stellung davon ausgegangen wurde, das siebenjährige Kind werde später einer ähnlichen Tätigkeit nachgehen[162]. Erstaunlicherweise entspricht aber diese Auffassung der nach wie vor geltenden deutschen Praxis. Das in der deutschen Literatur empfohlene Heranziehen von Umständen wie «Beruf des Vaters, der Werdegang der Geschwister, die Familientradition»[163] beruht indes auf einem überholten Vorverständnis der beruflichen Generationennachfolge. Am ehesten mag man noch Verständnis für die Berücksichtigung intellektueller und charakterlicher Eigenschaften und Neigungen des Verletzten entgegenbringen[164], wenngleich erhebliche Zweifel bestehen, ob entsprechende Eigenschaften eine genügende Korrelation zu den späteren Erwerbsaussichten aufweisen. Bei derart spekulativen Prognosen erscheint die Praxis in den Vereinigten Staaten am angemessensten, wonach der Ersatz aufgrund eines durchschnittlichen Einkommens zugesprochen wird[165]. Grundsätzlich wäre es auch denkbar, den hypo-

---

[162] BGE 33 II (1907), 594, 600: «Etant donné, en l'espèce, la situation modeste des parents Crochet, le père se dit journalier, la mère est femme de ménage et va en journée – il ya lieu de supposer que, comme eux, (der Geschädigte) fera plus tard des travaux manuels.» Ebenso in neuerer Zeit *D. Medicus*, Schadensersatz bei Verletzung vor Eintritt in das Erwerbsleben, DAR 1994, 442, 447: Als Indiz bezeichnet er insbesondere die «berufliche und soziale Stellung der Eltern des Verletzten: Bei Fehlen anderer Anhaltspunkte soll der Verletzte also ein dieser Stellung etwa entsprechendes Einkommen erhalten». Auch seine Begründung, wonach die «vorgeschlagene Bemessung des zu ersetzenden Verdienstausfalles ... dann ein Absinken dieses Standards in der Zukunft» verhindere und «diese Bemessung den Schadensersatz ergänzende Unterhaltsansprüche des Verletzten gegen seine Eltern» erübrige, vermag nicht zu überzeugen. Wie *Medicus* 448 zu dem Befund gelangen kann, dass dieses Vorgehen «zu befriedigenden Ergebnissen» führt und insbesondere «auch den 'Ärmsten unseres Schadensersatzrechts' regelmässig ausreichend geholfen werden» könne, ist unerfindlich.

[163] *Wussow/Küppersbusch* (Fn. 123) N 130; zurückhaltender nunmehr *Wussow/Dressler* (Fn. 123) N 1610; vgl. auch *E. Steffen*, Ersatz von Fortkommensnachteilen und Erwerbsschäden aus Unfällen vor Eintritt in das Erwerbsleben, DAR 1984, 1, 3.

[164] Eine umfassende Analyse der Problematik findet sich bei *K. Hütte*, Gedanken zur Ermittlung des haftpflichtrelevanten künftigen Schadens jugendlicher Schwerstinvalider wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit, SVZ 1991, 157–162 und 287–301; ferner *P.-A. Wessner*, L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité: une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, FS Jeanprêtre, Neuenburg 1982, 159–176.

[165] Vgl. Court of Appeal of Louisiana, Fifth Circuit, Roussell v. Berryhill, Southern Reporter 2d 444 (1984), 1286, 1292: Bei einer Hirnschädigung eines sechs Monate alten Kindes wurde der Erwerbsausfall aufgrund des «projected average production wage» berechnet; in Supreme Court of Wisconsin, Thoreson v. Milwaukee & Suburban Transport Co., North Western Reporter 2d 201 (1972), 745, 750, führte das Gericht aus: «The statistical method of the average working man discounted for the particular handicaps suffered by the child is as precise and scientific a standard as can be used to determine damages for future loss of earnings of a child. It certainly is an equitable standard»; siehe ferner die Regelung im National Childhood

thetischen Erwerb bei Verkürzung der Lebenserwartung zu ersetzen. Im Gegensatz zum angloamerikanischen Rechtskreis ist diese Einbusse aber weder in der deutschen noch in der schweizerischen Rechtsordnung ersatzfähig[166].

3. *Merkantiler Minderwert und Abzug «neu für alt»*

a) Nach der Reparatur kann nicht nur ein (schadensrechtlich unproblematischer) technischer Minderwert verbleiben, sondern auch ein sogenannter *merkantiler Minderwert*. Dieser beruht auf der im Verkehr trotz vollständiger Reparatur geringeren Bewertung einer reparierten Sache, namentlich bei Fahrzeugen, Maschinen und Computern. In Literatur und Rechtsprechung führt dieser Umstand aus dem Grunde zu Unsicherheiten, weil sich der Minderwert erst bei einer Veräusserung der Sache niederschlägt. Hinzu kommt, dass der Minderwert im Laufe der Zeit immer stärker absinkt und schliesslich ganz verschwindet[167]. Nach der früheren Rechtsprechung des BGH ist der merkantile Minderwert nur zu ersetzen, wenn er sich im Vermögen auswirkt, d.h. zu einer Vermögensdifferenz gegenüber dem schadensfreien Zustand führt, was nur bei einer Veräusserung eintritt[168]. Später wurde der Ersatz auf alle Fälle ausgedehnt und selbst dann gewährt, wenn der Geschädigte die Sache unrepariert belässt. Diese Rechtsprechung wird auch in der Literatur

---

Vaccine Injury Act aus dem Jahre 1986, United States Annotated 42, § 300aa-15(a)(3)(B): «In the case of any person who has sustained a vaccine-related injury before attaining the age of 18 ... compensation after attaining the age of 18 for loss of earnings (has to be) determined on the basis of the average gross weekly earnings of workers in the private, non-farm sector ...», sowie den Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act aus dem Jahre 1990, Code of Virginia Annotated, § 38.2-5009(3): «An infant found to have sustained a birth-related neurological injury shall be conclusively presumed to have been able to earn income from work from the age of eighteen through the age of sixty-five, if he had not been injured, in the amount of fifty percent of the average weekly wage in the Commonwealth of workers in the private, nonfarm sector.» Im übrigen ist auch eine Differenzierung unzulässig «on the basis that the child is black or female», vgl. *Stein* 151 m.w.N.; zu letzterem aus neuerer Zeit Supreme Court of Missouri, Vincent v. Johnson, South Western Reporter 2d 833 (1992), 859, 865; anders dagegen im schweizerischen Recht, vgl. *Hütte* (Fn. 164) 160. Siehe zu dieser Problematik auch *K.S. Selmer*, Limitation of Damages According to the Circumstances of the 'Average Citizen', Scandinavian Studies in Law 1961, 131–153.

[166] Ausführlich *U. Holtappel*, Ersatz für hypothetischen Erwerb bei Verkürzung der Lebenserwartung: Berücksichtigung der «lost years» nach englischem, australischem, kanadischem und südafrikanischem Recht, verglichen mit der Rechtslage in Deutschland, Freiburg i.Br. 1990; *E. v.Rummel*, Ersatz von Vermögensschäden bei widerrechtlicher Tötung oder Tod des körperlich Verletzten nach englischem und amerikanischem Recht, verglichen mit dem deutschen Recht, Karlsruhe 1979.

[167] Vgl. *Koziol* I 220.

[168] Vgl. BGHZ 27 (1958), 181, 187 ff. = NJW 1958, 1085, 1086; ebenso *Koziol* I 221 bei Interesseersatz, anders hingegen bei objektiver Schadensberechnung.

begrüsst[169]. Gewährt man den merkantilen Minderwert nur bei tatsächlicher Reparatur und anschliessender Veräusserung, so stellt man den Geschädigten – wie LANGE ausführt –«vor die Wahl, entweder sofort zu verkaufen oder auf Ersatz zu verzichten. Mit dieser Alternative wäre aber die Lage, die ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestände, nicht wiederhergestellt, sondern sie wäre für den Ersatzberechtigten erheblich verschlechtert.»[170] Diese Argumentation ist insofern fragwürdig, als der Geschädigte ohne Veräusserung tatsächlich keine Einbusse erleidet, die Verweigerung einer Entschädigung für den merkantilen Minderwert, so gesehen, nicht zu einer Verschlechterung der Lage des Geschädigten führen kann. Gleichwohl ist ein Ersatz heute nicht nur in der Schweiz[171] und in Deutschland, sondern auch in zahlreichen anderen Rechtsordnungen anerkannt[172].

Eine rechtstheoretische Einordnung des Problems muss von der Überlegung ausgehen, dass oftmals eine Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes nicht restlos möglich ist, Restitution und Kompensation infolgedessen nebeneinander geschuldet sein können[173]. In diesem Sinne ist die Reparatur Ausdruck einer Restitution, während der merkantile Minderwert das Kompensationsinteresse ausgleicht, das von der Restitution nicht abgedeckt ist[174]. Der Ersatzberechtigte kann folglich neben den Reparaturkosten auch die Differenz zwischen dem Veräusserungswert vor und nach der Reparatur beanspruchen[175]. Soweit sich die beiden Interessen überschneiden, dürfen sie freilich nicht kumuliert werden; so ist z.B. der merkantile Minderwert dann

---

[169] Vgl. z.B. *Lange* 263; aus rechtsvergleichender Sicht zustimmend *Ollier/Le Gall* 10-47. Für die Fälle, in denen für das konkret geschädigte Fahrzeug kein Markt vorhanden ist bzw. der Eigentümer die Sache nicht «jederzeit und alsbald» veräussern kann, *K. Hütte*, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, 289, 323, 328; *A. Riecker*, Merkantile Wertminderung auch für Fahrzeuge der Bundeswehr?, VersR 1981, 517–519.

[170] *Lange* 264.

[171] Vgl. *R. Schaffhauser/J. Zellweger*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern 1988, N 1118; *Oftinger* 254 f., welcher darauf hinweist, dass in der schweizerischen Gerichtspraxis nicht zwischen technischem und merkantilem Minderwert unterschieden wird (in Fn. 506); *Oftinger/Stark* § 6 N 370 m.w.N.

[172] Vgl. die Nachweise bei *Ollier/Le Gall* 10-9 ff.; ferner *M. Hofmann*, Der merkantile Minderwert als Problem des Schadenersatzrechts unter Berücksichtigung der österreichischen, französischen und amerikanischen Rechtsordnung, Diss. Freiburg i.Br. 1970. Die amerikanische Rechtsprechung ist uneinheitlich, vgl. American Jurisprudence 2d 8, § 1131.

[173] Vgl. *Koziol* I 174; siehe auch *Staudinger/Medicus* § 251 N 6, 13, 34.

[174] *Huber* 161 und 175.

[175] So auch *Huber* 175. In Deutschland bestimmt die Gerichtspraxis den Minderwert hingegen mehrheitlich nach einem prozentualen Satz der Summe von Zeitwert und Reparaturkosten. Zwischen merkantilem Minderwert und Reparaturkosten muss aber keineswegs eine Korrelation bestehen; hohe Reparaturkosten können im Gegenteil gerade auf eine besonders gründliche Reparatur hindeuten; so zutreffend *Lange* 267.

nicht zu ersetzen, wenn sich der Geschädigte für einen Deckungskauf entscheidet und die Differenz zwischen den Kosten der gleichwertigen Ersatzsache und dem Veräusserungspreis der beschädigten Sache fordert[176].

b) Ist eine gebrauchte Sache zerstört oder derart beschädigt, dass die Reparaturkosten nicht angemessen sind, können grundsätzlich die Kosten einer entsprechenden gebrauchten Sache beansprucht werden[177]. Ist die Ersatzbeschaffung nicht möglich oder dem Geschädigten nicht zumutbar, kann der Geschädigte den Schaden nur durch Beschaffung einer neuen Sache beheben[178]. Dabei stellt sich das Problem «*neu für alt*». Ersetzt man die Kosten der Neuanschaffung, ist der Geschädigte bereichert; gewährt man hingegen bloss die Ersatzkosten einer gebrauchten Sache bzw. den Sachwert, zwingt man ihn zu Aufwendungen, die ihm jedenfalls zu diesem Zeitpunkt ansonsten erspart geblieben wären[179].

Nach allgemein herrschender Auffassung ist dem Geschädigten ein Abzug von den Kosten der Neuanschaffung zu machen[180], wobei die Meinungen im einzelnen auseinandergehen[181]. Die Höhe des Abzuges bestimmt sich nach dem Beschaffungswert einer neuen Sache[182], abzüglich des geschätzten

---

[176] Unrichtig daher OLG Saarbrücken NZV 1992, 317, mit zustimmender Anm. von *H. Lange*.

[177] *Merz* 195 will dagegen den Gebrauchswert ersetzen, da dieser «weit über dem Verkehrswert» liegen kann. Seine Überlegungen gehen insofern fehl, als nicht auf den Veräusserungswert, sondern auf den Beschaffungswert abzustellen ist. Sofern ein Markt für die Beschaffung einer gleichwertigen gebrauchten Ersatzsache besteht und die Ersatzanschaffung für den Geschädigten zumutbar ist, würde die Zusprechung eines darüber hinausgehenden Betrages das Affektionsinteresse des Geschädigten berücksichtigen.

[178] Vgl. *Oftinger/Stark* § 6 N 363.

[179] *Koziol* I 219; *Lange* 260.

[180] Sehr vage *Oftinger/Stark* § 6 N 363: «Wo ein Beweis einer solchen 'Bereicherung' möglich ist und Billigkeitsgründe dafür sprechen, hat ein Abzug zu erfolgen.»

[181] Die schweizerische Lehre lehnt einen Abzug ab bei wertbeständigen Sachen (Kunstgegenstände, antike Möbel) sowie bei nichtwertbeständigen Gegenständen «des täglichen Lebens und Bedarfs» (Kleider, Möbel) und befürwortet einen Abzug bloss bei den übrigen nichtwertbeständigen Sachen (Maschinen, Fahrzeuge); vgl. *Oftinger* 253; *Deschenaux/Tercier* § 24 N 6; *Keller/Gabi* 99 f.; abweichend *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 43. Ebenso die deutsche Rechtslage, vgl. z.B. *Lange* 260. Für das österreichische Recht schlägt *Koziol* I 219 vor, auch bei Kleidern vom Gebrauchwert auszugehen und hinsichtlich des nicht gedeckten Betrages die Kosten infolge der vorzeitigen Anschaffung dazuzuschlagen (Zinskosten). *Huber* 179 f. befürwortet hingegen die Vorfinanzierungskosten bezüglich des gesamten Betrages für die Neuanschaffung; zu den Auswirkungen dieser unterschiedlichen Berechnungsweisen vgl. *Huber* 180. Im französischen Recht wird ein Abzug hingegen abgelehnt; vgl. *Chabas* 720 m.N. aus der Praxis. Zurückhaltend auch die amerikanische Rechtsprechung, vgl. *Dobbs* 556.

[182] Schafft sich der Geschädigte eine Ersatzsache an, so betätigt er das Restitutionsinteresse. Aus diesem Grunde hat er bei Anschaffung einer gebrauchten Sache Anspruch auf den Beschaffungswert. Nichts anderes gilt, wenn er sich für die Herstellung eines besseren Zustandes entscheidet. Ebenso *Huber* 178.

Gebrauchswerts der beschädigten Sache, welcher sich nach der Gebrauchsdauer und der noch möglichen Dauer der Benutzbarkeit richtet[183]. Dem Umstand, dass der Abzug den Geschädigten zur Investition eigener Mittel nötigt, will KOZIOL durch Zusprechung der Finanzierungskosten Rechnung tragen[184]. LANGE schlägt demgegenüber vor, dem Geschädigten einen Zahlungsaufschub zu gewähren, «notfalls bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die ihm erwachsende Wertverbesserung zum Tragen kommt»[185]. Nun zwingt aber in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle die zusätzliche Ausgabe den Geschädigten nicht zu einer nennenswerten Änderung seiner Dispositionen; auch die Finanzierungskosten werden vernachlässigbar gering sein[186]. Eine spezielle Berücksichtigung drängt sich im Regelfall nur dann auf, wenn erhebliche Beträge aufzuwenden sind, wie z.B. bei beschädigten Gebäuden. Ob dem Geschädigten in diesen Fällen bloss die Finanzierungskosten oder ein Kostenvorschuss zu gewähren ist, kann nur nach Massgabe der konkreten Verhältnisse entschieden werden[187].

Das Problem «neu für alt» stellt sich auch bei Reparaturen, sofern diese zu einer Wertsteigerung führen. Dies ist freilich nur dann der Fall, wenn die eingebauten Ersatzteile und Materialien oder ausgewechselten Teile eine geringere Lebensdauer als diejenige des beschädigten Gegenstandes selbst haben[188]. Der Abzug setzt mithin voraus, dass sich der Wert der beschädigten Sache aufgrund der Reparatur insgesamt erhöht hat[189].

---

[183] So zutreffend *Koziol* I 219; ferner *Merz* 195; vgl. auch *Oftinger/Stark* § 6 N 360 f., wonach bei einer voraussichtlichen Gebrauchsdauer von zehn Jahren die Entwertung im ersten Jahr zehn Prozent des Unterschiedes zwischen dem Anschaffungswert und dem Preis, der nach zehn Gebrauchsjahren noch gelöst werden kann, beträgt; da aber diese Berechnungsart voraussetzt, dass die Anschaffung einer gebrauchten Sache unmöglich oder unzumutbar ist, wird ein Veräusserungspreis mangels eines Marktes kaum zu ermitteln sein.

[184] *Koziol* I 219.

[185] *Lange* 260.

[186] Ebenso *Merz* 195 Fn. 27: «Ob es in der Praxis sinnvoll und üblich ist, diese und weitere subtile Erwägungen anzustellen ... kann mit Fug bezweifelt werden.»

[187] Es ist namentlich danach zu unterscheiden, ob der Geschädigte das Kapital selber aufbringen kann bzw. ihm die Aufnahme eines Kredites zuzumuten ist oder nicht.

[188] Vgl. *Lange* 258 f.

[189] So auch die amerikanische Rechtslage, vgl. American Jurisprudence 2d 8, § 1132: «... the measure of damages is the cost of repairs less the increased value of the repaired vehicle above its value before the accident.»

§ 5 *Fiktive Kosten*

I. Problemlage

Die Ausführungen zum Anwendungsbereich des Restitutionsprinzips setzten voraus, dass der Geschädigte die Schadensbeseitigung tatsächlich vornimmt. Ausgeblendet blieb die Frage, ob das Restitutionsinteresse auch dann massgeblich ist, wenn der Geschädigte auf die *Behebung des Beeinträchtigung verzichtet*, ob also der Geschädigte dem Ersatzpflichtigen die Wiederherstellungskosten in Rechnung stellen kann, wenn er nicht beabsichtigt, den schadensfreien Zustand wiederherzustellen. Auf diese Frage gehen verschiedene äusserst umstrittene Problemfälle des Schadensrechts zurück. Ein erheblicher Teil der deutschen schadensrechtlichen Diskussion dreht sich gerade um die rechtlich zutreffende Würdigung fiktiver Kosten[1]. Dieser Problembereich ist auch massgeblich für die erfolgte Ausweitung der Schadenersatzansprüche «verantwortlich» samt den viel beklagten Ausuferungstendenzen[2]. Auch nach einer nunmehr drei Jahrzehnte währenden intensiven und umfangreichen Diskussion in der deutschen Lehre besteht kaum in einer Frage Einigkeit. Es erstaunt nicht, dass in der Rechtsprechung erhebliche Unsicherheiten auszumachen sind, die sich teilweise in eklatanten Widersprüchen niederschlagen. Bezeichnend ist auch die Tatsache, dass die Gerichte in den umliegenden Ländern in zahlreichen Fragen zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen.

---

[1] Vgl. auch *J. Karakatsanes*, Zur Zweckgebundenheit des Anspruchs aus § 249 Satz 2 BGB bei noch nicht durchgeführter Herstellung, AcP 1989, 19, der in seiner eingehenden Untersuchung über die Zweckgebundenheit des Wiederherstellungsanspruchs feststellt: «Wenige Fragen des Bürgerlichen Rechts sind so eingehend diskutiert worden wie diese, und bei wenigen gehen die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung so weit auseinander.» Neben den entsprechenden Ausführungen in der Kommentarliteratur vgl. aus neuerer Zeit etwa *R. Weber*, «Dispositionsfreiheit» des Geschädigten und fiktive Reparaturkosten, VersR 1990, 934–946; *ders.*, § 249 Satz 2 BGB: Erstattung der Reparaturkosten oder Ersatz des Schadens an der Sache?, VersR 1992, 527–535; *M. Lipp*, «Fiktive» Herstellungskosten und Dispositionsfreiheit des Geschädigten, NJW 1990, 104 f.; *H. Honsell/F. Harrer*, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 443 ff.

[2] Vgl. *Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 1), 442; a.M. *D. Medicus*, Gründe und Grenzen des Ersatzes «fiktiver Schäden», DAR 1982, 352, 360: «Nach allem kann man den praktizierten Ersatz fiktiver Schäden nicht zu denjenigen Aufblähungen des Schadensersatzrechts zählen, durch deren Beseitigung dieses Rechtsgebiet gebessert würde.»

Die deutsche Literatur richtet diesbezüglich das Augenmerk in der Regel auf den Umstand, dass der Geschädigte keine Aufwendungen tätigt, und bespricht diese Fälle unter dem Aspekt der Ersatzfähigkeit fiktiver Aufwendungen. Diese Betrachtungsweise bezieht auch jene Fälle mit ein, in denen der Geschädigte den Schaden selbst behebt. Die beiden Fallgruppen sind indes nicht einheitlich zu lösen. Aus diesem Grunde steht im nachfolgenden der Umstand im Vordergrund, dass die *Wiederherstellung nicht erfolgt.* Einzugehen ist somit auf die sich stellenden Probleme bei nicht getätigten Aufwendungen im Zusammenhang mit Sachbeschädigungen und Körperverletzungen. Obwohl von der Sache her ähnlich, wird die Entschädigung fiktiver Kosten im Zusammenhang mit dem Ausfall der Nutzungsmöglichkeit eines Gutes gesondert besprochen (§ 6). Erst dann ist auf jene Fälle einzugehen, in denen die Wiederherstellung zwar erfolgt, aber gleichwohl keine Kosten verursacht (§ 7).

II. Problematische Fallgruppen

1. Fiktive Wiederbeschaffungs- und Reparaturkosten

a) Ist eine *Sache* vollständig *zerstört* oder sind die Reparaturkosten unverhältnismässig, so kann der Ersatz an zwei unterschiedlichen Werten ausgerichtet werden: dem *Veräusserungswert* oder dem höheren *Wiederbeschaffungswert.* Stellt man auf den Umstand ab, dass ein Gut im Gesamtvermögen des Betroffenen wertlos wurde, dann ist Ersatz nach dem Veräusserungswert zu gewähren. Auf die «valeur vénale» stellte in einzelnen Fällen die ältere Rechtsprechung ab[3]. Später erkannte das Bundesgericht, dass der Schaden weniger im Verlust des betroffenen Gutes als vielmehr in der Notwendigkeit der Ersatzbeschaffung liegt[4]. Der Geschädigte kann sich somit eine gleichartige und gleichwertige Ersatzsache verschaffen und die Kosten dem Schädiger in Rechnung stellen[5], vorausgesetzt, die Ersatzbeschaffung verstösst nicht gegen das Angemessenheitserfordernis. Soviel steht ausser Streit. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Schädiger die Wiederbeschaffungskosten auch dann ersetzen muss, wenn der Geschädigte keinen gleichartigen oder gleichwertigen Ersatzgegenstand zu erwerben beabsichtigt, son-

[3] Vgl. die Nachweise bei *B. Rusconi*, Le préjudice automobile, Freiburg i.Ü. 1966, 21.
[4] BGer. JT 1958 I, 446, 447.
[5] *Oftinger* 252; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 26; *Deschenaux/Tercier* § 24 N 6; *Rusconi* (Fn. 3) 21; *Merz* 195; *ders.*, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, BTJP 1974, Bern 1975, 101, 110 f.

dern den Schadenersatzbetrag anderweitig verwenden möchte. In der Schweiz finden sich hierzu keine eingehenden Stellungnahmen. Einzelne Autoren führen immerhin in allgemeiner Form aus, die Schadensberechnung erfolge «grundsätzlich unabhängig von der allfälligen Verwendung des Ersatzes durch den Geschädigten»[6]. Dies deutet darauf hin, dass der Anspruch auf den Ankaufspreis unabhängig davon besteht, ob der Geschädigte die Sache tatsächlich ersetzt. Diese Ansicht ist auch in der französischen Literatur vorherrschend[7]. In Deutschland befürwortet die überwiegende Auffassung ebenfalls die Verwendungsfreiheit des Geschädigten über den Schadensbetrag[8], wobei der BGH darüber hinaus sogar die Mehrwertsteuer gewährt[9].

---

[6] *Merz* 192 f.; ebenso *Oftinger* 60 und 254; *Oftinger/Stark* § 2 N 27 und Fn. 124, § 6 N 367; *Keller/Gabi* 99; *v.Tuhr/Peter* 116; *Deschenaux/Tercier* § 24 N 9; *R. Schaffhauser/J. Zellweger*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern 1988, N 1109, wonach der Wiederbeschaffungswert unabhängig davon geschuldet ist, ob «sich der Geschädigte überhaupt wieder ein Fahrzeug anschafft und welches er allenfalls wählt».

[7] *Chartier* 586 f. m.w.N.

[8] Siehe etwa die Ausführungen in BGHZ 61 (1973), 56, 58: «Dieser Ersatzanspruch nach § 249 S. 2 BGB ist nach allgemeiner Meinung davon unabhängig, ob der Kläger seinen Schaden in der seiner Berechnung zugrundegelegten Weise behoben hat oder beheben will; auch auf die Schadensbeseitigung ganz zu verzichten, steht ihm frei. Damit kommt diesem Anspruch schon insgesamt ein fiktiver oder besser abstrakter Charakter zu.» Vgl. auch die Nachweise hinten Fn. 42; speziell zu den Wiederbeschaffungskosten *Lange* 407; KG VersR 1981, 553; a.M. OLG Hamburg VersR 1971, 236: Stehe fest, in welcher Weise der Zustand wiederhergestellt worden ist, sei es «nicht mehr möglich, danach gleichsam fiktiv einen Ersatzanspruch zu verfolgen, der auf einer andersartigen Schadenbeseitigung fusst, die niemals Wirklichkeit geworden ist und es auch nicht mehr werden kann»; siehe auch den Kompromissvorschlag bei *H. Kirchner*, Die fiktive Schadensberechnung bei unfallbeschädigten Kraftfahrzeugen, NJW 1971, 1541–1544: fiktive Berechnung grundsätzlich zulässig, es sei denn, es werde «ein den Schadensausgleich übersteigender Gewinn erzielt» (1544).

[9] BGH NJW 1982, 1864 (Ersatzfahrzeug nicht von einem Händler, sondern von einem Privatmann erworben). *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 2), 354, schliesst sich dem BGH aufgrund folgender Überlegung an: Erwerbe man den Ersatzwagen nicht bei einem Händler, so trage man «das durch keine sachverständige Überprüfung und Werkstattgarantie geminderte Gebrauchtwagenrisiko». Dieses Risiko stelle einen «kaum zu schätzenden realen Schaden» dar, welcher durch die Zusprechung der Mehrwertsteuer ausgeglichen werde. Weshalb der in der jeweiligen Rechtsordnung gerade gültige Mehrwertsteuersatz als angemessener Risikozuschlag gelten soll, ist indessen nicht ersichtlich. Ablehnend zum Ersatz fiktiver Mehrwertsteuern *E. Hofmann*, Der Umfang des Ersatzanspruchs nach § 249 Satz 2 BGB im Reparaturfall und der vertraglichen Reparaturkostenentschädigung in der Fahrzeug-Vollversicherung (§ 13 Abs. 5 AKB), DAR 1983, 374–379 (der Unselbständige kann die fiktive Steuer in die eigene Tasche leiten, während der Selbständige insoweit leer ausgeht, 377); dagegen wiederum *W. Grunsky*, Zum Umfang des Ersatzanspruchs bei einer nicht in der Werkstatt durchgeführten Kfz-Reparatur, DAR 1984, 268, 269 (der Selbständige könne sich wegen des Vorsteuerabzuges die Ersatzteile billiger verschaffen als der Unselbständige).

Dagegen lehnt die österreichische Literatur die Dispositionsfreiheit des Geschädigten ab[10].

b) Auch bei *Sachbeschädigungen* stellt sich die Frage, wie der Ersatz zu berechnen ist, wenn die Beschädigung nicht behoben wird. Kann der Geschädigte nur Ersatz des *Minderwertes*, oder kann er statt dessen auch die höheren hypothetischen *Reparaturkosten* verlangen? Bedeutsam ist diese Frage vor allem im Fahrzeugbereich. Da die Schadensberechnung nach allgemeiner Auffassung unabhängig von der Verwendung des Ersatzes durch den Geschädigten zu erfolgen hat, sind die Reparaturkosten auch dann zu bezahlen, wenn der Geschädigte von einer Reparatur absieht[11]. Illustrativ ist die vielzitierte Entscheidung des Bezirksgerichtes Winterthur aus dem Jahre 1963[12]. Der Geschädigte hatte sein beschädigtes Fahrzeug, dessen Wert vor dem Unfall auf 4730 Fr. geschätzt wurde, nicht reparieren lassen, sondern beim Erwerb eines neuen Fahrzeuges für einen Betrag von 2500 Fr. in Zahlung gegeben. Das Gericht sprach ihm gleichwohl die geschätzten Reparaturkosten in der Höhe von 3500 Fr. zu; denn bei Verzicht auf die Reparatur sei «vom hypothetischen Reparaturkostenbetrag gemäss Kostenvoranschlag auszugehen». Der Anspruch auf die Reparaturkosten wird indessen insofern eingeschränkt, als diese den Fahrzeugwert vor dem Unfall nicht übersteigen dürfen[13]. Mit dieser Einschränkung gewährt auch die Rechtsprechung in Frankreich und England[14] fiktive Reparaturkosten.

In *Österreich* gehen die Meinungen auseinander. Während die Rechtsprechung fiktive Reparaturkosten selbst dann zuspricht, wenn sie über den Wiederbeschaffungswert hinausgehen, lehnt der überwiegende Teil der Lehre den Ersatz fiktiver Kosten in Anschluss an die Ausführungen von APATHY

---

[10] *Schwimann/Harrer* § 1332 N 2; *Huber* 158 f.; *Rummel/Reischauer* § 1332 N 8 f.; a.M. *Apathy* 82 ff.; unklar *Koziol* I 179 und 194.

[11] *Merz* 192 f.; *ders.*, BTJP 1974 (Fn. 5), 112; *Oftinger* 60 und 254 Fn. 504; *Berner-Komm/Brehm* Art. 42 N 24; *Keller/Gabi* 100; *v.Tuhr/Peter* 116; *Schaffhauser/Zellweger* (Fn. 6) N 1117.

[12] SJZ 1964, 207, auf diese Entscheidung verweisen *P. Leuch*, Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte über Fragen von Teil- und Totalschaden, Entschädigung für Chômage und Gebrauchsausfall, in: Der Automobilschaden, hrsg. vom Automobil-Club der Schweiz, Bern 1968, 8, 9 f.; *Rusconi* (Fn. 3) 27 f. (dort auch die Zahlenbeträge); *A. Bussy/B. Rusconi*, Code suisse de la circulation routière, 2. Aufl., Lausanne 1984, 355; *Merz*, BTJP 1974 (Fn. 5), 112; vgl. auch *Köhler* 350 Fn. 7.

[13] Camera civile di appello, Tessin, Rep. 1961, 177, 181: «Il giudice non può tener conto delle maggiori pretese di risarcimento quando esse derivano da spese di riparazione che non erano economicamente giustificabili se il danneggiato poteva, con molto minore spesa, procurarsi un'auto di rimpiazzo equivalente»; *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 22.

[14] Vgl. *McGregor* N 1250; *Magnus* 65 ff.

grundsätzlich ab[15]. Die *amerikanische* Rechtsprechung ist uneinheitlich. Mehrheitlich sprechen die Gerichte indes bei unterlassener Reparatur nicht die Wiederherstellungskosten, sondern bloss die Wertminderung zu[16]. Diese Lösung entspricht auch der Rechtslage in Quebec[17].

Verwirrlich präsentiert sich die Rechtslage in *Deutschland.* Gemäss § 249 BGB kann der Geschädigte alternativ die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes oder den erforderlichen Geldbetrag verlangen. Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch nur, wenn die Wiederherstellung noch möglich ist. Es darf sich daher nicht um einen Totalschaden handeln, und die Sache darf nicht veräussert sein (es sei denn, es handele sich um ein Fahrzeug[18]). Der Geschädigte hat nach Auffassung des BGH Anspruch auf fiktive Wiederherstellungskosten auf der Grundlage von Schätzgutachten[19] sowohl bei Absehen von der Reparatur als auch bei eigenhändiger Reparatur[20], nicht aber bei tatsächlich durchgeführter Reparatur[21]. Wie bereits erläutert wurde, dürfen Reparaturkosten überdies den Wiederbeschaffungswert nicht um mehr als dreissig Prozent übersteigen[22]. Entscheidet sich der Geschädigte für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges, so könnte er bei Abrechnung aufgrund fiktiver Reparaturkosten im besten Falle einen Schadensbetrag beanspruchen, der bis zu dreissig Prozent über seine tatsächlichen Aufwendungen hinausgeht[23]. Um diese kaum zu rechtfertigende Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, sah sich der BGH schon bald gezwungen, fiktive Reparaturkosten auf die Höhe des Wiederbeschaffungswertes und später auf

---

[15] Vgl. die Nachweise bei *M. Gimpel-Hinteregger*, Das Tier als Sache und Ersatz der Heilungskosten für ein verletztes Tier, ÖJZ 1989, 65, 67 Fn. 19 und 69 Fn. 37.

[16] Vgl. die (auffallend spärlichen) Nachweise in American Jurisprudence 2d 8, § 1133.

[17] Vgl. Cour supérieure, Cambridge v. Daniels, Revue Légale 1943, 270, 271; siehe auch *Ollier/Le Gall* 10-13.

[18] Vgl. vorne § 4 II 2.

[19] Auf die praktischen Probleme hinsichtlich der geschätzten Reparaturaufwendungen, namentlich die erhebliche Bandbreite der Ergebnisse («Abweichungen von über 50% sind die Regel»), hat *K.P. Freundorfer*, Fiktive Schadensabrechnung – ein Fass ohne Boden?, VersR 1992, 1332, hingewiesen.

[20] Dazu hinten § 7 III 1.

[21] BGH NJW 1989, 3009 = VersR 1989, 1056; kritisch hierzu *A. Birkmann*, Abrechnung auf Gutachtenbasis trotz durchgeführter Reparatur des Kraftfahrzeugs, DAR 1990, 3–6. Damit sollte wohl vermieden werden, dass der «gut beratene» Geschädigte sein Fahrzeug in einer teueren Werkstätte begutachten lässt und die Reparatur dann in der billigeren Werkstätte durchführt. Vgl. *Freundorfer* (Fn. 19) 1332: «Die Differenz zwischen den Preisen der Werkstätten steckt er zu Lasten der Prämienzahler als Gewinn in seine Tasche.»

[22] Vorne § 4 III 2.

[23] Da der BGH die 130%-Grenze ursprünglich aufgrund des Wiederbeschaffungswertes ermittelte, ohne den Restwert zu berücksichtigen, konnte der Geschädigte sowohl von den überschiessenden 30% als auch vom Restwert profitieren; vgl. sogleich unten.

die Wiederbeschaffungskosten, d.h. die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert, zu beschränken[24]. Die Literatur ist uneinheitlich. Während der überwiegende Teil der Lehre dem Grundsatze nach der Auffassung des BGH folgt[25], lehnen verschiedene Autoren Ersatz für fiktive Kosten gänzlich ab[26].

Aus *rechtsvergleichender* Sicht lässt sich zusammenfassend feststellen, dass – mit Ausnahme der Rechtslage in den USA und Quebec – zumindest in der Rechtsprechung Einigkeit über die Dispositionsfreiheit des Geschädigten bezüglich des für die Reparatur erforderlichen Ersatzbetrages besteht, wobei der Anspruch teilweise auf den Wiederbeschaffungswert begrenzt wird. Die Literaturmeinungen gehen hingegen auseinander.

2. *Fiktive Heilungskosten*

a) Anders als bei den fiktiven Reparaturkosten steht bei den fiktiven Heilungskosten keine alternative Schadensberechnungsmöglichkeit zur Verfügung. *Mangels eines Kompensationsinteresses* geht der Geschädigte, der keine Wiederherstellungskosten beanspruchen kann, leer aus. Diese Problematik lag der bekannten Stärkungsmittel-Entscheidung des BGH zugrunde. Das Gericht sprach die Kosten eines ärztlich verordneten Stärkungsmittels zu, obwohl sich der Verletzte das Medikament aus Mangel an eigenen Mitteln nicht hatte beschaffen können und in der Zwischenzeit wieder genesen war. Als entscheidenden Gesichtspunkt bezeichnete es die Billigkeitserwägung, «dass der Schädiger nicht dadurch von der Verpflichtung zum Ersatz notwendiger Heilungskosten befreit werden soll, dass er durch Hinausschie-

---

[24] BGH NJW 1985, 2469, 2470; der volle Wiederbeschaffungswert ist dagegen bei tatsächlich durchgeführter Reparatur massgebend, vgl. BGHZ 115 (1991), 364, 371 f.; 115 (1991), 375, 379; siehe auch die Nachweise bei *A. Roth*, Das Integritätsinteresse des Geschädigten und das Postulat der Wirtschaftlichkeit der Schadensbehebung, JZ 1994, 1091, 1095 f.; ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung *Weber*, VersR 1990 (Fn 1).

[25] Vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei *Karakatsanes* (Fn. 1) 25 f.; hinsichtlich der Detailfragen gehen die Meinungen freilich auseinander. Bemerkenswert ist, dass die Literatur die in der neueren BGH-Rechtsprechung eingeführte Beschränkung offenbar nicht zureichend zur Kenntnis nimmt. Beschränkt man die fiktiven Wiederherstellungskosten der Höhe nach auf den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwertes, erhält der Geschädigte im Ergebnis die ihm ohnehin zustehende Wertminderung; richtig gesehen z.B. von *H.-J. Gebhardt*, Praktikable fiktive Abrechnung von Kraftfahrzeugschäden am Ende?, (deutsches) Anwaltsblatt 1985, 559–563; *Weber* (Fn. 1) 945. Eine Differenz ergibt sich lediglich dann, wenn man die Wertminderung nicht nach dem Wiederbeschaffungs-, sondern (wie hier) nach dem Verkaufswert berechnet; vgl. dazu hinten IV 3.

[26] Vgl. insbesondere *Köhler* 349 ff.; *Honsell/Harrer*, JuS 1985, 162 ff.; *dies.*, JuS 1991 (Fn. 1), 445 ff.; aus österreichischer Sicht *Ehrenzweig/Mayrhofer* 314 f. m.w.N.

ben der Erfüllung eines im Gesetz begründeten Anspruchs den Verletzten ausserstande gesetzt hat, sich notwendige Heil- oder Stärkungsmittel zu kaufen»[27]. Diese Begründung kann sich freilich nicht mehr auf das ansonsten jeweils hochgehaltene Ausgleichsprinzip, sondern lediglich auf präventive Gesichtspunkte stützen. Da die Gewährung des Geldbetrages die gesundheitlichen Wirkungen des Heilmittels kaum zu ersetzen vermag, der Betrag ohnehin nicht mehr im Zusammenhang mit der Gesundheitsbeeinträchtigung verwendet werden kann, bleibt als Begründung nur, dass sich die Vorenthaltung der Mittel nicht auszahlen darf.

Verschiedene Entscheidungen unterer Instanzen haben in der Folge selbst *fiktive Operationskosten* zugesprochen[28]. In einem Entscheid aus dem Jahre 1986 rückte der BGH indessen von seiner früheren Auffassung ab. Es ging dabei um den Anspruch einer durch einen Verkehrsunfall verletzten Person, welche die Kosten einer Schönheitsoperation beanspruchte, um die zurückgebliebenen Narben zu entfernen. Der BGH lehnte den Ersatz der Operationskosten ab, solange der Geschädigte nicht die feste Absicht zur Durchführung der Operation habe. Da die Wiederherstellung der körperlichen Integrität als Beseitigung eines Nichtvermögensschadens anzusehen sei, würde der Verletzte bei Zusprechung fiktiver Operationskosten Ersatz für die fortdauernde Beeinträchtigung seiner Gesundheit und damit «ein ihm nach dem Gesetz nicht zustehendes Schmerzensgeld erhalten»[29]. Aus diesem Grunde könne es im Bereiche der Personenschäden keine Dispositionsfreiheit geben, d.h., die Heilungskosten sind zweckgebunden. Ein ersatzfähiger Schaden liegt mithin nur dann vor, wenn die Kosten für die Wiederherstellung der Gesundheit tatsächlich aufgewandt werden. Obwohl sich in der Schweiz hierzu keine eindeutigen Stellungnahmen finden lassen, dürften nicht aufgewandte Heilungskosten wohl auch hierzulande keine ersatzfähigen Schadensposten darstellen[30].

b) Bemerkenswerterweise *entscheidet der OGH gerade umgekehrt.* In ständiger Rechtsprechung und trotz heftiger Kritik seitens der Lehre gewährt das Gericht fiktive Heilbehandlungskosten[31]. Als Begründung wurde ur-

---

[27] BGH NJW 1958, 627; zustimmend *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 16; a.M. *Erman/Kuckuk* § 249 N 46; *D. Medicus*, Schadensersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593, 598 ff.

[28] OLG Celle VersR 1972, 468; OLG Stuttgart VersR 1978, 188.

[29] BGHZ 97 (1986), 14, 19.

[30] Vgl. etwa *Oftinger/Stark* § 2 N 27, welche die Dispositionsfreiheit lediglich im Zusammenhang mit dem Sachschaden und «sonstigem Schaden» erwähnen. Ablehnend aber *H. Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, § 8 N 63.

[31] Vgl. die Nachweise bei *Rummel/Reischauer* § 1325 N 18; *Schwimann/Harrer* § 1325 N 9 f.

sprünglich vor allem auf den Umstand hingewiesen, dass dem Geschädigten der Schaden nicht erst mit der tatsächlichen Aufwendung der Kosten einer Heilbehandlung, sondern bereits im Zeitpunkt der Verletzung erwachse und der Verletzte überdies die Heilbehandlungskosten nicht aus eigener Tasche vorschiessen müsse[32], während heute, einer Anregung von KOZIOL folgend[33], eher der Zusammenhang mit den Grundsätzen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung hergestellt wird[34]. Gewähre man dem Geschädigten schon bei Sachen Ersatz nach der objektiv-abstrakten Berechnungsmethode, müsse das um so mehr bei dem höher zu bewertenden Rechtsgut der Gesundheit gelten. Ein gewisses Unbehagen des OGH hinsichtlich seiner Rechtsprechung kommt indes dadurch zum Ausdruck, dass die Höhe des Ersatzes möglichst begrenzt und bloss die Minimalkosten zugesprochen werden[35].

c) In der *US-Rechtsprechung* gehen die Meinungen auseinander[36]. In einigen Entscheidungen wird ein Ersatz abgelehnt, obwohl der Geschädigte auf Anraten seines Arztes vorerst auf einen operativen Eingriff verzichtet hatte, er sich aber vorbehielt, den Eingriff durchführen zu lassen, wenn sich die Folgen der Behinderung mit der Zeit als zu schwerwiegend herausstellen sollten[37]. In anderen Urteilen werden künftig mögliche Operationskosten zugesprochen, wobei dies gelegentlich dahingehend eingeschränkt wird, als der Eingriff medizinisch notwendig sein müsse[38]. Teilweise entscheiden Gerichte diese Frage nicht und überlassen ihre Beantwortung der Jury[39].

---

[32] OGH JBl 1955, 305 mit kritischer Anm. *F. Gschnitzer*.

[33] *Koziol* II 127 f.

[34] Vgl. die Nachweise bei *Huber* 275 f.

[35] Siehe auch *Koziol* II 128.

[36] Vgl. dazu *Harper/James/Gray* 559; *Stein* 239 f., 245 ff.; siehe auch die Nachweise in Cost of Future Cosmetic Plastic Surgery as Element of Damages, American Law Reports 3d 88, 117–137.

[37] Supreme Court of Hawaii, Condron v. Harl, Pacific Reporter 2d 374 (1962), 613, 619: «There was insufficient evidence to show with reasonable certainty that plaintiff's condition would, in future, call for an operation.» Court of Appeal of Louisiana, Berthelot v. Imes, Southern Reporter 2d 459 (1984), 1384, 1389: Entschädigung für künftige Operationskosten abgelehnt, weil Expertenmeinungen zur Notwendigkeit des Eingriffs auseinandergingen und die Geschädigte «admitted that to date, she has refused to submit to the surgery».

[38] Supreme Court of New York, Karagiannis v. New York State Thruway Authority, New York Supplement 2d 590 (1992), 970; Court of Appeals of Ohio, Spargur v. Dayton Power & Light Co., North Eastern Reporter 2d 163 (1959), 786, 795, wobei in der Begründung nicht klar zwischen Schadenersatz und Genugtuung unterschieden wird; Court of Appeal of Louisiana, Babin v. Zurich Insurance Company, Southern Reporter 2d 336 (1976), 900 (nicht auf fehlende Operationsabsicht der Eltern abgestellt, da sich geschädigtes Kind später möglicherweise anders entscheidet). Siehe auch die differenzierende Zusammenfassung der Rechtsprechung in American Jurisprudence 2d 22, § 233: «Usually the fact that no evidence was presented that the plaintiff contemplated seeking correction of the disfigurement is considered along with evidence that plastic surgery would not be practicable or effective when damages have

III. Überblick über den Diskussionsstand

1. Dispositionsfreiheit

Nach der in der *Schweiz* herrschenden Auffassung hat die Schadensberechnung – zumindest bei Sachschäden – grundsätzlich unabhängig von der Verwendung durch den Geschädigten zu erfolgen[40]. Die Thematik findet freilich keine vertiefte Behandlung; vielmehr beschränkt sich die Literatur auf eine entsprechende Feststellung. Dieser Befund trifft auch auf die Verhältnisse im französischen und im italienischen Recht zu, in denen die Dispositionsfreiheit über den Schadenersatzbetrag dem Grundsatze nach ebenfalls anerkannt ist[41].

Eine breitere Diskussion erfuhr diese Fragestellung in *Deutschland*. Das deutsche Schrifttum sprach sich bis vor wenigen Jahren ebenfalls überwiegend für die Dispositionsfreiheit des Geschädigten bezüglich des Schadenersatzbetrages aus[42]. Der Anspruch auf die Wiederherstellungskosten bestehe auch dann, wenn der Geschädigte von vornherein nicht die Absicht hat, die Herstellung durchzuführen bzw. durchführen zu lassen. Als Begründung wird einmal auf eine dahingehende Auffassung des historischen Gesetzge-

---

been denied for possible future plastic surgery. But proof that the injured person actually intends to undergo plastic surgery is not necessary; recovery of damages has been allowed where it was very likely that a person of the victim's age would elect to undergo such restorative surgery»; ähnlich *Stein* 249.

[39] So die Gerichte in Texas; vgl. die Nachweise bei *Harper/James/Gray* 559 Fn. 6.

[40] Vgl. *Merz* 192 f., der jedoch zu Unrecht auf BGE 108 II (1982), 422 verweist; in diesem Entscheid stand nicht die Dispositionsfreiheit, sondern die Vorteilsanrechnung im Vordergrund. *Oftinger/Stark* § 2 N 27 beschränken die Dispositionsfreiheit auf Sachschaden und «sonstigen Schaden»; für eine Beschränkung auf Sachschaden wohl *Keller* II 92: Der Geschädigte kann «die beschädigte Sache gar nicht oder notdürftig flicken, die zerstörte durch eine andersartige oder gar nicht ersetzen».

[41] *Chabas* 718: «La victime conserve, du reste, toute liberté; elle peut faire des dommages-intérêts l'emploi qu'elle juge bon, ou même n'en faire aucun emploi»; für das italienische Recht *deCupis* II 337.

[42] Vgl. z.B. *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, 91; *Erman/Sirp* (6. Aufl., Münster 1975) § 249 N 66; *RGRK/Alff* § 249 N 11; *Larenz* bis zur 13. Aufl. seines Lehrbuches § 28 I (gegenteilig in der neuesten Aufl., 470 f.); weitere Nachweise bei *Karakatsanes* (Fn. 1) 25 Fn. 14 und *Köhler* 350 Fn. 7; widersprüchlich *E. Deutsch*, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Aufl., Köln u.a. 1993, N 455, wonach einerseits die Kosten eines verordneten Medikaments oder einer Badereise liquidiert werden können; «gleichgültig ob der Verletzte die Verordnung befolgt oder nicht», denn «nicht die Aufwendung allein ist der Schaden, sondern schon der Bedarf». Andererseits «muss der Geschädigte die Absicht haben, die Zahlung als Aufwendung einzusetzen». Entschieden für die Dispositionsfreiheit sprach sich in neuerer Zeit aus *Weber*, VersR 1990 (Fn. 1), 934 ff., und *ders.*, VersR 1992 (Fn. 1), 527 ff., der vor allem auf der Grundlage der grammatikalischen und der systematischen Auslegung von § 249 BGB argumentiert.

bers verwiesen[43]. Der Grundsatz der Dispositionsfreiheit sei überdies auch deshalb gerechtfertigt, weil die anderweitige Verwendung lediglich eine Umschichtung des Schadens im Vermögen des Geschädigten bedeute[44]. Dem Ersatzpflichtigen könne daher gleichgültig sein, wie der Geschädigte den Geldbetrag verwende[45]. Dieser habe im übrigen ein schutzwürdiges Interesse an der freien Verwendungsmöglichkeit des Ersatzbetrages, und die Zweckbindung behindere ihn ohne Grund in seinen Vermögensdispositionen[46]. Hinsichtlich der Zerstörung einer Sache wird geltend gemacht, dass bei einer Ersatzberechnung nach dem Veräusserungswert dem Geschädigten in wirtschaftlicher Betrachtung eine Veräusserung der Sache an den Schädiger aufgedrängt werde, und dies zu einem Zeitpunkt, zu dem er einen Verkauf nicht beabsichtigte[47].

Gewichtiger erscheinen Bedenken bezüglich der Praktikabilität[48]. Bei Zweckgebundenheit des Ersatzes müsste der Geldbetrag vorgeschossen werden, ansonsten finanziell schlecht gestellte Geschädigte benachteiligt wären. Im Gegenzug wäre der Gläubiger verpflichtet, nach Abschluss der Herstellung abzurechnen, und der Schuldner könnte den vorgeleisteten Betrag zurückfordern, wenn die Kosten niedriger ausfielen oder der Gläubiger den Betrag nicht zu dem bestimmungsgemässen Zweck verwandt hat. Dies würde, so die Befürchtungen, zu unübersehbaren Weiterungen der Schadensregulierung führen und die Auseinandersetzung unnötig in die Länge ziehen. Vor allem aber sei die Rechenschaftspflicht Quelle neuer Streitigkeiten und damit neuer Prozesse[49].

---

[43] Vgl. etwa BGH NJW 1975, 160, 161, und NJW 1982, 98, 99; ausführlich *Karakatsanes* (Fn. 1) 20 ff.; kritisch *Köhler* 364 f.

[44] So *W. Grunsky*, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465, 2468; übernommen in BGHZ 97 (1986), 14, 18; zustimmend *Karakatsanes* (Fn. 1) 41; siehe ferner *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 17.

[45] *Karakatsanes* (Fn. 1) 41; vgl. bereits *H. Sieber* in Planck's Kommentar zum BGB, Berlin 1914, § 249 N 3b.

[46] So bereits in den Motiven zum BGB, hrsg. von B. Mugdan, Bd. II, Berlin 1899, 1235: «Sodann entspricht im Falle der Beschädigung einer Sache die Beschaffung einer neuen Sache unter Umständen dem Interesse des Verletzten besser als die Herstellung der beschädigten. Der Entwurf gestattet deshalb in den bezeichneten Fällen dem Verletzten, von vornherein statt der Herstellung den Geldbetrag zu verlangen, den er für die Herstellung aufwenden müsste»; vgl. auch *Larenz* § 28 I bis zur 13. Aufl.; siehe aus neuerer Zeit *Birkmann* (Fn. 21) 5.

[47] *D. Medicus*, Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 1969, 449, 450; *Apathy* 84; vgl. aus schweizerischer Sicht die dezidierte Stellungnahme von *Rusconi* (Fn. 3) 19, der unter Berufung auf *Bussy* ausführt, die Zusprechung der «valeur vénale conduirait à une véritable expropriation».

[48] Vgl. bereits *Siber* (Fn. 45) 70.

[49] *Karakatsanes* (Fn. 1) 31 und 42 f.

Schliesslich werden verschiedene Billigkeitserwägungen vorgebracht. So findet sich gelegentlich der Hinweis, es solle dem Schädiger nicht zugute kommen, wenn der Geschädigte den Schaden billiger oder überhaupt nicht beseitigt, da dieser «in die eigene Tasche» und nicht in die des Schädigers spare[50]. Dieses Argument bezieht sich vor allem auf die noch zu besprechenden fiktiven Nutzungs- und Erwerbsausfälle. Es besteht auch ein verbreitetes Unbehagen, der Schädiger könnte die Anerkennung seiner Einstandspflicht und die Bevorschussung des Geldbetrages verzögern, so dass der Geschädigte, sei es, weil ihm die Mittel fehlen, sei es, weil er das finanzielle Risiko scheut, den Herstellungsbedarf nicht rechtzeitig realisiert. Diese Billigkeitsüberlegung setzt sich nicht selten auch in der Rechtsprechung des BGH gegenüber dogmatischen Bedenken durch[51].

2. *Zweckbindung*

a) In der deutschen Diskussion lehnen verschiedene Autoren die Dispositionsfreiheit ab[52]. Dem Geschädigten seien die *Wiederherstellungskosten nur* dann zuzubilligen, wenn diese *tatsächlich anfallen*. Dagegen spreche auch nicht die vielzitierte Bestimmung in § 249 Satz 2 BGB, wonach der Geschädigte die Wiederherstellungskosten beanspruchen kann. Damit habe man bloss verhindern wollen, dass dem Gläubiger die Naturalherstellung durch den Schädiger aufgezwungen wird; jener soll vielmehr die Möglichkeit haben, die Herstellung in die eigene Hand zu nehmen oder Dritten anzuvertrauen[53]. Nach dieser Auffassung hat der vor der Herstellung bezahlte Betrag lediglich den Charakter eines «zweckgebundenen Vorschusses» für die Restitution[54], über dessen Verwendung später abzurechnen und die Überzahlung an den Schädiger zurückzuerstatten ist[55]. Im übrigen stehe einer ab-

---

[50] *A. Zeuner*, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 1963, 380, 395; *G. Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 294/295, Tübingen 1964, 22; vgl. auch *Grunsky*, DAR 1984 (Fn. 9), 271: «Jedem Geschädigten steht es also frei, den teuren Werkstattweg zu beschreiten. Dann darf man ihm aber die Vorteile einer billigeren Reparatur nicht auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen.»

[51] Vgl. etwa den vorne erwähnten «Stärkungsmittel-Fall» BGH NJW 1958, 627; ferner bezüglich entgangener Gebrauchsvorteile BGHZ 45 (1966), 212, 216 f.

[52] Vgl. *Keuk* 222 f.; *Köhler* 349 ff.; *ders.*, Anmerkung, JZ 1987, 248, 249 f.; *Honsell/Harrer*, JuS 1985, 161 ff.; *dies.*, JuS 1991 (Fn. 1), 444 ff.; *Esser/Schmidt* 191 f.; *Schiemann* 216 f.; *ders.*, Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum, JuS 1988, 20, 22; *Larenz* 470 f.

[53] *Köhler* 349; *Keuk* 221 f.

[54] *Schiemann*, JuS 1988 (Fn. 52), 22.

[55] *Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 1), 445.

strakten Schadensberechnung schon das Bereicherungsverbot entgegen[56]. ESSER/SCHMIDT weisen auch darauf hin, «welch traurige Blüten» die Rechtsprechung zu den fiktiven Kosten inzwischen getrieben hat[57]. Im übrigen zeuge die Auffassung, dass es den Schädiger nicht entlasten dürfe, wenn sich der Geschädigte anders arrangiere, von einer «Art pädagogischer Sanktionsvorstellung, die im zivilen Schadensrecht nichts zu suchen hat»[58].

b) Auch die *österreichische* Lehre hält – in Anschluss an APATHY – mehrheitlich dafür, fiktive Reparatur- und Heilungskosten nicht zu ersetzen[59]. Wenn der Geschädigte die Wiederherstellung unterlässt, so hat er «offenbar nur ein Wertinteresse und kann deshalb auch nur den Wertersatz begehren und nicht fiktive Wiederherstellungskosten»[60]. Spricht man dem Geschädigten fiktive Herstellungskosten zu, die über der objektiven Wertminderung liegen, so verlässt man – wie APATHY ausführt –«die Prinzipien des Schadenersatzrechts. Der Geschädigte würde nicht nur den ihm gebührenden Ausgleich für erlittenen Schaden ansprechen, sondern eine Bereicherung auf Kosten des Schädigers erstreben und erreichen.»[61]

Interessanterweise möchte APATHY bei Zerstörung einer Sache den höheren Wiederbeschaffungswert unabhängig davon zusprechen, ob der Geschädigte einen Ersatzgegenstand zu erwerben beabsichtigt. Anders als bei der Sachbeschädigung soll also bei der Zerstörung die tatsächliche Herstellung des schadensfreien Zustandes unbeachtlich sein. APATHY versucht diesen «nur scheinbaren» Gegensatz mit folgenden Argumenten zu rechtfertigen. Er unterscheidet zwischen der Beseitigung der realen Schädigung und der vermögensmässigen Wiederherstellung der Lage des Geschädigten vor dem haftpflichtbegründenden Ereignis. Letzteres wolle das Wertinteresse des Geschädigten wahren. «Mit dem Ersatz des Verkaufswertes ist dieses Ziel nicht immer zu erreichen, speziell dann nicht, wenn der Geschädigte nicht die Absicht gehabt hat, die beschädigte oder zerstörte Sache zu verkaufen.»[62] Der Wert orientiere sich am Nutzen des Gegenstandes für den Betroffenen, und für den Privaten bilde der Veräusserungswert eben nicht den gewöhnlichen Sachnutzen, weil dieser die Sache anschafft, um sie zu gebrauchen,

---

[56] *Köhler* 359.

[57] *Esser/Schmidt* 191 f., mit Verweis auf die kritische Bestandesaufnahme von *Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 1), 443 ff.

[58] *Esser/Schmidt* 191.

[59] *Apathy* 74 ff.; *Migsch* 15 f.; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 314 f.; *Koziol* I 178, 196; *Schwimann/Harrer* § 1323 N 50 f.; *Rummel/Reischauer* § 1323 N 12.

[60] *Koziol* I 178.

[61] *Apathy* 81.

[62] *Apathy* 84.

nicht um sie zu veräussern[63]. Der gewöhnliche Nutzen habe sich hier am Gebrauchswert zu orientieren, und dieser Wert bemesse sich nach dem Betrag, den der Geschädigte aufzuwenden hat, um sich den Gebrauch dieser Sache zu verschaffen, eben dem Wiederbeschaffungswert[64]. Eine Einschränkung macht APATHY für jene Fälle, in denen der gewöhnliche Nutzen der beschädigten oder zerstörten Sache nicht in deren Gebrauch besteht. Diene die Sache etwa der Kapitalanlage, so liege der Nutzen in der Veräusserung, und die Schadensberechnung hat sich infolgedessen am Verkaufswert zu orientieren[65].

3. *Vermittelnde Lösungen*

In jüngerer Zeit schwenken in Deutschland immer mehr Autoren, namentlich auch die Kommentarliteratur, auf eine vermittelnde Lösung ein[66]. Danach ist zwischen *Personenverletzungen und Sachbeschädigungen* zu *unterscheiden*. Nur bei Sachschäden sei der Geschädigte in der Verwendung des Betrages frei. Insoweit wird jeglicher Abzug abgelehnt. GRUNSKY führt diesbezüglich aus: «Wer mit dem Geld machen kann, was er will, braucht sich nicht vorhalten zu lassen, er habe den Schaden gar nicht oder nur unter Aufwendung geringerer Kosten beseitigt. Dann muss ihm aber auch der gesamte Betrag zustehen, der für die Schadensbeseitigung objektiv erforderlich ist.»[67] Bei Personenschäden wird die Dispositionsfreiheit hingegen ablehnt. In diesem Bereich habe man es mit immateriellen Schäden zu tun, und durch die Gewährung eines fiktiven Wiederherstellungsbetrages könne der Geschädigte «Rechtsgüter, die der Persönlichkeitssphäre angehören, zu Geld

---

[63] *Apathy* 85; so auch *M. Berger*, Die Berechnung des Sachschadens beim Kfz-Unfall jetzt und in Zukunft, VersR 1988, 106, 107.

[64] *Apathy* 86.

[65] *Apathy* 86.

[66] *Grunsky*, NJW 1983 (Fn. 44), 2468 f.; *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 17 f.; *D. Medicus*, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, Karlsruhe 1977, 39 f.; *ders.*, DAR 1982 (Fn. 2), 354 ff.; *Staudinger/Medicus* § 249 N 226 f.; Soergel/Mertens § 249 N 22; *Karakatsanes* (Fn. 1) 36 ff.; *G. Schiemann*, Die Grenzen des § 249 S. 2 BGB, DAR 1982, 309, 311; einschränkend nunmehr auch *Lange* 227 f. (anders noch in der 1. Aufl., 148); *A. Zeuner*, Anmerkung, JZ 1986, 640 f. (anders noch in: Gedanken zum Schadensproblem, FS Dietz, München 1973, 99, 116); *Palandt/Heinrichs* § 249 N 4 (anders noch bis zur 45 Aufl.); *E. Steffen*, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057, 2060.

[67] *Grunsky*, NJW 1983 (Fn. 44), 2468; ebenso, aber mit anderer Begründung *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 2), 355 f.

machen»[68]. Es verstosse schlechterdings sowohl gegen den «Grundsatz von Treu und Glauben als auch die guten Sitten», wenn «der Verletzte die zur Herstellung seiner körperlichen Integrität oder seiner Gesundheit notwendigen Heilungsmassnahmen unterlassen könnte, um statt dessen fiktive Behandlungskosten zu kassieren und sich auf diese Weise ein zum Teil steuerfreies Zusatzeinkommen verschaffen zu können»[69]. Aus diesen Gründen könne der Ersatz nur aufgrund der wirklich entstandenen Kosten gewährt werden.

Dieser differenzierenden Ansicht hat sich nunmehr auch der BGH angeschlossen[70]. Im Gegensatz zum Sachschaden handele es sich bei der Verletzung von Körper und Gesundheit eines Menschen um einen immateriellen Schaden, weshalb die Gewährung fiktiver Kosten auf eine Umgehung von § 253 BGB hinauslaufe. Diese Begründung vermag nach KARAKATSANES[71] nicht zu überzeugen. Seiner Auffassung nach liegt der entscheidende Gesichtspunkt darin, dass sich bei einer Sachbeschädigung die nachteilige Veränderung unmittelbar im realen Güterstand des Geschädigten auswirkt, der Vermögensschaden also bereits entstanden sei[72], während es sich bei Personenverletzungen um künftige Vermögensschäden handelt, «die sich vor Durchführung der Herstellung noch nicht im Vermögen des Verletzten niedergeschlagen haben». Hinzu komme, dass «sich der Hergang des Reparaturprozesses der Sache und die Höhe der dafür erforderlichen Reparaturkosten viel leichter als der Verlauf der Heilbehandlung der verletzten Person und der Umfang der Heilungskosten voraussehen» lasse[73]. Letzteres Argument ist in dieser Allgemeinheit kaum zutreffend. Aber auch der Hinweis, dass es sich bei Sachschäden um gegenwärtige, bei Personenschäden hingegen um künftige Vermögensschäden handelt, vermag nicht zu überzeugen.

---

[68] *Lange* 228; ebenso *W. Grunsky*, Wert des verletzten Rechtsguts und Begrenzung der Wiederherstellungskosten, 25 Jahre Karlsruher Forum, Karlsruhe 1983, 101, 104 f.; *ders.*, NJW 1983 (Fn. 44), 2469; *Schiemann* 217.

[69] *Karakatsanes* (Fn. 1) 29.

[70] Vgl. vorne Fn. 29. Der ehemalige Vorsitzende des für diese Fälle zuständigen BGH-Senats, *Steffen* (Fn. 66) 2060 führt diesbezüglich aus, bei dieser Unterscheidung komme «die vom VI. Senat durch seine Beschäftigung mit der Arzthaftung mühevoll erarbeitete Erkenntnis mit ins Spiel, dass der Mensch kein Auto ist; kein Serienfabrikat, dessen Reparatur mit technischem Einsatz zur Gänze beherrschbar ist, so dass sich der Herstellungsaufwand dadurch definieren und objektivieren liesse».

[71] (Fn. 1) 29.

[72] *Karakatsanes* (Fn. 1) 40.

[73] *Karakatsanes* (Fn. 1) 40; auch *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 2), 356, weist darauf hin, dass sich bei Heilungsmassnahmen der Erfolg nicht voraussagen lasse, «von dem dann die Notwendigkeit weiterer Massnahmen und die Dauer der Behandlung abhängen»; ebenso *Staudinger/Medicus* § 249 N 227.

Die unmittelbare nachteilige Veränderung im Güterstand drückt sich lediglich in einer Wertminderung aus. Bei den darüber hinausgehenden Herstellungsaufwendungen handelt es sich ebenso um «künftige Vermögensschäden» wie bei den Personenschäden.

Die *Diskussion* um die zutreffende Begründung für die unterschiedliche Behandlung von Sach- und Personenschäden ist schon im Grundsatze *verfehlt*, da sie die Richtigkeit des Ersatzes fiktiver Schäden bei Sachschäden unterstellt. Dass die Anerkennung dieses Schadenspostens aber alles andere als selbstverständlich ist, folgt schon aus dem Umstand, dass man hinsichtlich der Konkretisierung des Anspruches von gefestigten Grundsätzen nach wie vor weit entfernt ist. Zahlreiche Autoren versuchen die Reichweite des Anspruches aufgrund unterschiedlicher Kriterien zu begrenzen[74]. Richtigerweise sollte daher zunächst die Frage in den Vordergrund gerückt werden, ob fiktive Kosten nicht bloss bei Heilungskosten, sondern generell abzulehnen sind.

IV. Integritäts- oder Kompensationsinteresse

1. Streben nach Vereinheitlichung

Im Schadensrecht ging man immer mehr dazu über, den Ersatz auch dann aufgrund des Restitutionsinteresses zu ermitteln, wenn der Geschädigte keine Anstalten getroffen hat, dieses Interesse auch zu betätigen. Die Unterschiede zwischen *Integritäts- und Kompensationsinteresse* sollten nach allgemeiner Auffassung möglichst gering gehalten werden, wodurch die Abgrenzung immer mehr verwischt wurde[75]. Im Laufe der Zeit setzte sich schliesslich die Ansicht durch, dass die Schadenersatzermittlung unabhängig von der Berechnungsmethode zu denselben Ergebnissen führen müsse. So führt etwa KARAKATSANES aus, die Wertminderung werde bei Sachbeschädigungen in

[74] Vgl. etwa *Schiemann*, DAR 1982 (Fn. 66), 309, der «eine 'Umkehr' bei der Auslegung des § 249 S. 2 BGB» prüft und die Dispositionsfreiheit bloss bei noch möglicher Wahlfreiheit gewähren will; grosszügiger *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 16, wonach fiktive Kosten auch bei Unmöglichkeit, welche im Zeitraum des Verzuges des Schädigers mit der Ersatzzahlung eintritt, beansprucht werden können; ebenso *Palandt/Heinrichs* § 249 N 5; anders *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 2), 354 ff., der fiktive Kosten grundsätzlich vollumfänglich, d.h. inklusive Mehrwertsteuern und auch bei nachträglicher Unmöglichkeit der Wiederherstellung anerkennen will, eine Ausnahme jedoch in Fällen der Unmöglichkeit der Wiederherstellung bei Grundstücken macht; restriktiver in neuerer Zeit *Lange* 228 ff., der eine Einschränkung sowohl bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung als auch hinsichtlich bestimmter Güter, bei denen die Wiederherstellung auch immaterielle Interessen schützt, befürwortet.

[75] Vgl. die Nachweise bei *Huber* 155 f.

aller Regel nach den Reparaturkosten berechnet, weshalb sich die Wiederherstellungs- und die Wertminderungskosten regelmässig decken[76]. Daraus wird dann gefolgert, dass die Wiederherstellungskosten generell die zutreffende Form der Schadensberechnung darstellen. Eine Gleichsetzung der Wertminderung mit den Reparaturkosten findet sich gelegentlich auch in der Rechtsprechung des BGH[77]; dass dies nicht zutreffend ist, sollte freilich gerade diesem Gericht bekannt sein, ansonsten es die Reparaturkosten bei Fahrzeugen nicht auf 130% des Fahrzeugwertes beschränken würde[78]. Andere Autoren gelangen aufgrund von Gleichbehandlungserwägungen gegenüber den Geschädigten zu einer Gleichsetzung der Interessearten[79]. Es ist dieses Streben, die Ermittlung des Schadenersatzumfanges zu vereinheitlichen, das zur Ablehnung der Zweckgebundenheit des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrages führt. Und erst die Dispositionsfreiheit ermöglicht es, fiktive Kosten als ersatzfähige Schaden zu betrachten.

Die Befürworter der Dispositionsfreiheit und damit auch der Vereinheitlichung der Schadensermittlung neigen dazu, die *Unterschiede* zwischen den Herstellungskosten und dem Wertersatz *herunterzuspielen* oder zu *negieren*. Es mag zwar zutreffen, dass sich die beiden Beträge in manchen Fällen dekken. Gerade im praktisch bedeutsamen Fahrzeugbereich ist dies aber kaum der Regelfall[80], und bei Verletzung von Tieren und Beschädigungen von Kulturgütern oder Pflanzen fallen die Beträge im Regelfall sogar erheblich auseinander[81]. Gewährt man dem Geschädigten diese höheren Kosten und verzichtet dieser auf die Herstellung, so würde er sein Vermögen nicht bloss umschichten, sondern – wie HAGEN richtig bemerkt[82] – auf Kosten des Schädigers vermehren. Der BGH sah sich denn auch gezwungen, die fiktiven Reparaturkosten auf die Wiederanschaffungskosten zu begrenzen und bei Personenschäden einen Ersatz fiktiver Kosten gänzlich abzulehnen. Der OGH gewährt zwar dem Grundsatze nach fiktive Heilungskosten, schränkt

---

[76] *Karakatsanes* (Fn. 1) 32 f.

[77] Vgl. etwa BGHZ 97 (1986), 14, 18, in dem ausgeführt wird, dass bei Weiterbenutzung des unreparierten Fahrzeuges das Vermögen des Geschädigten insofern belastet bleibe, «als der Wert der beschädigten Sache geringer ist als der der unbeschädigten. Mit der Zahlung der erforderlichen Reparaturkosten ist der Vermögensstand des Geschädigten wiederhergestellt.»

[78] Vgl. vorne § 4 III 2.

[79] Vgl. nur *Zeuner*, AcP 1963 (Fn. 50) 394 ff.

[80] Wer sein beschädigtes Fahrzeug auf eigene Rechnung reparieren lässt und anschliessend einem Fahrzeughändler verkauft, fährt erfahrungsgemäss schlechter als derjenige, der das beschädigte Fahrzeug an den Handler veräussert.

[81] Vgl. auch *Apathy* 75, wonach die beiden Berechnungsarten «nur selten» zu demselben Ergebnis führen.

[82] *H. Hagen*, Zur Naturalrestitution, in: Wandlungen des Schadensersatzrechts, hrsg. von H. Lange/H. Hagen, Heidelberg 1987, 59, 76.

indessen den Anspruch in verschiedener Hinsicht ein. Die Bemühungen der deutschen und der österreichischen Rechtsprechung, die Entschädigungsansprüche für fiktive Wiederherstellungskosten zu begrenzen, machen deutlich, dass der Grundsatz der Vereinheitlichung der Schadensermittlung, d.h. die Gleichsetzung von Integritäts- und Kompensationsinteresse, nicht durchgehalten werden kann. Richtigerweise sollte er ganz aufgegeben werden. Denn ein *verfehlter Ansatz bleibt unrichtig, auch wenn man ihn billiger macht*[83].

2. *Trennung der Interessearten*

Die im deutschen Recht aus der Bestimmung in § 249 Satz 2 BGB herausgelesene Dispositionsfreiheit des Geschädigten über den Wiederherstellungsbetrag bildet einen der wesentlichsten Gründe für die dort im Bereich des Schadensrechts konstatierte *Orientierungslosigkeit*. Die Gleichsetzung des Integritäts- und des Kompensationsinteresses führt unweigerlich zu fragwürdigen Distinktionen und widersprüchlichen Entscheidungen. Welch unsinnige Ergebnisse aus der Dispositionsfreiheit folgen, zeigt sich etwa bei der Zubilligung der Wiederbeschaffungskosten einschliesslich der Mehrwertsteuer, obwohl der Geschädigte keinen Ersatz anschafft, der Gewährung eines Kostenersatzes für eine tatsächlich nicht vorgenommene Operation bzw. für einen nicht angetretenen Kuraufenthalt oder beim Ersatz der Behandlungskosten eines verletzten Tieres, obwohl der Eigentümer das Tier einschläfern lässt.

Entgegen der im deutschen Schrifttum vertretenen Ansicht ist auch nicht zutreffend, dass die Zweckbindung den Geschädigten in seinen Vermögensdispositionen behindert. Dem Geschädigten steht es frei, sein Restitutionsinteresse zu betätigen, indem er den schadensfreien Zustand tatsächlich herbeiführt, um anschliessend die hierfür erforderlichen Kosten dem Schädiger in Rechnung zu stellen. Gleiches gilt hinsichtlich der Sachzerstörung, bei der es ebenfalls der freien Entscheidung des Geschädigten anheimgestellt ist, ob er den schadensfreien Zustand wiederherstellen, d.h. eine Ersatzanschaffung

[83] *Schwimann/Harrer* § 1325 N 10; *Köhler* 357: «Diese Versuche, den grundsätzlichen Rechtsstandpunkt durch restriktive Handhabung zu halten, sind im Grunde ein Kurieren am Symptom und bleiben notwendigerweise unbefriedigend und unpraktikabel.» Gegen eine Vereinheitlichung wendet sich im amerikanischen Schrifttum auch *Dobbs* 233: «Accuracy in measurement is a desirable goal, but it should not lead us to forget the definitional and policy elements involved, nor the limits of the enterprise. Courts must choose among the measures as best they can, but they should not be faulted when they opt for the convenience and certainty of market damages. Nor should they be pushed into a regime of substitution cost damages by critics who believe they have the 'accurate' answer.»

tätigen will oder ob er darauf verzichtet und sich mit dem Veräusserungswert begnügt[84]. Unverständlich ist auch die Folgerung des BGH, bei Nichtgewährung fiktiver Reparaturkosten sei dem Geschädigten «mangels Vorlage einer Reparaturkostenrechnung jeder Schadensersatz zu versagen»[85]. Der Geschädigte geht selbstverständlich nicht leer aus, sondern hat Anspruch auf die Wertminderung[86]. Unberechtigt ist überdies das in der Literatur zugunsten der generellen Zusprechung der Wiederherstellungskosten angeführte Argument: «Eine andere Möglichkeit, wie der Geldersatzanspruch bei endgültig unterbliebener Reparatur zu bemessen sein sollte, ist nicht ersichtlich.»[87] Die Abrechnung auf Wertminderungsbasis mag zwar Schwierigkeiten bereiten; um eine Schätzung des Sachwertes vor der Schädigung kommt man indes ohnehin nicht herum, da die fiktiven Wiederherstellungskosten diesen Wert nicht überschreiten dürfen[88]. Der Ersatz der Wertminderung erfordert lediglich eine zusätzliche Schätzung des beschädigten Sachwertes.

Die Schadensermittlung aufgrund des Integritätsinteresses ist jedenfalls nur dann berechtigt, wenn der Geschädigte sich auch dahingehend verhält. Nimmt der Betroffene die Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes nicht vor, so soll er sich auch nicht auf das Restitutionsprinzip berufen können. Für eine Begünstigung des Geschädigten besteht auch keine Veranlassung. Es ist – wie HUBER richtig ausführt – nicht einzusehen, weshalb der Ersatzanspruch nach einem (fiktiven) Zustand bemessen werden sollte, dessen Herstellung der *Geschädigte gerade nicht wünscht*[89]. Wird also die beschädigte Sache nicht repariert, so ist das Restitutionsinteresse deswegen nicht geschuldet, weil der Geschädigte kein hinreichendes Interesse an der Integrität, an der Wiederherstellung der Sache gezeigt hat[90]. Dies gilt in besonderem Masse für fiktive Heilungskosten. Die Zuerkennung dieser Kosten führt zur rechtspolitisch bedenklichen Möglichkeit, dass sich der Verletzte seine Gesundheitsbeeinträchtigung in Geld ersetzen lässt, «er also aus seiner

---

[84] So auch *Huber* 159.

[85] BGH NJW 1989, 3009, 3010.

[86] Zutreffend *Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 1), 445.

[87] *Grunsky*, DAR 1984 (Fn. 9), 270.

[88] So zutreffend *Köhler* 362.

[89] *Huber* 158. Im kanadischen Recht haben sich in neuerer Zeit gegen die Zusprechung fiktiver Kosten ausgesprochen *K.J. Dore/E. Veitch*, Guarding Against Over-Compensation When Measuring Damages by the Cost of Repair, Replacement or Performance: The Role of Undertakings, Canadian Business Law Journal (23) 1994, 432–443; ablehnend auch *Ollier/Le Gall* 10-13.

[90] Das sieht *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 7c an sich durchaus richtig, befürwortet dann aber gleichwohl eine abstrakte, von der Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes unabhängige Entschädigung sowohl bei unterlassener Reparatur (§ 249 N 17) als auch beim Nutzungsausfall (§ 249 N 10).

Verletzung ein Geschäft macht, anstatt den ihm zukommenden Betrag zweckmässig zur Heilung zu verwenden»[91]. Überdies begründet die Zuerkennung auch die Gefahr einer missbräuchlichen Doppelliquidation, indem zunächst fiktive Heilbehandlungskosten vom Schädiger kassiert werden und man die Heilung später auf Kosten der Sozialversicherung durchführen lässt[92].

Letztlich hat die Gewährung fiktiver Herstellungskosten nur den Zweck, dass der Geschädigte auf diese Weise mehr erhält, als er im Rahmen der Kompensation erhalten würde, er also Ersatz für eine Beeinträchtung bekommt, die sich in seinem Vermögen nicht auswirkt. Gewährt man bei einer Personenverletzung die Kosten einer durchaus gebotenen ärztlichen Behandlung oder verordneten Kur, ohne dass die Behandlung erfolgt oder der Kuraufenthalt stattfindet, erhält der Geschädigte «in Wahrheit eine Geldentschädigung für einen Nichtvermögensschaden»[93], was nicht im Sinne des Gesetzes sein kann. Gleiches gilt hinsichtlich der Reparaturkosten. Wer Reparaturkosten verlangt, obwohl er die Herstellung nicht vornimmt, fordert für den über den Wertausgleich hinausgehenden Betrag in Wirklichkeit Geldersatz (Kompensation) für immaterielle Interessen[94].

3. Konsequenzen für die problematischen Fallgruppen

a) Der Grundsatz der Dispositionsfreiheit führt namentlich bei *Personenschäden* zu einer bedenklichen Ausweitung der ersatzfähigen Schäden. Diese Gefahr hat nun auch die deutsche Rechtsprechung erkannt und in neuerer Zeit fiktive Heilbehandlungskosten für nicht ersatzfähig erklärt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Heilungskosten können nur dann gefordert werden, wenn die Wiederherstellung tatsächlich vorgenommen wird. Verzichtet der Betroffene auf die Heilbehandlung, so ist dies im Rahmen der Genugtuung zu berücksichtigen.

Gegen die hier vertretene Auffassung liesse sich einwenden, dass derjenige, der die notwendigen Mittel nicht selbst vorschiessen kann, Gefahr

---

[91] *Apathy* 82.

[92] *Huber* 267, 270; siehe auch *Köhler* 358.

[93] *Keuk* 221.

[94] Vgl. auch die überzeugende Kritik an der herrschenden deutschen Auffassung bei *Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 1), 443 ff.; die ausführliche Entgegnung auf ihre Kritik und Rechtfertigung der Rechtsprechung durch *Weber*, VersR 1992 (Fn. 1), 527 ff., vermag, zumindest aus schweizerischer Sicht, schon deshalb nicht zu überzeugen, weil dieser vor allem auf der Grundlage historischer und systematischer Gesetzesauslegung argumentiert, ohne sich mit dem Hauptproblem der fiktiven Kosten, den Begrenzungsschwierigkeiten, zu befassen.

läuft, «in die Tasche des Schädigers zu sparen». Diese Gefahr ist von vornherein nur im Bereich der Personenschäden zu befürchten, und sie hat sich denn auch im bereits erwähnten Stärkungsmittel-Fall konkretisiert. Der Gerechtigkeitserwägung, dass der Mittellose für seinen erzwungenen Verzicht auf das Stärkungsmittel nicht «bestraft» werden darf, kommt auf den ersten Blick durchaus Überzeugungskraft zu. Zu beachten ist freilich, dass die Nichteinnahme eines notwendigen Medikaments regelmässig die Heilung verzögert; für die daraus folgenden Kosten hat der Schädiger einzustehen. Der Ersatzpflichtige würde doppelt belastet, wenn er die Kosten sowohl des nichteingenommenen Medikaments als auch der verzögerten Heilung zu ersetzen hätte. «Man darf eben nicht einen fiktiven Schaden, der einen realen ausgleichen soll, zugleich mit den Folgen dieses realen Schadens ersetzen»[95]. Überdies ist hierzulande fast die ganze Bevölkerung krankenversichert, weshalb die *finanzielle Leistungsfähigkeit des Betroffenen ohnehin kaum je eine Rolle spielen* kann. Aufgrund der versicherungsrechtlichen Situation ist der Einwand – auch für die Verhältnisse in Deutschland[96] – überholt.

b) Bei *Sachschäden* verzichtet der Betroffene oftmals auf die Reparatur und beschafft sich statt dessen eine neue Sache. Nach der BGH-Rechtsprechung und herrschenden deutschen Lehre kann der Geschädigte die Reparaturkosten auch dann beanspruchen, wenn er das Fahrzeug unrepariert veräussert[97]. Für diese Gleichstellung besteht kein Anlass. Der Grund für die Zusprechung der Reparaturkosten trotz Veräusserung der beschädigten Sache liegt in der Anerkennung fiktiver Reparaturkosten. Es erscheint nämlich nur folgerichtig, dem Geschädigten, der sich den Reparaturbetrag auszahlen lassen kann, selbst wenn er die Sache anschliessend veräussert, auch bei umgekehrter Reihenfolge einen Ersatz zu gewähren[98]. Lehnt man hingegen nach der hier vertretenen Meinung Ersatz für fiktive Kosten ab, ist auch der Begründung für die Zusprechung der Reparaturkosten im Falle der Veräusserung der Boden entzogen[99].

Verzichtet also der Geschädigte auf die *Wiederherstellung*, so steht ihm bloss ein *Wertausgleich* zu[100]. Zu ermitteln ist die Wertdifferenz der Sache vor und nach der Schädigung, wobei die beiden Werte im Regelfall aufgrund der *Verkaufspreise* zu ermitteln sind, da die Kompensation auf das aktivierbare Vermögen abstellt. Diese Auffassung steht im übrigen nicht in Wider-

---

[95] So zutreffend *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 2), 356.
[96] Vgl. *Schiemann* 34 f.; *Köhler* 356.
[97] Vgl. vorne § 4 II 2.
[98] So z.B. *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 15.
[99] Vgl. auch *Honsell/Harrer*, JuS 1985, 166.
[100] So für beschädigte Hausgrundstücke auch BGHZ 81 (1981), 385, 392.

spruch zu dem vorne erwähnten Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur[101]. Entgegen dem ersten Anschein sprach das Gericht nämlich keineswegs fiktive Reparaturkosten zu, die über den Minderwert des Fahrzeuges hinausgingen. Fahrzeughändler verbergen in der grosszügigen Anrechnung des beschädigten Eintauschfahrzeuges bekanntlich eine Kaufpreisvergünstigung. Da im erwähnten Fall die Reparaturkosten offenbar unter der effektiven Wertdifferenz lagen[102], hat das Gericht ganz im Sinne der hier vertretenen Auffassung entschieden.

Fraglich ist schliesslich, ob der Geschädigte, der die unverhältnismässigen Kosten effektiv aufwendet, Anspruch auf den Betrag bis zur *Unverhältnismässigkeitsgrenze* oder bloss bis zur Wertminderung hat. Grundsätzlich liesse sich die Ansicht vertreten, bei unangemessenen Herstellungskosten sei nur das Kompensationsinteresse geschuldet, weshalb nur die Wertminderung zu ersetzen sei[103]. Gegen diese Auffassung ist aus praktischer Sicht einzuwenden, dass sie zu einem unerfreulichen *Berechnungssprung* bei der Überschreitung der Angemessenheitsgrenze führt. Sie ist aber auch wegen der unzutreffenden Unterscheidung der Restitution und der Kompensation abzulehnen. Derjenige, der die Wiederherstellung vornimmt, betätigt eben, selbst wenn die Aufwendungen unangemessen sind, sein Restitutionsinteresse. Er hat daher Anspruch auf die Kosten, die durch das Angemessenheitskriterium begrenzt sind, d.h. den Betrag bis zur Unverhältnismässigkeitsgrenze. Dadurch wird auch der «Sprung» in der Schadensersatzberechnung vermieden.

c) Hinsichtlich der *Sachzerstörung* wird der Umstand zu wenig beachtet, dass der Ankaufspreis bei den meisten Gütern erheblich über dem Verkaufspreis liegt, der Wiederbeschaffungswert eben nicht mit dem Veräusserungswert gleichzusetzen ist. Bei einem Totalschaden ist daher wesentlich, welchen Wert der Geschädigte beanspruchen kann. Nach der ganz herrschenden Auffassung[104] ist der Ersatz bei einem Konsumgut aufgrund des Wiederbeschaffungswertes zu ermitteln, gleichviel, ob der Geschädigte tatsächlich einen Ersatzkauf tätigt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber das Restitutionsinteresse nur dann zu ersetzen, wenn es auch ausgeübt wird. Ver-

---

[101] Vorne Fn. 12.

[102] Legt man den Anrechnungswert für das Wrack in der Höhe von 2500 Fr. zugrunde, so beträgt der Minderwert 2230 Fr. Nach unbestrittener Sachverhaltsdarstellung hatte das Wrack jedoch bloss einen Schätzwert von 800 Fr. Ausgehend vom Wert vor der Schädigung in der Höhe von 4750 Fr., ergibt dies einen Minderwert, welcher über den zugesprochenen Reparaturkosten von 3500 Fr. hinausgeht.

[103] Siehe dazu bereits vorne § 4 III 2.

[104] Vgl. vorne Fn. 6 ff.

schafft sich der Geschädigte aus welchen Gründen auch immer keine Ersatzsache, so ist ihm an der Wiederherstellung des Nutzungspotentials offensichtlich nicht gelegen. Aus diesem Grunde ist auch der Einwand ungerechtfertigt, bei Abstellen auf den Veräusserungswert werde dem Geschädigten eine Veräusserung der Sache an den Schädiger aufgedrängt, und dies zu einem Zeitpunkt, in dem er diese gar nicht verkaufen wollte[105]. Da es dem Geschädigten freisteht, das Nutzungspotential auf Kosten des Schädigers wiederherzustellen, kann von einem «aufgedrängten Verkauf» keine Rede sein. Die Abrechnung aufgrund des Wiederbeschaffungswertes, d.h. des Ankaufspreises, ist folglich nur berechtigt, wenn der Geschädigte sein Integritätsinteresse durch Wiederherstellung des Nutzungspotentials ausübt[106]. Ansonsten steht ihm bloss der Veräusserungswert zu[107].

Sowohl bei Zusprechung des Wiederbeschaffungs- als auch des Veräusserungswertes ist ein Abzug in Höhe des Restwertes zu machen. Bestehen Zweifel hinsichtlich des Restwertbetrages, sind die Beschaffungskosten bzw. der Veräusserungswert in voller Höhe zu erstatten und dem Ersatzpflichtigen die beschädigte Sache auszuhändigen[108].

4. Kostenvorschuss

a) Schliesslich ist noch auf die *praktischen Modalitäten* der Schadensabwicklung einzugehen. Es sind ja vor allem auch Gründe der Praktikabilität, die gegen eine Zweckbindung vorgebracht werden. In der Hauptsache geht es um die Frage, ob dem Geschädigten die Aufwendungen zur Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes vorzuschiessen sind. Zwischen Bevorschussung der Kosten und Ersatz fiktiver Aufwendungen besteht, wie APATHY[109] zu Recht bemerkt, ein enger Zusammenhang. Bejaht man den Anspruch auf fiktive Wiederherstellungskosten, stellt sich die Frage der Bevorschussung nicht. Gewährt man dem Geschädigten hingegen – in Überein-

---

[105] *Medicus*, JuS 1969 (Fn. 47), 450; *Schiemann*, DAR 1982 (Fn. 66), 311; ferner *Berger* (Fn. 63) 107.

[106] Dies kann nicht lediglich durch eine Ersatzbeschaffung, sondern auch durch eine Reparatur erfolgen. Aus diesem Grunde ist bei unverhältnismässigen Reparaturkosten der Wiederbeschaffungswert zu ersetzen, vgl. vorne bei Fn. 103.

[107] So zutreffend *Huber* 158 f.

[108] Nach französischem Recht kann der Geschädigte immer ein sogenanntes «laissé pour compte» fordern; vgl. *Chartier* 203 ff. m.w.N.; im österreichischen Recht wird diese Variante bei leichtfahrlässiger Schädigung abgelehnt, vgl. *Ehrenzweig/Mayrhofer* 321.

[109] S. 87.

stimmung mit der vorherrschenden Ansicht in Deutschland und Österreich[110] – generell einen Anspruch auf Kostenvorschuss, so läuft dies in der Praxis auf eine Gewährung fiktiver Kosten hinaus. Dies gilt namentlich für die Massenregulierung bei Fahrzeugschäden. So führt HUBER[111] aus: «Je nach Kostenstruktur des Ersatzpflichtigen und der Art sowie der Höhe des Schadens wird das ökonomische Kalkül einmal dafür, oft aber auch gegen die Überprüfung der widmungsgemässen Mittelverwendung sprechen.» Gleichwohl befürwortet er einen Vorschussanspruch, da das Schadenersatzrecht nicht «nach den Bedürfnissen der Haftpflichtversicherungswirtschaft bei Kfz-Schäden auszurichten ist». Entsprechend einem namentlich von österreichischen Autoren vertretenen Vorschlag möchte HUBER dem Geschädigten die Zahlung des für die Herstellung erforderlichen Geldbetrages zugestehen, den Betrag aber als «zweckgebundenen Vorschuss» behandeln, über den später abzurechnen ist[112].

b) Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die Ablehnung eines Ersatzes fiktiver Kosten darf nicht durch die Vorschusspflicht des Schädigers wieder in Frage gestellt werden. Für die *nicht* sehr *praktikable Kostenbevorschussung* mit anschliessender Rechnungslegung besteht auch keine sachliche Notwendigkeit. Im Regelfall kann der Geschädigte die Wiederherstellungskosten ohne Schwierigkeiten vorläufig selbst tragen; es ist ihm deshalb durchaus zuzumuten, eigenes Kapital zur Schadensbehebung einzusetzen. In diesem Sinne spricht sich auch ein Teil der österreichischen Lehre aus[113], wobei der Geschädigte wegen der Verwendung des eigenen Kapitals die Kapitalzinsen fordern dürfe[114]. Letzteres ist bei namhaften Auslagen gerechtfertigt. Handelt es sich indessen um Beträge, die der Betroffene im Regelfall ohne weiteres aus seinen liquiden Mitteln zu ersetzen vermag, ist der Ersatz schon mit Blick auf die Geringfügigkeit des Anspruches fraglich[115].

---

[110] Vgl. OGH SZ 56 (1983), 561, 564, wo ausgeführt wird, dass im Zeitpunkt der Schadensbehebung «nicht vorhersehbar ist, ob und wann der Geschädigte, etwa in Zukunft, dringend das angesparte Kapital für eigene Bedürfnisse benötigen könnte»; *Huber* 227; *Rummel/Reischauer* § 1323 N 13 m.w.N.; für das deutsche Recht vgl. *Esser/Schmidt* 191; *Köhler* 368; *Schiemann*, JuS 1988 (Fn. 52), 22.

[111] S. 228.

[112] *Huber* 227 f.; vgl. auch *Apathy* 91 f.; *Rummel/Reischauer* § 1323 N 13, § 1325 N 18; *Schwimann/Harrer* § 1323 N 51, § 1325 N 10.

[113] Vgl. *Apathy* 91; *Koziol* I 178.

[114] Vgl. auch *Koziol* I 219.

[115] Ebenso *Merz* 195 Fn. 27 (siehe auch vorne § 4 Fn. 186). Vgl. auch Municipal Court of Appeals for the District of Columbia, Brandon v. Capital Transit Co., Atlantic Reporter 2d 71 (1950), 621, 623: «It is also our opinion that the cost of repairs cannot be enlarged by adding thereto the cost of securing a loan to pay for such repairs.»

Entgegen der in Deutschland und Österreich vorherrschenden Auffassung ist also eine generelle *Vorschusspflicht abzulehnen*[116]. Problematisch sind einzig jene Fälle, in denen es sich bei den Herstellungskosten um Beträge handelt, die der Geschädigte nicht vorzuschiessen vermag. Grundsätzlich wäre denkbar, dem Geschädigten, welcher nicht über das notwendige Kapital verfügt, anstelle eines Vorschussanspruches den erforderlichen Zinsbetrag für die Aufnahme eines Darlehens zu gewähren[117]. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass dem Geschädigten eine Verschuldung nicht zuzumuten ist. Den zutreffenden Gesichtspunkt dieses Problems hat wohl APATHY[118] herausgestrichen. Das Recht des Geschädigten, zwischen dem Ersatz des Restitutionsinteresses und des Wertinteresses zu wählen, darf nicht von seinen finanziellen Verhältnissen abhängig gemacht werden. Spricht man demjenigen, der zunächst nicht in der Lage ist, die Kosten der Wiederherstellung zu tragen, einen Vorschussanspruch ab, so hält man ihm letztlich das Recht auf Wahrung seines Restitutionsinteresses vor. Ist also der Geschädigte finanziell nicht in der Lage, die Wiederherstellung durchführen zu lassen, so hat ihm der Schädiger einen zweckgebundenen Vorschuss zu leisten. Der Geschädigte muss diesfalls innerhalb einer angemessenen Frist Rechnung über die vorgeschossenen Mittel legen und den nicht oder nicht zweckgerecht verwendeten Betrag nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückerstatten.

---

[116] Die Frage, ob der Gläubiger im vertraglichen Bereich bei der Ersatzvornahme einen Kostenvorschuss beanspruchen kann, wird abgelehnt von *Gauch/Schluep* N 2588; *E. Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 332 Fn. 18, bejaht von *BernerKomm/Becker* Art. 98 N 3; *A. v.Tuhr/A. Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, 91.

[117] *H. Koziol*, Naturalersatz und Schadensberechnung beim Problem «neu für alt», JBl 1965, 337, 344; *ders.* I 219.

[118] S. 90.

§ 6 *Verlust von Gebrauchsvorteilen*

I. Problemlage

Kann eine Sache aufgrund eines schädigenden Eingriffs während einer bestimmten Zeitdauer nicht gebraucht werden, ist fraglich, ob der Berechtigte hierfür Ersatz verlangen kann. In den Lehrbüchern findet sich regelmässig das Beispiel, dass der Verletzte seine Theaterkarte nicht mehr benutzen kann[1]. Obwohl sich die Frage grundsätzlich bezüglich aller Gegenstände stellt, wird sie meist im Zusammenhang mit Fahrzeugen diskutiert[2]. Die *Entschädigungsfähigkeit des Nutzungsausfalles* gehört im deutschen Recht «zu den meistdiskutierten Fragen des Zivilrechts»[3]. Dutzende von Aufsätze und Urteilsanmerkungen sowie zahlreiche Monographien[4] sind ausschliesslich dieser Problematik gewidmet, und die entsprechenden Ausführungen in den Kommentaren[5], Lehr- und Handbüchern werden zunehmend umfangreicher. Im Mittelpunkt des Interesses steht die Frage, ob der Geschädigte einen Ersatz auch dann beanspruchen kann, wenn er bei verhinderter Nutzungsmöglichkeit einer Sache keinen Ersatzgegenstand anmietet, ob also nicht nur die konkret entstandenen Mietkosten, sondern auch die entgangene Nutzungsmöglichkeit als solche zu entschädigen ist. Diese Problematik bildet im Grunde einen Unterfall der fiktiven Kosten.

Aufgrund des Stellenwertes in der juristischen Diskussion und auch wegen der gegenüber den fiktiven Kosten unterschiedlichen dogmatischen Konzeption sowie den zahlreichen namentlich in der deutschen Rechtsprechung getroffenen Differenzierungen soll die Nutzungsentschädigung hier als eigene Problemgruppe untersucht werden. Im folgenden ist aber zunächst auf die Rechtslage bei Beschaffung eines Ersatzgegenstandes, d.h. bei konkret entstandenen Mietkosten, einzugehen. Entsprechend der vorrangigen

---

[1] Vgl. vorne § 1 bei Fn. 172.

[2] In der schweizerischen Literatur verwendet man für den Schaden infolge eines Gebrauchsverlustes auch den Begriff «Chômage».

[3] *Staudinger/Medicus* § 253 N 33.

[4] Vgl. die Dissertationen von *M. Hermann*, Der Schadensersatz für die entgangene Nutzung des Kraftfahrzeugs, Diss. Bochum 1974; *H.J. Waitz*, Schadensersatz für Gebrauchsverlust (loss of use) bei Sachschäden nach deutschem, englischem und amerikanischem Recht, Diss. Freiburg 1973; *D. Zeitz*, Schadensersatz bei Nutzungsentgang an Gebrauchsgegenständen, Diss. Frankfurt 1978.

[5] Vgl. in Deutschland statt aller *Staudinger/Medicus* § 253 N 24 ff.; siehe ferner *Berner-Komm/Brehm* Art. 41 N 80 ff.

Stellung in Theorie und Praxis wird auch hier die Problematik im wesentlichen in bezug auf Fahrzeuge abgehandelt.

II. Konkrete Mietkosten

1. Voraussetzungen des Kostenersatzes

In der Schweiz wird der Ersatz der Mietauslagen davon abhängig gemacht, dass der Geschädigte aus wirtschaftlichen, vor allem beruflichen Gründen auf das Fahrzeug *angewiesen* ist[6]. Kann dem Geschädigten die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel zugemutet werden[7], so sind ihm die entsprechenden Ausgaben zu ersetzen[8]. Die damit verbundenen Unannehmlichkeiten und der Zeitverlust sind dagegen nicht als Schaden anzusehen[9].

Die deutschen Gerichte gewähren die zur Schadensbehebung erforderlichen Kosten, wobei Schranken aus der Schadensminderungspflicht folgen. Grundsätzlich sind also die Mietwagenkosten zu ersetzen, sofern der Geschädigte nicht übermässigen Herstellungsaufwand getrieben hat. Der Ersatzanspruch setzt voraus, dass der beschädigte Wagen in der Zwischenzeit in einem nennenswerten Umfang benutzt worden wäre. Bei geringem Fahrbedarf[10] sind nicht die tatsächlichen Aufwendungen für ein Ersatzfahrzeug, sondern die geringeren Taxikosten zuzubilligen[11]. Auch die amerikanische

---

[6] *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 80; *Oftinger/Stark* § 6 N 373; *Oftinger* 256; *Rey* N 314; *Merz* 196; *ders.*, Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, BTJP 1974, Bern 1975, 101, 112 f.; *R. Schaffhauser/J. Zellweger*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern 1988, 1121; *A. Bussy/B. Rusconi*, Code suisse de la circulation routière, 2. Aufl., Lausanne 1984, 355; *P. Leuch*, Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte über Fragen von Teil- und Totalschaden, Entschädigung für Chômage und Gebrauchsausfall, in: Der Automobilschaden, Bern 1968, 8, 14, dessen Ausführungen jedoch teilweise überholt sind

[7] Vgl. Kantonsgericht St. Gallen SJZ 1968, 205 (unzumutbar, wenn sich der Arbeitsweg ohne Fahrzeug täglich um drei Stunden verlängert); zustimmend *Merz*, BTJP 1974 (Fn. 6), 114.

[8] Zu der Entschädigungsfähigkeit für weiterlaufende Fixkosten vgl. hinten III 3.

[9] *Merz* BTJP 1974 (Fn. 6), 113; überholt die Ausführungen *Leuchs* (Fn. 6) 14 f., wonach es sich beim Fahrzeug um ein Verkehrsmittel handele, «auf dessen Verwendbarkeit zur Erholung und Abwechslung von der Berufsarbeit, d.h. zur Erhaltung seiner Arbeitskraft, jeder Halter Anspruch hat». –«Der Gebrauch eines Automobils zu Erholungszwecken wird je länger, desto weniger als Affektionsinteresse gelten können, das keinen Anspruch auf Schadenersatz gibt.» –«Ohne Auto lässt sich eine touristische Reise nur mehr schwer vorstellen.»

[10] Die Grenze liegt etwa bei 25 Kilometern pro Tag.

[11] Vgl. die Nachweise bei *Magnus* 89 Fn. 8. Zum Ganzen *G. Sanden/J. Völtz*, Sachschaden des Kraftverkehrs, 6. Aufl., München 1994, N 247 ff.

Rechtsprechung gewährt die angemessenen Mietkosten einer Ersatzsache während der notwendigen Dauer der tatsächlich erfolgten Reparatur. Anders als im schweizerischen und im deutschen Recht ist die konkrete Nutzung durch den Betroffenen unbeachtlich[12]. Ist die Sache zerstört oder eine Reparatur unzweckmässig, so lehnte die ältere Rechtsprechung eine Entschädigung regelmässig ab[13]. In neueren Entscheidungen wird hingegen ein Ersatz auch in diesen Fällen gewährt[14].

Insgesamt ist die schweizerische Praxis hinsichtlich der Zusprechung der Mietwagenkosten eher zurückhaltend, da ein wirtschaftliches Angewiesensein vorausgesetzt wird, während man in Deutschland bloss einen nennenswerten Fahrbedarf nachzuweisen hat und die amerikanische Rechtsprechung die Entschädigung grundsätzlich immer gewährt.

2. *Anspruchshöhe*

Anders als in der Schweiz beschäftigte sich die deutsche Gerichtspraxis auch intensiv mit der Anspruchshöhe. Es gelang ihr indessen nicht, bei der Konkretisierung des Mietkostenersatzes einheitliche Lösungen zu entwickeln, und zahlreiche Fragen werden nach wie vor kontrovers beantwortet[15]. Einigkeit besteht insoweit, als grundsätzlich vom Betrag auszugehen ist, den der Geschädigte tatsächlich aufgewandt hat. Umfangreiche Preisvergleiche sind ihm dabei nicht zuzumuten[16]. Offen ist dagegen, ob der Fahrzeugwert vor dem Unfall die Obergrenze bildet, ob dem Geschädigten bei einer geplanten Auslandreise das «Umsteigen» auf die Bahn bzw. das Flugzeug zuzumuten ist, ob die Mietwagenkosten für die konkrete Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungsfrist oder bloss für den üblichen Zeitraum zuzusprechen sind und ob auch der Betrag für die Vollkaskoversicherung des Mietwagens beansprucht werden kann[17]. Für Einsparungen, die durch den Nichtgebrauch des eigenen Fahrzeuges entstehen, wird ein Abzug in der Höhe von fünfzehn Prozent der Mietwagenkosten als angemessen angesehen. Bemerkenswert erscheint, dass einige Gerichte von einem Abzug für Eigenersparnis absehen,

---

[12] Vgl. die Nachweise in Recovery for Loss of Use of Motor Vehicle Damaged or Destroyed, American Law Reports 3d 18, 497, 508 ff.

[13] *Harper/James/Gray* 544.

[14] Vgl. die Nachweise in American Jurisprudence 2d 22, § 446 Fn. 99.

[15] *Magnus* 86; ausführlich zum Ganzen *K. Müller*, Grundprobleme der Mietwagenkosten im Rahmen der Unfallregulierung, JuS 1985, 279–287.

[16] *Lange* 272; *Staudinger/Medicus* § 251 N 68 m.w.N.

[17] Vgl. dazu *E. v.Caemmerer*, Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung bei der Anmietung von Ersatzwagen, VersR 1971, 973–980; *Müller* (Fn. 15) 284 f.; *Lange* 277 ff.; *MünchKomm/Grunsky* § 249 BGB N 31; zum Ganzen *Magnus* 86 ff.

wenn der Geschädigte einen Wagen anmietet, dessen Kosten im Vergleich zu dem an sich ihm zustehenden Ersatzfahrzeug mindestens fünfzehn Prozent tiefer liegen.

Die deutsche Rechtslage zeichnet sich aus durch eine ausdifferenzierte, eine grosse Zahl von Einzelfragen problematisierende Schadensordnung. Im Laufe der Zeit hat die BGH-Rechtsprechung zu zahlreichen Fallkonstellationen Stellung genommen, wodurch sie – wie MAGNUS zutreffend bemerkt – einerseits kaum noch eine Orientierungshilfe zu geben vermag und sich andererseits «zum Buchhalter der Parteien, damit vor allem der Versicherer machen lässt»[18]. Demgegenüber sind weder im schweizerischen noch im französischen oder im angloamerikanischen Recht nennenswerte Diskussionen über die Höhe des Mietkostenersatzes geführt worden, und auch aus der Gerichtspraxis sind diesbezüglich kaum Fälle bekannt. Während im angloamerikanischen Recht der Massstab der «reasonableness» die Einzelfragen akzeptabel zu beantworten vermag[19], erblickt man in Frankreich das Steuerungsmittel vor allem darin, dass Mietwagenkosten nur für den Zeitraum gewährt werden, welcher für die Reparatur in gleichliegenden Fällen üblich und objektiv erforderlich ist[20].

III. Abstrakte Mietkosten

1. Anerkennung durch die Rechtsprechung

a) Die *deutsche Rechtsprechung* gewährt seit den sechziger Jahren Ersatz für den Gebrauchsentzug eines Fahrzeuges auf der Basis der Mietwagenkosten. Der Geschädigte kann die Kosten für die Anmietung eines Ersatzes auch dann in Rechnung stellen, wenn er sich kein Ersatzfahrzeug beschafft[21]. Die Entschädigung wird damit begründet, dass die ständige Verfügbarkeit des eigenen Fahrzeuges einen geldwerten Vorteil darstellt, dessen vorübergehende Entziehung infolgedessen als Vermögensschaden anzusehen ist. Dieses Ergebnis folge auch aus der Überlegung, dass für ein sofort verfügbares, fahrbereites Fahrzeug bei einer fiktiven Veräusserung ein bere-

[18] *Magnus* 130.

[19] *Magnus* 105, 109; siehe namentlich zur Frage nach der «reasonable time needed to have the item repaired» American Jurisprudence 2d 22, § 449; vgl. auch *Harper/James/Gray* 544.

[20] *Magnus* 116 f.

[21] Vgl. die Nachweise etwa bei *H. Hagen*, Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?, JZ 1983, 833–840.

chenbar höheres Entgelt erzielt werden könne[22]. Die in der deutschen Rechtsprechung in erster Linie für privat genutzte Fahrzeuge entwickelte Nutzungsentschädigung wurde später auch auf Frachtschiffe ausgedehnt[23]. Dagegen ist bei gewerblich genutzten Fahrzeugen grundsätzlich der entgangene Gewinn[24], gegebenenfalls die Aufwendungen für ein eigenes Reservefahrzeug[25] zu ersetzen[26]. Ob indes in Fällen, in denen sich ein konkreter Gewinnentgang nicht nachweisen lässt, eine abstrakte Nutzungsentschädigung beansprucht werden kann, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt[27].

Im Fahrzeugbereich ist eine abstrakte Nutzungsentschädigung auch im *französischen*[28] und im *angloamerikanischen* Recht[29] anerkannt. Ausführli-

---

[22] Vgl. BGHZ 40 (1963), 345, 348; BGHZ 56 (1971), 214, 216.

[23] Vgl. die Nachweise bei *Magnus* 141 Fn. 5.

[24] Die Kosten eines Ersatzfahrzeuges können wegen des Angemessenheitserfordernisses und der Schadensminderungspflicht nur insoweit beansprucht werden, als sie nicht über den entgangenen Gewinn hinausgehen; abzulehnen daher OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 984, in dem Mietwagenkosten von 15'600 DM bei einem Gewinnentgang von 5400 DM gewährt wurden.

[25] Eingehend dazu hinten § 8 II 1.

[26] Ausführlich *W. Born*, Schadensersatz bei Ausfall gewerblich genutzter Kraftfahrzeuge, NZV 1993, 1–8.

[27] Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Lange* 288; kritisch zur Praxis *J. Reitenspiess*, Ersatz bei Ausfall gewerblich genutzter Fahrzeuge, DAR 1993, 142–147; ausführlich zur Berechnung bei Nutzfahrzeugen *M. Klimke*, Entschädigung für entgangene Gebrauchsvorteile auch bei Ausfall eines Nutzfahrzeuges?, VersR 1977, 788–795.

[28] Vgl. die Nachweise bei *A. Flessner*, Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271, 274; *Magnus* 171 f.

[29] In den USA reichen die Entscheidungen zumindest bis auf Supreme Court of Errors of Connecticut, Cook v. Packard Motor Car Co. of New York, Atlantic Reporter 92 (1914), 413, zurück; die in der Entscheidung angeführten älteren Urteile betreffen den Ausfall eines Pferdes. Siehe dazu die Bemerkung in US Court of Appeals, Second Circuit, Koninklijke Luchtvaart Maatschaapij, N.V. (KLM) v. United Technologies Corp. Federal Reporter 2d 610 (1979), 1052, 1055, betreffend den Nutzungsausfall bei einem Flugzeug: «It is an anomaly of federal jurisprudence that in an age of intercontinental air travel we must resort to state law which is historically based upon the loss of use of a horse.» Weitere Nachweise bei *Harper/James/Gray* 547; *Dobbs* 563; American Jurisprudence 2d 8, § 1134; uneinheitlich hingegen die Praxis in Louisiana: Entschädigung abgelehnt in Court of Appeal of Louisiana, Drewes v. Miller, Southern Reporter 2d 25 (1946), 820, bestätigt etwa in Points v. Laird, Southern Reporter 2d 474 (1985), 483, 485: «Plaintiff was without a vehicle from the day of the accident until the day he first rented a car. The record, however, contains no evidence that he needed or even wanted a vehicle prior to the day he rented one. More importantly, there is no evidence of what damages, if any, he suffered during this period of time resulting from not having use of a vehicle»; Entschädigung anerkannt in Court of Appeal of Louisiana, Peterson v. Allstate Insurance Company, Southern Reporter 2d 255 (1971), 477, 478: «... it seems to be time for Louisiana to join the majority of the other states in the Union which permit recovery for the damage sustained in the loss of use of such a vehicle.» Zum englischen Recht vgl. House of Lords, The Mediana, Appeal Cases 1900, 113; House of Lords, Liesbosch Dredger v. Edison SS, Appeal Cases 1933, 449 (Nutzungsausfall bejaht, soweit der Ausfall nicht hätte vermieden werden

che Begründungen für die Zusprechung einer Entschädigung finden sich kaum[30]. Lediglich in älteren amerikanischen Urteilen wird gelegentlich darauf hingewiesen, dass private und wirtschaftliche Nutzungen nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen[31]. Überdies scheinen die Gerichte den Schwerpunkt nicht auf eine irgendwie nachweisbare Vermögensdifferenz, sondern auf die Verletzung einer Rechtsposition zu legen[32]. Bemerkenswert erscheint, dass sowohl im englischen als auch im amerikanischen Recht die

---

können); Queen's Bench Division, Berrill v. Road Haulage Executive, Lloyd's List Law Reports 1952/2, 490, 493; siehe auch Court of Appeal, Perry v. Sidney Phillips & Son, Weekly Law Reports 1982/1, 1297, 1307 (Nutzungsausfall bejaht, obwohl Geschädigter mangels finanzieller Mittel keine Reparatur durchführen konnte); vgl. zum Ganzen *I. Marr/P. Coppin*, Vehicle accident damage: loss of use and hire costs, Solicitors Journal 1993, 1072–1073. Ausführlich zur amerikanischen und zur englischen Rechtsprechung *Magnus* 152 ff. und 161 ff.

[30] Kritisch zur theoretischen Durchdringung des Nutzungsausfalles im amerikanischen Recht *A.E. Brownstein*, What's the Use? A Doctrinal and Policy Critique of the Measurement of Loss of Use Damages, Rutgers Law Rev. (37) 1985, 433, 434: «Courts have struggled with these problems for over a hundred years. In doing so, they have relied on a variety of poorly defined rules, doctrines, and rationalizations. Those rules of decision that do exist are often devoid of defensible rationales or presented with no explanation for the courts' adherence to them. Inconsistent measures coexist without elucidation as to when one or the other is appropriate. Perhaps most distressing of all, attorneys attempting to litigate critical issues involving commercial chattels may discover, to their dismay, that the last analytic discussion of loss of use damages in their jurisdiction occured in an 1920 case involving the loss of the family Ford. After that there is usually only rote citation of a few key doctrinal rules and total silence as to underlying theory.»

[31] Vgl. Cook v. Packard Motor Car Co. of New York (Fn. 29), 415: «We fail to see why the character of the intended use should determine the right to a recovery ...» Siehe auch § 931(a) Restatement 2d of Torts, wonach «the value of the use during the period of detention or prevention» ganz allgemein entschädigungsfähig ist. Comment b führt aus: «The owner of the subject matter is entitled to recover as damages for the loss of the value of the use, at least the rental value of the chattel or land during the period of deprivation. This is true even though the owner in fact has suffered no harm through the deprivation, as when he was not using the subject matter at the time or had a substitute that he used without additional expense to him.» Vgl. ferner Blashfield Automobile Law and Practice, Bd. XV, 3. Aufl., St. Paul 1969, § 480.7: «The reason supporting this majority view is that an automobile owner, who expects to use his car for pleasure only, has the same legal right to its continued use and possession as an owner who expects to use or rent his car for profit, and the legal basis for a substantial recovery in case of deprivation of the use of a car is the same in one case as in the other.»

[32] Siehe z.B. Cook v. Packard Motor Car Co. of New York (Fn. 29), 415 f. «An automobile owner, who expects to use his car for pleasure only, has the same legal right to its continued use and possession as an owner who expects to rent his car for profit ... Such an invasion of property right calls for an award of substantial ... damages, and the only difficulty ... is the very practical difficulty of estimating the actual damages in money. But the law does not deny substantial damages to one who has suffered a substantial injury, solely on the ground that the injury has not produced or will not produce a pecuniary loss.» Aus neuerer Zeit etwa Koninklijke etc. v. United Technologies Corp. (Fn. 29) 1056: «The theory behind the allowance of damages for loss of use is that it is not the actual use but the *rigth to use* that is compensable.» Vgl. auch *Magnus* 164 f.

Nutzungsentschädigung bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts zugesprochen wurde[33]. In *Österreich* lehnt hingegen die Rechtsprechung eine abstrakte Nutzungsentschädigung ab[34].

b) In der deutschen Rechtsprechung bestand von Anfang an die Tendenz, die Mietwagenkosten *nicht in voller Höhe* zu befürworten[35]. Zunächst herrschte die Auffassung vor, es sei von den effektiven Mietpreisen für einen gleichwertigen Wagen auszugehen, davon aber neben der Eigenersparnis zusätzlich ein Betrag abzusetzen, welcher den Generalunkosten und dem Unternehmergewinn des Fahrzeugvermieters entspricht. Der BGH gelangte dadurch zu einem pauschalierten Ersatz in der Höhe von dreissig Prozent der Mietkosten[36]. Später stellte der BGH auf den Betrag ab, den man gemeinhin anzulegen bereit ist, um einen fahrbaren Wagen zur Verfügung zu haben, d.h. also auf die gebrauchsunabhängigen Gemeinkosten wie Steuern, Versicherungen, Garagenkosten und Kapitalverzinsung, die auf die Zeit der fehlenden Gebrauchsmöglichkeit entfallen[37]. Da die Wertschätzung des einzelnen an der Verfügbarkeit etwas höher als die aufgewandten Generalkosten liege, sei ein massvoller Aufschlag zu diesen Kosten gerechtfertigt. In der Folge haben sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Versicherungspraxis die in der Tabelle von Sanders und Danner niedergelegten pauschalierten Tagessätze[38] durchgesetzt, obwohl die Beträge teilweise erheb-

---

[33] Vgl. House of Lords, The «Mediana», Appeal Cases 1900, 113, 116: «... where by the wrongful act of one man something belonging to another is either itself so injured as not to be capable of being used or is taken away so that it cannot be used at all, that of itself is a ground for damages»; siehe auch die Begründung bei 117: «Supposing a person took away a chair out of my room and kept it for twelve months, could anybody say you had a right to diminish the damages by showing that I did not usually sit in that chair, or that there were plenty of other chairs in the room? The proposition so nakedly stated appears to me to be absurd.» Dem Grundsatz nach wurde die Entschädigungsfähigkeit des Nutzungsausfalles bereits anerkannt in House of Lords, The Greta Holme, Appeal Cases 1897, 596, 601. Zum amerikanischen Recht vgl. Cook v. Packard Motor Car Co. of New York (Fn. 29); siehe auch den amerikanischen Supreme Court, Brooklyn Eastern District Terminal v. United States, Supreme Court Reporter 53 (1932), 103, 105: «Demurrage on the basis of the cost of a substitute, actual or supposititious, may be no more than fair indemnity when gains have been lost or enjoyment seriously disturbed.»

[34] Vgl. die Nachweise bei *Rummel/Reischauer* § 1323 N 20; *Apathy* 35 Fn. 137. Die Literatur stimmt der Rechtsprechung ganz überwiegend zu; vgl. statt aller *Schwimann/Harrer* § 1323 N 29; anders aber *E.A. Kramer*, Gebrauchsentbehrung und Verwendungsanspruch, ÖJZ 1972, 90–95. Siehe auch die umfassende rechtsvergleichende Darstellung bei *Flessner* (Fn. 28) 273 ff.

[35] Siehe dazu etwa *Müller* (Fn. 15) 282.

[36] BGH NJW 1970, 1120 f.

[37] BGHZ 56 (1971), 214, 216 ff.

[38] Abgedruckt jeweils bei *Palandt/Heinrichs* Anhang zu § 249.

lich über den anteiligen Gemeinkosten liegen[39]. Umstritten ist, ob dem Umstand, dass es sich beim beschädigten Fahrzeug um ein älteres Modell handelt, Rechnung zu tragen ist. Nach der einen, namentlich auch von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht ist diesfalls auf den Satz der nächst niedrigen Klasse abzustellen[40]. Die Gegenmeinung will stattdessen nicht auf das Alter, sondern auf den Gesamtzustand, den Wert des Fahrzeuges im Unfallzeitpunkt abstellen[41].

Auf die Mietwagenkosten für ein vergleichbares Fahrzeug stellt auch die amerikanische Rechtsprechung ab[42]. In England und Frankreich wird nicht auf fiktive Mietkosten zurückgegriffen. Es fehlen auch die an der tatsächlichen finanziellen Wertschätzung ausgerichteten Objektivierungsversuche und Feindifferenzierungen des deutschen Rechts. Während sich in England offenbar noch keine einheitliche Praxis ausmachen lässt, der Richter diesbezüglich über ein weites Ermessen verfügt, wird der Nutzungsausfall in Frankreich mit einem angemessenen Aufschlag des Ersatzes der Reparaturkosten in der Höhe von rund zwei bis sechs Prozent abgegolten[43].

Die wenigen bekanntgewordenen *schweizerischen* Entscheidungen, die einen Ersatz für den Gebrauchsausfall befürworten, legen zumindest im Vergleich mit der deutschen und der amerikanischen Rechtsprechung einen restriktiveren Massstab an. Dem Geschädigten wird lediglich anteiliger Ersatz der festen Kosten für Versicherungen, Steuern, Garagenmiete usw. zugesprochen[44].

2. *Einschränkungen*

a) Die deutschen Gerichte sahen bereits in den Anfängen ihrer Nutzungsentschädigung-Rechtsprechung die Notwendigkeit der Eingrenzung, um einer unüberschaubaren Ausdehnung der Ersatzpflicht entgegenzutreten. Bekanntgeworden ist in diesem Zusammenhang der Jagdpacht-Fall[45]. Der bei einem Verkehrsunfall verletzte Kläger konnte seine auf neun Jahre fest ge-

---

[39] Vgl. z.B. *Lange* 292.

[40] *Palandt/Heinrichs* Anhang zu § 249 N 2 m.w.N.: Dies gelte für Fahrzeuge, die zwischen fünf und zehn Jahre alt sind; bei noch älteren Fahrzeugen sei auf die Vorhaltekosten abzustellen.

[41] So *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 22 m.w.N.

[42] American Jurisprudence 2d 8, § 1134; *Brownstein* (Fn. 30) 464 f. je m.w.N.; vgl. auch *Magnus* 165.

[43] *Magnus* 173 ff., 180.

[44] Vgl. die Nachweise bei *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 82; zustimmend *Merz* 196; *Oftinger* 257; *Schaffhauser/Zellweger* (Fn. 6) N 1128.

[45] BGHZ 55 (1970), 146.

pachtete Jagd während eines Jahres nicht ausüben. Er beanspruchte daraufhin die anteiligen Aufwendungen für die Jagdpacht, Jagdsteuer, Versicherung und Revieraufsicht. Nach Auffassung des BGH ist zu unterscheiden, ob der Nutzungsentgang auf eine Beeinträchtigung der Sache selbst oder auf die persönliche Beeinträchtigung des Berechtigten zurückzuführen ist, d.h., ob die objektiv vorhandene Nutzungsmöglichkeit wegfällt oder die *subjektive Dispositionsfähigkeit* des Nutzungsberechtigten (z.B. während eines Krankenhausaufenthaltes) betroffen ist. Um uferlose Ansprüche zu vermeiden, wird im zweiten Fall eine Entschädigung abgelehnt[46]. Den Grundsatz, dass der Nutzungsentgang ohne Eingriff in die Sache selbst nicht zum Ersatz berechtigt, bezeichnet man als «Objektbezogenheit des Eingriffs».

Eine weitere Einschränkung der abstrakten Nutzungsentschädigung liegt in der Voraussetzung der Fühlbarkeit für den Betroffenen; dieses Kriterium nennt man «Subjektbezogenheit des Schadens». Gewähre man Ersatz nur bei einer «*fühlbaren* Nutzungsbeeinträchtigung», die vom «Nutzungs*willen* und der hypothetischen Nutzungs*möglichkeit*» abhängt, «so ist schon hierdurch einer Ausnutzung des Schadensfalls zur Gewinnerzielung vorgebeugt»[47]. Wird also der Eigentümer des beschädigten Fahrzeuges auch selbst verletzt, kann kein Ersatz beansprucht werden. Die Ablehnung einer Entschädigung bei fehlender Nutzungsmöglichkeit rechtfertige sich aus der Überlegung, dass der Betroffene in diesen Fällen auch keinen Ersatzwagen hätte mieten können. Diese allgemeinen Grundsätze wurden in der Folge weiter differenziert. Eine Entschädigung wird abgelehnt, wenn der Nutzungsberechtigte einen Zweitwagen besitzt. Behilft er sich dagegen mit dem Wagen der Ehefrau oder des Kindes, kann er Entschädigung beanspruchen, da die Familienangehörigen nicht verpflichtet seien, ihren Wagen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen[48]. Umgekehrt ist auch bei fehlender Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers Ersatz geschuldet, wenn Familienangehörige oder andere Personen den Wagen hätten nutzen sollen[49]. Des weiteren müsse der Geschädigte das Fahrzeug tatsächlich reparieren lassen[50]. Schliesslich besteht kein

[46] Vgl. BGHZ 55 (1970), 146, 147 f.; BGHZ 63 (1974), 203, 206 f. (unberechtigte Entziehung der Fahrerlaubnis) = JZ 1976, 278 mit zustimmender Anm. von *H. Stoll.*

[47] BGHZ 45 (1966), 212, 219 = NJW 1966, 1260; kritisch zu dieser Entscheidung *H. Stoll*, Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs?, JuS 1968, 504–513.

[48] OLG Celle VersR 1973, 281; LG Osnabrück VersR 1984, 1178.

[49] BGH NJW 1974, 33; BGH VersR 1975, 426.

[50] BGH NJW 1976, 1396, 1398; weitere Nachweise bei *M. Klimke*, Ersatz für entgangene Gebrauchsvorteile auch bei Schadenabrechnung nach Schätzung?, VersR 1977, 698–701.

Anspruch, wenn dem Geschädigten aufgrund seiner Schadensminderungspflicht zuzumuten ist, ohne Ersatzwagen auszukommen[51].

b) Die Einschränkungen aufgrund der *Objektbezogenheit* des Eingriffs und der *Fühlbarkeit* stellten sich bald als ungenügend heraus. Denn die Gerichte sahen sich zunehmend mit Ansprüchen wegen entgangener Nutzungsmöglichkeit bezüglich zahlreicher anderer Sachgüter konfrontiert. Um der Phantasie der Geschädigten beim Auffinden neuer Schadenspositionen Einhalt zu gebieten, wurde die Entschädigung bei verschiedenen Gütern, z.B. hinsichtlich des Nutzungsausfalles eines Pelzmantels, Sportbootes oder Fernsehapparates, abgelehnt[52]. Schliesslich führte die widersprüchliche Rechtsprechung betreffend die Nutzungsbeeinträchtigung bei Wohnhäusern zu der Grundsatzentscheidung des Grossen Zivilsenats. Danach ist eine abstrakte Nutzungsentschädigung bei allen Gütern zu gewähren, «auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen ist wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus»[53]. Damit dürften die Entscheidungen, welche für ein Tonbandgerät[54], eine Segeljacht[55] und dergleichen Ersatz wegen Nutzungsausfall zugesprochen haben, überholt sein[56]. Auch im französischen und im englischen Recht scheint die Nutzungsentschädigung auf Fahrzeuge, Häuser und kommerziell genutzte Schiffe beschränkt zu sein[57]. Sowohl bei Schiffen als auch bei gewerblich genutzten Fahrzeugen stellt die Nutzungsentschädigung im Grunde bloss eine alternative Berechnungsmethode des entgangenen Gewinns dar. Die Entschädigung erscheint daher weniger problematisch als bei privat genutzten Gütern. Bei letzteren beschränkt sich der Ersatz für den Gebrauchsentzug freilich auf *Fahrzeuge* und *Wohnhäuser*, mithin auf die materiell wertvollsten Güter, die eine Durchschnittsperson besitzt[58].

---

[51] BGHZ 45 (1966), 212, 219.

[52] Vgl. die Nachweise vorne § 1 III 2.

[53] BGHZ (GS) 98 (1986), 212, 216 f.; dazu *G. Schiemann*, Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum, JuS 1988, 20–25; *D. Medicus*, Das Luxusargument im Schadensersatzrecht, NJW 1989, 1889–1895; siehe auch vorne § 1 III 2.

[54] AG Iserlohn VersR 1965, 1212.

[55] LG Kiel Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1973, 33, 34.

[56] Die Diskussion und die Widersprüchlichkeiten der Nutzungsentschädigung sind damit aber keineswegs abgeschlossen, vgl. etwa BGHZ 101 (1987), 325 (Entschädigung wegen entgangener Nutzungsmöglichkeit eines Ferienhauses) = NJW 1988, 251 = JuS 1988, 485 mit Anm. *V. Emmerich* und *dazu A. Flessner/Th. Kadner*, Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang, JuS 1989, 879–885.

[57] Vgl. *Magnus* 155 ff., 175 f.

[58] *Magnus* 178.

c) Dem Grundsatze nach gewährt die *amerikanische* Rechtsprechung eine Nutzungsentschädigung in zahlreichen weiteren Fällen[59]. Denn im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung machen die amerikanischen Gerichte die Entschädigung überwiegend nicht von der «Fühlbarkeit» oder von sonstigen Gegebenheiten des Einzelfalles abhängig. Entschädigt wird eben die Verletzung einer Rechtsposition. Aufgrund dieser Überlegung wurde in einigen Entscheidungen ein Ersatz für die entgangene Nutzung selbst dann zugesprochen, wenn der Geschädigte das Fahrzeug nicht reparieren liess, etwa weil er es im beschädigten Zustand veräusserte[60]. Hingegen wird für die Gewährung einer abstrakten Nutzungsentschädigung vorausgesetzt, dass verkehrsübliche Mietpreise bestehen; ansonsten kann der Geschädigte bloss die tatsächlich ausgelegten Mietkosten, gegebenenfalls den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen[61]. Aufgrund dieses Kriteriums sind zwar Nutzungsausfälle bei Fahrzeugen und Wohnräumen, nicht aber bei sämtlichen Gütern zu entschädigen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass sich (gerade auch in den Vereinigten Staaten) eine erhebliche Anzahl Güter mieten lassen, weshalb die Voraussetzung eines verkehrsüblichen Mietpreises den Anwendungsbereich nicht erheblich einzuschränken vermag. Zu beachten ist sodann, dass im amerikanischen Schrifttum Fragen im Zusammenhang mit dem «loss of use» zwar häufig als umstritten bezeichnet werden, die Gegenmeinung aber meist nur die Rechtsprechung in Louisiana betrifft, welche eine fiktive Nutzungsentschädigung überwiegend (aber nicht immer) ablehnt[62]. Nach MAGNUS ist es «keine abwegige Hypothese, dass in den amerikanischen Entscheidungssammlungen unter anderem aus diesem Grund schadensrechtliche Entscheidungen aus Louisiana in auffälligem Masse überrepräsentiert sind»[63].

3. Literaturmeinungen

a) In der *Schweiz* wird der abstrakte Nutzungsausfall unterschiedlich bewertet. Die Gegner weisen darauf hin, dass die weiterlaufenden Kosten

---

[59] *Magnus* 167 f.

[60] Nachweise in Recovery for Loss of Use of Motor Vehicle Damaged or Destroyed, American Law Reports 3d 18, 497, 515 f.

[61] American Jurisprudence 2d 22, § 447: «It is usually recognized that recovery for loss of use based on customary rental charges is allowable even though a substitute is not rented, but elsewhere, the use of rental value is only proper if a substitute is actually rented; otherwise an appropriate measure would be lost profits.»

[62] Vgl. z.B. American Jurisprudence 2d 8, § 1134, sowie vorne Fn. 29.

[63] *Magnus* 163.

zwar keinen Nutzen bringen, die Aufwendungen aber durch den Nutzungsausfall nicht erhöht werden, mithin «kein neuer wirtschaftlicher Schaden entstanden» ist[64]. Mehrheitlich wird dagegen ein Ersatz im Umfange der anteiligen Festkosten befürwortet[65], was mit Blick auf die Anerkennung der Frustrationstheorie in der überwiegenden schweizerischen Lehre folgerichtig erscheint. Für die dogmatische Begründung verweist man auf das deutsche Schrifttum[66].

b) Die *deutsche* Lehre schloss sich zwar der Nutzungsentschädigung-Rechtsprechung überwiegend an; hinsichtlich der dogmatischen Grundlagen gehen aber die Meinungen nach wie vor weit auseinander[67]. Zur Verwirrung trägt auch bei, dass die Terminologie teilweise erheblich divergiert, die verschiedenen Konzepte sich oftmals trotz unterschiedlicher Etikettierung nur marginal unterscheiden und die allgemein gehaltenen Gedanken auffallend viel Raum einnehmen, während die Konkretisierungen nur am Rande Erwähnung finden. Die Argumentationen lassen sich mehrheitlich auf zwei unterschiedliche Ansätze zurückführen. Entweder wird versucht, die Gebrauchsmöglichkeit als Vermögenswert zu deklarieren (Kommerzialisierungsgedanke), oder man erklärt die dafür aufgewandten anteiligen Kosten als ersatzfähig (Frustrationsgedanke)[68]. Im ersten Fall macht man den Nutzungsberechtigten nachträglich gleichsam zum Vermieter; im zweiten Fall deklariert man finanzielle Aufwendungen, die ihren intendierten Zweck infolge des schädigenden Ereignisses nicht mehr erreichen können, nachträglich als Schäden. Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Ansätze indessen nur wenig. Die Vertreter der Kommerzialisierungslehre befürworten in Anlehnung an die Entwicklung der Rechtsprechung nicht den Zuspruch der

---

[64] *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 83; ferner *H. Oswald*, Versicherungsleistung und Schadenersatz, SVZ 1976, 3, 4 Fn. 3.

[65] Vgl. *Oftinger* 257 (anders noch in den Vorauflagen); *Merz* 196 (anders noch in BTJP 1974 (Fn. 6), 113 f.); *Deschenaux/Tercier* § 24 N 11; ferner *Leuch* (Fn. 6) 16 f.; *Bussy/Rusconi* (Fn. 6) 355; neuestens auch *Rey* N 316.

[66] Hinsichtlich dieser Problemgruppe hat die deutsche Literatur mit Blick auf den Diskussionsaufwand eine unangefochtene Spitzenposition inne. Im amerikanischen Schrifttum hat sich namentlich *Brownstein* (Fn. 30) 433–541 mit dieser Frage auseinandergesetzt, wobei er sich vor allem mit zwei Gerichtsentscheidungen betreffend Nutzungsausfall bei Flugzeugen beschäftigt. Siehe auch *J.G. Fleming*, The Law of Torts, 8. Aufl., Sydney 1992, 226 f.: «The guiding principle, here as in the case of personal injury, should be that his loss is not the expenditure incurred for a substitute, but his need for it. Thus he is entitled to substantial general damages for loss of use, usually calculated as the interest on the capital value of the damaged object at the time of the collision.»

[67] Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei *Lange* 280 ff.

[68] Dazu vorne § 1 III. Weitere Begründungsansätze basieren auf der Bedarfslehre oder dem Funktionsschadensbegriff, vgl. vorne § 1 II 2 und 3.

fiktiven Ersatzkosten, namentlich der Mietwagenkosten, in voller Höhe; vielmehr seien die Eigenersparnisse und die anteiligen betrieblichen Gemeinkosten in Abzug zu bringen[69]. Die Anhänger des Frustrationsgedankens wollen ihrerseits nicht auf die wirklichen Aufwendungen abstellen, da der Geschädigte ansonsten bei einer Schenkung leer ausgehen würde, während er bei von subjektiven Wünschen beeinflussten, über dem Marktpreis liegenden Aufwendungen auch sein Affektionsinteresse ersetzt bekäme. Stattdessen legt man die marktüblichen Kosten zugrunde[70]. Je nachdem, welche Kosten man als frustrierte Aufwendungen betrachtet (bei einem Fahrzeug kommen etwa auch die Kapital-, Abschreibungs-, Garagenkosten usw. in Betracht) und in welchem Umfange ein Abzug vom Kommerzialisierungsbetrag gemacht wird, liegen die nach der Frustrations- und der Kommerzialisierungslehre ermittelten Beträge mehr oder weniger weit auseinander.

Neben den beiden genannten Theorien besitzen auch weitere in der Literatur hilfsweise angeführten Argumente starke Überzeugungskraft. So hat bereits ZEUNER darauf hingewiesen, dass derjenige, der auf eine Ersatzbeschaffung verzichtet, «in die eigene Tasche und nicht in diejenige des Schädigers sparen» will[71]. Wer sparsam ist, nicht genügend Kenntnisse über seine Ansprüche hat oder nicht über die notwendigen Mittel für die Bevorschussung der Kosten verfügt, soll nicht schlechter behandelt werden als derjenige, der die Aufwendungen für eine Ersatzbeschaffung tatsächlich tätigt[72]. Treffend spricht man diesbezüglich auch vom «Schmerzensgeld des kleinen Mannes»[73]. Unausgesprochen dürfte im Fahrzeugbereich aufgrund der obligatorischen Haftpflichtversicherung auch das «deep-pocket»-Argument mit hineinspielen[74].

---

[69] Vgl. z.B. *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 22; ebenso diejenigen, welche den Ersatz nicht aufgrund des Kommerzialisierungsgedankens befürworten, sondern auf § 249 Satz 2 BGB verbunden mit der Dispositionsfreiheit über die Restitutionskosten abstellen; so etwa *Müller* (Fn. 15) 280 ff.

[70] Vgl. *Esser/Schmidt* 184; *Lange* lehnt den Frustrationsgedanken zwar ab (256 f., 283 f.), befürwortet aber gleichwohl den Ersatz der anteiligen Generalunkosten (285).

[71] Siehe dazu vorne § 1 II 2.

[72] Vgl. etwa *D. Medicus*, Schadenersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593, 603, der die Entschädigung als *Sparsamkeitsprämie* für den Geschädigten, der auf einen Mietwagen verzichtet, zusprechen will.

[73] *Staudinger/Medicus* § 253 N 33; siehe auch *P. Detlefsen*, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969, 1 (Schmerzensgeld für Sachbeschädigung).

[74] Vgl. auch *M. Tolk*, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977, 77; *M. Keller*, Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters, FS Oftinger, Zürich 1969, 111, 116; ausführlich *H.-L. Weyers*, Unfallschäden: Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt a.M. 1971, 428 ff., 526 ff.

c) Die Frustrations- und die Kommerzialisierungstheorie, aber auch die Bedarfsschadens- und Funktionsschadenslehre geraten in Schwierigkeiten, wenn man sich vom Fahrzeugbereich löst und sie *verallgemeinert*. Da es nun aber – richtiger Ansicht nach – kein Sonderrecht für Fahrzeuge geben kann, müssen die dogmatischen Konzeptionen auch auf den Gebrauchsverlust bei sonstigen Sachen übertragen werden können[75]. Kritiker der genannten Theorien[76] pflegen auf die zahlreichen Vermögensgüter hinzuweisen, die sich anhand der Konzepte in Schadensposten umwandeln lassen. So kann etwa der im Krankenhaus liegende Geschädigte neben dem Fahrzeug auch die Wohnung, die Möbel, die Elektrogeräte, die Kleider, die Freizeitgeräte, Mitgliedschaften in Vereinigungen, die Berufsausbildungskosten usw. nicht nutzen, weshalb er nach der Frustrations- und der Funktionsschadenslehre anteiligen Ersatz für einen Grossteil seiner Vermögensgüter beanspruchen kann. Entsprechendes gilt – mit abweichendem Berechnungsmodus – auch für die Kommerzialisierungstheorie. Nach dieser bildet sogar die Zeit ein Vermögensgut, sei es, weil die Freizeit und insbesondere die Ferienzeit durch die vorgängigen Arbeitsleistungen «erkauft» wurden, oder sei es, weil die beeinträchtigte Zeitspanne auch zum Gelderwerb hätte eingesetzt werden können[77]. Durch die in die Diskussion eingebrachten Folgenüberlegungen, welche die Gefahr einer unsinnigen Ausdehnung der Ersatzpflichten aufzeigen, lassen sich die vorgeschlagenen Schadenskonzepte *ad absurdum* führen.

4. Begrenzungsversuche

a) In der Literatur finden sich verschiedene Vorschläge, wie die Ersatzfähigkeit der Gebrauchsbeeinträchtigung zu begrenzen sei. So versuchten die Vertreter der Frustrationslehre ursprünglich zwischen den «Aufwendungen für die gewöhnliche Lebenshaltung» und den ersatzfähigen «besonderen Aufwendungen für einen bestimmten einmaligen Zweck» zu unterscheiden[78]. MERTENS differenziert im Rahmen seines Vermögensfunktionsschadens in ähnlicher Weise. Danach könne von einem Schaden nur dann die Rede sein, wenn der Geschädigte «ein Lebensziel konkret ergriffen und zu seiner Erreichung Mittel in einer Weise eingesetzt hat, dass diese ausschliesslich an die-

---

[75] *Brinker* 31.

[76] Siehe vor allem *Honsell/Harrer*, JuS 1985, 166 f.; *dies.*, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 447 f.; vgl. ferner bei § 1 II 2 und 3, III 2 und 3.

[77] Vgl. dazu § 7 IV.

[78] So *Larenz* in der 11. Aufl. 398 f. (seit der 12. Aufl. aufgegeben); *ders.*, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, FS Oftinger, Zürich 1969, 151, 163; *E. Schmidt*, Zivilrechtlicher Grundkurs für Studienanfänger, 2. Aufl., Kronberg/TS 1977, 164.

ses Ziel gebunden und nicht mehr für andere Zwecke verfügbar sind»[79]. Ersatzfähig seien daher die «verfallende Theater- oder Flugkarte», nicht aber der Gebrauchsentgang eines «Wochenendhauses, eines Tennisplatzes oder einer Jagd»[80]. Zu ersetzen ist nach diesen Differenzierungen nicht das Erwartete, sondern – gleichsam in Umkehrung der Adäquanzregel[81] – das Aussergewöhnliche[82]. Weshalb der Geschädigte ausgerechnet seine aussergewöhnlichen Vermögensdispositionen, seine Aufwendungen für «Luxusgüter» liquidieren darf, ist nicht einzusehen[83]. Im übrigen ist die Abgrenzung kaum durchzuführen. Wie wäre etwa zu entscheiden, wenn der Geschädigte statt einer Theaterkarte eine Saisonkarte erstanden hat und umgekehrt den Tennisplatz, das Wochendhaus oder die Jagd nur für eine Woche anmietet? In diesem Fall bleibt ihm nur die Saisonkarte für das Theater «als Potential bedeutsam»[84]. Unrichtig ist jedenfall die früher von MERTENS vertretene Auffassung, mit Hilfe dieses Kriteriums liesse «sich zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden also auch hier eine klare Grenze ziehen»[85].

In ähnliche Richtung – wenngleich mit umgekehrten Vorzeichen – geht die Auffassung, welche, der Grundsatzentscheidung des Grossen Senats folgend, danach differenziert, ob der Geschädigte für die eigenwirtschaftliche Lebensführung auf die ständige Verfügbarkeit der Sache angewiesen ist[86]. Auch hier steht man vor unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten; denn bei welchen Gütern der einzelne auf die ständige Verfügbarkeit typischerweise angewiesen ist, darüber lässt sich trefflich streiten[87]. Überdies ist es, wie GRUNSKY zu Recht bemerkt, «nicht Aufgabe der Rechtsprechung, zwischen einer 'guten' und einer 'schlechten' Kommerzialisierung von Nutzungsmöglichkeiten zu differenzieren»[88]. Die Befürworter einer solchen Differenzierung sehen den Vorteil darin, dass die Nutzungsausfallentschädigung auf den Fahrzeugbereich beschränkt bleiben kann, da es vergleichbare Gebrauchsgüter, bei denen «die jederzeitige Verfügbarkeit einen ähnlichen Rang hat» und «das Beschädigungs- und Ausfallrisiko so gravierend ist», praktisch

---

[79] *Mertens* 160.
[80] *Mertens* 160.
[81] *F. Baur*, Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, FS Raiser, Tübingen 1974, 119, 135.
[82] *Schilcher* 42.
[83] *Schilcher* 42 f.
[84] *Mertens* 160.
[85] *Mertens* 160; anders nun aber *Soergel/Mertens* vor § 249 N 82 ff.
[86] So *Soergel/Mertens* vor § 249 N 85.
[87] So zutreffend *Larenz* 502.
[88] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 19.

nicht gibt[89]. Im Ergebnis läuft auch diese Auffassung darauf hinaus, mit Hilfe von argumentativen Differenzierungen das *Fahrzeugschadensrecht als Sonderrecht* zu etablieren[90].

b) Die Mehrheit der Autoren sucht die Nutzungsausfallentschädigung dadurch einzugrenzen, dass – in Anlehnung an die Fahrzeugrechtsprechung – zwischen dem Eingriff in das Rechtsobjekt und der Integritätsverletzung des Rechtssubjekts differenziert wird[91]. Bei subjektiver Nutzungsverhinderung sei die Gebrauchsmöglichkeit als solche nach wie vor vorhanden, der Geschädigte könne folglich die Nutzungsmöglichkeit einem anderen einräumen. Dies gelte sowohl für den Jagdpacht-Fall als auch bei einer Entziehung der Fahrerlaubnis. Es müsse in anderen Worten danach unterschieden werden, ob die *Sache überhaupt nicht oder nur vom Geschädigten nicht mehr genutzt werden kann.* Auch im Falle der Theaterkarte sei der in der Karte verkörperte Wert bei einer Beeinträchtigung des Berechtigten nicht verloren; eine Entschädigung sei indessen dann gerechtfertigt, wenn aus Zeitgründen eine Übertragung der Karte nicht mehr möglich ist, wie z.B. bei einem Unfall auf dem Weg zur Veranstaltung[92].

Nach LANGE ist die Unterscheidung zwischen persönlicher Nutzungsbereitschaft und objektiver Nutzungsmöglichkeit nur schwer zu begründen[93]. Er weist darauf hin, dass eine solche Auffassung auch in *Widerspruch* zu den Grundsätzen steht, die für die *kumulative Kausalität* gelten. STOLL streicht den Gesichtspunkt heraus, dass man mit den Schadenskonzeptionen zum Gebrauchsentgang das Scheitern bestimmter Vermögensdispositionen entschädigen will. Es sei daher inkonsequent, zwischen objekts- und subjektsbezogenem Eingriff zu unterscheiden. Richtigerweise sei zu fragen, wie schwer ein störender Eingriff in die Wirtschaftssphäre einer Person sein muss, um unabhängig von dem Nachweis einer Vermögensdifferenz als ent-

---

[89] So namentlich *Schiemann* 298; *Hagen* (Fn. 21) 840: «Die Rechtsprechung zum pauschalierten Nutzungsausfallschaden bei Kraftfahrzeugunfällen lässt sich im Rahmen der Dogmatik des allgemeinen Schadensrechts nicht begründen. Sie findet ihre Legitimation aber in der Besonderheit der Materie und der spezialgesetzlichen Ansätze zu ihrer versicherungstechnischen Bewältigung.» Siehe ferner *Soergel/Mertens* vor § 249 N 85, der eine Entschädigung bei Fahrzeugen, Wohnhäusern sowie in wenigen Sonderfällen gewähren will, «in denen ein Gebrauchsgut für jemand existentielle Bedeutung erlangt, wie z.B. der Blindenhund und Transporthilfen für Gehunfähige»; für eine restriktivere Beschränkung des Anwendungsbereichs *Staudinger/Medicus* § 253 N 36, 41; gegen jegliche Einschränkung *C. Ott/H.-B. Schäfer*, Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613, 619 ff.; siehe auch *A. Zeuner*, Anmerkung zu BGH JZ 1986, 387, 396.

[90] In diesem Sinne ausdrücklich *Schiemann* 298 ff.; *Hagen* (Fn. 21) 840.

[91] Vgl. etwa *Soergel/Mertens* vor § 249 N 79; a.M aber *Gauch/Schluep* N 2658.

[92] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 20.

[93] *Lange* 286.

schädigungswürdig zu gelten[94]. Trotz dieser Einwände spricht sich die Lehre mehrheitlich für eine entsprechende Differenzierung aus. Die Ablehnung einer Entschädigung im Jagdpacht-Fall wird denn auch allgemein begrüsst[95].

Zweifelhaft bleibt, ob ein Anspruch auch dann besteht, wenn sowohl das Rechtsobjekt als auch das Rechtssubjekt betroffen sind. Die Fahrzeug-Rechtsprechung und ein Teil der Literatur lehnen die Entschädigung ab[96]. Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass es den Schädiger nicht entlasten darf, wenn dem Geschädigten neben dem Gebrauchsentzug eine weitere Beeinträchtigung widerfahren ist[97].

IV. Würdigung

1. Sonderstellung der Nutzungsentschädigung bei Fahrzeugen?

a) Die Entschädigung des Gebrauchsausfalles hat auf den ersten Blick vieles für sich. So erscheint das Argument, dass der Geschädigte bei unterlassener Anmietung eines Ersatzes nicht in die Tasche des Schädigers sparen will und seine Sparsamkeit infolgedessen auch nicht dem Schädiger zugute kommen solle, durchaus plausibel. Es mag auch zutreffen, dass der Geschädigte oftmals nicht sicher ist, ob er die Aufwendungen voll erstattet erhält und daher von einem Ersatz absieht. Aufgrund dieser *Plausibilitätsgründe* ist das Schrifttum in Deutschland seit nunmehr etlichen Jahrzehnten bestrebt, die Schadenersatzpflicht auf den Nutzungsentgang auszudehnen. Die dogmatischen Konzepte unterscheiden sich vom Ansatz her und in der Begründung zum Teil erheblich. Im Ergebnis tendiert aber die Mehrheit der Autoren dazu, einen Anspruch nur bei Fahrzeugen und bei Unbrauchbarkeit der Sache selbst zu gewähren[98]. In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung sowohl in Deutschland als auch in Frankreich und England[99].

Bemerkenswert ist, dass die deutsche Literatur die Nutzungsentschädigung im Fahrzeugbereich zunehmend nicht aus dogmatischen Gründen, son-

---

[94] *H. Stoll*, Anmerkung, JZ 1976, 281, 283.

[95] Vgl. z.B. *Larenz* 503; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 20; *Staudinger/Medicus* § 253 N 54.

[96] Vgl. *Soergel/Mertens* vor § 249 N 79.

[97] Vgl. z.B. *G. Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964, 25; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 19b.

[98] Vgl. aber *Müller* (Fn. 15) 281, wonach der Einwand der mangelnden Nutzungsmöglichkeit «als unredlich qualifiziert werden» muss, «wenn die Nutzungsmöglichkeit gerade infolge der Unfallverletzung entfällt».

[99] Anders dagegen in Österreich.

dern mit Blick auf die Kontinuität der Rechtsprechung befürwortet. So sind nach MEDICUS «die Gründe gegen die Gewährung der Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugen nicht so gewichtig, dass man die Regulierungspraxis durch eine Änderung der Rechtsprechung erneut beunruhigen sollte. Nur darf sich diese Entschädigung nicht weiter ausbreiten.»[100] Und nach SCHIEMANN könne es «nicht Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung sein, um einer neuerdings gewonnenen besseren Einsicht willen eine fest eingespielte Regulierungspraxis durcheinanderzubringen»[101]. Die Einsicht gewinnt an Boden, dass die Nutzungsentschädigung *juristisch nicht zu begründen* ist, sie aber im Fahrzeugbereich als «ausserjuristisches Faktum» kaum noch rückgängig gemacht werden kann. Der diesbezüglichen Rechtsprechung komme «Ausnahmecharakter» zu, was zur pragmatischen Folgerung führe, «sie als geltendes Recht ohne Gesetzgebungsverfahren und dennoch ohne Legitimation durch Rechtsgründe hinzunehmen»[102]. Für die Verhältnisse im deutschen Recht mag manches dafür sprechen, die Entschädigung des Gebrauchsverlustes bei Fahrzeugen beizubehalten und als Begründung auf ein richterliches Gewohnheitsrecht zu verweisen. Hierzulande hat sich indessen weder eine solche versicherungstechnische Regulierungspraxis gebildet, noch ist eine entsprechende Rechtsprechungskontinuität zu beobachten.

b) Der *Entzug der Gebrauchsmöglichkeit* stellt *keinen ersatzfähigen Schaden* dar. Dies wird heute, sieht man einmal vom Fahrzeugbereich ab, allgemein anerkannt. Der Nutzungsausfall ist, wie LANGE[103] zutreffend formuliert, «nur denkbare Schadensquelle, nicht aber schon Schaden selbst». Es ist auch nicht angebracht, eine Ausnahme für Fahrzeuge zu machen. Ist der Geschädigte auf ein Fahrzeug angewiesen, wird er sich von einer Ersatzanmietung nicht dadurch abhalten lassen, dass er die Kosten vorschiessen muss. Die Tatsache, dass der Geschädigte die Anmietung unterliess, belegt gerade, dass er sich anderweitig behelfen konnte[104]. Es ist daher auch von der Sache her nicht geboten, ihm gleichwohl eine Entschädigung zu gewähren. Diese Auffassung geht auch nicht etwa an den tatsächlichen Gegebenheiten

---

[100] *D. Medicus*, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, Karlsruhe 1977, 39 Fn. 113.

[101] *Schiemann* 298; vgl. auch *ders.* (Fn. 53) JuS 1988, 22: «Die Nutzungsentschädigung für Pkw hat einen so festen Platz in der Schadensregulierung durch die Kfz-Pflichtversicherung, dass die Rücknahme dieser Rechtsprechung eine millionenfach geübte Praxis durcheinanderbringen würde.»

[102] *Schiemann* 300; er spricht in diesem Zusammenhang auch «vom 'Fluch' der Usurpation gesetzgeberischer Befugnisse durch den Richter». Nach *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 20 stellt die Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfalles bei Fahrzeugen Gewohnheitsrecht dar.

[103] S. 283.

[104] Vgl. auch *Apathy* 77.

und einer Verkehrsanschauung vorbei. Wie der in der österreichischen Versicherungspraxis eingeführte «Spalttarif» zeigt, ist der überwiegende Teil der Fahrzeughalter bereit, auf die Nutzungsentschädigung zugunsten einer tieferen Versicherungsprämie zu verzichten[105].

Das andere in der Literatur regelmässig erwähnte Beispiel des kurz vor der geplanten Urlaubsreise beschädigten Fahrzeuges[106] gibt ebenfalls nicht einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung. Dem Eigentümer ist es freilich unbenommen, sein Restitutionsinteresse geltend zu machen und die Kosten eines Mietwagens in Rechnung zu stellen. Die geplante Urlaubsreise ist diesfalls bei der Beurteilung der Angemessenheit der Aufwendung entsprechend zu berücksichtigen.

2. *Zusprechung der erforderlichen konkreten Mietkosten*

Abzulehnen ist bloss eine fiktive Nutzungsentschädigung. Dem Eigentümer steht es indessen frei, sein Restitutionsinteresse geltend zu machen und die Kosten des *tatsächlich gemieteten Ersatzes* in Rechnung zu stellen. Der Anspruch ist diesfalls unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und der Angemessenheit der Aufwendungen zu prüfen. Wie die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zeigt, darf die Differenzierung des Ersatzsystems nicht zu weit getrieben werden. Die Rechtsprechung sollte sich – wie MAGNUS zu Recht ausführt –«auf eine rechtsleitende Funktion»[107] beschränken und die wesentlichsten Beschränkungen als Orientierungshilfe festlegen. Dies gilt umso mehr, als sich allgemeine, von den Umständen des Einzelfalles abstrahierende Aussagen praktisch nur bezüglich der Mietaufwendungen im Fahrzeugbereich machen lassen.

Grundsätzlich hat der Geschädigte nur Anspruch auf die tatsächlich aufgewandten Mietkosten, wenn ihm die Benützung der öffentlichen Verkehrs-

---

[105] In Österreich haben die Fahrzeughalter die Wahl zwischen zwei Prämienvarianten. Bei der kostengünstigeren Variante hat der Halter keinen Anspruch auf Ersatz der Mietkosten, d.h., er verzichtet im voraus in Form eines Vertrages zugunsten Dritter; *Schwimann/Harrer* § 1323 N 32 mit Nachweis auf die Rechtsprechung zur Zulässigkeit dieser Konstruktion. Nach *Th. Mayer-Maly*, Der österreichische Spalttarif, VersR 1974, 208, sollen sich bei Einführung dieser Tarifspaltung bloss sieben Prozent der Versicherten für den höheren Tarif entschieden haben. Siehe auch *P. Marburger*, Schadenszurechnung und Schadensverteilung, Karlsruher Forum 1990, 4, 7.

[106] Vgl. *Merz* 197, wonach die Kosten eines Ersatzfahrzeuges dann zuzubilligen sind, wenn ein «ganz bestimmter und nur gerade in dieser Zeitspanne zu verwirklichender Verwendungszweck durchkreuzt» wird, wie z.B. eine Ferienreise; *ders.*, BTJP 1974 (Fn. 6), 114; ebenso *Rey* N 315; *BernerKomm/Brehm* Art. 41 N 80 m.w.N.

[107] *Magnus* 130.

mittel oder eines Taxi *nicht zuzumuten* ist. Anderenfalls sind ihm nur die entsprechenden (geringeren) Transportkosten zu ersetzen. Entgegen der in Deutschland vorherrschenden Auffassung ist dem Geschädigten nicht Anspruch auf Miete des gleichen Wagentyps zuzubilligen[108]. Praktikabel[109] und dem Geschädigten im Regelfall auch zuzumuten ist einzig die Gewährung eines gleichrangigen, in etwa in derselben Klasse sich befindenden Fahrzeugtyps. Nach dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung ist zudem ein Abschlag für *Eigenersparnis* gerechtfertigt. Entsprechend der in Deutschland gelegentlich vertretenen Ansicht erscheint es sinnvoll, auf diesen Abzug zu verzichten, wenn sich der Geschädigte mit einem billigeren Mietwagen behilft[110]. Obwohl der Geschädigte auch bei «Abstieg» auf einen kleineren Wagen nach wie vor Aufwendungen für das eigene Fahrzeug spart und eine Aufrechnung daher dogmatisch nicht zu begründen ist, so darf doch nicht übersehen werden, dass ohne eine entsprechende Berücksichtigung jeglicher Anreiz fehlt, den Schadensbetrag tief zu halten[111]. Da der Geschädigte mit dem Mietwagen nicht vertraut ist[112], es sich dabei regelmässig um neuere Fahrzeuge handelt und die Fahrzeugvermieter selbst Bagatellschäden vollständig zu beheben pflegen, sind dem Geschädigten auch die Kosten einer *Vollkaskoversicherung* zuzubilligen[113]. Damit erspart man sich überdies Diskussionen darüber, ob ein Unfall mit dem Mietwagen als Folgeschaden dem Schädiger zuzurechnen ist[114].

---

[108] So z.B. *Lange* 273 mit Hinweis auf die (nicht weiter belegte) Behauptung, ein Typenwechsel erhöhe die Unfallgefahr; ebenso *Staudinger/Medicus* § 251 N 69: überdies könne der Wechsel des Typs «auch sonst (z.B. wegen eines kleineren Kofferraums) unzumutbar sein».

[109] Da die Fahrzeugvermieter ihre Auswahl auf die gängigsten Modelle beschränken, bleibt dem Eigentümer eines weniger gefragten Fahrzeugtyps im Regelfall auch keine Alternative. Auch *Lange* 273 sieht sich gezwungen, eine Einschränkung bei «ungewöhnlich hohen Kosten» zu machen (mit Hinweis auf BGH NJW 1982, 1518: Porsche 924 anstelle eines noch teureren Pontiac Firebird Formula mit 6.3 l Hubraum). Wie hier *K. Hütte*, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, 289, 323, 329.

[110] So *Erman/Kuckuk* vor § 249 N 110; *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 29b m.w.N.; *Sanden/Völtz* (Fn. 11) N 272; in diesem Sinne auch *Hütte* (Fn. 109) 330; a.M. *Staudinger/Medicus* § 251 N 65; Bedenken äussert auch *Lange* 277.

[111] So zutreffend *Magnus* 100.

[112] Was sich vor allem bei Parkierungsmanövern auswirken kann.

[113] A.M. aber die vorherrschende Auffassung in Deutschland, wonach die Kosten nur ersetzt werden, wenn der Geschädigte entsprechende Vorkehrungen auch bei seinem eigenen Fahrzeug getroffen hat; anderenfalls sei bloss das erhöhte Risiko zu berücksichtigen, wobei die Risikodifferenz auf fünfzig Prozent geschätzt wird; siehe die Nachweise bei *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 31; zu dem gleichen Ergebnis kommt. *Magnus* 100, indem er die «salomonische Lösung» der Teilung befürwortet.

[114] Vgl. dazu etwa *Lange* 278 f. m.w.N.

§ 7 *Beeinträchtigung persönlicher Ressourcen*

I. Problemlage

Unter dem Begriff persönliche Ressourcen lassen sich verschiedene Sachverhalte subsumieren. Im Vordergrund steht die *Erwerbstätigkeit.* Kann jemand aufgrund einer Körperverletzung seine berufliche Tätigkeit vorübergehend oder auf Dauer nicht ausüben, so stösst zwar die Berechnung bei Freiberuflichen sowie bei Kindern auf erhebliche Schwierigkeiten[1]; an der Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens selbst ist indessen nicht zu zweifeln. Unklar ist dagegen, ob derjenige, der keinen konkret nachweisbaren Erwerbsausfall, keine Vermögenseinbusse erlitten hat (z.B. bei Verletzung des haushaltsführenden Ehegatten, des Arbeitslosen, des Arbeitsunwilligen, des Rentners, des Studenten usw.), ebenfalls Ersatz beanspruchen kann. Fraglich ist also, ob der *Arbeitskraft* an sich Vermögenswert zukommt, die Beeinträchtigung der abstrakten Fähigkeit zum Erwerb infolgedessen unabhängig vom konkreten Einsatz ersatzfähig ist.

Von den persönlichen Ressourcen handelt auch der Problembereich der *verdorbenen Ferienzeit.* Es geht dabei um die Frage, ob für Beeinträchtigungen der Urlaubszeit ein Geldersatz beansprucht werden kann. Nur graduelle Unterschiede bestehen zur *Beeinträchtigung der Freizeit* ganz allgemein. Ebenso wie die Ferienzeit kann auch die Freizeit gestört oder verdorben werden, womit sich auch hier die Frage nach der Ersatzfähigkeit stellt. Als eigene Problemgruppe betrachtet man jene Fälle, in denen der Betroffene die Schädigung in seiner Freizeit beseitigt, er also während seiner Freizeit real Arbeitsleistungen erbringt (*Eigenreparatur-Fälle*). Eine ähnliche Fallgestaltung bildet der Zeitverlust durch *Anspruchsverfolgung*, d.h. die Entschädigung der für die Durchsetzung berechtigter Ansprüche aufgewandten Zeit. Sowohl die Eigenreparatur als auch die eigene Anspruchsverfolgung lassen sich auch unter dem Blickwinkel der erbrachten Arbeitsleistung erörtern. Danach steht dem Geschädigten nicht wegen der durch Arbeit «vergeudeten» Freizeit, sondern wegen der geleisteten Arbeit ein Ersatz zu[2].

---

[1] Vgl. vorne § 4 IV 2.
[2] So *Magnus* 236.

II. Fiktiver Erwerbsschaden

1. « Hausfrauenschaden»

a) Das Problem des fiktiven Erwerbsausfalles wird vor allem im Zusammenhang mit der Verletzung des haushaltsführenden Ehegatten diskutiert[3]. Man spricht daher, der traditionellen Rollenverteilung folgend, vom «Hausfrauenschaden». Kann der Haushaltsführer verletzungsbedingt den Haushalt nicht versorgen, so hat er Anspruch auf die Kosten einer eingesetzten Hilfskraft, sofern deren Einsatz erforderlich war. In aller Regel behelfen sich aber der Geschädigte und seine Angehörigen anderweitig und sehen daher – namentlich bei kurzfristigen Beeinträchtigungen – vom Einsatz einer Hilfskraft ab. Eine *Vermögenseinbusse entsteht* in diesem Falle *nicht*[4]. Fraglich ist, ob der Geschädigte gleichwohl einen Anspruch gegen den Schädiger geltend machen kann.

Die deutsche Rechtsprechung spricht Ersatz auch dann zu, wenn der Ausfall des Haushaltsführenden durch Mehrarbeit der Familienmitglieder oder überobligatorische Anstrengungen des Geschädigten aufgefangen wird[5]. Es ist vor allem diese Problemgruppe, die zur Anerkennung des normativen Schadens führte. Auch im österreichischen, im französischen und im angloamerikanischen Recht gilt die Arbeitskraft des haushaltsführenden Ehegatten als Wert, dessen Beeinträchtigung in Geld zu entschädigen ist[6], wobei Unter-

---

[3] Vgl. die Monographien von *E. Jayme*, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Berlin 1971; *G. Maier*, Schadensersatz bei Tötung oder Verletzung der im Haushalt tätigen oder im Beruf oder Geschäft des Mannes mitarbeitenden Ehefrau, Berlin 1976; *I. Nies*, Schadensrechtliche Probleme bei körperlicher Verletzung einer Hausfrau, Diss. Freiburg i.Br. 1972; *E. Scheffen/F. Pardey*, Die Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatz beim Tod einer Hausfrau und Mutter, 2. Aufl., Heidelberg 1986; *H. Schulz-Borck/E. Hofmann*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 4. Aufl., Karlsruhe 1993; *C.D. Weichlein*, Die Höhe des Schadensersatzes bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, Frankfurt a.M. 1977; *K. Triebold*, Schadenersatzansprüche bei Tötung oder Verletzung einer Hausfrau und Mutter und Bewertung der Haushaltsarbeit, Münster/Hamburg 1995; ferner *D. Medicus*, Gründe und Grenzen des Ersatzes «fiktiver Schäden», DAR 1982, 352, 354 und 358 f.

[4] Vgl. aber z.B. *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 3), 354, wonach «der Ausfall der Arbeitskraft der Hausfrau einen materiellen Schaden» darstellt, «nur lässt sich dessen Betrag nicht direkt erfassen».

[5] Grundlegend der Beschluss des Grossen Zivilsenats des BGH (GS), BGHZ 50 (1968), 304 = NJW 1968, 1823; dazu *W. Kilian*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 1969, 443–458. Vgl. auch BGHZ 38 (1962), 55.

[6] *Magnus* 260; *Huber* 509 mit Nachweisen auf die österreichische Rechtsprechung. Zur amerikanischen Rechtsprechung vgl. American Jurisprudence 2d 22, § 189; *Stein* 147 ff.; ferner *Dobbs* 650; *Harper/James/Gray* 549 f.: «In determining past and future loss of earning capacity the question is not whether plaintiff would have worked, by choice. A person is entit-

schiede insofern bestehen, als die Einbusse nicht überall als materieller, sondern gelegentlich als immaterieller Schaden qualifiziert wird. Unklar ist, ob neben dem Ehegatten auch dem in nichtehelicher Gemeinschaft lebenden Partner ein Ersatzanspruch zusteht[7].

Die *schweizerische Rechtsprechung* anerkennt ebenfalls einen von der konkreten Einstellung einer Hilfskraft unabhängigen Ersatzanspruch des verletzten Haushaltsführers, ohne sich aber eingehend mit der Frage der fehlenden Vermögenseinbusse zu befassen. Im Gegensatz zum deutschen BGH, welcher sich mit der Anerkennung dieses mit der Differenzhypothese nicht zu vereinbarenden Schadenspostens schwergetan hat, begnügt sich das Bundesgericht mit der Feststellung: «Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen.»[8] Das Gericht erachtet den «Hausfrauenschaden» offenbar als Ausnahme von dem ansonsten vertretenen «natürlichen» Schadensbegriff. Auch in der Literatur geht man über den offensichtlichen Widerspruch zur ansonsten vertretenen Differenzhypothese hinweg[9].

b) Die Übereinstimmung in Lehre und Rechtsprechung endet bei der Befürwortung einer Entschädigung. Hinsichtlich der *Anspruchshöhe* gehen

---

led to compensation for the lost *capacity* to earn, whether he would have chosen to exercise it or not.»

[7] In Deutschland umstritten, vgl. *Lange* 324; ferner *Soergel/Lange* Anhang nach § 1588, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, N 56; unklar auch in Österreich, vgl. *Schiemann/Harrer* § 1325 N 36.

[8] Vgl. die nicht publizierte Entscheidung vom 13.12.1994 Erwägung 5a; Zusammenfassung der Urteilsgründe in: Vom Wert der Arbeit einer Hausfrau, in der Neuen Zürcher Zeitung vom 2.2.1995, S. 16. Siehe auch *B. Pfiffner/B. Gsell*, Schadenausgleich bei Arbeitsunfähigkeit in der Haus- und Familienarbeit, Plädoyer Nr. 4 1989, 40, 45.

[9] Vgl. *Oftinger* 207, der darauf hinweist, dass auch die Hausfrau «eine ökonomisch stark ins Gewicht fallende Tätigkeit» entfaltet; ebenso *P. Zen-Ruffinen*, La perte de soutien, Bern 1979, 32, welcher bloss feststellt: «L'activité déployée par une femme mariée dans son ménage représente une valeur économique, même si elle ne procure pas un salaire.» *Schaer* N 162 erkennt zwar, dass keine Vermögenseinbusse entsteht, da es sich nicht um eine Erwerbstätigkeit handelt. Meint dann aber: «Dass diese Argumentation nicht zutreffen kann, ist offensichtlich.» Nach *E.W. Stark*, Berechnung des Versorgerschadens, ZSR 1986 I, 337, 357 f., wird damit zwar von der Differenzhypothese abgewichen; gleichwohl könne sich «bei erheblicher Mehrbelastung der Hinterbliebenen die Zusprechung von Schadenersatz rechtfertigen». Unklar ist die Stellungnahme in *BernerKomm/Brehm* Art. 46 N 118: zum einen wird ein abstraktes «Hausfrauen-Taggeld» abgelehnt, zum anderen sollen auch beim Verzicht auf eine Haushaltshilfe Kosten entstehen, die zu ersetzen seien. Siehe auch *H. Steiner*, Zeitaufwand und Abgeltung des Haushalt-Versorgerschadens; eine weitere Nachlese zum Entscheid *Blein*, SJZ 1987, 177, 182: «Im Falle der getöteten Hausfrau erscheint es richtig, die reine Arbeitsleistung zu Gunsten der Hinterbliebenen zu vergüten, und zwar auch bei Besorgung der entsprechenden Arbeiten durch Angehörige oder die Versorgten selber. Der Anspruch entsteht ja unabhängig vom bestimmungsgemässen Einsatz der Schadenersatzleistung.» Dies klingt nach Bedarfslehre, dazu vorne § 1 II 2.

die Meinungen auseinander[10]. So gewährt die deutsche Rechtsprechung dem arbeitsunfähigen Haushaltsführer einen pauschalierten Ersatz. Ausgehend vom notwendigen Zeitbedarf für die Haushaltsführung bei der konkret betroffenen Familie und unter Berücksichtigung der haushaltsspezifischen Behinderung, werden auf der Grundlage des Bundesangestelltentarifs bzw. der ortsüblichen Entlohnung die Kosten einer Hilfskraft ermittelt[11]. Der österreichische OGH spricht sich ebenfalls für einen pauschalierten Schadenersatz aus. Während aber in Deutschland bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft nur der Nettolohn in Ansatz gebracht wird[12], ist es nach Auffassung des OGH für den Umfang des Ersatzanspruches unerheblich, ob eine Ersatzkraft tatsächlich eingestellt wird. Zu ersetzen sind daher auch die Lohnnebenkosten und Zuschläge[13]. Demgegenüber wird im amerikanischen Recht oftmals auf die Arbeitskraft der konkret betroffenen Hausfrau und nicht auf eine Ersatzkraft abgestellt. Massgebend ist danach das Einkommen, das die Betreffende auf dem Arbeitsmarkt hätte verdienen können unter Berücksichtigung von Gesundheit, Ausbildung und Weiterbildungsmöglichkeit, Alter sowie weiterer persönlicher und charakterlicher Eigenschaften[14].

In der Schweiz spricht das Bundesgericht seit den achtziger Jahren Ersatz für den *Wert der Haushaltsarbeit* zu, wobei es für die Berechnung auf

---

[10] Siehe auch die Ausführungen von *E. Hofmann*, Der Wert der Hausfrauenarbeit nach deutscher und schweizerischer bundesgerichtlicher Rechtsprechung, VersR 1983, 1093 f.

[11] Ausführlich Triebold (Fn. 3) 51 ff.; *Weichlein* (Fn. 3) 38 ff.; ferner *Erman/Schiemann* § 843 N 8 f.; *R. Schlegel*, Schadensersatz und Sozialversicherungsbeiträge, Karlsruhe 1989, 160 ff.; *W. Wussow/G. Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 5. Aufl., München 1990, N 142; *F. Pardey*, Der Haushaltsführungsschaden bei Lebensgemeinschaften, DAR 1994, 265–271.

[12] Ausführlich und mit Darstellung des Meinungsstandes BGHZ 86 (1983), 372, 375 ff.; ferner BGH VersR 1989, 1273, 1274; ablehnend *MünchKomm/Mertens* § 843 N 27 und § 844 N 38, 41 ff.; *W. Grunsky*, Schadensersatz bei Verletzung eines Gewerbetreibenden oder Freiberuflers, DAR 1988, 400, 405, weist mit Recht auf den Widerspruch zu den Wiederherstellungskosten hin. «Während bei fiktiven Reparatur- und Wiederbeschaffungskosten die Bruttovergütung (d.h. einschliesslich der nicht angefallenen Mehrwertsteuer) zugebilligt wird, soll beim Unterhaltsschaden nach § 844 Abs. 2 BGB im Falle der Nichteinstellung einer Ersatzkraft für die Haushaltsführung nur die Nettovergütung geschuldet sein. Das lässt sich schwer miteinander vereinbaren»; kritisch auch *Medicus*, DAR 1982 (Fn. 3), 359. Ablehnend, wenngleich aus anderen Gründen auch *H. Honsell/F. Harrer*, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 447, die auf «die konkreten Aufwendungen (z.B. für Kindergarten, Internat, Wäscherei usw.)» abstellen wollen.

[13] *Huber* 509 mit Verweis auf OGH 12.4.1989, 2 Ob 120/88. *Huber* 460 weist indes darauf hin, dass trotz der erheblichen Differenz zwischen Brutto- und Nettokosten sich die zugrundegelegten Stundenlöhne nicht massgeblich unterscheiden. Ins Gewicht falle vielmehr die unterschiedliche Einschätzung des für Haushaltsarbeiten erforderlichen Zeitausmasses.

[14] *Dobbs* 650; *Harper/James/Gray* 549 f. m.w.N.; ebenso in der deutschen Lehre *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 28a.

statistische Tageszeitbedarfswerte abstellt[15]. Auszugehen ist daher vom Aufwand, «den der vollumfängliche Ausgleich der ausfallenden Haushaltsarbeit durch eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursacht hätte»[16]. Sofern aber konkrete Aufwendungen für Haushaltshilfen getätigt wurden, können diese bei der Ermittlung des mutmasslichen Aufwandes zumindest als Anhaltspunkte dienen.

Gelegentlich wird auch gefordert, den Umfang des Ersatzes am Unterhaltsanspruch des erwerbstätigen Ehegatten auszurichten[17]. Dies würde bedeuten, dass die Ehefrau eines Mannes mit niedrigem Einkommen gegenüber einer Ehefrau eines gutverdienenden Ehegatten deutlich weniger beanspruchen könnte, obwohl sie typischerweise infolge Fehlens haushaltssparender Geräte oder gar von Hauspersonal stärker belastet ist[18]. Dagegen sprechen neben den sozialpolitischen Bedenken vor allem auch Gesichtspunkte der Praktikabilität. Zu berücksichtigen wäre nicht lediglich der laufende Unterhalt, sondern – worauf HUBER zu Recht hinweist – die Beteiligung der Ehefrau an der Vermögensbildung. Die Höhe des Unterhaltsanspruches ist aus diesem Grunde «in einer intakten Familie eine kaum operationale Grösse»[19].

---

[15] BGE 108 II (1982), 434, 437 ff. (Fall «Blein»); 117 II (1991), 609, 623; Semjud 1994, 589, 590 ff. Dem Grundsatze nach stösst die Rechtsprechung in der Lehre überwiegend auf Zustimmung; vgl. *Rey* N 242 und 299; *Pfiffner/Gsell* (Fn. 8) 44 ff.; *Stark* (Fn. 9) 354 ff.; *Schär* N 167; *P. Zen-Ruffinen*, Note sur l'arrêt Blein, JT 1983, 194, 195 ff.; vgl. bereits *ders.* (Fn. 9) 86 ff.; *A. Bussy*, L'indemnisation des lésions corporelles de la femme mariée, FS Assista, Genf 1979, 147, 156 ff.; kritisch *J. Vaverka*, Weitere Überlegungen zum Entscheid i.S. Blein, SJZ 1985, 370–372; unklar *BernerKomm/Brehm* Art. 46 N 118. Das Erfassen der Problematik wird durch eine uneinheitliche Terminologie erschwert. So verwenden etwa *Pfiffner/Gsell* (Fn. 8) 46 und *BernerKomm/Brehm* a.a.O. die Ausdrücke «Pauschalisierung» und «Aufwandmethode», verstehen darunter aber unterschiedliche Berechnungsarten. Ferner wird auch von der «abstrakten Schadensberechnung» (*Pfiffner/Gsell* a.a.O.) gesprochen und damit Ersatz der «Kosten fiktiver Ersatzkräfte» (*Honsell/Harrer*, JuS 1991 (Fn. 12), 446) bzw. eine «pauschalierte Abrechnung» (*Pardey* (Fn. 11) 270) gemeint, während das Bundesgericht gleichbedeutend vom «normativen Schaden» spricht, «der sich nicht konkret, sondern nur abstrakt berechnen lässt», vgl. den nicht publizierten Entscheid vom 13.12.1994, Erwägung 5a.

[16] Nicht publizierter bundesgerichtlicher Entscheid vom 13.12.1994, Erwägung 5a.

[17] Siehe die Nachweise bei *Huber* 487. Ähnlich BGE 101 II (1975), 257, 261, wonach der Wert der Versorgungsleistungen nicht in einem Missverhältnis zu dem Einkommen des Ehemannes stehen darf.

[18] *Stark* (Fn. 9) 356; *F. Weyer*, Schadenersatz wegen Ausfalls der Hausfrau und Mutter, DRiZ 1971, 261, 262; siehe auch *Zen-Ruffinen* (Fn. 9) 94; *H. Lange*, Erreichtes und offene Fragen, in: Wandlungen des Schadensersatzrechts, hrsg. von H. Lange/H. Hagen, Heidelberg 1987, 51.

[19] *Huber* 488.

2. Überobligatorische Anstrengungen

Das Problem des fiktiven Erwerbsausfalles stellt sich auch dann, wenn der Geschädigte *Arbeitsleistungen* erbringt, obwohl dies von ihm *nicht gefordert* werden könnte. Solche Fälle sind (ausser bei den bereits erwähnten überobligatorischen Anstrengungen des haushaltsführenden Ehegatten) vor allem bei Selbständigerwerbenden denkbar. Nach in der Schweiz vorherrschender Auffassung wird diese Anstrengung nicht zugunsten des Haftpflichtigen erbracht, weshalb sie – zumindest teilweise – zu honorieren sei[20]. Dieser Gedanke wird ohne Einschränkung auch in Österreich in den Vordergrund gestellt. Der Mehraufwand an Zeit und Mühe erfolge nicht zugunsten des Schädigers, dürfe ihm daher auch nicht als Vorteil angerechnet werden[21]. Anders entscheidet hingegen die US-Rechtsprechung. Danach verschaffen Arbeitsleistungen, welche rechtlich nicht gefordert sind und den Schaden zugunsten des Schädigers tief halten, keinen Entschädigungsanspruch[22]. Eine differenzierende Beurteilung findet sich in der deutschen Rechtsprechung. Eine Anrechnung des erzielten Einkommens kommt dann nicht in Betracht, wenn der Geschädigte durch seine «überobligatorische Anstrengung» Raubbau an seiner Gesundheit treibt[23]. Besteht hingegen kein erhebliches Gesundheitsrisiko, wird die Anrechnung bejaht, da «die gleichwohl ausgeübte Erwerbstätigkeit ein Hinweis darauf (ist), dass der Geschädigte lediglich die Anstrengungen unternimmt, die er auch sonst auf sich zu nehmen bereit ist, wenn kein ersatzpflichtiger Schädiger vorhanden ist»[24]. Diese Unterscheidung ist freilich mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden und deshalb kaum praktikabel. In jüngerer Zeit hat das Problem Beachtung gefunden, ob unentgeltlich arbeitstätige Verletzte ebenfalls eine Entschädigung beanspruchen können[25].

Unklar ist auch die *Einordnung* der Problematik. Zum einen weisen überobligatorische Anstrengungen Ähnlichkeit mit der Vorteilsausgleichung

---

[20] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 46 N 39, mit Verweis auf Semjud 1961, 517, 522; siehe bereits BGE 49 II (1923), 159, 163 ff.; ferner *A. Girsberger*, Die Ehefrau als Versorgerin des Ehemannes im Haftpflichtrecht, SJZ 1965, 273, 274.

[21] *Rummel/Reischauer* § 1325 N 39 m.w.N.; zurückhaltender jedoch *Schwimman/Harrer* § 1325 N 39.

[22] *Dobbs* 272.

[23] BGH VersR 1974, 142, 143.

[24] OLG Stuttgart VersR 1981, 290; zustimmend *Wussow/Küppersbusch* (Fn. 11) N 44.

[25] Vgl. insbesondere OLG Celle NJW 1988, 2618 (Ersatzanspruch eines verletzten Ordensbruders einer Benediktiner-Abtei, der vorwiegend als Kirchenmusiker tätig war, abgelehnt); siehe dazu *P. Gotthardt*, Schadensersatz bei Ausfall einer Tätigkeit ausserhalb des Erwerbslebens, JuS 1995, 12–17.

auf[26]. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem der ungerechtfertigt entlassene Arbeitnehmer fünf Monate arbeitslos ist und in den folgenden sieben Monaten mehr verdient als in einem Jahr bei seinem früheren Arbeitgeber[27]. Zum anderen stehen überobligatorische Anstrengungen der Schadensminderung nahe[28].

3. *Beeinträchtigte Arbeitskraft*

Am weitesten geht die Auffassung, die jedem Verletzten, dessen Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist, einen Geldanspruch zubilligt. In diesem Sinne spricht sich etwa die *französische* Rechtsprechung aus[29]. Da das französische Recht ohnehin nicht streng zwischen materiellen und immateriellen Schäden trennt, ist man auch nicht gezwungen, die Arbeitskraft als Vermögenswert zu deklarieren; bei der Entschädigung lassen sich zwanglos auch immaterielle Aspekte berücksichtigen. Auf die Verknüpfung von materiellen und immateriellen Gesichtspunkten hat im deutschen Recht vor allem STOLL hingewiesen[30]. Seiner Auffassung nach besteht zwischen dem materiellen und dem immateriellen Schaden noch ein «subjektiv wirtschaftlicher Schaden». Es sind dies «Einbussen an wirtschaftlichen Werten, die an die Person des Berechtigten gebunden und deshalb nicht objektiv messbar sind»[31].

Im *amerikanischen* Recht unterscheidet man seit jeher zwischen Erwerbsausfall und beeinträchtigter Arbeitskraft. Zu entschädigen ist letztere[32]. Diese Auffassung wird in der deutschen Lehre vor allem von GRUNSKY vertreten[33]. Er sieht die Arbeitskraft als Vermögenswert an, «der unabhängig

---

[26] In diesem Zusammenhang diskutiert etwa bei *Soergel/Mertens* vor § 249 N 236; vgl. auch *Lange* 512 f.

[27] BAG NJW 1958, 1060 (Ersatz abgelehnt); kritisch dazu *W.B. Fisch*, Die Vorteilsausgleichung im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt 1974, 71.

[28] In diesem Sinne namentlich auch die amerikanische Literatur, vgl. z.B. *Dobbs* 272. Siehe auch *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 51; offengelassen in BGH VersR 1974, 142, 143.

[29] Vgl. *Chartier* 218 ff., 652 f.

[30] *H. Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973, 19 ff. und spezifisch zu den Erwerbsschäden 24 ff.

[31] *Stoll* (Fn. 30) 19.

[32] Vgl. Appeals Court of Massachusetts, Rolanti v. Boston Edison Corp., North Eastern Reporter 2d 603 (1992), 211, 217: «Recovery for impairment of earning capacity is not affected by the fact that the injured person received payments under an insurance policy during the period of incapacity or is paid in full wages under a contract of employment, since he is not being compensated for lost wages but for impairment of earning capacity.» Ferner *Dobbs* 650.

[33] *W. Grunsky*, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Bad Homburg v.d.H. 1968, 73 ff.; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 23 ff.; *ders.*, DAR 1988 (Fn. 12), 403 f.; *ders.*, Anmerkung, JZ 1989, 347.

davon in Geld zu ersetzen ist, ob er zu Geld gemacht werden sollte. Zu ersetzen wäre dann der fiktive Verdienst, den der Verletzte auf dem Arbeitsmarkt hätte erzielen können.» Dafür spreche «vor allem die Erwägung, dass die Arbeitskraft (einschliesslich der sich darin niederschlagenden Berufsausbildung) für den ganz überwiegenden Teil der Bevölkerung heute die wichtigste 'Geldquelle' und damit der wesentlichste Vermögensbestandteil ist»[34]. In ähnlichem Sinne hat sich in neuerer Zeit MAGNUS ausgesprochen. Anders als GRUNSKY begründet er den Anspruch indes nicht als Vermögensschaden; vielmehr vertritt er – dem französischen Recht folgend – die Auffassung, dass der Anspruch «aus dem Bereich des Vermögensschadens herausgelöst und stärker in die Nähe des Schmerzensgeldes gerückt» wird[35]. Als dogmatischen Ansatz verweist er auf «das Modell vom Vermögenskern mit einem immateriellen Hof ... Die vermögensmässig ins Gewicht fallende Einbusse an Arbeitskraft wird von einem Hof weitergehender immaterieller Beeinträchtigung umschlossen.»[36]

Anerkennt man den Verlust der Arbeitsfähigkeit als ersatzfähigen Schaden, fallen auch die Fragen hinsichtlich des Nachweises konkreter Arbeitsabsicht, der Ausdehnung des Anspruches auf den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, der Abstufung nach der Familiengrösse, der Berücksichtigung von überobligatorischen Anstrengungen usw. dahin. Da es sich um eine abstrakte Entschädigung der Arbeitsfähigkeit handelt, wäre der fiktive Verdienstausfall zu ersetzen. Betrachtet man die Beeinträchtigung hingegen als immateriellen Schaden, müsste dem Geschädigten jeweils ein bestimmter Standardbetrag zugebilligt werden. Die französische Rechtsprechung hat denn auch entsprechende abstrakte Sätze gebildet; zu Beginn der achtziger Jahre betrug der Monatssatz für die «incapacité» zwischen 1000 und 2000 Francs, wobei die Abweichungen den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen[37]. MAGNUS schlägt für Deutschland einen Standardsatz von 1000 DM im Monat vor[38].

Entgegen der amerikanischen und der französischen Rechtsprechung erachtet der *BGH* «die verletzungsbedingte Einschränkung der Arbeitskraft und den damit zusammenhängenden Arbeitszeitverlust *als solche*» nicht als ersatzfähige Einbussen, zumindest «sofern und soweit solche Einbussen

[34] *Grunsky*, DAR 1988 (Fn. 12), 403.
[35] *Magnus* 262.
[36] *Magnus* 260.
[37] Vgl. *Magnus* 257 f. m.w.N.
[38] *Magnus* 263.

nicht geldwert in der Vermögensbilanz in Erscheinung treten»[39]. Dies entspricht auch der herrschenden Auffassung in der deutschen Lehre[40].

III. Schadensbeseitigung und Schadensregulierung

1. Eigenreparatur

a) Als eigenständige Problemgruppe sind jene Fälle anzusehen, in denen der Geschädigte für die Schadensbeseitigung nicht die Dienste eines Dritten in Anspruch nimmt, sondern die *notwendigen Massnahmen selbst trifft*. Zu denken ist vor allem an die Eigenreparatur[41]. Auch hier stellt sich die Frage, ob der Geschädigte dem Ersatzpflichtigen die Kosten, die bei einer Reparatur durch einen Dritten angefallen wären, in Rechnung stellen kann. Im französischen Recht hat die Schadensbehebung durch den Geschädigten bzw. seiner Hilfsperson keinen Einfluss auf den Schadenersatzbetrag[42]. Zumindest im Fahrzeugbereich gilt dies auch für das deutsche Recht[43]. Der BGH spricht dem Geschädigten, der das Fahrzeug selbst instand stellt, die marktüblichen Reparaturkosten zu[44]. Einen entsprechenden Anspruch gewährt sodann der OGH, allerdings nur vor Durchführung der Reparatur. Nach erfolgter Wiederherstellung erhält der Geschädigte nur die konkreten Aufwendungen; die Umsatzsteuer wird nicht entschädigt, ebensowenig der Gewinn[45].

---

[39] BGH JZ 1989, 344, 345 mit Anm. *W. Grunsky*.

[40] Statt aller *Staudinger/Medicus* § 252 N 29 ff. m.w.N.; *Lange* 380: «Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit gehören der Persönlichkeitssphäre an. Ihre Beeinträchtigung bewirkt einen Vermögensschaden nicht per se, sondern nur insoweit, als der Verletzte konkrete Einbussen erleidet oder ihm ein Gewinn entgeht.»

[41] Vgl. *R. Weimar*, Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Schadensersatzrecht, NJW 1989, 3246–1350; *Huber* 218 ff.

[42] *Chabas* 720 f. m.N. aus der Praxis.

[43] Vgl. die Nachweise in *MünchKomm/Grunsky* § 249 N 19; siehe zum amerikanischen Recht Court of Appeal of Louisiana, Kopcso v. Alello, Southern Reporter 2d 32 (1947), 99, 101: Der Kläger hatte das Fahrzeug in der eigenen Garage repariert. Das Gericht führte aus: «We are in accord with the trial judge that he is entitled to his regular, reasonable charge for that type of work, for the reason that had he had the work done by another garage he would have been forced to pay that amount, and for the further reason that had his garage performed the same work for a stranger during the time that his car was being repaired, the same amount would have been realized by the Kopcso garage.»

[44] Vgl. z.B. BGH VersR 1992, 710; für den Fall, dass die Reparatur bereits durchgeführt wurde, siehe BGH NJW 1989, 3009 = VersR 1989, 1056, und vorne § 5 Fn. 21.

[45] Vgl. OGH SZ 51 (1978), 24, 28 f.: bei einem gewerblichen Unternehmer sei dagegen auch der handelsübliche Gewinn zu ersetzen; bestätigt in OGH VersR 1991, 721 mit kritischer Anm. von *Ch. Huber*.

Die deutsche Literatur hat sich mehrheitlich der Rechtsprechung angeschlossen. «Wer ohne entsprechende Obliegenheit selbst repariert, kann den gleichen Betrag verlangen, den ein Dritter hätte zahlen müssen.»[46] Ein Teil der Lehre vertritt indes die Ansicht, dass im Falle der Schadensbeseitigung durch den Geschädigten selbst auf die Restitution verzichtet wird[47]. Da dieser die Reparatur regelmässig in der Freizeit ausführe, würde der Ersatz auf eine Entschädigung der nicht plangemäss verbrachten Freizeit hinauslaufen. Der Ersatzanspruch solle sich daher auf das Kompensationsinteresse beschränken. Die schweizerische Literatur hat sich bislang nicht eingehend mit der Problematik der Eigenreparatur beschäftigt, und es finden sich auch kaum Stellungnahmen[48].

b) Die unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des massgebenden Interesses wirken sich auf die *Anspruchshöhe* aus. Gewährt man bei Eigenreparaturen bloss das Kompensationsinteresse, wäre auf die konkrete rechnerische Vermögenseinbusse abzustellen[49]. Befürwortet man hingegen die Ersatzberechnung nach dem Restitutionsinteresse, so sind die marktüblichen Kosten, d.h. die Kosten einer Fremdreparatur einschliesslich Unternehmergewinn und Mehrwertsteuer, zuzusprechen[50]. Der Geschädigte hat zwar nach überwiegender Auffassung in Deutschland Anspruch auf das Restitutionsinteresse, da ihm nicht zuzumuten sei, «seine besonderen Fähigkeiten in den Dienst des Schädigers zu stellen»[51]; die Kosten einer Fremdreparatur werden aber dann nicht anerkannt, wenn der Geschädigte eine Reparaturwerkstätte für eigene Fahrzeuge eingerichtet hat, was namentlich bei grossen Verkehrsbetrieben vorkommt[52]. Der Anspruch wird in diesen Fällen nicht bloss auf die unmittelbar anfallenden Kosten beschränkt; vielmehr will man darüber hinaus einen Gemeinkostenzuschlag gewähren[53].

---

[46] *Lange* 302 f.; *Staudinger/Medicus* § 249 N 232; *Erman/Kuckuk* § 249 N 83; weitere Nachweise bei *W. Wussow/G. Treitz*, Unfallhaftpflichtrecht, 14. Aufl., München 1996, N 1667.

[47] Nachweise bei *Huber* 167 Fn. 156; siehe auch *M. Klimke*, Fiktive Schadenabrechnung, ZfS 1989, 253–256.

[48] Bei *Oftinger* 254 Fn. 504 findet sich lediglich die Bemerkung, bei Reparatur durch den Geschädigten seien «nicht seine übersetzten Ansätze massgebend, sondern die sachlich gerechtfertigten», mit Verweis auf die Praxis der Rekurskommission der Eidgenössischen Militärverwaltung VI 19 f. = Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 29 Nr. 130.

[49] Siehe dazu auch *Huber* 224 ff.

[50] Vgl. z.B. *Lange* 302 f. m.w.N. in Fn. 298.

[51] *Staudinger/Medicus* § 249 N 232 m.w.N.

[52] Statt aller *Lange* 303.

[53] *Staudinger/Medicus* § 249 N 119, 232 m.w.N.; vgl. zu dieser Fallgruppe hinten § 8 II 1.

In der neueren Literatur stiess die Gewährung der marktüblichen Kosten bei Eigenreparatur auf Kritik. Spreche man dem Geschädigten die marktüblichen Reparaturkosten zu, so werde dieser im Rahmen des Werkstattgewinnes und der nicht anfallenden Steuern bereichert[54]. Lehne man hingegen eine pauschalierte Entschädigung ab und spreche man dem Betroffenen nur die notwendigen Materialauslagen zu, so fehle jeglicher Anreiz, die an sich erwünschte Eigenreparatur vorzunehmen. Aus diesem Grunde wird vermehrt ein dritter Ansatz vertreten, welcher neben den konkreten Aufwendungen auch eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit zusprechen will[55]. Für eine Entschädigung bei Einsatz eigener Ressourcen hat sich namentlich HUBER ausgesprochen. Hinsichtlich des massgeblichen Stundenlohnes möchte er, dem Vorschlag HOFMANNs folgend, den um Steuern und Sozialabgaben bereinigten realen Stundenlohn eines in abhängiger Stellung Beschäftigten zusprechen[56].

c) Unklar ist die *dogmatische Begründung*. Nach APATHY bietet sich im österreichischen Recht eine Entschädigung des Freizeitverlustes als ideeller Schaden an. Selbst wenn man die restriktive Handhabung der ideellen Entschädigung durch die Rechtsprechung berücksichtige, sollte es – gemäss APATHY – «doch möglich sein, dem Geschädigten Ersatz für seine Freizeiteinbusse dann zuzusprechen, wenn dieser infolge der schädigenden Handlung veranlasst ist, in seiner Freizeit zu arbeiten»[57]. Ausführlich widmet sich HUBER dieser Frage. Er weist darauf hin, dass die menschliche Arbeitskraft eine knappe und deshalb ökonomisch wertvolle Ressource darstellt. Aus diesem Grunde sollte «bei deren Erfassung insofern ein Schritt in Richtung Abstraktion gegangen werden, als man sich damit begnügen sollte, dass diese Werte im Zuge der Schadensbeseitigung verzehrt wurden»[58]. Die alternative Verwendungsmöglichkeit könne hingegen dahingestellt bleiben. Die Schadensermittlung ist also bezüglich der Reaktion des Geschädigten, d.h. der tatsächlich erfolgten Wiederherstellung konkret, bezüglich der Scha-

---

[54] Vgl. *E. Hofmann*, Der Umfang des Ersatzanspruchs nach § 249 Satz 2 BGB im Reparaturfall und der vertraglichen Reparaturkostenentschädigung in der Fahrzeug-Vollversicherung (§ 13 Abs. 5 AKB), DAR 1983, 374–379; *Huber* 210 ff.; gegen den Ersatz der Mehrwertsteuer auch *Wussow/Treitz* (Fn. 46) N 1667.

[55] Vgl. *Köhler* 353 f.; *K. Pielemeier*, Der Ersatz fiktiver Reparaturkosten bei Eigenreparatur im Totalschadensfall, NZV 1989, 222–224; *Huber* 201. Diese Auffassung ist auch im amerikanischen Recht vorherrschend, wobei die Frage in den einschlägigen Werken in einem Satz abgehandelt wird; vgl. etwa American Jurisprudence 2d 8, § 1130 m.N. auf die Rechtsprechung.

[56] *Hoffmann*, DAR 1983 (Fn. 54), 378; *Huber* 256.

[57] *Apathy* 101.

[58] *Huber* 201.

densberechnung hingegen insoweit abstrakt, als «der Geschädigte seine Einbusse nicht zur Gänze anhand eines Geldabflusses belegen» muss[59].

2. *Anspruchsverfolgung*

Die Wahrnehmung der Rechte, namentlich die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen, kostet Zeit und macht Mühe. Bei umstrittenen Ansprüchen kann sich der Privatmann an einen Anwalt wenden. Die daraus erwachsenden aussergerichtlichen Kosten sind ihm als Folgeschaden zu ersetzen, sofern der Beizug des Anwalts als gerechtfertigte, notwendige und gebotene Massnahme erscheint[60]. Gleiches gilt für die Einschaltung eines Inkassoinstitutes, falls dem Betroffenen die Eintreibung nicht zumutbar ist. Problematisch sind jene Fälle, in denen der Geschädigte den Anspruch selber verfolgt oder trotz Rechtsbeistand in nennenswertem Umfang *Zeit und Mühe opfern* muss[61].

GRUNSKY tritt schon wegen der von ihm vertretenen abstrakten Bewertung der Arbeitskraft dafür ein, die für die Anspruchsverfolgung aufgewandte Zeit zu entschädigen. Er weist auch darauf hin, dass es nicht dem Schädiger zugute kommen dürfe, wenn sich der Betroffene selber behilft[62]. Auch nach STOLL ist in diesem Fall ausnahmsweise eine abstrakte Bewertung zulässig[63]. Anders entscheidet die in Deutschland vorherrschende Auffassung. Danach ist weder der Zeitaufwand für die Rechtsverfolgung noch die vom Geschädigten eingesetzte eigene Arbeitskraft zu entschädigen, es sei denn, der Betroffene könne konkret nachweisen, dass ihm durch diesen Einsatz anderer Erwerb entgangen ist[64]. Eine Entschädigung rechtfertigt sich hingegen dann, wenn der Geschädigte selbst Anwalt ist, da dieser seine speziellen Kenntnisse nicht in den Dienst des Ersatzpflichtigen zu stellen braucht[65]. Dieser Lösung stimmt in der schweizerischen Lehre GAUCH zu[66].

---

[59] *Huber* 202.

[60] Vgl. BGE 117 II (1991), 101, 107: «Condizione essenziale per il resarcimento è che l'assistenza legale sia giustificata, necessaria e appropriata»; zuletzt ausführlich *P. Gauch*, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189–201 mit umfassenden Nachweisen aus der schweizerischen Literatur; ferner *Rey* N 229; *Oftinger/Stark* § 2 N 28 ff.

[61] Siehe auch *Lange* 387.

[62] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 25.

[63] *H. Stoll*, Anmerkung, JZ 1977, 97.

[64] Vgl. etwa *Staudinger/Medicus* § 253 N 52; *Lange* 387.

[65] *Lange* 386 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 784.

[66] *Gauch*, recht 1994 (Fn. 60), 199.

3. Schadensregulierung

a) Die deutsche und die österreichische Lehre setzen sich eingehend mit der Frage auseinander, ob die für die Abwicklung der einzelnen *Schadensbeseitigungsmassnahmen eingesetzten persönlichen Ressourcen* ersatzfähig sind[67]. Zu denken ist an die aufgewandte Arbeitskraft für die Feststellung des Schadens, die Prüfung der möglichen Schadensbeseitigungsmassnahmen, die Suche nach einem für die Schadensbehebung geeigneten Vertragspartner, Transportkosten, Überwachung der ordnungsgemässen Durchführung der Wiederherstellung, Abnahme und Kontrolle usw. In der deutschen Rechtsprechung werden diese Kosten bei öffentlichen Grossunternehmen (meist handelte es sich um die Bundesbahn) mit einer Pauschalsumme abgegolten, bei privaten Unternehmen und Privatpersonen indes meist abgelehnt. Sofern die Gerichte die Ersatzfähigkeit anerkennen, ermitteln sie bei Unternehmen den Ersatz nach einem Prozentsatz der Wiederherstellungskosten, während Private einen Fixbetrag[68] erhalten[69].

Im Schrifttum scheint die überwiegende Auffassung aber einen Ersatz nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn für die Schadensbearbeitung eigenes Personal eingesetzt wird. Ansonsten werden entsprechende Massnahmen der Freizeit zugeschlagen[70]. Dagegen vertritt ein Teil der Literatur hinsichtlich Privatpersonen eine differenzierte Lösung. Danach soll ein Angestellter einen Ersatz erhalten, wenn er die Vorkehrungen während der Arbeitszeit ausführen musste, ein Selbständigerwerbender nur, wenn eine Nachholung nicht möglich ist, währenddessen einem Nichterwerbstätigen grundsätzlich kein

---

[67] Siehe etwa *H. Spengler*, Erstattung von Schadensbearbeitungskosten, VersR 1973, 115 f.; *M. Klimke*, Erstattungsfähigkeit der Kosten von Vorsorge- und Folgemassnahmen bei Rechtsgutverletzungen, NJW 1974, 81–87; *ders.*, Nebenkosten im Zusammenhang mit der Regulierung eines Kfz-Schadens, ZfV 1990, 473, 601, 623; ZfV 1991, 45, 88, 204, 337, 362, 428; ausführlich *Huber* 618 ff.; vgl. zu dieser Frage auch *K. Himmelreich/M. Klimke/M. Bücken*, Kfz-Schadensregulierung: Loseblatt-Kommentar, N 1948–1948f; *Wussow/Treitz* (Fn. 46) N 1680; *R. Welser*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645, 652 ff.

[68] In der Höhe von ca. 50 bis 90 DM.

[69] Vgl. die Nachweise bei *Huber* 628 f. Fn. 61–63. Die amerikanische Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich, vgl. die Darstellung in Overhead Expense as Recoverable Element of Damages, American Law Reports 3d 3, 689–711; ferner die Nachweise in American Jurisprudence 2d 22, § 607 Fn. 50 f.

[70] Vgl. z.B. *Staudinger/Medicus* § 253 N 53; *Lange* 388, die darauf hinweisen, dass das Billigkeitsargument, der «Grosse» dürfe nicht besser behandelt werden als der «Kleine», gegen das Prinzip der Totalreparation verstösst. Siehe auch *M. Berger*, Die Berechnung des Sachschadens beim Kfz-Unfall jetzt und in Zukunft, VersR 1988, 106, 110.

Anspruch zugebilligt wird, da solche Massnahmen zu Lasten der Freizeit gehen[71].

b) Gegen die Qualifizierung der Schadensregulierungsmassnahmen durch Private als *Freizeiteinbusse* wendet sich HUBER. Er geht von der Annahme aus, dass neben der Erwerbstätigkeit und der Freizeit im Zeithaushalt jedes Menschen noch eine «dritte Schicht existiert, die jedenfalls teilweise der Erwerbsreserve zuzuzählen ist»[72]. Von einer Aktivierung der Erwerbsreserve kann dann gesprochen werden, «wenn es sich um eine ökonomisch sinnvolle Betätigung der Arbeitskraft handelt, was sich darin zeigt, dass solche Leistungen am Markt nur gegen Entgelt zu bekommen sind»[73]. Es liegt dann kein immaterieller Schaden, sondern eine ersatzfähige Aufwendung vor. Dies zeige sich im übrigen schon dadurch, dass Unternehmen solche Tätigkeiten buchhalterisch erfassen und aufgrund des Kostenbewusstseins derartige Einbussen auch eher an die Gerichte herantragen würden. Da es in beiden Fällen um dasselbe Phänomen gehe, müsse die ersatzrechtliche Beurteilung gleich lauten[74]. Hingegen sei eine Differenzierung hinsichtlich der Arten der Schadensregulierungsmassnahmen angebracht. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution soll der Geschädigte bloss jene Kosten ersetzt erhalten, die ihm bei Wiederherstellung durch den Schädiger nicht erwachsen wären. Einige Massnahmen, wie etwa die Schadensfeststellung oder die Kontrolle und Abnahme, hätte der Schädiger aber ohnehin nicht wahrnehmen können[75]. Deren Kosten müsse er freilich dann tragen, wenn der Geschädigte hierfür Marktleistungen hätte in Anspruch nehmen dürfen[76]. Da aber mit sämtlichen Massnahmen zur Schadensbearbeitung auch Drittpersonen betraut werden können, reduziert sich die durch HUBER getroffene Differenzierung auf die dogmatische Grundlage; im Ergebnis haben nach seiner Lösung alle Geschädigten (auch der Nichterwerbstätige) Anspruch auf Ersatz für sämtliche Massnahmen der Schadensbearbeitung, namentlich auch für die aufgewandte Zeit.

---

[71] Vgl. *Himmelreich/Klimke/Bücken* (Fn. 67) N 1925 ff.; *Klimke*, ZfV 1991 (Fn. 67), 88 f.; *P. Marburger*, Schadenszurechnung und Schadensverteilung, Karlsruher Forum 1990, 4, 7.

[72] *Huber* 636.

[73] Ebenda.

[74] *Huber* 637.

[75] *Huber* 642.

[76] *Huber* 643.

IV. Beeinträchtigung der Ferien- und Freizeit

1. Ferienzeit als Vermögenswert

a) Häufig erörtert wurde auch die Frage, ob die Beeinträchtigung der Ferienzeit ersatzfähig ist[77]. In Deutschland ist die Rechtslage im vertraglichen Verhältnis durch Einfügung der Regelung in § 651 f Abs. 2 BGB im grundsätzlichen geklärt. Danach muss der Veranstalter bei *nutzlos aufgewandter Ferienzeit* eine angemessene Entschädigung in Geld bezahlen[78]. Fraglich ist hingegen, ob bei einer Ferienzeitbeeinträchtigung durch eine deliktische Handlung eine Entschädigung zu gewähren ist.

b) Begründen lässt sich dies – entsprechend der früheren BGH-Rechtsprechung – mit dem Kommerzialisierungsgedanken[79]. Denn beim Angestellten gehört die bezahlte Ferienzeit zum Verdienst, während der Selbständigerwerbende in dieser Zeit eine Ersatzkraft einstellen oder eine Erwerbseinbusse hinnehmen muss; in beiden Fällen ist die Ferienzeit ebenso erkauft wie die Nutzungsmöglichkeit eines Fahrzeuges. Spricht man der Ferienzeit Vermögensqualität zu, so stellt ihre Beeinträchtigung einen Schaden dar[80]. Schadenersatz für verdorbene Ferienzeit könnte etwa derjenige fordern, der seine Ferien nach einem Verkehrsunfall im Krankenhaus verbringen muss. Nach dieser Auffassung müsste an sich eine Entschädigung auch bei einer kurz nach den Ferien erlittenen Verletzung geschuldet sein[81]. Da sich die Höhe des Anspruches nach dem zeitanteiligen Einnahmeausfall be-

---

[77] Vgl. z.B. *E.W. Stark*, Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, FS Keller, Zürich 1989, 311–322; *Gauch/Schluep* N 2660 f., 2665 f. und 2669 ff. m.w.N.; für das deutsche Recht *H. Honsell*, Die misslungene Urlaubsreise, JuS 1976, 222–228; *F. Landwehrmann*, Zeit ist Geld? Probleme des Schadensersatzes für Freizeitbeeinträchtigung, Diss. Münster 1971; umfassende Nachweise bei *W. Müller*, Schadensersatz auf Grund verdorbenen Urlaubs, Berlin 1986; für Österreich *B. Bendref*, Ersatz der vertanen Urlaubszeit im deutschen und österreichischen Recht, Frankfurt a.M. 1988; für Griechenland *D. Giortsos*, Ersatz für den Verlust von Urlaub oder Freizeit nach deutschem und griechischem Recht, Freiburg i.Br. 1982; rechtsvergleichend auch *Magnus* 185 ff.; *G. Schmitz*, Ersatz immaterieller Schäden nach Vertragsrecht, Freiburg i.Br. 1980; *K. Tonner*, Reiserecht in Europa, Neuwied u.a. 1992, 121 ff.

[78] Unklar ist, ob diese Regelung auf den Reisevertrag beschränkt ist; vgl. dazu *E. Führich*, Reiserecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995, N 346; *Erman/Seiler* § 651 f N 11.

[79] Dazu vorne § 1 III 2.

[80] So *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 30c; *AlternativKomm/Rüssmann* vor §§ 249–253 N 38; *Esser/Schmidt* 197; *Gottwald* 146; anders nunmehr *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 10 ff., 40.

[81] Vgl. den entsprechenden Fall des LG Celle VersR 1974, 760; ferner LG Kassel VersR 1979, 1132.

misst, gehen indes die nicht im Erwerbsleben stehenden Personen bei Zugrundelegung des Kommerzialisierungsgedankens leer aus[82].

Die deutsche Rechtsprechung und die herrschende Lehre lehnen jedoch bei *deliktischer Beeinträchtigung* der Ferienzeit eine Entschädigung ab[83]. Eingewandt wird zum einen, dass die Ferienzwecke sehr verschieden sind und von den subjektiven Neigungen, Empfindungen und Gewohnheiten des einzelnen abhängen, folglich für die Abgrenzung eines Vermögens- von einem Nichtvermögensschaden jeglicher Massstab fehlt[84]. Bedenken bestehen sodann gegenüber der Konsequenz, dass ein Grossverdiener gegenüber einem Normalverdiener einen vielfach höheren Betrag erhält, «obwohl beide z.B. unter Lärm in gleicher Weise gelitten haben»[85], und dass den nicht Erwerbstätigen überhaupt kein Anspruch zusteht[86]. Gegen dieses Billigkeitsargument lässt sich freilich mit GRUNSKY einwenden, dass eine derartige Differenzierung den Grundsätzen des geltenden Schadenersatzrechts entspricht, das schliesslich auch bei einem entgangenen Verdienst darauf abstellt, ob und wieviel der Betroffene verdient hätte[87].

c) In der *Schweiz* fand die Ersatzfähigkeit der beeinträchtigten Ferienzeit in der Lehre keine grosse Beachtung. Dies ist schon deshalb erstaunlich, weil die Stellungnahmen weit auseinandergehen. Die Literatur schloss sich früher überwiegend der in Deutschland vorherrschenden Auffassung an und bejahte einen Ersatzanspruch. Demgegenüber lehnt die Rechtsprechung und neuere Lehre eine Entschädigung ab[88]. Dies gilt sowohl für den vertraglichen als auch für den deliktischen Bereich.

---

[82] *Esser/Schmidt* 198; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 32a.

[83] Vgl. BGHZ 86 (1983), 212 = NJW 1983, 1107; BGH JZ 1989, 344, 345; *Larenz* 504 m.w.N.; zurückhaltend *Lange* 396.

[84] *Lange* 394; *Staudinger/Medicus* § 253 N 45.

[85] *Staudinger/Medicus* § 253 N 46.

[86] *Lange* 394; *Staudinger/Medicus* § 253 N 46.

[87] *Grunsky* vor § 249 N 32a; ebenso *Esser/Schmidt* 198.

[88] Das Bundesgericht stellt im einzigen zum Problem des entgangenen Feriengenusses publizierten Entscheid schlicht fest: «Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar», BGE 115 II (1989), 474, 481; Obergericht Zürich ZR 1984, 33, 40; Kantonsgericht Wallis, Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 1985, 133 f.; *Oftinger/Stark* § 2 N 56; *Rey* N 159; *V. Roberto*, Verdorbene Ferien als Schaden, recht 1990, 79–84; nunmehr auch *Gauch/Schluep* N 2660, 2665 f. und 2669 ff.; anders aber Obergericht Zürich SJZ 1981, 79 = ZR 1980, 282; *A. Girsberger*, Der Reisevertrag, ZSR 1986 II, 1, 64; *Oftinger* 58 Fn. 23; *Merz* 198; siehe auch *B. Stauder*, Le contrat de voyage, ZSR 1986 II, 385, 440 f. Ebenso die österreichische Lehre, vgl. *Koziol/Welser* 446; *M. Bydlinski*, Schadenersatz bei «verpatztem» Urlaub?, ZVR 1987, 354–356.

2. *Freizeit als Vermögenswert*

Im deutschen Recht wird der Verlust von Freizeit selbst von denjenigen nicht als in Geld ersetzbarer Vermögensschaden angesehen, die der Ferienzeit in gewissem Rahmen Vermögensqualität zusprechen. Die Freizeit stehe lediglich im normalen Wechselrhythmus mit dem Arbeitsprozess, werde nicht gewissermassen vorverdient und habe generell *konsumtiven* Charakter[89]. Demgegenüber lehnt GRUNSKY[90] – insoweit durchaus konsequent in seinem Ansatz – eine Unterscheidung zwischen Ferien- und sonstiger Freizeit ab. Ebenso wie bei den Ferien hätte der Geschädigte in der Freizeit arbeiten können, weshalb ein Vermögensschaden in der Höhe des erzielbaren Einkommens zu bejahen sei. Ohne Belang sei, was der Betroffene mit seiner Freizeit tatsächlich gemacht hätte[91]. Dieser Auffassung ist insofern zuzustimmen, als eine Abgrenzung zwischen Ferien- und Freizeit, zwischen einem Kurzurlaub, einem verlängerten Wochenende und einem freien Nachmittag[92], namentlich bei Selbständigen erhebliche Schwierigkeiten bereitet[93]. Dies deutet freilich nur darauf hin, dass Ferien- und Freizeit rechtlich gleich zu behandeln sind, sagt aber nichts darüber aus, ob die Beeinträchtigung oder der Verlust an Zeit ersatzfähig ist.

---

[89] Vgl. z.B. *Esser/Schmidt* 199.

[90] Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden, NJW 1975, 609–612; *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 30; zustimmend OLG Frankfurt NJW 1976, 1320.

[91] *W. Grunsky*, Anmerkung, JZ 1989, 347: «Die Freizeit kann durch Einsatz der Arbeitskraft zum Geldverdienen eingesetzt werden. Insoweit ist sie nicht anders zu bewerten als Sacheigentum. Ob und inwieweit der Geschädigte eine Umsetzung von Zeit bzw. Eigentum in Geld konkret beabsichtigt hat, muss bei beiden Gelderwerbsmöglichkeiten gleichermassen unerheblich sein.» *Grunsky* folgend jedoch AG Berlin-Schöneberg NJW 1989, 2824: Das Gericht sprach dem Kläger, welcher sich trotz zweistündigen Wartens keinen Eintritt zu einer Silvesterveranstaltung verschaffen konnte, zu der er bereits Eintrittskarten besass, 100 DM Schadenersatz zu. «Freizeit hat den gleichen Erholungswert wie der Urlaub und besitzt für das Leben des arbeitenden Menschen eine noch stärkere Notwendigkeit. Es kann sinnvollerweise keinen Unterschied machen, ob jemand einen Kurzurlaub über Silvester verbringt und, bei ausgefallener Silvesterfeier, Ersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit verlangen kann oder ob er eine Silvesterfeier an seinem Wohnort besucht.» Siehe auch LG Tübingen NJW 1989, 1613, 1614: Bei verspäteter Lieferung einer Einbauküche wurde der Ersatz wegen Nutzungsausfall nach dem zeitlichen Mehraufwand berechnet, der dadurch entsteht, dass die betroffene Familie «aus den 'Umzugskisten leben' musste». Der geschätzte Zeitaufwand von 30 Stunden multiplizierte das Gericht mit dem Stundenansatz von ca. 15 DM.

[92] Bei Angestellten müsste wohl unterschieden werden, ob die freie Zeit eine Kompensation von Überstunden darstellt oder zu Lasten des Ferienanspruches geht.

[93] Ausführlich *W. Schulte*, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, Berlin 1978, 78 f., 82.

V. Würdigung

1. Das Fehlen einheitlicher Kriterien

a) Fasst man die Ergebnisse zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Sowohl die schweizerische als auch die deutsche, die österreichische, die französische und die angloamerikanische Rechtsprechung gewähren der *verletzten Hausfrau* einen von den konkreten Aufwendungen unabhängigen Ersatzanspruch. Im Falle der *überobligatorischen Anstrengungen* und bei *Eigenreparaturen* wird für den Mehraufwand von Zeit und Mühe mehrheitlich ebenfalls eine Entschädigung zugebilligt; die Beeinträchtigung oder der Verlust der *Arbeitskraft* ganz allgemein ist im französischen und im amerikanischen, nicht aber im deutschen und im österreichischen Recht als ersatzfähiger Schaden anerkannt. Ob für den mit der *Schadensregulierung* verbundenen Aufwand an Zeit und Mühe eine Entschädigung beansprucht werden kann, ist – zumindest in der deutschen Lehre – unklar; hingegen wird die Frage hinsichtlich der *Anspruchsverfolgung* verneint. Abgelehnt wird schliesslich sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht ein Ersatz für Verlust an *Freizeit*, während bezüglich der *Ferienzeit* die Auffassungen auseinandergehen. Das Bild wird noch verschwommener, wenn man die unterschiedlichen Bemessungsmöglichkeiten der Anspruchshöhe berücksichtigt.

Von einem in sich *geschlossenen System des Schadensrechts* ist man jedenfalls auch und gerade in diesem Bereich *weit entfernt*. Einheitliche Bewertungskriterien lassen sich ebensowenig ausmachen wie problemübergreifende Lösungsansätze. Die im Schrifttum getroffene Unterscheidung zwischen der Beeinträchtigung der Arbeitskraft und der Beeinträchtigung der Ferien- und Freizeit hilft nicht weiter. In beiden Bereichen gibt es Fälle, die als ersatzfähig, und solche die als Nichtvermögensschaden erklärt werden. Im übrigen ist zweifelhaft, ob es sich hierbei wirklich um eigenständige Problembereiche handelt[94]. In seiner Untersuchung der Schadenersatzdogmatik kam BRINKER zu dem Schluss, dass diese Differenzierung bereits im Ansatz verfehlt ist. Es gehe «in allen Fällen um die Vereitelung oder Beeinträchtigung der geplanten Verwendung persönlicher Ressourcen in einer bestimmten Zeitspanne»[95].

b) Der persönliche Ressourceneinsatz lässt sich nach BRINKER sinnvoll «nur kategorisieren nach seinem subjektiv verfolgten Zweck, dem produkti-

[94] Vgl. z.B. *Magnus* 185 ff. und 238 ff.
[95] *Brinker* 313.

ven oder konsumtiven Zweck»[96]. Werden Ressourcen beeinträchtigt, die der Betroffene produktiv einsetzt, ist zu seinen Gunsten an der Verwendungsentscheidung festzuhalten und ihm mit dem Schadenersatz das erwartete Einkommen zuzusprechen. Handelt es sich indessen um konsumtiv eingesetzte Ressourcen, wäre der Betroffene konsequenterweise ebenfalls an seiner Entscheidung festzuhalten. Die neuere Entwicklung im Schadensrecht tendiere hingegen «zur Nichtbeachtung der Verwendungsplanung und zur Gewährung von Einkommen qua Schadensersatz, welches nach der subjektiven Planung nicht erwartet wurde»[97].

In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen von HUBER. Er richtet sein Augenmerk aber nicht auf den geplanten und durch das schädigende Ereignis vereitelten Ressourceneinsatz, sondern auf den an dessen Stelle tretenden Einsatz einer Ressource. Aktiviert der Geschädigte seine persönlichen Ressourcen für die Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes, liegt also eine Substituierung von Marktleistungen vor, dann rechtfertige sich auch eine Entschädigung. Aufzugeben sei daher die «meist lebensfremde Annahme, dass der Einsatz der Arbeitskraft zur Schadensbeseitigung in der Privatsphäre bloss zu einer Freizeiteinbusse führe, die entschädigungslos bleiben könne, während eine idente Verrichtung in der Unternehmung zu einer Abgeltung führe, weil dort jede Minute zu Geld gemacht werde»[98]. Aus diesem Grunde befürwortet HUBER eine Entschädigung bei der Eigenreparatur, bei Haushaltsdienstleistungen und bei Schadensregulierungsmassnahmen, nicht aber bei sonstigen Freizeiteinbussen oder bei Beeinträchtigung der Ferienzeit.

c) Die Differenzierungsvorschläge von BRINKER und HUBER vermögen weit mehr zu überzeugen als die herkömmlichen Kategorisierungen. Sie lassen sich aber ebenfalls nicht durchhalten. Gegen BRINKER ist einzuwenden, dass das Festhalten an der Verwendungsentscheidung des Betroffenen eine Entschädigung für ökonomisch durchaus erwünschten Ressourceneinsatz (z.B. bei der Eigenreparatur) verunmöglicht. Aus diesem Grunde erscheint es grundsätzlich zweckmässig, mit HUBER auf die Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials abzustellen. Bei konsequenter Umsetzung könnte damit etwa hinsichtlich der Massnahmen zur Schadensbeseitigung jede produktiv eingesetzte Sekunde zu Geld gemacht werden, was zu einer sinnlosen Vermehrung der Schadenersatzpflichten führen würde. HUBER sieht dieses Pro-

[96] *Brinker* 314.
[97] *Brinker* 318.
[98] *Huber* 646.

blem durchaus. Der Rechtsprechung des BGH[99] folgend, befürwortet er deshalb eine «Erheblichkeitsschwelle», die freilich nicht zu hoch anzusetzen sei[100]. Der Autor räumt indes ein, dass sich die Grenzziehung schwierig gestalte. Des weiteren ist nach HUBER der ursprünglich geplante Ressourceneinsatz an sich unerheblich, entscheidend ist die tatsächliche Aktivierung der Ressourcen für die Wiederherstellung. Aus diesem Grunde befürwortet er nicht nur bei Ausfall des Haushaltsführers, sondern auch bei der Eigenreparatur sowie bei Schadensregulierungsmassnahmen eine Entschädigung, und zwar auch dann, wenn die entsprechenden Tätigkeiten während der ansonsten konsumtiv eingesetzten Freizeit erfolgen.

Dem Heranziehen des ursprünglich geplanten oder infolge des Schadensereignisses tatsächlich erfolgten Ressourceneinsatzes kommt in manchen Fällen der Beeinträchtigung persönlicher Ressourcen heuristischer Wert zu. Bei einzelnen Fallgruppen ist freilich eine differenzierende Lösung notwendig. Letztlich kommt man nicht um die Einsicht herum, dass auch in diesem Bereich eine wertende Beurteilung der einzelnen anstehenden Problemgruppen notwendig ist.

2. *Schadensbeseitigung und Schadensregulierung*

a) Entgegen der im deutschen Recht gelegentlich vertretenen Auffassung[101] verzichtet der Geschädigte, der die *Schadensbeseitigung* selbst vornimmt, nicht auf die Restitution. Wer seine eigenen Ressourcen aktiviert, um den Schaden zu beseitigen, betätigt gerade das Integritätsinteresse. Da sich die Ersatzfähigkeit gemäss der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nach der Betätigung der jeweiligen Interessenart ausrichtet, sollte der Geschädigte nicht auf das Kompensationsinteresse beschränkt werden. Dafür sprechen auch ökonomische Gründe. Gewährt man nur die Materialauslagen und lehnt man einen weiter gehenden Ersatz für die eingesetzte Arbeitskraft ab, fehlt dem Betroffenen jeglicher Anreiz, die an sich erwünschte Eigenreparatur vorzunehmen[102]. Das Ziel, die Gesamtschadenssumme möglichst tief zu halten, erfordert eine Entschädigung desjenigen, der seine persönlichen Ressourcen für die Schadensbeseitigung aktiviert.

---

[99] Vgl. BGHZ 75 (1979), 230, 231 ff.; 76 (1980), 216, 218 f.: Die typischerweise anfallende Mühewaltung ist nicht ersatzfähig; anders bei grösseren und atypischen Fällen, welche die Grenzen des zumutbaren Eigenaufwandes überschreiten. Dazu auch *Soergel/Mertens* § 249 N 66 m.w.N.

[100] *Huber* 635.

[101] Vgl. vorne Fn. 47.

[102] So zutreffend auch *Huber* 108.

Die *Anspruchshöhe* ist nicht an den marktüblichen Reparaturkosten auszurichten. Der Geschädigte soll zwar einen Anreiz für die Aktivierung seiner Arbeitskraft erhalten, weshalb auch nur diese zu entschädigen ist, nicht aber den bei Nutzung von Marktleistungen erzielten Werkstattgewinn oder die bei einer Eigenreparatur nicht anfallenden Mehrwertsteuern. Aus Praktikabilitätsgründen kann im Regelfall auf den um die Gewinnmarge sowie Steuern und Sozialabgaben bereinigten realen Stundenlohn eines unselbständigen Handwerkers abgestellt werden. Da der Geschädigte im allgemeinen nicht über das geeignete Material verfügt, wird er zwar gegenüber dem Fachmann mehr Stunden einsetzen; demgegenüber sollte er die im Stundenlohn eines Handwerkers bereits mit kalkulierten Investitionskosten nicht beanspruchen können. Diese beiden Effekte dürften sich in etwa aufheben.

b) Seine eigenen Ressourcen aktiviert auch derjenige, der die notwendigen Massnahmen für die *Regulierung* und Abwicklung der Schadensbeseitigung sowie für die Verfolgung seiner Ansprüche ergreift. Nach dem Ansatz von HUBER, der auf die Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials abstellt, müsste der Arbeitsaufwand hinsichtlich dieser Massnahmen ersetzt werden. Meines Erachtens ist indes für diese Tätigkeiten keine Entschädigung zu gewähren, es sei denn, der Betroffene könne konkret einen daraus folgenden anderweitigen Erwerbsausfall nachweisen. Dies lässt sich aber nicht etwa damit begründen, dass es sich hierbei um eine blosse Freizeiteinbusse handelt, müsste doch dann auch eine Entschädigung bei der Eigenreparatur abgelehnt werden. Der entscheidende Gesichtspunkt liegt darin, dass die Rechtswahrnehmung in den eigenen Pflichtenkreis des Geschädigten fällt und im Gegensatz zur Schadensbeseitigung keine Leistung darstellt, die nach dem Grundsatz der Naturalrestitution dem Schädiger obliegt. Gleiches gilt im allgemeinen auch für die Mühewaltung im Zusammenhang mit der Schadensfeststellung sowie der Kontrolle und der Abnahme der Schadensbeseitigung durch Dritte. Insofern ist auch bei tatsächlicher Inanspruchnahme von Marktleistungen ein enger Massstab anzulegen. Die aufgewandten Kosten sind nur insoweit zu ersetzen, als diese nach den gesamten Umständen objektiv erforderlich waren. Bei Anwaltskosten ist dies der Fall, wenn die eigene Rechtsverfolgung den Betroffenen überfordern würde, bei den sonstigen Mühewaltungen, wenn sie den üblichen Rahmen deutlich überschreiten.

3. Fiktiver Erwerbsschaden

a) Aufgrund der hier vertretenen Unterscheidung des Restitutions- und des Kompensationsinteresses ist die im französischen Recht befürwortete

generelle Abgeltung der beeinträchtigten *Arbeitskraft* abzulehnen[103]. Es ist freilich zuzugeben, dass sich damit manche schwierige Differenzierung und Abgrenzungsfrage vermeiden liesse. Die Vereinheitlichung würde allerdings erkauft durch eine ungenügende Abgeltung der überobligatorischen Anstrengungen von Haushaltsführenden und Selbständigen sowie eine meines Erachtens zu grosszügige Entschädigung für solche, die ihre Arbeitskraft ohnehin nicht aktiviert hätten.

In der deutschen Literatur wird das Problem des fiktiven Erwerbsausfalles gelegentlich in die Nähe des Nutzungsausfalles einer Sache gerückt[104]. Diese Ansicht ist in jenen Fällen berechtigt, in denen der Verletzte seine Arbeitskraft nicht aktiviert. Beim fiktiven Nutzungsausfall trifft der Geschädigte schliesslich ebenfalls keine Anstalten zur Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes. Verzichtet jedoch der haushaltsführende Ehegatte auf die Einstellung einer Ersatzkraft und behilft er sich stattdessen mit eigenen überobligatorischen Anstrengungen oder verstärkter Heranziehung anderer Familienangehöriger, so bezweckt er die Herstellung einer Ersatzlage. Er betätigt also das Integritätsinteresse, so dass eine Parallele eher zur Eigenreparatur gezogen werden kann. Gleiches gilt bezüglich der überobligatorischen Anstrengungen eines Selbständigerwerbenden. Während also für die beeinträchtigte Arbeitskraft als solche kein Ersatz zu gewähren ist, rechtfertigt sich eine Entschädigung – in Übereinstimmung mit den Fällen der Eigenreparatur – dann, wenn der Betroffene seine Arbeitskraft aktiviert, d.h. bei überobligatorischen Anstrengungen. Hinsichtlich des Haushaltsführers lässt sich hierfür auch der Umstand anführen, dass auf die tatsächliche Inanspruchnahme einer Ersatzkraft ohnehin nur bei kurzfristigen Ausfällen abgestellt werden kann. Bei dauerndem Ausfall ist dies schon wegen der im Urteilszeitpunkt nicht oder nur ungenügend absehbaren weiteren Entwicklung nicht möglich[105].

---

[103] Vgl. zur amerikanischen Rechtsprechung etwa US Court of Appeals Second Circuit, Espana v. United States, Federal Reporter 2d 616 (1980), 41, 43 Fn. 5: «Appellant argues that the lost-wages awards should be based on his 'earning capacity', rather than his actual earnings before the accident. He cites various authorities for the proposition that an accident victim who is unemployed, or employed part-time, may recover damages for the loss of his *full-time* earning capacity ... But this doctrine applies only to victims who, prior to the injury, have not earned as much as they could in the marketplace, e.g. a student or a housewife»; weitere Nachweise bei *Harper/James/Gray* 550 Fn. 5.

[104] Vgl. die Nachweise bei *Staudinger/Medicus* § 252 N 30; *Huber* 491 Fn. 398.

[105] Diesbezüglich sollte auch auf eine Übereinstimmung mit der Berechnung der Hinterbliebenenansprüche gemäss Art. 45 Abs. 3 OR geachtet werden. Siehe dazu auch *Schär* N 168.

b) Fraglich ist die *Berechnungsgrundlage* der Entschädigung. Während beim Selbständigen eine konkrete Berechnung aufgrund des marktüblichen Lohnes für eine entsprechende Tätigkeit möglich und zweckmässig ist[106], ist die Berechnungsart hinsichtlich des haushaltsführenden Ehegatten unsicher. Da nach der hier vertretenen Auffassung die aktivierte Arbeitskraft zu entschädigen ist, darf nicht auf die fiktiven Kosten einer Haushälterin abgestellt werden; vielmehr ist der Wert der überobligatorisch erbrachten Arbeitsleistungen massgebend[107]. Nicht aus prinzipiellen als vielmehr aus Praktikabilitätsüberlegungen[108] wird man hier nicht umhin kommen, auf Tabellenwerke abzustellen, welche auf der Grundlage von statistischen Untersuchungen über den Zeitaufwand für die Haushaltsführung und den als massgeblich erachteten Stundenlohn errichtet werden[109]. Da sich für die Zeit nach dem Urteilszeitpunkt die weitere Entwicklung der massgebenden Umstände nur schwer absehen lässt, ist eine an konkreten Kriterien ausgerichtete Ersatzberechnung ohnehin kaum durchführbar. Zum Realitätsgehalt der in der Lite-

---

[106] Vgl. *M. Klimke*, Erstattungsfähigkeit von Verdienstausfall des Unternehmers aus Anlass eines Kfz-Unfalls, DB 1978, 1323–1331; Rechtsprechungsnachweise zur Berechnung bei verschiedenen Berufsarten in *Staudinger/Medicus* § 252 N 49.

[107] In diesem Sinne im Ergebnis auch der nicht publizierte bundesgerichtliche Entscheid vom 13.12.1994, Erwägung 5a, wonach «nicht bloss die konkreten Aufwendungen für Haushaltshilfen zu ersetzen» seien, sondern «der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt».

[108] Der Gesichtspunkt, «dass das Haftpflichtrecht auf einfache und praktikable Lösungen angewiesen ist», streicht auch das in der vorhergehenden Fussnote angeführte Urteil heraus. Vgl. sodann *Huber* 508: «Den Umfang der Hausarbeit in jedem Verletzungsfall festzustellen, würde einen unangemessen hohen Beweisermittlungsaufwand erfordern.»

[109] Das Bundesgericht (siehe Urteil in Fn. 8) erwähnt folgende Werke: *A.R. Brüngger*, Die Bewertung des Arbeitsplatzes in privaten Haushalten; *Schulz-Borck/Hofmann* (Fn. 3); sowie die vom Bund Schweizerischer Frauenorganisationen herausgegebenen Studien: Wertschätzung der Haushaltarbeit, Zürich 1981, und die Ergänzung: Monetäre Bewertung der Haushaltarbeit, Zürich 1989. Bei geringfügigen Ausfällen kommt ein Ersatz wegen der Schadensminderungspflicht nicht in Betracht. Zutreffend führt *Pardey* (Fn. 11) 267 aus: «Die zeitlich geringfügig verschobene Arbeit lässt keinen Ausgleichsbedarf hervortreten. Bei der Möglichkeit, sich Arbeit und Zeit frei einzuteilen, steht mit der zeitlichen Verschiebung von Arbeit nicht der Vermögenswert der Arbeit, sondern die freie Zeiteinteilung im Vordergrund. Der Gedanke des Haushaltsführungsschadens darf aber nicht dazu führen, einen fiktiven 'Freizeiteinsatz' durch den Schädiger vergüten zu lassen.» Vgl. zur Berechnung auch *R. Schaffhauser/J. Zellweger*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern 1988, N 1281 ff.

ratur vorgeschlagenen und in der Rechtsprechung herangezogenen Tabellen kann hier nicht näher eingegangen werden[110].

4. Beeinträchtigung der Ferien- und Freizeit

a) Bei der *Freizeit* wird nach Brinkers Kategorisierung ein konsumtiver Zweck verfolgt, wodurch eine Gleichsetzung mit dem Erwerbsausfall nicht naheliegt. Bei beeinträchtigter Freizeit werden auch keine persönlichen Ressourcen zur Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes eingesetzt, weshalb auch keine Parallele zur Eigenreparatur, zum Ausfall des Haushaltsführers usw. ersichtlich ist. Die Anerkennung der Freizeit als Vermögenswert würde überdies zu einer sinnlosen Vermehrung der Ersatzpflichten führen. Der Ersatz des Freizeitverlustes ist denn auch nach praktisch einhelliger Meinung abzulehnen.

b) Problematischer und in der Literatur umstrittener ist die Entschädigung für die beeinträchtigte *Ferienzeit.* Dogmatisch lässt sich eine Entschädigung nur aufgrund der mittlerweile überwiegend abgelehnten Kommerzialisierungs- oder Frustrationstheorie begründen. Von Interesse sind aber auch die Wertungen, die letztlich zu der Anerkennung eines ersatzfähigen Schadens durch die deutschen Gerichte führten. Die BGH-Rechtsprechung liess sich jeweils von einem vermeintlichen Schutzbedürfnis der Konsumenten leiten, das es verbiete, «allein wegen der verbleibenden Bewertungsschwierigkeiten»[111] den schadenersatzrechtlichen Schutz zu versagen. Nun ist aber der Konsument im vertraglichen Verhältnis keineswegs schutzlos, kann er doch bei Schlechterfüllung des Vertrages eine entsprechende Rückerstattung verlangen. Will man einen darüber hinausgehenden Ersatz zugestehen, so muss man den Gesetzgeber bemühen, so wie dies in Deutschland mit Einführung von § 651 f Abs. 2 BGB geschehen ist. Im ausservertraglichen Bereich ist dagegen ein entsprechender Anspruch abzulehnen. Dies lässt sich freilich nicht damit begründen, dass die Ferienzwecke verschieden sind oder die Entschädigung bei den einzelnen Betroffenen unterschiedlich hoch ausfallen würde. Richtigerweise sollte die Vereitelung der Ferienpläne – wie die Be-

[110] Vgl. dazu *Steiner* (Fn. 9) 178: «... mag die kritiklose Übernahme der Untersuchungen auch angesichts deren Zielsetzungen Bedenken erwecken»; siehe aber etwa die befürwortenden Argumente bei *Huber* 510 ff.

[111] So die Begründung in der richtungsweisenden Entscheidung des Grossen Zivilsenats, BGHZ (GS) 98 (1986), 212, 222.

einträchtigung der Freizeitgestaltung ganz allgemein – der Risikosphäre des Betroffenen zugeordnet werden[112].

[112] Nicht mit der Entschädigung für die verdorbene Ferienzeit darf die Frage nach dem Ersatz für die Kosten im Zusammenhang mit einer geplanten, infolge eines schädigenden Eingriffs aber nicht angetretenen Reise verwechselt werden. Der Ersatz der nutzlos gewordenen Aufwendungen wurde früher aufgrund der Frustrationslehre bejaht, in der neueren Literatur und Rechtsprechung aber überwiegend abgelehnt, vgl. vorne § 1 III 3. Aus praktischer Sicht führt dies bei Reisekosten insofern kaum noch zu Problemen, als eine dieses Risiko abdeckende Reiserücktrittsversicherung zunehmend im Reisepreis inbegriffen ist.

§ 8 *Aufwendungen vor dem Schadensfall*

I. Problemlage

Aufwendungen zur Beseitigung oder Minderung der Folgen eines unerlaubten Eingriffes gehören zu den durch den Haftpflichtigen auszugleichenden Einbussen. Die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen, die *nach* einer schädigenden Handlung getätigt werden, wurde vorne erläutert. Im folgenden bleibt zu untersuchen, ob und inwieweit ein Ersatzanspruch auch für Aufwendungen besteht, die bereits *vor* der Schädigung anfallen. Diese sogenannten *Vorhalte- und Vorsorgekosten* haben mit den Frustrationsschäden gemeinsam, dass sie vor der Schädigung aufgewandt werden, unterscheiden sich von diesen aber dadurch, dass die Aufwendungen sich gerade als sinnvoll erwiesen haben. Anders als in der Schweiz hat sich das Schrifttum in Deutschland intensiv mit der Ersatzfähigkeit dieser Aufwendungen auseinandergesetzt[1].

In der deutschen Diskussion standen vor allem zwei Fallgruppen im Vordergrund: zum einen Aufwendungen für die von öffentlichen Transportunternehmen mit grösserem Fahrzeugpark in Reserve gehaltenen Fahrzeuge («Reservewagen-Fälle»), zum anderen Aufwendungen für die Überwachungsorganisation der GEMA zur Aufspürung von Urheberrechtsverletzungen («GEMA-Fälle»). Seit den siebziger Jahren kam als dritte Gruppe die Überwachungskosten in Warenhäusern hinzu («Ladendiebstahls-Fälle»). Bei allen drei Gruppen stellt sich die *Kausalitätsproblematik*. Die Aufwendungen wurden jeweils bereits vor der Schädigung und damit unabhängig vom Eintritt der konkreten Schadensereignisse getätigt. Trotz der gleichgelagerten schadensrechtlichen Problematik unterscheiden sich die Argumentationen

[1] *H. Niederländer*, Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960, 617–621; *J. Schmidt*, Vorsorgekosten und Schadensbegriff, JZ 1974, 73–84, *E. Ruhwedel*, Vorhaltekosten und ihre Ersetzbarkeit, JuS 1982, 27–30. Monographisch *K. Herrmann*, Schadensersatz für Reservehaltung, Diss. Göttingen 1963; *E. Weis*, Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, Heidelberg 1967; *H. Hagmann*, Die schadensersatzrechtliche Behandlung von Vorsorgemassnahmen, Diss. Tübingen 1976; *A. v.Falkenhausen*, Vorhalte- und Vorsorgekosten: Schadensvorsorgeanforderungen im Spannungsfeld zwischen dem Kausalitätsprinzip und präventiv-poenalen Intentionen des Deliktsrechts, Königstein 1979; *G.H. Steiner*, Schadensverhütung als Alternative zum Schadensersatz, Köln u.a. 1983; siehe ferner aus der neueren Literatur *Lange* 293 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen, 437 ff. m.w.N.

und Lösungen in der deutschen Lehre und Rechtsprechung bezüglich der Fallgruppen, weshalb diese gesondert betrachtet werden sollen.

II. Problematische Fallgruppen

1. Reservewagen-Fälle

a) Seit den sechziger Jahren anerkennt der BGH die Kosten der Reservehaltung bei Verkehrsbetrieben als Schaden[2]. Die grundlegende Entscheidung aus dem Jahre 1960[3] betraf die Beschädigung eines Strassenbahnwagens, der reparaturbedingt während über dreier Monate ausfiel. Das geschädigte Unternehmen verlangte Ersatz mit der Begründung, dass es mit Rücksicht auf mögliche fremdverschuldete Verkehrsunfälle eine grössere Betriebsreserve halten müsse, als es ansonsten erforderlich wäre. Das Gericht führte aus, dass die Kosten eines Reservewagens ihrem Zweck nach auf die Beseitigung von Drittschädigungen gerichtet und daher nach Treu und Glauben vom Ersatzpflichtigen zu ersetzen sind. Zudem habe der Geschädigte mit diesen Aufwendungen den Schaden zugunsten des Schädigers gemindert; Kosten der Schadensminderung seien nach ständiger Rechtsprechung vom Schädiger zu ersetzen.

Der überwiegende Teil der Lehre wirft dieser Rechtsprechung vor, sich über das allgemein anerkannte Erfordernis der Kausalität hinwegzusetzen. Zwischen schädigendem Ereignis und Aufwendungen bestehe kein Ursachenzusammenhang[4]. Einige Autoren bejahen indessen die Ersatzfähigkeit aufgrund des *Schadensminderungsgedankens*. Soweit sich die Vorhaltekosten im Rahmen der allgemeinen Schadensminderungspflicht halten, würden sie berechtigte Aufwendungen des Geschädigten darstellen und ihre zeitliche Vorwegnahme hindere daher die Bejahung der Kausalität nicht[5]. Nun ist aber

---

[2] Die Ersatzfähigkeit dieser Kosten ist auch in Italien und England anerkannt, nicht aber in Frankreich und Belgien, vgl. *Stoll*, Consequences of Liability, 8–24. In der Schweiz befürwortet *Schaer* N 206 den Ersatz der Vorsorgekosten (man werde «nicht umhin kommen, einen gewissen Schaden anzunehmen»), während *K. Hütte*, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, 289, 323, 331, diese ablehnt. Fragwürdig *Keller* II 96: «Eine angemessene Lösung wird sich aus dem einzelnen Falle, mitunter aus allgemeinen Abmachungen, ergeben.»

[3] BGHZ 32 (1960), 280.

[4] Vgl. etwa *Lange* 298 ff.; *Larenz* 509; *Esser/Schmidt* 205 ff.; *Soergel/Mertens* § 249 N 112 je m.w.N.

[5] *W. Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992, N 487 (zeitliche Vorwegnahme berechtigter Aufwendungen hindert die Bejahung der Kausalität nicht); *Ruhwedel* (Fn. 1) 29; *W. Thiele*, Die Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr und das Schadensersatzrecht, FS Felgenträger, Göttingen 1969, 393, 405; *Palandt/Heinrichs* vor § 249 N 43

eine Schadensminderung nur möglich, wenn überhaupt ein Schaden vorliegt, und gerade dies ist in dem hier angesprochenen Tatbestand fraglich[6]. Die Gegenmeinung macht im übrigen geltend, dass der Ersatzpflichtige nicht an den Kosten für Vorsorgemassnahmen zu beteiligen sei, welche im Rahmen der Schadensminderungsobligenheiten liegen[7], und zwar selbst dann nicht, wenn das Unterlassen solcher Massnahmen dem Geschädigten zum Mitverschulden gereichen würde[8]. Befürchtet wird namentlich, dass bei Aufgabe des Kausalitätserfordernisses der für einen Verkehrsunfall Verantwortliche die Kosten des Sturzhelmes oder des Sicherheitsgurtes, der Dieb die Kosten des Nachtwächters usw. zumindest anteilig ersetzen müsste[9].

b) Eine erheblich längere Tradition hat das Problem der Vorhaltekosten in der *angloamerikanischen Rechtsprechung*. Bereits um die Jahrhundertwende musste ein englisches Gericht die Frage entscheiden, ob für den Ausfall eines Schiffes eine Entschädigung beansprucht werden kann, wenn der Geschädigte über ein Reserveschiff verfügt[10]. Das Gericht sprach Ersatz zu mit der Begründung, dass die beeinträchtigte Nutzung als solche bereits einen Entschädigungsanspruch begründet[11]. Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem amerikanischen Supreme Court in den dreissiger Jahren zur Entscheidung vor[12]. Das Gericht sprach ebenfalls Ersatz zu, wobei es sich auf die in der amerikanischen Rechtsprechung bereits damals anerkannte Entschädigung des abstrakten Nutzungsausfalles berufen konnte[13]. Überdies wies es darauf hin, dass ohne die Vorsorge ein Ersatz hätte angemietet werden können. Im Ergebnis sei unerheblich, ob der Ersatz vor oder nach der Schädigung beschafft wird. Interessanterweise wird die Entschädigung auf Fälle beschränkt, in denen eine Reserve bereitgehalten wird; kann sich der Geschädigte hinge-

---

(«Schadensvorsorge entlastet den Schädiger nicht»); ähnlich *K.J. Venzmer*, Kausalität und Schadenersatz bei Nutzungsentgang, VersR 1963, 795–797 (massgebend sei nicht die naturwissenschaftliche, sondern die rein logische Verknüpfung; daher gehe Zwecksetzung vor Zeitabfolge); ferner *Schmidt* (Fn. 1) 76 f.

[6] Vgl. auch *v.Falkenhausen* (Fn. 1) 34 f.

[7] *Lange* 299.

[8] *Esser/Schmidt* 206.

[9] *Esser/Schmidt* 206; *Lange* 299. Es wird auch darauf hingewiesen, dass der Haftpflichtige «den Geschädigten so hinnehmen muss, wie er ist», *Lange* 300 sowie *Larenz* 509.

[10] House of Lords, The Mediana, Appeal Cases 1900, 113.

[11] A.a.O. 116; siehe dazu auch vorne § 6 Fn. 33.

[12] Supreme Court, Brooklyn Eastern District Terminal v. United States, Supreme Court Reporter 53 (1932), 103.

[13] Vgl. die im Urteil (104 f.) angeführten Entscheidungen, namentlich auch die bereits vorne § 6 Fn. 32 zitierte Entscheidung Cook v. Packard Motor Car Co. of New York.

gen mit einer intensiveren Nutzung der übrigen Transportmittel behelfen, könne keine Entschädigung beansprucht werden[14].

In neuerer Zeit beschäftigte die Problematik der Reservefahrzeuge vor allem die Gerichte in New York. Zwei Entscheidungen aus den Jahren 1978 und 1981 lehnen eine Entschädigung ohne eingehende Begründung ab[15]. Hervorgehoben wird einzig der Grundsatz, dass Schadenersatz bloss wiederherstellen, nicht belohnen soll, will man die Versicherungskosten unter Kontrolle halten. Der Geschädigte erlitt durch den Ausfall des beschädigten Fahrzeuges jeweils keine Einbusse, weshalb er auch keinen Ersatz beanspruchen könne[16]. In einer nachfolgenden Entscheidung, die wiederum denselben Kläger betraf, wird hingegen eine Entschädigung gewährt, wobei das Gericht zum einen auf die Ersatzpflicht für den abstrakten Nutzungsausfall hinweist und sich zum anderen auf den bereits erwähnten Entscheid des Supreme Court beruft[17]. In den anderen US-Staaten scheint die Ersatzfähigkeit der Reservefahrzeugkosten nicht umstritten zu sein[18].

---

[14] A.a.O. 105: «The petitioner was engaged in an established business using tugs for a single purpose. It had no thought to turn that business into one of a different kind while this tug was out of service. Mindful of the need to minimize the damages, it used to the full its available resources, and was able by special effort to make them do the work. We are unable to accept the argument that the expenses which it saved are to be charged to the respondent as if they had not been saved at all»; ebenso bereits das House of Lords, The Susquehanna, Appeal Cases 1926, 655, 663, wonach die Geschädigten «by prompt effort and economy in consumption, acting in accordance with their obligation to minimize the damages, managed to get through their work without (the vessel), and they cannot get damages based on the use of a stand-by when in fact they did very well without one.» Diese Ausführungen stehen freilich in Widerspruch zu der von denselben Gerichten anerkannten Entschädigung des abstrakten Nutzungsausfalles, vgl. vorne § 6 Fn. 32 f. Siehe auch die Kritik in Note, Objective Determination of the Value of the Use of a Chattel, Harvard Law Rev. (39) 1926, 760–762.

[15] Greene County Court, Mountain View Coach Lines, Inc. v. Hartnett, New York Supplement 2d 415 (1978), 918; New York Appelate Division, Mountain View Coach Lines, Inc. v. Gehr, New York Supplement 2d 439 (1981), 632.

[16] Mountain View Coach Lines, Inc. v. Hartnett, a.a.O.: «Damages are to restore injured parties not to reward them. Plaintiff would not be made whole by recovering loss of use but would be paid for the use of a bus that would otherwise have stood idle.»

[17] New York Appelate Division, Mountain View Coach Lines, Inc. v. Storms, New York Supplement 2d 476 (1984), 918, 920: «There is no logical or practical reason why a distinction should be drawn between cases in which a substitute vehicle is actually hired and those in which the plaintiff utilizes a spare.» Hinzuweisen ist, dass diese Entscheidung von der dritten Abteilung des Appelationsgerichtes gefällt wurde, während die vorhergehenden Urteile von der zweiten Abteilung stammen. Die «stare decisis»-Doktrin gilt eben nur für untergeordnete Gerichte.

[18] Eine Ausnahme ist für Louisiana zu machen, vgl. Court of Appeal of Louisiana, Interurban Transp. Co. v. F. Strauss & Sons, Southern Reporter 2d 360 (1978), 367, 370: Die Entschädigung wurde abgelehnt, weil der Geschädigte «owned an extra bus which it kept for such emergencies and it was put in service in place of the damaged one ... In fact, this item of

c) Dieselbe Problematik stellt sich im Zusammenhang mit *Reparaturen in der eigenen Werkstätte*. Wiederum betrifft diese Frage namentlich Transportbetriebe. Im Regelfall müssen solche Betriebe bei Fahrzeugschäden nicht auf Drittleistungen zurückgreifen, sondern verfügen selbst über die notwendigen Fachkräfte und Mittel für die Reparatur. Ebenso wie bei den Reservewagen wurden die entsprechenden Ausgaben bereits vor der Schädigung getätigt; die Kosten für die Bereitstellung einer Werkstatt und eines Lagers, für Abschreibungen auf Maschinen, für Löhne usw. wären auch ohne Schadensfall angefallen. Sowohl die deutsche als auch die neuere amerikanische Rechtsprechung billigen den Unternehmen in solchen Fällen einen Gemeinkostenzuschlag, nicht aber den Unternehmergewinn zu[19]. Die Literatur ist dieser Auffassung mehrheitlich gefolgt, wobei die Begründungen uneinheitlich sind[20].

2. *GEMA-Fälle*

In Deutschland hat die Diskussion um die Ersatzfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen ihren Ausgangspunkt im Urheberrecht. Bereits im Jahre 1937 entwickelte das Kammergericht den Gedanken, dass der Verletzer musikalischer Urheberrechte an den Überwachungskosten der Verwertungsgesellschaft[21] beteiligt werden müsse[22]. Diese Kosten sind nicht mit einer der im Immaterialgüterrecht anerkannten dreifachen Methode der Schadenersatzberechnung[23] zu verwechseln, sondern können zusätzlich liquidiert werden. Die

---

damage is purely speculative and imaginary and there is no proof to sustain it»; ebenso dasselbe Gericht in Greyhound Lines, Inc. v. Neeb Kearney & Co., Southern Reporter 2d 360 (1978), 569. Es sei daran erinnert, dass die Gerichte in Louisiana im Gegensatz zur Rechtsprechung in den anderen Staaten den abstrakten Nutzungsausfall prinzipiell nicht als Schaden anerkennen (dazu vorne § 6 Fn. 29).

[19] Vgl. die Nachweise bei *Lange* 303 f. und Dobbs 554. Die amerikanischen Gerichte stützen die Zusprechung dieser Kosten in der Regel auf folgende Überlegung: «Reasonable overhead charges can be included in the cost or repairs even if the injured party makes the repairs itself since such charges would be billed by any outside firm selected to complete the repairs», US Court of Appeals, Seventh Circuit, United States v. Peavey Barge Line, Federal Reporter 2d 748 (1984), 395, 399 m.w.N.

[20] Vgl. z.B. *Staudinger/Medicus* § 249 N 119 ff.; *Lange* 304.

[21] In Deutschland ist dies die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA).

[22] KG Ufita 11 (1938), 284; 12 (1939), 194.

[23] Im Immaterialgüterrecht hat der Kläger grundsätzlich die Wahl, den eigentlichen Schadenersatz, eine angemessene Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Gewinnes zu verlangen. Vgl. ausführlich *Th. Fischer*, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Basel 1961; ferner *A. Troller*, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Basel 1983, 987 ff.

vom Kammergericht begründete und vom BGH übernommene Rechtsprechung billigt für die Überwachung einen Zuschlag von *hundert Prozent* zu den Normaltarifen zu. Die bislang letzte und zugleich am eingehendsten begründete Entscheidung des BGH erging im Jahre 1972[24]. Das Gericht verweist unter anderem auf die Parallelen zu den Reservewagen-Fällen und die leicht zu bewerkstelligenden und folglich häufigen Verstösse auf diesem Gebiet, die eine Kontrollorganisation unabdingbar machen. Die Kosten für die Überwachung wären ohne das widerrechtliche Verhalten der Urheberrechtsverletzer nicht entstanden. Das Gericht erachtet es daher als unbillig, die Urheber oder die Lizenznehmer mit den Kosten zu belasten. Im übrigen sei es auch sachgerecht, den Vergütungsanspruch für den Verletzer zu erhöhen, um ihn schlechter als vertragliche Lizenznehmer zu stellen[25]. Mit Ausnahme des Verweises auf die Reservewagen-Fälle stützt sich die Begründung des BGH nicht auf dogmatische Überlegungen, sondern auf Billigkeitserwägungen. Die Rechtsprechung vermag jedenfalls nicht plausibel zu begründen, weshalb dem einzelnen Ersatzpflichtigen Aufwendungen in Rechnung gestellt werden dürfen, die er nicht verursacht hat. Denn mit der konkreten Einzeltat sind die Überwachungskosten nicht kausal verknüpft, weshalb auch keine Mitverursachung zu begründen ist[26].

In der deutschen Lehre wird die Zubilligung eines Zuschlags von hundert Prozent mehrheitlich abgelehnt[27]. Auch die Gerichte hegen diesbezüglich offenbar Zweifel, haben sie doch eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf Urheberrechte ausserhalb des musikalischen Bereichs abgelehnt[28]. Bei der Verdoppelung der Lizenzgebühr handelt es sich mithin um eine Sonderrechtsprechung, die sogar innerhalb des Immaterialgüterrechts eine singuläre

---

[24] BGHZ 59 (1972), 286 = NJW 1973, 96.

[25] Das Gericht führt als weiteres Argument an, die von den Verwertungsgesellschaften aufgestellten Tarife seien nur für erlaubte Wiedergaben und als Anreiz für die Einholung der Erlaubnis möglichst niedrig gehalten (a.a.O. 292). Dies ist kaum nachvollziehbar, da sämtliche Anbieter von Produkten durch entsprechende Preisgestaltung Anreize für die Abnehmer schaffen wollen.

[26] *v.Falkenhausen* (Fn. 1) 121.

[27] *MünchKomm/Grunsky* vor § 249 N 77; *Staudinger/Medicus* § 249 N 123 («ganz willkürlich»); *Soergel/Mertens* § 249 N 56 (nicht nur «dogmatisch unhaltbar», sondern auch «als Gewohnheitsrecht oder kraft schutzwürdigen Vertrauens in ein gefestigtes Richterrecht nicht zu halten»); *v.Falkenhausen* (Fn. 1) 117 ff.; *Schiemann* 112 ff.; a.M. *Stoll*, Haftungsfolgen, 122; weitergehend noch *Gottwald* 180, wonach bedenklich nur sei, «dass ein pauschaler Zuschlag bisher nur der GEMA gewährt wird, obgleich andere Urheberrechtsinhaber gleich schützenswert sein dürften».

[28] BGH GRUR 1966, 570, 572: unerlaubte Aufführung einer Eisrevue; BGHZ 97 (1986), 37, 50 f.: Verletzung des Rechts an der Verbreitung von Musik auf Videokassetten.

Erscheinung darstellt[29]. Das österreichische Recht konnte entsprechende dogmatische Schwierigkeiten dadurch vermeiden, dass es die deutsche Praxis kodifiziert hat. § 87 Abs. 3 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes gewährt dem Verletzten Anspruch auf das Doppelte des angemessenen Entgelts. Dieser Anspruch besteht nicht nur bezüglich musikalischer, sondern aller Werke der Literatur und Kunst; für die gewerblichen Schutzrechte wurde diese Regelung hingegen nicht übernommen[30].

In der *Schweiz* stiess die GEMA-Rechtsprechung bis vor wenigen Jahren auf einhellige Ablehnung[31]. In neuerer Zeit hat sich DAVID[32] für die Ersetzbarkeit von Überwachungskosten ausgesprochen, ohne aber Bezug auf die deutsche Rechtsprechung zu nehmen oder den Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen der Schadensberechnung dogmatisch zu unterlegen. Vielmehr anerkennt der Autor, dass es sich dabei um «eine Art von 'punitive damages'» handelt, und postuliert die Ausweitung dieser Berechnungsweise auch in anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts, da überhaupt kein Anlass bestehe, «den rücksichtslosen Verletzer mit Samthandschuhen anzufassen und seine Ersatzpflicht an der Belastung eines rechtmässigen Nutzers zu messen»[33]. Dieser Auffassung haben sich in jüngerer Zeit auch kantonale Gerichte angeschlossen[34].

3. *Ladendiebstahls-Fälle*

Seit den siebziger Jahren wird in Deutschland auch die Frage diskutiert, ob dem Ladendieb die Kosten für die *Überwachung des Geschäftes* in Rechnung gestellt werden dürfen[35]. Im Gegensatz zu den Fangprämien und den

---

[29] *v.Falkenhausen* (Fn. 1) 125.

[30] *F. Schönherr/G. Kucsko*, Schadenersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Österreichs, GRUR Internationaler Teil 1980, 282–286.

[31] Vgl. *Fischer* (Fn. 23) 143 ff.; *Troller* (Fn. 23) 989 Fn. 86 und *B. Widmer*, Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten, Basel 1985, 15 f. (gemäss beiden Autoren wünschenswert de lege ferenda); *F. Dessemontet*, L'enrichissement illégitime dans la propriété intellectuelle, FS Kummer, 213 (ablehnend auch de lege ferenda); vgl. aber *ders.*, Les dommages-intérêts dans la propriété intellectuelle, JT 1979, 322, 348 (in deutscher Fassung in GRUR Internationaler Teil 1980, 272–282), wonach bei der Festsetzung des an die Verwertungsgesellschaften zu bezahlenden Betrages auf die Kosten für die Überwachungsorganisation Rücksicht zu nehmen ist.

[32] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Basel 1992, 116 f.

[33] *David* a.a.O. 117.

[34] Vgl. Bezirksgericht Zürich, SMI 1989, 74; Kantonsgericht Graubünden, SMI 1989, 74 f.; das Bundesgericht liess die Frage in BGE 122 III (1996), 463, 467 ausdrücklich offen.

[35] *J. Creutzig*, Schadensersatzpflicht der Ladendiebe, NJW 1973, 1593–1595; *C.-W. Canaris*, Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974, 521–528.

allgemeinen Verwaltungskosten, die für die Abwicklung der Angelegenheit nach der Entdeckung anfallen, fehlt es bei den Kosten für Hausdetektive und Fernsehkameras an der kausalen Verknüpfung mit der konkreten Einzeltat. In neuerer Zeit hat sich STOLL[36] für eine Haftung des Ladendiebs ausgesprochen. «Wer sich an einem Massendelikt beteiligt unter Ausnützung und in Kenntnis der besonderen Umstände, die solche Delikte herausfordern und den Betroffenen zu globalen Abwehrmassnahmen nötigen, muss gegen sich gelten lassen, dass diese Massnahmen eben auch der Abwehr des von ihm konkret begangenen Delikts dienen sollten und gedient haben. Der Einzeltäter schuldet somit einen angemessenen Beitrag zur Erstattung dieser Kosten.» STOLL beruft sich dabei auf den Schutzzweck der Deliktshaftung sowie auf den Präventionsgedanken. Andere Autoren begründen die Beteiligung des Ersatzpflichtigen an den Kontrollkosten demgegenüber mit dem Hinweis auf die Parallelität zu den GEMA-Fällen[37]. In beiden Bereichen sind Rechtsverletzungen leicht zu bewerkstelligen und ein wirksamer Rechtsschutz nur mittels aufwendiger Überwachungsmassnahmen möglich. Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass sich die Interessenlagen erheblich unterscheiden. Während für den Träger musikalischer Schutzrechte eine Kontrollorganisation den einzigen möglichen Schutz bietet, steht es den Warenhäusern frei, ob sie aus Kostengründen den Personalbestand herabsetzen und so die Zunahme der Ladendiebstähle in Kauf nehmen wollen[38]. Ein Ersatz lässt sich auch nicht durch Anbringen eines Anschlages erreichen[39]. Man kann nicht jedem Kunden unterstellen, dass er den Anschlag gelesen, den Inhalt erfasst und die Vertragsstrafe akzeptiert hat[40].

Der BGH und die überwiegende deutsche Lehre lehnen die Ersatzfähigkeit der Überwachungskosten ab[41]. Während sich der BGH zum Widerspruch zu der GEMA-Rechtsprechung nicht äussert, bezeichnet die Lehre diese als Singularität des Urheberrechts, die nicht auf andere Rechtsgebiete übertragen werden sollte[42]. Die französischen Gerichte verneinen den direkten Kausalzusammenhang zwischen einem einzelnen Ladendiebstahl und den

---

[36] Haftungsfolgen, 120; vgl. auch *ders.*, Haftungsrechtlicher Schutz gegen drohendes Unrecht, FS Lange, Stuttgart u.a. 1992, 729–747.

[37] Vgl. z.B. *Canaris* (Fn. 35) 524.

[38] Vgl. z.B. *Lange* 297.

[39] So aber *Canaris* (Fn. 35) 525 ff.

[40] *Larenz* 387; *Lange* 297.

[41] Vgl. BGHZ 75 (1979), 230, 237 f.; *Soergel/Mertens* § 249 N 55 m.w.N.; ebenso die österreichische Literatur *R. Welser*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645, 648 f.

[42] Vgl. *Lange* 297.

Aufwendungen für das Überwachungssystem[43]. In der schweizerischen Lehre hat diese Problematik bislang noch keine Beachtung gefunden.

III. Überwindung der Kausalitätsproblematik

a) Die generelle Zusprechung der Vorhalte- und Vorsorgekosten führt zu einer *unsinnigen Vermehrung der Ersatzpflichten*. Es lässt sich eben nicht begründen, weshalb nur Warenhäuser, nicht aber Banken, Museen oder selbst Private anteiligen Ersatz der Kosten für Nachtwächter, Alarmanlagen und weitere Abwehrmassnahmen fordern können. Sodann erscheint es auch kaum gerechtfertigt, die doppelte Lizenzgebühr auf Verwertungsgesellschaften musikalischer Werke zu beschränken. Andererseits vermag die allgemeine Ablehnung der vor dem Schadensfall getätigten Aufwendungen ebenfalls nicht zu überzeugen. Dies gilt in erster Linie für die Reservewagen-Fälle. Denn es dürfte kaum im Interesse des Haftpflichtigen liegen, wenn Transportunternehmen mangels Entschädigung künftig auf das Halten von Ersatzfahrzeugen oder Betreiben einer eigenen Reparaturwerkstätte verzichten. Wer darauf vertraut, dass diese Unternehmen schon wegen des eigenen Bedarfs auf Ersatzfahrzeuge und Werkstätte angewiesen sind, übersieht, dass sich die Unternehmen diese Leistungen auch von Dritten beschaffen könnten. Zweckmässigerweise wird dies in Form einer Tochterunternehmung geschehen.

b) Dieser letzte Gesichtspunkt weist den richtigen Weg zur Bewältigung des Problems. Der Einsatz von Ersatzfahrzeugen und die Reparaturleistungen fallen *nach dem Schadensfall* an. Würden die Leistungen von Dritten erbracht, wäre an der Kausalität und damit der Ersatzfähigkeit der entsprechenden Kosten nicht zu zweifeln. Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der Überwachungsleistungen dar. Selbst bei Einschaltung eines Drittunternehmens würden bei diesen Leistungen die Kosten vor dem Schadensfall anfallen[44]. Die Ersatzfähigkeit der Vorhalte- und Vorsorgekosten sollte sich somit danach richten, ob die entsprechenden Leistungen, falls sie von Dritten erbracht würden, das Kausalitätserfordernis erfüllen würden oder nicht.

---

[43] Vgl. *Stoll*, Haftungsfolgen, 119 m.N.

[44] Im Grunde erkannte bereits der BGH in BGHZ 32 (1960), 280, 284, dass es prinzipiell keinen Unterschied machen könne, ob ein Ersatzfahrzeug gemietet oder ein eigenes Fahrzeug eingesetzt wird (284). Diesen Gedanken hat das Gericht dann aber verallgemeinert und den vor dem Schadensereignis getroffenen Aufwand für Massnahmen der Schadensminderung generell als ersatzfähig bezeichnet (285). Überdies wurde noch eine Parallele zu der GEMA-Rechtsprechung gezogen (286).

Diese Abgrenzung führt auch zu sachgerechten Lösungen. Die Vorsorgesphäre gegen Rechtsverletzungen ist eben Sache des Rechtsinhabers. Dieser bei Privaten als Selbstverständlichkeit geltende Grundsatz muss auch für Unternehmen gelten. Wer von den Rationalisierungseffekten des Verkaufs in Selbstbedienungsläden profitiert, soll auch die entsprechenden höheren Aufwendungen für die Überwachung tragen. Hingegen darf derjenige, welcher sich Massnahmen für die Beseitigung der Schädigung nicht auf dem Markt verschafft, sondern auf seine eigenen Ressourcen zurückgreifen kann, schadenersatzrechtlich nicht leer ausgehen. Wertungsmässig stehen solche Sachverhalte den Eigenreparatur-Fällen nahe. Bei beiden Tatbeständen ist es jeweils aus ökonomischen Gesichtspunkten geboten, die Aktivierung der eigenen Ressourcen zu fördern.

c) Aufgrund des hier vorgeschlagenen Konzepts lässt sich die GEMA-Rechtsprechung nicht rechtfertigen. Es ist freilich einzuräumen, dass in diesem Bereich ein besonderes Schutzbedürfnis besteht, dem das Schadenersatzrecht Rechnung tragen sollte. Die Lösung kann aber nicht bloss im Hinblick auf die musikalischen Werke bzw. alle Werke der Literatur und Kunst[45] gesucht werden, sondern muss sämtliche Immaterialgüterrechte umfassen. Die Frage, inwieweit eine Entschädigung aufgrund des Schadenersatzrechts zu befürworten ist und in welchem Verhältnis Schadenersatzansprüche zu Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. zur Gewinnabschöpfung nach Massgabe der Geschäftsführung ohne Auftrag stehen, bedarf einer eigenen Untersuchung und muss hier offengelassen werden[46].

[45] Entsprechend § 87 Abs. 3 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes.

[46] Vgl. dazu die Monographie von *P. Kohler*, Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Diss. Zürich (erscheint demnächst).

3. TEIL

SCHADENSUMFANG

§ 9 *Schadensbemessung*

I. Prinzipien der Schadensbemessung

1. Proportionalitätsprinzip und soziale Schadensverteilung

a) Der Gedanke der Proportionalität von Schuld und Haftung findet sich in verschiedenen kontinentaleuropäischen *Privatrechtsgesetzen* des letzten Jahrhunderts[1]. So stufte das Preussische Allgemeine Landrecht den Ersatz in komplizierter und kleinlicher Gliederung ab nach mittelbarem und unmittelbarem Schaden, positivem Schaden und entgangenem Gewinn, gemeinem Wert und Wert der besonderen Vorliebe[2]. Die Anspruchshöhe richtete sich vor allem nach der Schwere des Verschuldens. § 85 des ALR lautet etwa: «Ist der Schaden aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so muss der höchste Wert, welchen die Sache nach obigen Bestimmungen in dem Zeitraum zwischen der Schadenszufügung und der dem Beschädiger zugestellten Klage gehabt hat, vergütet werden.»[3] Eine ähnliche, aber weniger gegliederte Abstufung findet sich auch im ABGB. Bei einem «minderen Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit» ist nur der «gemeine Wert» der Sache, bei Vorsatz oder «auffallender Sorglosigkeit» auch der entgangene Gewinn zu ersetzen[4]. Nach dem Code Civil haftet man im Vertragsrecht bei fahrlässiger Schadenszufügung nur für den voraussehbaren Schaden, bei

---

[1] Siehe zu den Ursprüngen und der Entwicklung dieses Gedankens *J.W. Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Erster Teil, Berlin 1910, 99 ff.

[2] §§ 1–7 und 83–97 ALR; dazu *H. Lange*, Gutachten, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen 1960, 20; ferner *Stoll*, Consequences of Liability, 8–161, der auf die ähnliche Regelung in Art. 2382 ff. des portugiesischen Zivilgesetzbuches von 1867 hinweist; nunmehr ersetzt durch das Gesetz von 1966.

[3] Bd I, 6. Titel, § 85. Vgl. auch § 10: «Wer einen andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muss demselben vollständige Genugtuung leisten.» § 12: «Wer nur aus mässigem Versehen den andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet nur für den daraus entstandenen wirklichen Schaden.» In § 13 wird überdies versucht, den entgangenen Gewinn abzustufen.

[4] §§ 1323, 1324, 1331, 1332 ABGB. In der Schweiz findet sich eine entsprechende Regelung in dem vom ABGB geprägten Zivilgesetzbuch für den Kanton Bern, Satzungen 964 ff.: Bei doloser Schadenszufügung hat der Schädiger «vollständige Genugtuung» zu leisten, dies umfasste neben dem Ersatz des positiven Schadens auch den entgangenen Gewinn und den Preis der besonderen Vorliebe; siehe *Leuenberger*, Vorlesungen über das Bernische Privatrecht, Bern 1850, 363 f.

Vorsatz auch für nicht voraussehbare Schäden[5]. Dieses Prinzip war sodann in den vom Code Civil abhängigen Gesetzen[6] sowie in Art. 116 des alten OR von 1883[7] verwirklicht.

Die Idee der *Proportionalität von Schuld und Schaden* ist nach herkömmlicher Auffassung der schweizerischen Rechtslehre auch in *Art. 43 OR*[8] verwirklicht[9]. Das schweizerische Recht gehe gar weiter als die erwähnten ausländischen Gesetze, indem es dem Richter die freieste Stellung einräume. Die Schadenshöhe richte sich nicht nach gesetzlich festgelegten Abstufungen; der Richter habe vielmehr den Schadenersatzbetrag nach dem Verschulden und weiteren im Gesetz nicht abschliessend erwähnten Umständen nach Ermessen zu bestimmen[10].

b) Auch das *Schrifttum* befasste sich im letzten Jahrhundert intensiv mit der Frage, in welchem Umfang der Ersatzpflichtige für die Schädigung einstehen muss. So stellte z.B. UNGER seiner Schrift «Handeln auf eigene Gefahr» die Frage an den Anfang: «Soll bei Bemessung des Schadenersatzes die Art und Grösse des Verschuldens berücksichtigt werden, und soll diese Berücksichtigung durch eine allgemeine durchgreifende Vorschrift des Gesetzes mittels mechanischer Abstufung erfolgen oder dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle überlassen werden?»[11]

Zu den einflussreichsten *Befürwortern des Proportionalitätsprinzips* bei der Ersatzbestimmung gehört JHERING. Dieser formulierte in seiner berühmten Abhandlung über «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht»:

---

[5] Art. 1150, 1151 CCf. Der Schaden muss aber immer unmittelbare Folge (une suite immédiate et directe) der Nichtausführung des Vertrages sein.

[6] Vgl. z.B. Art. 1228, 1229 des alten italienischen Zivilgesetzbuches vom 2. April 1865; ähnliche Fassung in Art. 1223, 1225 des geltenden CCi.

[7] Abs. 1 lautete: «Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorausgesehen werden konnte.» Nach Abs. 3 blieb es dem Richter vorbehalten zu bestimmen, ob «bei schwerem Verschulden in einem weitern Umfange, als im ersten Absatz bestimmt ist, Schadenersatz zu leisten sei».

[8] Die Art. 43 und 44 OR folgen der Regelung in Art. 51 des OR von 1883, die wiederum stark von §§ 1833, 1846-48 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich beeinflusst war; ausführlich zu dieser Entwicklung *Guhl* 11 ff.

[9] Vgl. *Oftinger* 263 f.: «Im Anschluss an Gedankengänge Jherings und Bluntschlis waltet hier der Gedanke des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatzpflicht»; *Oftinger/Stark* § 7 N 11; *v.Tuhr/Peter* 104; *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 26; anders aber *Merz* 220; *Guhl/Merz/Koller* 78.

[10] Siehe die Würdigung bei *Hedemann* (Fn. 1) 101. Eine solch weitgehende Befugnis des Richters findet sich laut *Stoll*, Consequences of Liability, 8-162, bloss im thailändischen und im türkischen Gesetz, wobei hinsichtlich der Türkei daran zu erinnern ist, dass dort das schweizerische Obligationenrecht im Jahre 1926 praktisch unverändert adaptiert wurde.

[11] *J. Unger*, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., Jena 1893, 1 f.

«Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.»[12] Dieser Satz sei «ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft». Die Schuld ist nach JHERING nicht nur für die Haftungsbegründung, sondern auch für den Haftungsumfang massgebend. «Das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Mass des Übels und der Schuld ist die höchste Aufgabe der Gerechtigkeit.»[13] Die Berücksichtigung des Verschuldens beim Umfang der Ersatzpflicht hebe sich glänzend ab von jener «rohen Ansicht, welche mit dem blossen Gesichtspunkt des Kausalnexus die Sache zu erledigen glaubt»[14]. Der Gedanke, dass man den fahrlässigen Schädiger nicht mit dem vorsätzlichen gleichbehandeln dürfe, findet sich in der Folge bei zahlreichen Autoren[15].

Bereits vor JHERING hatte sich in der schweizerischen Literatur BLUNTSCHLI für die Berücksichtigung des Verschuldensgrades bei der Bestimmung des Schadenersatzes ausgesprochen. In der im Jahre 1855 erschienenen Kommentierung des «Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich» führte er diesbezüglich aus, dass «jeder Richter mit Recht die Berechnung weiter fassen (wird), wenn eine böse als wenn eine gute Absicht oder wenn nur leichte Fahrlässigkeit vorliegt. Je schwerer die Verschuldung, umso ausgedehnter die Ersatzpflicht.»[16] Im Gegensatz zu JHERING fordert

---

[12] *R. Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Giessen 1867, 40.

[13] *Jhering* a.a.O. 8.

[14] *Jhering* a.a.O. 57. Er weist darauf hin, dass dieser Gedanke im Grunde schon dem antiken-römischen Recht zugrunde lag.

[15] Vgl. insbesondere *O. Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 198, wonach in der Bestimmung des Schadensersatzes «ohne alle Rücksicht auf den Grad des Verschuldens und die sonstigen Umstände des Falls durch eine einförmige mechanische Schablone ... eine der materiellen Gerechtigkeit wenig entsprechende Ordnung» liege. Die Gleichbehandlung der Verschuldensgrade führe «zu unerträglichen Unbilligkeiten. Es ist einerseits mit einem gefundenen Rechtsgefühl kaum vereinbar, dass wegen einer aus Unachtsamkeit begangenen Sachbeschädigung, aus welcher statt eines nach menschlicher Voraussicht allein zu erwartenden unbedeutenden Verlustes ein unermesslicher Schaden entsteht, eine ganze Familie an den Bettelstab gebracht werden soll» (266). Als Vorbild erwähnt *Gierke* die schweizerische Regelung. Zahlreiche weitere Nachweise bei *H. Möller*, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, 136 Fn. 684.

[16] *Bluntschli*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III, Zürich 1855, Anmerkung zu § 999; ähnlich *Gierke* a.a.O. m.w.N. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Versuch von *W. Weissenbach*, Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1900, 47, die Begrenzung des Schadenersatzes aufgrund der Adäquanzlehre mit der im alten OR geltenden Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden zu vereinbaren. Für ihn war die Begriffsumschreibung der Adäquanz zwar weiter als die der unmittelbaren, voraussehbaren Schädigung, ohne aber sämtliche mittelbaren Schadensfolgen zu umfassen. Bei vorsätzlicher Vertragsverletzung «wird der Richter unter Umständen einen Ersatz auch für solchen Schaden zubilligen dürfen, der nicht mehr eine adäquate Folge der Vertragsverletzung ist».

BLUNTSCHLI nicht nur die Berücksichtigung des Verschuldens, sondern eine umfassendere Abwägung, die auch die weiteren Umstände einbezieht. Welche Umstände der Richter im Einzelfall berücksichtigen darf, führt er indes nicht aus. Bei der Schadenersatzermittlung seien eben «eine Menge von Umständen und Beziehungen zu erwägen, wie die Mannigfaltigkeit des Lebens sie darbietet, deren richtige Würdigung nur durch freies Ermessen eines verständigen unparteiischen Mannes – der Richter wird hier zum Arbiter – möglich ist»[17]. Aus diesem Grunde wendet sich BLUNTSCHLI auch gegen die z.B. im österreichischen Recht verwirklichte Idee, die Ermittlung des Ersatzes «durch abstrakte Regeln genau normieren zu wollen»[18].

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts forderte der österreichische Rechtsgelehrte STEINBACH, dass bei der Schadenersatzfestsetzung auch *soziale Elemente* zu berücksichtigen sind[19]. Grundsätzlich pflichtet er der Lehre JHERINGs vom Gleichgewicht zwischen Verschulden und Ersatz durchaus bei[20]. Nach STEINBACH kann aber das Schadenersatzrecht nicht auf ein einheitliches Prinzip zurückgeführt werden. Zu unterschiedlich seien die zugrundeliegenden Ansichten und Wertungen, als «dass es möglich sein wird, auf unserem Gebiete, sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Wissenschaft, in kurzer Zeit wieder zu wenigen einheitlichen, die ganze Materie beherrschenden Grundsätzen zu gelangen»[21]. So bezeichnet er es als anstössig, «wenn ein wenig vermögender Mensch wegen eines geringen Versehens, von welchem wir fühlen, dass es uns selbst leicht widerfahren könnte und welches im einzelnen Falle zufälligerweise zu sehr schweren Folgen geführt hat, zu einem Schadenersatz in einer Höhe verurteilt wird, welcher ihn für alle Zukunft ruiniert»[22]. Bei der Entscheidung über Schadenersatzansprüche möchte STEINBACH daher neben dem Verschulden namentlich auch die *Vermögenslage der beteiligten Parteien* berücksichtigt wissen[23], wobei er

[17] Kommentar zu § 999.

[18] Kommentar zu § 999.

[19] *E. Steinbach*, Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888, 90 ff. Auf die Überlegungen von *Steinbach* hat in jüngerer Zeit vor allem *Schilcher* 170 ff. wieder aufmerksam gemacht.

[20] *Steinbach* a.a.O. 90 (Postulat der Gerechtigkeit); *Schilcher* 172 weist darauf hin, dass *Steinbach*, anders als *Jhering*, die Begründung der Proportionalität nicht in einer individualistischen Schadenersatzlehre, sondern in einem sozialen Schadensverteilungskonzept erblickte. Bei geringem Verschulden müsse der eingetretene Schaden zwangsläufig zu einem erheblichen Teil auf andere Umstände zurückgeführt werden. Es entspricht daher der sozialen Gerechtigkeit, den Schaden insoweit beim Geschädigten zu belassen.

[21] A.a.O. 88.

[22] A.a.O. 89.

[23] A.a.O. 90 f.

dies damit begründet, dass die Vermögen der Beteiligten in einer Gefahrengemeinschaft stünden[24].

c) Die Mehrheit der Autoren wandte sich entschieden *gegen die Berücksichtigung des Verschuldens* bei der Schadenersatzfestsetzung. Der Gedanke der Proportionalität sei namentlich deshalb abzulehnen, weil er sich über die scharfe Trennung von strafrechtlichem und zivilrechtlichem Unrecht hinwegsetze und den Schadenersatz in Strafe verwandele[25]. Dabei habe doch gerade JHERING selbst das allmähliche Absterben der Strafen im Zivilrecht nachgewiesen. Tatsächlich kam dieser in seiner Schrift «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht» zu dem Schluss, «auf dem Gebiete des Zivilrechts (sei) die Idee der Strafe der des Schadenersatzes erlegen» und die Verwirklichung eines fortschrittlichen Schadensrechts bedinge «die vollständige Hinüberleitung der Strafe in die Form des Schadenersatzes»[26]. Entschieden wandte sich auch BINDING[27] gegen die Gleichgewichtsthese von Schuld und Schaden. Er weist darauf hin, dass bei pönaler Ausgestaltung des Schadenersatzes dieser unlösbar mit der Person des Verursachers verbunden sein muss, die Schuld mithin nicht auf die Erben übergehen würde. Zudem müsste eine nachteilige Wirkung auf das Vermögen des Schuldigen angestrebt werden, bei dessen Vermögenslosigkeit eine Strafverwandlung eintreten und die Höhe des Ersatzes im strafrechtlichen Verfahren berücksichtigt werden. Vor allem aber wäre nicht der Geschädigte, sondern nur der Staat forderungsberechtigt[28]. ROTT sieht in der Berücksichtigung des Verschuldens zudem auch eine Unbilligkeit für den Geschädigten. Erscheine schon hart, dass jemand durch ein kleines Versehen sich einer weitgehenden Ersatzpflicht aussetzt, so sei es auf der anderen Seite noch viel härter, dem überhaupt keine Schuld

---

[24] *Steinbach* a.a.O. 78, wonach das österreichische Gesetzbuch «den Richter geradezu anweist, in letzter Linie auf das Vermögen der beiden bezeichneten Personen Rücksicht zu nehmen. Damit wird der Schade als ein das Vermögen beider Teile gemeinsam bedrohender und für die Verteilung desselben der Grundsatz der Gefahrengemeinschaft als massgebend erklärt». Vgl. auch die Würdigung dieser Gedanken bei *Schilcher* 177: «Ein derart feines Empfinden in der Abwägung individuell-subjektiver und objektiv-sozialer Elemente des Schadenersatzrechtes findet sich im Schrifttum dieser Periode kaum noch ein zweites Mal.»

[25] *E. Rott*, Über den Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechtes, ZBJV (12) 1877, 361, 376, der überdies auf den Widerspruch zu der Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen, den überhaupt kein Verschulden trifft, hinweist; ihm zustimmend *C. Stooss*, Das Verhältnis der zivilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweizerischen Obligationenrechts zum kantonalen Strafrechte, insbesondere bei Pressedelikten, ZSR 5 (1886), 571, 592; *J. Chausson*, De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur, Lausanne 1892, 136 und insbesondere 156.

[26] *Jhering* (Fn. 12) 61.

[27] Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1916, 448 ff.

[28] A.a.O. 452 ff. Ebenso *C. Stooss*, Zur Natur der Vermögensstrafen, Bern 1878, 23 ff.

treffenden Geschädigten die Tragung eines Teils des Schadens aufzubürden[29]. Dieser Auffassung trat bereits BURCKHARDT mittels desselben Billigkeitsarguments entgegen: «Mag es auf den ersten Blick hart erscheinen, wenn der Geschädigte einen Teil des ihm zugefügten Schadens selber tragen soll: für den Beschädiger ist es noch viel härter, wenn er einen kleinen Fehler vielleicht mit seinem ganzen Vermögen büssen muss.» [30]

Einige Unsicherheiten bestanden im älteren Schrifttum hinsichtlich der Frage, ob die *Vermögenslagen der Beteiligten* zu berücksichtigen sind. Bekanntheit erlangte damals UNGERs Beispiel, wonach «ein wohlhabender Mann an einem windstillen Tag Feuer im Walde macht und ein plötzlicher Windstoss Funken oder Flammen auf die Hütte des armen Nachbarn hinüberträgt und dieselbe samt allen seinen Habseligkeiten verbrennt»[31]. Die Haftungsfrage hatte er ursprünglich abgelehnt[32], später aber bejaht: Demjenigen werde «der beiderseits unverschuldete Schaden aufgebürdet, welcher ihn nach seiner Vermögenslage leichter tragen kann»[33]. Dagegen erhob PFAFF Widerspruch. Seiner Ansicht nach ist die Wohlhabenheit des Mannes, dessen Feuer die Hütte des Nachbarn abbrennt, ebenso belanglos wie die Armut des Betroffenen. Von Interesse sei lediglich, ob das Feuermachen nicht etwa durch Polizeivorschriften verboten ist[34]. Deutlicher noch formuliert RÜMELIN: «Unsere Richter können also nicht, wie manche wohl wünschen, den Spaziergänger, der einen Ohnmachtsanfall bekommt oder über einen Kirschkern ausgleitet und im Sturz eine Person oder eine Sache beschädigt, haftbar machen, auch nicht, wenn er ein Millionär und der Betrof-

---

[29] *Rott* (Fn. 25) 377; ebenso *Binding* (Fn. 27) 471 f.; ähnlich *O. Bähr*, Über Irrungen im Kontrahieren, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1875, 393, 407.

[30] *C.Chr. Burckhardt*, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR (22) 1903, 469, 497; vgl. bereits *A. Martin*, De la responsabilité résultant des délits d'après le Code fédéral des Obligations, ZSR (8) 1889, 22 f. Zum heutigen Meinungsstand in der schweizerischen Literatur siehe hinten § 9 II 2.

[31] *J. Unger*, Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österreichischem Recht, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (8) 1881, 209, 236. Interessanterweise wurde bei der Beratung des Art. 58 des OR von 1881, welcher die Haftung des Zurechnungsunfähigen enthielt, der Antrag gestellt, «die Bestimmung auszudehnen auf jeden Schaden, welcher gestiftet wurde, ohne dass die Tat jemandem zur Schuld angerechnet werden könne, z.B. auf den Fall, wenn ein Millionär einen armen Familienvater rein zufällig töte»; *A. Schneider/H. Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1896, Art. 58 Anm. 2. Der Antrag wurde abgelehnt.

[32] *Unger*, Grünhuts Zeitschrift (8) 1867 (Fn. 31), 236 f.

[33] *Unger*, Handeln auf eigene Gefahr (Fn. 11), 140. Für Aufsehen sorgte namentlich die Bemerkung «richesse oblige».

[34] *L. Pfaff*, Zur Lehre vom Schadenersatz und Genugtuung nach österreichischem Recht, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (8) 1881, 613, 724.

fene ein armer Teufel ist, und auch nicht, wenn er seinerseits die moralische Verpflichtung empfindet, unterstützend einzugreifen.»[35] Letztlich führen soziale Rücksichten auf die ökonomische Tragfähigkeit, so RÜMELIN, gar zu «einer Art beschränktem Kommunismus zwischen den Betroffenen»[36].

Gemäss SCHILCHER entsprach die Berücksichtigung sozialer Elemente im Schadenersatzrecht eben nicht dem Geist des in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufgekommenen liberalen Ökonomismus und stand auch im Widerspruch zu der damaligen «individualistischen Verschuldenslehre, meist Kantscher Prägung»[37]. Seine Beurteilung, der «Rückschritt des (Paläo-) Liberalismus» habe «mit sozialen Überlegungen im Schadenersatzrecht aufgeräumt»[38], ist freilich zu undifferenziert. Die im Schrifttum geäusserten Bedenken richten sich lediglich gegen Vorschläge, den Reichtum zum *zivilrechtlichen Haftungsgrund* zu erheben. «Auf ganz anderem Boden steht» – wie selbst RÜMELIN ausführt –«die Berücksichtigung der beiderseitigen Vermögensverhältnisse bei einleuchtendem Haftungsgrund»[39].

2. *Das Ausgleichsprinzip im BGB und die Reformbestrebungen*

a) Die Pandektistik des 19. Jahrhunderts hat in Deutschland mit dem Grundsatz der Proportionalität von Schuld und Schaden gebrochen. Die Gründe dafür werden in den Motiven zum BGB[40] mit den Sätzen zusammengefasst: «Die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muss bei der Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus ferngehalten werden. Der Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach lediglich der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt, ist juristisch allein haltbar und wird dem Schadensersatzberechtigten allein gerecht.» Auch habe die im schweizerischen Recht geltende Abstufung des Ersatzes nach dem Verschulden eine «von dem deutschen Recht abgelehnte besondere autoritative Stellung des Richters zur

[35] *M. Rümelin*, Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910, 15 f.
[36] *Rümelin* a.a.O. 65; vgl. dazu auch *Schilcher* 181 ff.
[37] *Schilcher* 177.
[38] *Schilcher* 179.
[39] *Rümelin* (Fn. 35) 70 Fn. 2.
[40] Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1896, 17 f.

Voraussetzung». Im übrigen folge die Unabhängigkeit der Ersatzpflicht von dem Haftungsgrund auch aus dem Gebot der Gerechtigkeit[41].

Die leitenden Gesichtspunkte des Ersatzes nach dem «Alles-oder-nichts-Gedanken» waren – laut LANGE – rechtspolitische Ideale, die dem gesamten BGB zugrunde liegen, nämlich «das Streben nach einem jus certum und die Abneigung gegen richterliche Ermessensfreiheit»[42]. Diese Einstellung ist gemäss SCHILCHER darauf zurückzuführen, dass im liberalen Rechtsstaat des ausgehenden 19. Jahrhunderts die ökonomisch aufstrebende Klasse den Staat als ein fremdes, den Bürgern a priori feindlich gesinntes Wesen betrachtet habe, wobei sich das Misstrauen speziell gegen den Richter wandte, «der in der Vergangenheit meist als Angehöriger des Adels, in den Augen des nunmehr erwachten Bürgertums nach reiner Willkür gehandelt hat»[43]. Man war infolgedessen bestrebt, die Gesetzgebung von allem, «was Abwägung, richterliches Ermessen und ausgleichende Gerechtigkeit heisst»[44], freizuhalten. Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit mussten hinter diesen Zielsetzungen zurückstehen. Es sei deshalb – so SCHILCHER[45] – auch nicht erstaunlich, dass die «wertfreie» Differenzhypothese und «pseudo-wissenschaftliche Theorie der Adäquanz» in der Rechtslehre bereitwillig aufgenommen wurde. Anstelle der Lastenverteilung trat das Ausgleichsprinzip. Der taktische Vorteil dieser Lehren war, «dass sie sich nahtlos in das alte römische Schuldprinzip» integrieren lassen, ohne aber bei der Schadenszurechnung dessen «moralische» Inhalte übernehmen zu müssen.

b) In Deutschland erachtet die überwiegende Lehre die Nichtberücksichtigung des Verschuldens als Fortschritt, da sie die *Trennung von Straf- und Zivilrecht* vollzieht. Die Funktion des Schadenersatzrechts richte sich eben nicht auf Busse, Sühne oder Genugtuung, sondern auf den Schadensausgleich. Mit dem Alles-oder-nichts-Prinzip habe sich der geschulte Verstand gegenüber dem ungeschulten Gefühl durchgesetzt[46].

---

[41] Motive a.a.O. 729. Für *Degenkolb*, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP (76) 1890, 1, 79, ist diese Gerechtigkeit «wenn nicht blind, so doch einäugig: sie hat ein Auge nur für den Verletzten».

[42] *Lange*, Gutachten (Fn. 2), 7; heute formuliert er freilich vorsichtiger, vgl. *ders.*, Schadensersatz, 20 f.

[43] *Schilcher* 182.

[44] *Schilcher* 181.

[45] S. 177.

[46] Vgl. z.B. *Esser/Schmidt* 160: Es erscheine heute «fragwürdig, das moderne Schadensrecht mit Hilfe eines doch recht naiven Rekurses auf längst überwundene historische Gemeinsamkeiten unter einen Sanktions- bzw. Präventionszweck zu stellen».

Gleichwohl wurde in der Literatur immer wieder die Forderung nach einer Verschuldensabstufung erhoben[47]. Vor allem in den dreissiger Jahren erachteten verschiedene Autoren die Überwindung des «Alles-oder-nichts-Prinzips» als eine der vordringlichsten Forderungen beim Neuaufbau der Schadenslehre[48]. Im Jahre 1960 bildete die Frage, ob für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf das Verschulden abzustellen ist, ein Thema des 43. Deutschen Juristentages. Aufgrund des Gutachtens von LANGE und der Referate von WILBURG und HAUSS sprach sich der Juristentag in einer zurückhaltenden Empfehlung zugunsten der Einführung einer Reduktionsklausel aus, da man die herkömmlichen, von der Adäquanz- und der Normzwecklehre ausgehenden Begrenzungsmöglichkeiten nicht als ausreichend erachtete. Diese Empfehlung schlug sich schliesslich in der Aufnahme einer Reduktionsklausel im Entwurf eines «Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften» aus dem Jahre 1967 nieder. Als

[47] Vgl. die Nachweise bei *Lange*, Gutachten (Fn. 2), 33 Fn. 78. Bereits *H. Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II/1, 3. Aufl., Halle 1905, 71, versuchte durch Heranziehung der freien Beweiswürdigung in § 287 der deutschen Zivilprozessordnung darzutun, dass der Verschuldensgrad auch im deutschen Schadensrecht zu berücksichtigen ist; *M. Rümelin*, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, AcP (90) 1900, 302, steht einer solchen «erweiterten Anwendung des Schadensverteilungsgedankens durch Freigebung des richterlichen Ermessens in bezug auf die Bestimmung der Schadensersatzsumme» an sich in höchstem Grade sympathisch gegenüber, lehnt aber die Korrektur des materiellen Rechts durch die prozessuale Bestimmung der Schadensschätzung in § 287 der Zivilprozessordnung de lege lata ab (303). Mitte der siebziger Jahre schlug *Migsch* 22 für das österreichische Recht vor, das System des gegliederten Schadensbegriffes noch weiter auszubauen, «und zwar in Richtung einer durch Billigkeitskriterien reduzierten Haftung. Weder in Österreich noch in Deutschland konnte man sich bisher zu einer solchen Massnahme entschliessen, obwohl die Schweiz, deren Obligationenrecht eine Reduktionsklausel enthält, gute Erfahrungen gemacht hat.»

[48] Vgl. *Möller* 135; *F. Baur*, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Diss. Tübingen 1935, 43 ff. («Systematik als Selbstzweck, Scheu vor jeder ausserjuristischen Wertung, alleinige Wahrung des Gläubigerinteresses ...»); *Heinrich Lange*, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934, 32 ff.; *K. Michaelis*, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, FS H. Siber, Bd. II, Leibzig 1943, 185, 204 f. Nach § 8 des von der Akademie für Deutsches Recht ausgearbeiteten «Entwurfs einer Deutschen Schadensordnung» von 1940 sollte eine angemessene Minderung der Haftung eintreten, wenn dem Täter sein Verhalten «nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in ganz geringem Masse vorzuwerfen» ist und «nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten und den sonstigen Umständen des Falles die Belastung mit dem vollen Ersatz dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche», abgedruckt in: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, Arbeitsberichte der Akademie für deutsches Recht, Nr. 14, München/Berlin 1940.

Vorbild dienten die Art. 43 und 44 OR[49], wobei aber dem Richter nicht dieselbe Freiheit gewährt wird. Das Gericht hätte die Ersatzpflicht bloss für aussergewöhnlich hohe Schäden herabsetzen können, sofern der Schaden leichtfahrlässig herbeigeführt wurde und die Ersatzpflicht «für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde»[50]. Eine geringfügig anders formulierte Reduktionsklausel findet sich in den vom Bundesminister der Justiz im Jahre 1981 herausgegebenen «Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts»[51]. Des weiteren wurden auch in der Literatur verschiedene Alternativvorschläge vorgelegt. Diese unterscheiden sich von der oben erwähnten Reduktionsklausel vor allem dadurch, dass sie die Gründe für die Herabsetzung klarer formulieren[52]. Teilweise wird auch der Anwendungsbereich eingeschränkt, soweit Versicherungsschutz besteht oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft ersatzpflichtig ist[53].

Sämtliche Vorschläge stiessen auf entschiedenen Widerstand, und die Reformprojekte wurden schon seit längerer Zeit «schubladisiert»[54]. Heute beschränkt sich die Mehrheit der Autoren darauf, gewisse Aspekte, die für und gegen eine Reduktionsklausel sprechen, aufzuzeigen, ohne selber eindeutig Stellung zu nehmen[55]. Als positiver Aspekt wird vermerkt, dass durch Einbeziehung der Umstände auf seiten des Schädigers im Einzelfall möglicherweise eine gerechtere Lastenverteilung zu erzielen ist. Dieser Vorteil

---

[49] Eine entsprechende Übernahme dieser Bestimmungen hatten in den dreissiger Jahren bereits vorgeschlagen: *Lange*, Vom alten zum neuen Schuldrecht (Fn. 48), 80 ff.; *Baur* (Fn. 48) 47 f., 50 f.; *Möller* 29, 139.

[50] § 255a des vom Bundesjustizministerium im Jahre 1967 veröffentlichten Referentenentwurfes.

[51] In seinem Gutachten zum Allgemeinen Schadensrecht schlägt *Hohloch* 475 vor, den Referentenentwurf aus dem Jahre 1967 zu übernehmen mit der Ergänzung, dass die Ersatzpflicht insbesondere auch dann einzuschränken wäre, wenn sie für den Haftpflichtigen «zu äusserster wirtschaftlicher Notlage führen würde», wobei «auch die voraussichtliche Entwicklung der Verhältnisse» zu berücksichtigen sei. Zustimmend etwa *Staudinger/Schäfer* vor § 249 N 91.

[52] Vgl. *F. Bydlinski*, Zur «Reduktionsklausel» des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadenersatzrechtes, JBl. 1968, 330, 331; *U. Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, Tübingen 1971, 129; *K. Larenz* vor dem Karlsruher Forum 1968, abgedruckt bei *Bydlinski* a.a.O. 330 (Referate und Diskussionen des Karlsruher Forums 1968 sind nicht veröffentlicht). Für eine Übernahme der schweizerischen Lösung *Migsch* 22: Seiner Meinung nach würde eine solche «Reduktionsklausel der Rechtsordnung jene Elastizität sichern, deren sie in der Anwendung bedarf».

[53] So *Lorenz-Meyer* a.a.O. 129; ebenso *Bydlinski* a.a.O. 330, 333.

[54] Vgl. *Schwamb* 16.

[55] Vgl. die Nachweise bei *Schwamb* 15 Fn. 68.

werde aber durch die Nachteile einer Reduktionsklausel mehr als wettgemacht. So sei die Rechtseinheit und die Rechtssicherheit schwieriger zu wahren. Dies könne möglicherweise negative Auswirkungen auf die Vergleichsbereitschaft haben und damit zu einem Ansteigen der Prozesshäufigkeit führen[56]. Zudem wird befürchtet, dass eine Reduktionsklausel eine Einfallspforte für Gedanken bilden könnte, die dem zivilen Schadensrecht fremd bleiben sollten. Schliesslich wird auch vor der Gefahr einer unkontrollierbaren *Billigkeitsrechtsprechung* gewarnt[57].

3. «Bewegliches System» des Schadensrechts

a) Im Jahre 1941 legte WILBURG in seinem Werk «Die Elemente des Schadensrechts» einen beeindruckenden Vorschlag für ein bewegliches System des Schadensrechts vor. Für den schweizerischen Juristen ist dieses Konzept deshalb von besonderem Interesse, weil es im Rahmen des Schadensausgleichs sowohl das gemäss der hiesigen Lehrmeinung in Art. 43 Abs. 1 OR niedergelegte Proportionalitätsprinzip zwischen Schuld und Haftung als auch die in Art. 44 Abs. 2 OR zum Ausdruck kommende Sorge um die finanzielle Tragfähigkeit des Haftpflichtigen berücksichtigt.

WILBURGs Kritik richtet sich insbesondere gegen das in der deutschen Schadenersatzdoktrin befürwortete Prinzip der Totalreparation. Die unterschiedslose Haftung für alle Nachteile, die der Geschädigte erlitten hat, gehe offensichtlich zu weit[58]. Auch sei die Begrenzung des Schadenersatzes aufgrund der Adäquanzlehre – trotz der im Schrifttum fein erdachten Formeln – nicht befriedigend. Der Mangel der Adäquanz liege «in der Starrheit des Prinzips, das nur zwischen adäquaten und inadäquaten Schäden und damit zwischen Gewährung und Ablehnung eines Ersatzes unterscheidet. Wenn auch die Gerichte unbewusst alle möglichen Gesichtspunkte der Billigkeit in das Urteil über die Adäquität hineinlegen, so fehlt doch eine offene Anpas-

---

[56] *Lange* 20; Deutsches Bundesjustizministerium, zitiert in *Schwamb* 16. Ausführlich hat bereits *Baur* (Fn. 48) 17 auf die vermeintliche Erschwerung der aussergerichtlichen Erledigung von Schadenersatzstreitigkeiten hingewiesen: «Wenn es dem Richter überlassen ist, Art und Umfang des Schadens festzusetzen, er also erst den abstrakt vorhandenen Schadensersatzanspruch konkretisiert, dann werden Schädiger und Beschädigter gewissermassen dazu gedrängt, jeden Schadensfall durch Richterspruch entscheiden zu lassen. Denn ohne das richterliche Urteil besteht ja nur ein gestaltloser Ersatzanspruch, dem der Richter Form verleiht.»

[57] So nunmehr namentlich *Lange* 20: In Abkehr von seiner befürwortenden Stellungnahme zur Abstufung der Ersatzpflicht nach dem Verschuldensgrad im Gutachten aus dem Jahre 1960 beurteilt er nunmehr selbst die im Referentenentwurf vorgeschlagene restriktive Reduktionsklausel eher skeptisch.

[58] *Wilburg* 240.

sung an die Eigenart der schädigenden Tat.»[59] Ein monokausales Zurechnungskriterium vermag – gemäss WILBURG – den zahlreichen Fallgestaltungen des täglichen Lebens nicht zu genügen; ein Mangel, der sich weder mit zusätzlichen «Systemen» oder normativen Korrekturen noch durch Reduktionen nach Massgabe des jeweiligen Einzelfalles beheben lasse.

Nach dem Wilburgschen Schadenersatzsystem ist die Haftung je nach den Grundlagen der Verantwortlichkeit auf mehr oder minder adäquate Folgen auszudehnen. «Nicht ein Entweder-Oder, sondern eine mit dem Aufbau des Schadensrechts zusammenhängende Abwägung muss das richtige Ergebnis bilden.»[60] Wie die Abwägung zu erfolgen hat, ist nur mit Blick auf WILBURGs Konzept der Haftungsbegründung verständlich, welches auf dem Zusammenspiel verschiedener Haftungsgründe basiert[61]. Als «Elemente» der Haftungsbegründung bezeichnet er folgende vier Faktoren: (1) den Eingriff oder die Gefährdung eines fremden Rechtsgebietes durch ein Unternehmen oder eine Sache; (2) inwieweit sonstige Umstände, die zur Verletzung führen, auf seiten des Schädigers liegen; (3) das Vorliegen eines Mangels auf seiten des Schädigers; (4) die wirtschaftliche Kraft des Schädigers und des Geschädigten[62]. Diese Haftungsgründe sind grundsätzlich sowohl auf seiten des Schädigers als auch des Geschädigten zu berücksichtigen. Neben dem Selbstverschulden können demzufolge auch andere Umstände im Lebenskreis des Geschädigten die Verletzung und die weiteren Folgen begünstigen, wodurch sich die Haftung vermindert[63].

Nach WILBURG ist der adäquate Kausalzusammenhang für den Schadenersatzumfang entbehrlich, wenn man einerseits auf die Schutzzwecklehre abstellt[64] und andererseits die erwähnten *Elemente der Haftungsbegründung*

---

[59] *Wilburg* 242.

[60] *Wilburg* 243.

[61] Vgl. auch *W. Wilburgs* 1. These im Referat am 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1962, C 19: «Die Ersatzpflicht für schuldhaft verursachte Schäden bedarf der Begrenzung. Es empfiehlt sich jedoch weder eine starre Grenze noch die Aufstellung fester Haftungsstufen, sondern eine elastische Gestaltung, in der sich die Ersatzpflicht gleitend aus dem Zusammenspiel verschiedener Kräfte ergibt.»

[62] *Wilburg* 28 f., 383 ff.; zu erwähnen ist, dass *Wilburg* die wirtschaftliche Tragfähigkeit im Laufe der Arbeit immer mehr in den Hintergrund schiebt und bei der Zusammenfassung seiner Grundsätze dieses Haftungselement nur noch als subsidiären Haftungsgrund erwähnt; siehe etwa bei 29: «Neben diese Entstehungsgründe des Schadens tritt als weiteres Element ... die wirtschaftliche Kraft des Haftenden oder die Zumutbarkeit, sich gegen Haftung zu versichern»; sowie bei 285: «Er (der Richter) kann in seiner Entscheidung auch auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten Rücksicht nehmen.»

[63] *Wilburg* 244.

[64] *Wilburg* 246; *ders*, Referat (Fn. 61), C 11.

auch auf die Reichweite der Haftung bezieht[65]. Die Begrenzung des Haftungsumfanges soll demnach folgendermassen erfolgen: «Aus praktischen Gründen ist die Durchschnittsregel zu empfehlen, dass der Schädiger für die im Schutzbereich der verletzten Norm liegenden Schäden so weit haftet, als er deren möglichen Eintritt bei seinem schuldhaften Verhalten voraussehen musste. Das Gericht ist aber zu ermächtigen, die Haftung gegenüber dieser Regel auszudehnen oder zu ermässigen, wenn dies nach den Umständen des Falles als angemessen erscheint.»[66] Bei der Beurteilung stehe «die Schwere des Verschuldens und der Grad der ursächlichen Kraft, mit der die schuldhafte Handlung im Vergleich mit äusseren Ursachen zur Entstehung beigetragen hat», im Vordergrund[67].

b) WILBURGs Konzept wurde in den siebziger Jahren von SCHILCHER in seinem Werk «Theorie der sozialen Schadensverteilung» aufgegriffen und weitergeführt. Er erblickt die entscheidende Schwäche des Wilburgschen Schadenersatzsystems in der fehlenden *Basiswertung*. Stelle man keine Relation zwischen einer bestimmten Stärke der Haftungselemente und einem bestimmten Umfang des Schadenersatzes her, dann sei der Informationsgehalt der Theorie in der Tat gering[68]. Auch aus der Feststellung, dass zwei Elemente in hohen Graden «eine etwa gleiche Haftung» wie drei Elemente in geringerer Stärke erzeugen können[69], erfahre man noch nicht, in welchem Verhältnis die Gewichte dieser Elemente zum tatsächlich zu ersetzenden Schaden stehen[70]. Die Einfügung einer Basiswertung erhöhe nicht nur die praktische Anwendbarkeit, sondern auch den theoretischen Erklärungswert des Systems[71]. Als Basiswertung schlägt SCHILCHER den «typischen Schaden», d.h. den üblicherweise voraussehbaren Schaden vor[72]. Es entspreche nämlich einer jahrhundertelangen Wertungskonvention, den Schädiger im Regelfalle für die typischen Folgen einstehen zu lassen. Untypische Schäden habe deshalb grundsätzlich einmal der Geschädigte selbst zu tragen[73]. «Wer typisch gefährlich und typisch vorwerfbar handelt, soll auch für die typischen Folgen einstehen.»[74]

---

[65] *Wilburg* 243.
[66] So die 3. These, Referat (Fn. 61), C 19.
[67] Referat (Fn. 61), C 12.
[68] *Schilcher* 204.
[69] So *Wilburg* 29.
[70] *Schilcher* 204.
[71] *Schilcher* 204.
[72] *Schilcher* 215 f.
[73] *Schilcher* 236.
[74] *Schilcher* 236.

Des weiteren kommt SCHILCHER mit drei für die Schadenersatzermittlung wesentlichen Elementen aus. In seinem «individuell sozialen Schadensverteilungsmodell» sieht er folgende drei «komparative Wertreihen» vor: (1) die Gefährlichkeit, die von der blossen Verursachung bis zum Eingriff reicht; (2) den individuellen Mangel-Vorwurf, der vom objektiven Fehler bis zum Vorsatz reicht; und (3) die soziale Verantwortlichkeit, die vom vermögenslosen, isolierten, verteilungsunfähigen Individuum bis zum Staat als Zurechnungsträger reicht[75]. Den Begriff der sozialen Verantwortlichkeit operationalisiert er folgendermassen: «Je grösser das Unternehmen, je verteilungswirksamer seine Position und je finanzkräftiger, desto grösser seine soziale Verantwortlichkeit.»[76] Nach SCHILCHERs Konzept haftet mithin der fahrlässig, mit mittlerer Gefährlichkeit handelnde Schädiger für den typischen Schaden, sofern er eine mittlere soziale Verantwortlichkeit erreicht[77].

Ist dem Schädiger nur ein geringer Vorwurf zu machen oder handelt er mit geringer Gefährlichkeit, wird – gemäss SCHILCHER –«das starre Entweder-Oder der überkommenen Doktrin besonders unerträglich ... Richtiger erscheint ein 'Teilersatz' nach Massgabe der Gewichte der Haftungselemente auf seiten des Schädigers und des Geschädigten.»[78] Diese Auffassung weist augenfällige Parallelen zur schweizerischen Schadenersatzdoktrin auf. So kann der Richter nach allgemeiner Auffassung bei bloss leichtem Verschulden des Schädigers auf eine Teilhaftung erkennen, namentlich wenn ein entfernter Kausalzusammenhang oder ein mitwirkender Zufall (bzw. in SCHILCHERs Terminologie: eine geringe Gefährlichkeit) vorlag[79]. Anders als die schweizerische Dogmatik, welche die genannten Umstände nur im Rahmen der Schadensersatzbemessung berücksichtigt, will SCHILCHER die von ihm entwickelten Wertungsreihen auch auf die *Haftungsbegründung* anwenden. Es ist indessen überaus fraglich, ob bei der Haftungsbegründung auf dieselben Kriterien wie bei der Ersatzermittlung abgestellt werden kann[80]. Es ist z.B. nicht einzusehen, weshalb die Grösse oder die Finanzkraft eines Unternehmens die Haftung mitbegründen kann, weshalb also für denselben Verletzungstatbestand ein Grossunternehmen immer und für den ganzen Schadensbetrag einstehen müsste, ein kleineres Unternehmen bzw. finanziell

---

[75] *Schilcher* 230.
[76] *Schilcher* 227.
[77] *Schilcher* 230.
[78] *Schilcher* 239.
[79] Eingehend zur Schadensbemessung nach Art. 43 Abs. 1 OR hinten § 9 II.
[80] Das bedeutet jedoch nicht, dass das komparative System nicht auch bei der Haftungsbegründung nutzbar gemacht werden kann. Einen beachtlichen Vorschlag für ein solches System legte *v.Bar* in seinem Werk «Verkehrspflichten», Köln u.a. 1980, vor.

ausreichend gesichertes Individuum (durchschnittliche soziale Verantwortlichkeit) zwar in der Regel haftbar wäre, aber bloss einen Teilersatz zu leisten hätte, eine Person in bescheidenen Vermögensverhältnissen dagegen überhaupt nicht haften würde[81]. Gegen die Berücksichtigung der finanziellen Tragfähigkeit bei der Schadensbemessung bestehen hingegen aus schweizerischer Sicht keine prinzipiellen Bedenken, da dies – wenngleich bloss hinsichtlich eines erheblich eingeschränkteren Anwendungsbereiches – gesetzlich vorgesehen ist. Im Rahmen des Schadensrechts geht das schweizerische «bewegliche System» sogar über den Vorschlag SCHILCHERs hinaus, indem nach allgemeiner Ansicht neben dem Verschulden, der Gefährlichkeit und der finanziellen Tragfähigkeit noch weitere Umstände berücksichtigt werden können[82]. Durch den theoretischen Ansatz des beweglichen Systems lassen sich daher für die schweizerischen Verhältnisse – was die Ersatzermittlung anbelangt – keine neuen Einsichten erhoffen.

4. Funktionen des Schadenersatzes

a) Im Sinne der Wertungsjurisprudenz liesse sich auch denken, das massgebende Prinzip bei der Ermittlung des Ersatzbetrages aus der dem Schadenersatz zugrundeliegenden Funktion zu bestimmen. Soll das Schadenersatzrecht vor allem die *Gläubigerinteressen* wahren, so wäre dem Schädiger bei gegebenem Haftungsgrund jeweils der ganze rechtlich relevante Schaden zu ersetzen. Richtet sich das Schadenersatzrecht indessen vornehmlich auf die *Vermeidung künftiger Schädigungen*, müsste der Verschuldensgrad bei der Ersatzbemessung wohl mitberücksichtigt werden. Diese beiden Funktionen sind die bedeutsamsten. Während nämlich der Ausgleichs- bzw. Präventionsgedanke durchaus mit dem Anspruch der Vorrangigkeit oder gar Ausschliesslichkeit vertreten wird, räumen selbst Autoren, welche den Schadenersatz in den Dienst sozialpolitischer Zielsetzungen stellen wollen, dem Prinzip der sozialen Schadensverteilung nur eine ergänzende Funktion ein. Kaum noch vertreten wird hingegen die Sanktionsfunktion; diese könnte ihre Aufgabe wegen der zunehmenden Bedeutung der Kausalhaftungen und der Ausbreitung der Haftpflichtversicherung auch kaum wahrnehmen[83].

---

[81] Kritisch zur Erhebung der Vermögensverhältnisse zum zivilrechtlichen Haftungsgrund bereits *Rümelin*, vgl. vorne bei Fn. 35 f.

[82] *Schilcher* musste sich wohl deshalb auf drei Kriterien beschränken, weil ansonsten die Haftungsbegründung nicht mehr operabel wäre, vgl. seine Bedenken bei 246.

[83] Vgl. demgegenüber die mannigfachen Zwecke, die das Schadenersatzrecht gemäss der amerikanischen Doktrin zu erfüllen hat. So erwähnt z.B. § 901 Restatement 2d of Torts die

b) MOMMSEN befürwortete den *Ausgleichsgedanken* mit der Überlegung, dass beim Umfang des Schadenersatzes «nicht die Rücksicht auf die Person des Schuldners, sondern die Rücksicht auf den Gläubiger und dessen Vermögen massgebend sein muss»[84]; zu dieser Auffassung musste er freilich schon aufgrund seines Verständnisses des Interesses gelangen. Auf die Gläubigerinteressen stellen auch die Redaktoren des BGB ab, wenn sie darauf hinweisen, dass der vollständige Ausgleich des Schadens den leichtfahrlässig handelnden Ersatzpflichtigen zwar schwer treffen kann, doch sei es noch unbilliger, den schuldlosen Geschädigten auf einem Teil des Schadens sitzenzulassen[85]. Dieser Gedanke hat sich in der deutschen Lehre weitgehend durchgesetzt und findet sich fast wörtlich auch bei manchen Autoren anderer Länder[86]. Auch in der schweizerischen Literatur erachtet man in neuerer Zeit vermehrt den Ausgleich des erlittenen Schadens als massgebliche Funktion des Schadenersatzrechts[87].

Doch vermag der Hinweis auf den Vorrang der Gläubigerinteressen – wie bereits BURCKHARDT[88] eingewandt hatte – in jenen Fällen nicht völlig zu überzeugen, in denen eine kleine Nachlässigkeit zu einer vergleichsweise hohen Schadenersatzforderung führt. Es erscheint daher wenig erfolgversprechend, das vorzugswürdige Schadenersatzprinzip aus Gerechtigkeitserwägungen deduzieren zu wollen. Die Begründungen der Lehre beschäftigen sich denn auch ausführlich damit, wie wenig andere Funktionen, insbesondere Sanktions- und Präventionsgedanken, zum geltenden Recht passen[89]. Aus diesem Subtraktionsverfahren folgt dann die Richtigkeit des Ausgleichsgedankens[90]. Im übrigen findet sich jeweils (zumindest implizit) die Ansicht, das Schadensrecht müsse von rechtspolitischen Wertungen oder auf den Ein-

---

Zwecke «(a) to give compensation, indemnity or restitution for harms; (b) to determine rights; (c) to punish wrongdoers and deter wrongful conduct; and (d) to vindicate parties and deter retaliation or violent and unlawful self-help».

[84] S. 167 f.

[85] Vgl. die Protokolle in *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1899, insbesondere 1078, ferner 510 f. sowie die ebenda abgedruckten Motive 729.

[86] Vgl. z.B. *P. Trimarchi*, Causalità e danno, Milano 1967, 95; *Prosser/Keeton* 287: «If it is unjust to the defendant to make the defendant bear a loss which the defendant could not have foreseen, it is no less unjust to the plaintiff to make the plaintiff bear a loss which the plaintiff too could not have foreseen, and which is not even due to the plaintiff's own negligence.»

[87] Vgl. *Rey* N 12; *Merz* 220; *Guhl/Merz/Koller* 78; *Oftinger/Stark* § 1 N 15, insbesondere Fn. 31.

[88] Vgl. vorne Fn. 30.

[89] Vgl. etwa *Larenz* 424; *Esser/Schmidt* 158 ff.; anders aber *Koziol/Welser* 442.

[90] *Schiemann* 186.

zelfall bezogenen Billigkeitsabwägungen möglichst freigehalten werden. Diesem Anliegen entspreche am besten eine Schadensermittlung, die sich ausschliesslich am entstandenen Schaden und damit an einem objektiven Massstab ausrichtet[91].

Liegt die Funktion des Schadenersatzes lediglich in der Erhaltung des Güterstandes, wäre zu überlegen, ob man den Schaden nicht grundsätzlich beim Geschädigten belassen soll und den Ausgleich der erlittenen Einbussen auf der Versicherungsebene löst. Anstelle der Versicherung gegen Haftpflichtansprüche Dritter würde die Eigenversicherung treten[92]. Bei dieser Lösung könnten auch die erheblichen Kosten, welche die haftpflichtrechtliche Güterumverteilung verursacht, eingespart werden[93]. Der Ausgleichsgedanke vermag infolgedessen weniger die Ersatzpflicht als solche zu begründen als vielmehr das Bereicherungsverbot[94]. Der Geschädigte soll durch die Ersatzleistung nicht mehr erhalten, als er ohne den Schädigungsfall gehabt hätte.

c) Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht ist im Hinblick auf die konkrete Schädigung unerheblich, ob der Geschädigte die Einbusse zu tragen hat oder ob diese durch den Schädiger ausgeglichen wird[95]. Auf die Gesamtheit der Schadensfälle bezogen, kann jedoch die Ausgleichspflicht dazu beitragen, künftige Schädigungen zu verhüten und so das Schädigungsvolumen insgesamt zu verringern. Der im älteren Schrifttum vorherrschende *Präventions-*

---

[91] Vgl. etwa *Hohloch* 457 f.; *Lange* 15 f.; *Larenz* 423 f. Nun ist freilich darauf hinzuweisen, dass der Unterschied nicht prinzipieller, sondern gradueller Natur ist, da das Ausgleichsprinzip durch die ebenfalls wertungsbedürftige Adäquanz begrenzt wird.

[92] Vgl. zur Thematik «Versicherung statt Haftpflichtrecht» *E. v.Hippel*, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, Tübingen 1968; *D. Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, Argumente für ein Modell zur Integration aller Ausgleichsleistungen für Personenschäden in das soziale Sicherungssystem, Berlin 1972; *H. Kötz*, Sozialer Wandel im Unfallrecht, Karlsruhe/Heidelberg 1976, 42 ff.; *Schilcher* 103 ff. Im angloamerikanischen Schrifttum tritt insbesondere *P. Cane*, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 5. Aufl., London u.a. 1993, 420 ff., für eine «progressive abolition of tort actions for personal injury» und eine Entschädigung aller Unfallopfer durch die Sozialversicherung ein.

[93] *Harris* 305 beziffert die entsprechenden Kosten unter Berufung auf den englischen Pearson Report mit ca. 85 Prozent des an den Geschädigten ausbezahlten Betrages (anders ausgedrückt: 45 Prozent aller durch den Schadensfall entstandenen Einbussen und Kosten); demgegenüber betragen bei Sozialversicherungen die Umverteilungskosten bloss elf Prozent. Vgl. auch *Cane* (Fn. 92) 237 ff.

[94] Ebenso *Trimarchi* (Fn. 86) 160.

[95] Vgl. etwa *Trimarchi* (Fn. 86) 53 f.: «Occorre infatti considerare che la reintegrazione del patrimonio del danneggiato tende ad eliminare il danno per quest'ultimo, ma non lo elimina certo per la società, poiché si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo.»

gedanke[96] wurde in neuerer Zeit namentlich von Vertretern der Ökonomischen Analyse des Rechts wieder vermehrt in den Mittelpunkt gerückt[97]. Die überwiegende Meinung in Deutschland lehnt den Präventionsgedanken indes ab[98]. Der Schädiger sei, zumal bei Gefährdungshaftungen, oftmals gar nicht in der Lage, durch mehr als pflichtgemässe Vorkehrungen zur Schadensverhütung das Risiko eines Schadenseintritts zu vermindern. Überdies versage die Abschreckung, wenn die Ersatzpflicht durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt ist. Der entscheidende Einwand ist aber wohl darin zu sehen, dass das BGB keinen Raum für die Berücksichtigung von Präventionszielen lasse. Denn der Präventionsgedanke erfordere eine gewisse Relation zwischen der Schuld und der Ersatzhöhe, was im BGB, in bewusster Abkehr von den Abstufungen des preussischen ALR, gerade nicht vorgesehen sei.

Letzterer Einwand kann für die Schweiz grundsätzlich nicht erhoben werden. Denn nach vorherrschender Auffassung enthält Art. 43 Abs. 1 OR den Grundsatz der Proportionalität zwischen Verschulden und Haftpflicht[99]. Fraglich ist indes, ob der Schadenersatzpflicht in den meisten Fällen ohnehin keine präventive Wirkung zukommen kann, da anstelle des Schädigers meist eine Haftpflichtversicherung für den Schaden aufkommt und im Bereich der Gefährdungshaftungen mangels Verschuldenserfordernis der Präventionsgedanke leerläuft. Das Versicherungsargument ist nur bedingt gültig, weil sich die erwünschte Verhaltenssteuerung, wenngleich mit erheblich schwächerer Wirkung, auch durch Selbstbehalte und Bonus-Malus-Systeme herbeiführen lässt[100]. Überdies ist gemäss den Vertretern der Ökonomischen Analyse des Rechts unerheblich, ob der einzelne oder alle Prämienzahler als Gruppe die

---

[96] Vgl. *Oftinger* im Vorwort der 1. Aufl., XXIII (siehe auch bei 21: «Die Wurzel des Verschuldensprinzips ist wesentlich pönal»); differenzierend aber in der 4. Aufl., 44 ff.; *G. Marton*, Les fondements de la responsabilité civile, Paris 1938, 346: Die Prävention sei «le principe sur lequel tout l'édifice de la responsabilité civile est basé, et auprès duquel, les autres principes qui existent en effet, n'ont qu'un rôle concomitant, modifiant, modérant, en un mot, accessoire»; *G. Williams*, The Aims of the Law of Tort, Current Legal Problems 1951, 137–176.

[97] Vgl. *G. Calabresi*, The Costs of Accidents, New Haven 1970, 26 ff. und passim; *R.A. Posner*, Economic Analysis of Law, 4. Aufl., Boston u.a. 1992, 163 ff.; siehe ferner *Cane* (Fn. 92) 361 ff., insbesondere 374 ff. Allgemein zur Ökonomischen Analyse des Rechts *P. Forstmoser/W.R. Schluep*, Einführung in das Recht, Bd. I, Bern 1992, § 11 N 121 ff., § 12 N 300 ff.; *Oftinger/Stark* § 1 N 51 ff. je m.w.N.; speziell in bezug auf das Haftpflichtrecht, *M. Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985; *A. Endres*, Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts, Heidelberg 1991.

[98] *Larenz* 423; *Mertens* 97 f.; *Esser/Schmidt* 160 f. Vgl. ferner auch *D. Harris*, Can the Law of Torts Fulfil its Aims, New Zealand Universities Law Rev. (14) 1990, 113–122.

[99] Vgl. dazu ausführlich hinten II 2.

[100] Siehe dazu *Cane* (Fn. 92) 382 f.

Kosten der Schädigungen tragen; wesentlich ist einzig, dass die Kosten internalisiert werden[101]. Was die Gefährdungshaftungen anbelangt, so wird von den Kritikern des Präventionsgedankens unterstellt, dass die Haftpflichtigen die Wahrscheinlichkeit der Drittschädigung nicht oder nur unwesentlich beeinflussen können. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass der Erfindungsreichtum bei der Verhütung von Schädigungen nicht unterschätzt werden darf. Das Auffinden schadensvermindernder Vorkehrungen ist freilich mit Kosten verbunden, die im Regelfall nur aufgewandt werden, wenn sich dies im Vergleich zu den ansonsten zu erwartenden Schadenersatzansprüchen auszahlt[102]. Insgesamt spricht vieles dafür, dass das Schadenersatzrecht – wenngleich bloss in beschränktem Umfange – in den Dienst einer gesamtgesellschaftlich erwünschten Verringerung des Schädigungspotentials gestellt werden kann[103].

---

[101] Vgl. z.B. *Calabresi* (Fn. 97) 68 ff.; siehe auch den vergleichenden Überblick bei *Harris* 306 ff.

[102] Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der amerikanische «Ford Pinto Case», California Court of Appel, Fourth District, Grimshaw v. Ford Motor Co., California Reporter 174 (1981), 348. Bei diesem Fahrzeugtyp war der Benzintank im hinteren Teil des Fahrzeuges integriert, was bei Auffahrunfällen zu Explosionen führen konnte. Die Verantwortlichen beim Fahrzeughersteller Ford wussten um die Gefahren, doch nahmen sie die möglichen Ersatzansprüche in Kauf, da die Kosten einer Konstruktionsänderung gemäss einer internen «cost and benefits analysis» höher waren. Vgl. *G.T. Schwartz*, The Myth of the Ford Pinto Case, Rutgers Law Rev. 43 (1991), 1013, 1020: «The safety device considered by the document would have cost $11 per vehicle; multiplied by 12.5 million vehicles, the total cost would thus have been $137 million. According to the document, the added safety provided by the device would have resulted in the avoidance of 180 deaths and another 180 serious burn injuries. Setting $200'000 as the value of life and $67'000 as the value of injury avoidance, the document calculated the total safety benefit at $49.5 million, much less than its $137 million cost.» Die Geschworenen sprachen dem Geschädigten daher einen über die Einsparungen hinausgehenden Betrag von 125 Millionen $ als «punitive damages» zu. Das Gericht reduzierte diesen Betrag aber auf 3,5 Millionen $. Vgl. für eine ausführliche Darstellung der *Umstände F.T. Cullen/W.J. Maakestad/G. Cavender*, Corporate Crime under Attack: The Ford Pinto Case and Beyond, Cincinnati 1987, 160 ff.; siehe auch *D. Birsch/J.H. Fielder*, The Ford Pinto Case: A Study in Applied Ethics, Business, and Technology, Albany 1994. Anzumerken ist, dass die Gewährung der «punitive damages» bloss mit Blick auf die Abneigung gegen Kosten-Nutzen-Analysen im Zusammenhang mit den Rechtsgütern Leib und Leben zu erklären ist. Entsprechende Abwägungen werden indes – wenngleich meist nicht ausgedrückt in Geldbeträgen – vorzu vorgenommen; kritisch zum Urteil auch *Schwartz* a.a.O. 1035 ff., 1066 ff. und passim.

[103] Da nicht sämtliche verursachten Kosten internalisiert werden können, ist diese Zielsetzung ohnehin bloss zum Teil realisierbar; vgl. dazu *Harris* 307 f. Die Wirkung wird überdies, wie erwähnt, auch durch die Versicherbarkeit abgeschwächt; eine differenzierte Würdigung findet sich bei *Cane* (Fn. 92) 388 ff.; siehe auch dessen Bemerkungen zum Anspruch der Vorrangigkeit seitens der Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts (393): «One reason why Americans rely so much on economic constraints as regulators of conduct is that they have in the past been much more free of other restraints. In Britain, control and regulation of activities which are dangerous to life and limb have long been provided for by statutes, most of which

Die Stellungnahmen in der Ökonomischen Analyse des Rechts beziehen sich allerdings bloss auf die Haftungsbegründung, während die hier interessierende Frage der Abstufung des Ersatzes nach dem Verschulden kaum Beachtung findet[104]. Im amerikanischen Schrifttum scheint man jedenfalls die Ansicht der deutschen Autoren, wonach der Präventionsgedanke eine Relation zwischen dem Verschulden und dem Schadenersatz erfordere, nicht zu teilen, ohne indessen die Frage näher zu prüfen. Den wesentlichen Gesichtspunkt dafür, dass die Präventionsfunktion nicht mit dem Proportionalitätsprinzip gleichzusetzen ist, hat STOLL[105] herausgearbeitet. Danach liegt der Hauptzweck der Sorgfaltspflichten in einer angemessenen Risikoverteilung. Je gefährlicher eine Tätigkeit erscheint, umso strenger sind die vom Gesetzgeber oder von der Rechtsprechung aufgestellten Verhaltensregeln zur Abwendung der Gefahr. Je strenger indessen die Verhaltensnormen, desto schwieriger ist es, ihnen trotz redlichen Bemühens voll zu entsprechen. Beruft sich nun der Haftpflichtige auf die Geringfügigkeit seines Verschuldens, «so wendet er sich im Grunde gegen die Strenge jener Verhaltensnormen»; in anderen Worten: Eine Ersatzreduktion würde den *Zweck der Sorgfaltspflichten*, nämlich die Abwendung oder zumindest Verminderung der Gefahr, *in Frage stellen*. Die mittels der Sorgfaltspflichten angestrebte Risikoverteilung wird daher «durch die Proportionierung von Schuld und Haftung gestört oder durchkreuzt»[106].

d) Zur Frage, ob das Schadenersatzrecht auch eine *soziale Schadensverteilung* anzustreben hat und infolgedessen die Vermögensverhältnisse sowohl auf seiten des Schädigers als auch des Geschädigten zu berücksichtigen sind, äussert sich die Literatur nur spärlich. Nach SCHILCHER ist dies darauf zurückzuführen, dass die schadensrechtliche Lehre sich bis heute nicht vom geistigen Hintergrund des ausgehenden 19. Jahrhunderts freizumachen vermochte, der unter dem Motto «Dem Tüchtigen gehört die Welt»

---

rely on criminal prohibitions or other forms of regulatory control ... It is considerations such as these which make it improbable that general deterrence ideas hold many valuable lessons for Britain. Although it would be wrong to overlook altogether the broad effect of market deterrence on accidents costs, the details of the argument seem to depend too much on forms of 'fine tuning' which are inappropriate to the circumstances.»

[104] Vgl. auch *Harris* 189 f.

[105] Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 1970, 480, 491.

[106] *Stoll* a.a.O. In ähnlichem Sinne führen *Esser/Schmidt* (158) aus, die Ersatzleistung «vollstrecke» bloss den Schadenersatzanspruch. «Diese 'Assistentenrolle' bedingt es, dass das Schadensrecht der §§ 249 ff. keine spezifisch eigenen, denen der Haftungsbegründung gar zuwiderlaufenden Zwecke setzen und verfolgen kann.»

mit sozialen Überlegungen im Schadenersatzrecht aufgeräumt hatte[107]. Heute formuliere man bloss weniger pathetisch und erkläre schlicht, dass soziale Rücksichten nicht in den Aufgabenbereich des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts gehören.

Diesbezüglich ist zu unterscheiden, ob die Vermögensverhältnisse nur bei drohender Notlage des Haftpflichtigen oder generell als Kriterium der Schadensermittlung in Betracht zu ziehen sind. Letztere Ansicht vertritt neben WILBURG und SCHILCHER, soweit ersichtlich, nur V.BÜREN[108]. Hingegen ist die Notlagenreduktion in der Schweiz in Art. 44 Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen. Für die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei drohender Notlage des Haftpflichtigen sprechen – gemäss OFTINGER/STARK[109] – Gründe der Billigkeit und der Zweckmässigkeit. Sie ist freilich nur dann sinnvoll, wenn dem Haftpflichtigen nicht ohnehin der finanzielle Ruin droht. Anderenfalls würde man lediglich den Geschädigten gegenüber anderen Gläubigern benachteiligen[110]. Unklar ist, ob einer nachträglichen Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen und dem Geschädigten ein Nachklagerecht einzuräumen ist[111]. Vor allem aber stellt sich die Frage, in welchen Fällen von einer drohenden Notlage gesprochen werden kann. Nach Ansicht von OFTINGER/STARK ist dies so lange ausgeschlossen, als «pfändbares Vermögen vorhanden ist»[112]. Bei einer solch restriktiven Handhabung kann die Sorge für das Existenzminimum freilich ebensogut durch die *Pfändungsschutzbestimmungen* im Zwangsvollstreckungsrecht wahrgenommen werden[113]. Die Problematik braucht hier nicht weiter vertieft zu werden, da der Notlagenreduktion – wie noch zu zeigen sein wird[114] – in der Praxis kaum Bedeutung zukommt. Dies ist wohl auch der Grund, wes-

---

[107] *Schilcher* 179.

[108] *v.Büren* 63. In bezug auf Aufwendungen für ein unerwünschtes Kind jüngst auch *Oftinger/Stark* § 2 N 54, siehe vorne § 1 IV 3.

[109] § 7 N 58.

[110] Siehe auch BGE 52 II (1926), 451, 457 f.

[111] Ein Nachklagerecht wird bejaht von *v.Tuhr/Peter* 105; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 57; *Keller/Gabi* 106; unschlüssig *Oftinger/Stark* § 7 N 56, die auf die fehlende gesetzliche Grundlage hinweisen.

[112] *Oftinger/Stark* § 7 N 54.

[113] In diese Richtung auch das Fazit bei *Oftinger/Stark* § 7 N 58. Siehe bereits *Hedemann* (Fn. 1) 111 Fn. 24, wonach zwar erwünscht sei, dass die Haftpflichtigen existenzfähig bleiben. «Aber es dürfte aus prozesstechnischen Gründen bedenklich sein, die Durchführung dieses Gedankens schon in das Stadium der Feststellung des *materiellen* Anspruchs statt in das Stadium der *Vollstreckung* zu verlegen. Auch verliert der Gläubiger dadurch unbilligerweise den Vollstreckungstitel, der es ihm sonst möglich macht, bei nachträglicher wesentlicher Verbesserung der Vermögensverhältnisse des Schadensstifters sofort zuzugreifen.»

[114] Vgl. hinten II 3.

halb die soziale Schadensverteilung in der Literatur kaum Beachtung findet, und nicht, wie SCHILCHER vermeint, weil die Rechtswissenschaft im Banne eines jeglichem sozialen Gedankengut abholden «Pseudoliberalismus» steht.

II. Ersatzreduktion im schweizerischen Recht

1. Trennung von Schadensberechnung und Schadensbemessung

a) Nach der schweizerischen Doktrin ist die Schadensberechnung streng von der Schadenersatzbemessung zu trennen[115]. Die Schadensberechnung ist ein rein kalkulatorischer Vorgang, auf den die Umstände des Falles wie das leichte Verschulden des Schädigers oder das Selbstverschulden des Geschädigten keinen Einfluss haben[116]. Obwohl diese Unterscheidung auch in der Rechtsprechung anerkannt ist, hält die Praxis die beiden Operationen nicht immer streng genug auseinander. So hat das Bundesgericht in Einzelfällen auf eine prozentuale Kürzung bei der Schadenersatzbemessung verzichtet und stattdessen eine besondere Zurückhaltung bei der Schadensberechnung geübt[117].

Das geltende dogmatische System der Ersatzermittlung wurde namentlich durch GUHL entwickelt. GUHL setzte sich in seinem Werk «Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung» insbesondere mit der im ausgehenden 19. Jahrhundert in Deutschland verbreiteten Auffassung auseinander, die Berücksichtigung des Verschuldens verleihe dem Schadenersatz den Charakter einer Strafe. Um diesen Vorwurf zu entkräften, befürwortete er im Rahmen der Schadensberechnung die Ermittlung des ganzen, nur durch das Erfordernis der Adäquanz begrenzten Schadens, «gerade wie wenn auch das OR wie das deutsche BGB vollen Ersatz vorschreiben würde»[118]. Damit sei zugleich das Maximum dessen bestimmt, was der Schädiger zu leisten hat. Indem das Verschulden (wie auch die sonstigen

---

[115] *Oftinger* 66; *Oftinger/Stark* § 7 N 1; *BernerKomm/Brehm* Art 43 N 29; *Rey* N 395; *Merz* 214; so bereits *Guhl* 36 und 41 sowie *ZürcherKomm/Oser* Art. 43 Anm. V.

[116] Vgl. statt aller *Oftinger/Stark* § 2 N 82.

[117] Vgl. BGE 57 II (1931), 81, 89 f.; 89 I (1963), 483, 498: «Cependant, vu l'absence de faute concomitante de la victime, on ne réduira pas le montant de la réparation due à une fraction arithmétique du dommage; on laissera bien plutôt à la charge du demandeur les éléments du dommage qui peuvent donner lieu à des doutes et l'on mettra à la charge des défendeurs ceux dont l'existence est certaine» (siehe zu dieser Entscheidung auch hinten Fn. 154); vgl. die Kritik bei *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 30.

[118] *Guhl* 36; vgl. demgegenüber noch *Bluntschli* (Fn. 16) Anmerkung zu § 999, wonach bei böser Absicht «jeder Richter mit Recht die Berechnung weiter fassen» wird.

Umstände) nie zu einer Erhöhung, sondern bloss zu einer Reduktion dieses Betrages führt, könne der Zweck des Art. 43 Abs. 1 OR nicht darin liegen, dem Schädiger ein Übel zuzufügen. Die Gesetzesbestimmung steht aus diesem Grunde, gemäss GUHL, in Übereinstimmung mit der Forderung, den Schadenersatz von pönalen Gesichtspunkten freizuhalten[119]. Die Schadensbemessung charakterisiert sich folglich als *Ersatzreduktion*[120].

b) Die herrschende Dogmatik räumt dem Richter bei der Schadensbemessung erstaunlich grosse Freiheit ein. Bei geringem Verschulden *kann* er den Ersatz herabsetzen, er muss aber nicht. Gleiches gilt bei geringer Kausalität zwischen der haftungsbegründenden Ursache und dem eingetretenen Erfolg, bei mitwirkendem Zufall oder Drittverschulden, bei fehlerhafter Beschaffenheit der Sache, bei Gefälligkeitshandlungen, bei geringem Entgelt, bei ungewöhnlich hohem Einkommen des Geschädigten, bei drohender Notlage des Schädigers usw. Liegt indessen ein Selbstverschulden oder eine mitwirkende Kausalhaftung vor, so *muss* der Richter den Ersatz reduzieren. Eine solche Vielfalt an Kriterien, die überwiegend nicht zwingend zu einer Ersatzreduktion führen müssen und der Richter nach Billigkeit berücksichtigen kann, rückt die Festsetzung des Ersatzbetrages in die Nähe der Willkür. Bezeichnend auch die Ausführungen GUHLs, wonach unter den Begriff der Umstände in Art 43 Abs. 1 OR eine ganze Anzahl von Faktoren fallen, «die inkommensurabel und zur Aufstellung von allgemeinen Regeln deshalb völlig ungeeignet sind». Diese Bestimmung ist seiner Ansicht nach «nichts anderes als ein Rat des Gesetzgebers an den Richter, bei seinem freien Ermessen die weitgehendste Billigkeit walten zu lassen»[121]. In neuerer Zeit hat STARK darauf hingewiesen, dass man mit Blick auf die Gleichbehandlungspflicht und die Rechtssicherheit «eine so stark durch das Ermessen bestimmte Haftpflichtordnung als zu unbestimmt ablehnen» müsste. «Aber nur die weitgehende Freiheit des Richters gestattet es, den zahlreichen Umständen bei der Entstehung eines Schadens Rechnung zu tragen, ohne deren Berücksichtigung ein zutreffendes Urteil kaum möglich wäre.»[122] Während sich also die Doktrin bemüht, den Begriff des Schadens mit Hilfe der Differenzhypothese von Wertungen möglichst frei zu halten, ermächtigt sie den Richter im Rahmen der Ersatzbemessung weitgehend zur *Billigkeitsrechtsprechung*.

---

[119] *Guhl* 41, 52.

[120] *v.Büren* 54.

[121] *Guhl* 31. Die Rechtssicherheit sieht er durch die Mitberücksichtigung des Verschuldensgrades gewahrt.

[122] *Oftinger/Stark* § 7 N 5a.

2. *Die einzelnen Reduktionsgründe*

a) Das Gesetz schreibt im einzelnen nicht vor, welche Faktoren für die Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden dürfen. Es erwähnt in den Art. 43 und 44 OR lediglich einige Kriterien: in Art. 43 OR neben der Grösse des Verschuldens ganz allgemein die Umstände, in Art. 44 OR das Selbstverschulden sowie – im zweiten Absatz – die drohende Notlage des Geschädigten. Lehre und Rechtsprechung haben weitere, im Rahmen des richterlichen Ermessens zu berücksichtigende Faktoren herausgearbeitet. Sie lassen sich gruppieren einerseits in Umstände auf seiten des Schädigers, sodann Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, und schliesslich Umstände, die weder allein auf seiten des Schädigers noch des Geschädigten liegen[123].

b) Von den *Umständen, welche den Schädiger betreffen,* ist das Verschulden das wesentlichste. Eine Reduktion kommt – im Rahmen der Verschuldenshaftung – namentlich bei leichter Fahrlässigkeit in Frage, während sie bei schwerem Verschulden, d.h. Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, ausgeschlossen ist. Umstritten ist, ob der Ersatz bei mittlerem Verschulden, d.h. gewöhnlicher Fahrlässigkeit, ermässigt werden darf. Nach überwiegender Ansicht kommt eine Reduktion nur bei leichtem Verschulden in Betracht[124], wobei teilweise noch ungewöhnlich schwere Folgen vorausgesetzt werden[125]. Diese Einschränkung lässt sich kaum mit dem von der herrschenden Literaturmeinung hochgehaltenen Gedanken des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatz vereinbaren[126].

Im Grunde schwankt das Schrifttum bei diesem Reduktionsgrund nach wie vor zwischen den Positionen von BURCKHARDT einerseits und ROTT andererseits[127]. Die Ansicht, dass ein kleiner Fehler nicht zum wirtschaftlichen Ruin des Betroffenen führen dürfe, findet sich namentlich bei OF-

---

[123] Vgl. auch *B. Rusconi*, Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Bd. II, Zürich 1981, 537, 539; *R. Brehm*, L'étendue des dommages-intérêts (dans le cadre des art. 43 al. 1 et 44 al. 2 CO), in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Bd. II, Zürich 1981, 499, 500; *Keller* I 124 ff.

[124] BGE 91 II (1965), 291, 297; 92 II (1966), 234, 240; 99 II (1973), 176, 181; *Oftinger* 264; *Oftinger/Stark* § 7 N 11; *Keller* I 125; *Deschenaux/Tercier* 244; a.M. *Zürcher-Komm/Oser/Schönenberger* Art. 43 N 3; unentschieden *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 79.

[125] Vgl. *Deschenaux/Tercier* 244; einschränkend auch *Oftinger* 264; ähnlich *Oftinger/Stark* § 7 N 12.

[126] Vgl. z.B. *Oftinger* 263 f., der aber merkwürdigerweise auch hervorhebt, dass der Totalersatz die Regel sein müsse. Überdies lehnt *Oftinger* selbst bei leichter Fahrlässigkeit, die zu ungewöhnlich schweren Folgen geführt hat, einen Zwang zur Reduktion ab; vielmehr sei eine Reduktion nur angezeigt, wenn die Billigkeit sie erfordert; a.a.O. Fn. 9.

[127] Vgl. vorne Fn. 29 f.

TINGER/STARK[128]. Danach seien zahlreiche Schädigungen «dadurch gekennzeichnet, dass eine kleine Ursache einen sehr grossen Schaden herbeiführen kann». Dies sei vor allem deshalb problematisch, weil der Übergang zwischen Nichtverschulden und Fahrlässigkeit meistens fliessend ist. Bejaht der Richter die Verschuldensfrage, entsteht unter Umständen eine schwere Belastung des Geschädigten, verneint er sie, muss der Geschädigte seinen Schaden selber tragen. Aus diesem Dilemma zwischen dem «Entweder-Oder», dem «Alles-oder-nichts» befreit ihn «in gewissem Sinne der Grundsatz der Proportionalität zwischen Verschulden und Haftpflicht: Sie sollen sich im Gleichgewicht befinden.»[129] Die entgegengesetzte Auffassung, wonach jede Ersatzreduktion zu Lasten des Geschädigten geht «und es im konkreten Fall als gerechter erscheinen mag, dass der leicht fahrlässig handelnde Schädiger in vollem Umfang für den Schaden aufkommt, als den Geschädigten, der keine Schadensursache gesetzt hat, einen Teil des Schadens tragen zu lassen», wird namentlich von REY[130] vertreten.

Als weiterer auf seiten des Schädigers liegender Umstand, welcher zu einer Ersatzreduktion führen kann, gilt die drohende Notlage des Ersatzpflichtigen[131]. Dieser Reduktionsgrund darf nur berücksichtigt werden, wenn weder Absicht noch grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Zu berücksichtigen ist zudem, ob Regressansprüche bestehen und ob der Geschädigte durch die Ersatzreduktion selber in Not geraten würde.

c) Der Ersatz kann sodann auch aufgrund von *Umständen, für die der Geschädigte einzustehen hat*, reduziert werden. Der praktisch bei weitem wichtigste Reduktionsgrund ist das Selbstverschulden des Geschädigten. Eine aussergewöhnlich schwere Form des Selbstverschuldens kann in der Einwilligung in die schädigende Handlung erblickt werden. Als weitere Umstände auf seiten des Geschädigten sind mitwirkende Kausal- oder Gefährdungshaftungen, vor allem die Betriebsgefahr eines Fahrzeuges, sowie das Betriebsrisiko des Arbeitgebers (Stichwort: gefahrgeneigte Arbeit) zu nennen. Erwähnt werden im Schrifttum ferner die konstitutionelle Prädisposition und – sozusagen als Parallelfall – die fehlerhafte Beschaffenheit einer Sache. Schliesslich sind auch das ungewöhnlich hohe Einkommen des Geschädigten sowie – im älteren Schrifttum – Sachschäden an Luxusgegenständen als Re-

[128] § 7 N 11; vgl. aber auch dieselben a.a.O. N 12: «Als Regel muss man festhalten, dass der Geschädigte vollen Ersatz beanspruchen darf ... Dem Schädiger kann man nur zu Lasten des Geschädigten entgegenkommen.» Ferner *v.Tuhr/Peter* 105; *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 26.

[129] *Oftinger/Stark* § 7 N 11.

[130] N 399.

[131] Vgl. Art. 44 Abs. 2 OR.

duktionsgründe anerkannt. Art. 44 Abs. 1 OR hält überdies fest, dass der Geschädigte nicht nur für seinen Anteil bei der Entstehung, sondern auch bei der Verschlimmerung des Schadens einzustehen hat[132].

d) Als *Umstände, die weder auf seiten des Schädigers noch des Geschädigten liegen*, kommen der mitwirkende Zufall, das mitwirkende Drittverschulden und ein entfernter Kausalzusammenhang in Betracht[133]. Bei allen drei Faktoren handelt es sich im Grunde um ein Kausalproblem[134]. Je entfernter der Kausalzusammenhang, desto stärker müssen andere Umstände, seien sie zufällig oder durch einen Dritten gesetzt, den Schaden mit verursacht haben. Die Reduktion wird denn auch damit begründet, dass die «sehr weit gehende Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges» insofern eine «notwendige, korrigierende Wirkung finden» kann[135]. Diese Auffassung verträgt sich streng genommen nicht mit der Funktion des adäquaten Kausalzusammenhanges[136]. In der neueren Lehre wird der Anwendungsbereich dieser Reduktionsgründe allerdings stark eingeschränkt. Während etwa nach BREHM[137] «das Drittverschulden nur ganz ausnahmsweise als Herabsetzungsfaktor zugezogen werden» darf, sollte dies nach Ansicht von MERZ[138] ganz ausgeschlossen sein. Auch die Reduktion wegen schwacher Intensität des Kausalzusammenhanges wird als problematisch bezeichnet, und der mitwirkende Zufall soll nur dann zu einer Herabsetzung führen, «wenn besondere Umstände es ausnahmsweise nahelegen»[139].

Als Reduktionsgründe kommen schliesslich auch Gefälligkeitshandlungen oder – im Rahmen der Vertragshaftung – ein bescheidenes Entgelt in Betracht. Wenngleich im Schrifttum jeweils betont wird, dass die Aufzählung der Reduktionsgründe aufgrund der weiten Fassung des Art. 43 Abs. 1 OR nicht abschliessend sei, sind andere Gründe äusserst selten.

3. Praktische Bedeutung der Reduktionsgründe

a) Die vielfältigen Reduktionsgründe sind – wie bereits bemerkt – geeignet, den Eindruck einer vor allem an Billigkeitsgesichtspunkten ausge-

---

[132] Ausführlich zu den Umständen auf seiten des Schädigers hinten § 10.

[133] Vgl. *Oftinger/Stark* § 7 N 33 ff., 40 ff., 45; siehe auch *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 52 ff.; *Keller* I 129 ff.

[134] Diese erkennen auch *Oftinger* 278; *Keller* I 130.

[135] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 54.

[136] So zutreffend *Keller* I 70 f.

[137] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 87.

[138] S. 223; im Ergebnis ebenso *Oftinger/Stark* § 7 N 40 ff.

[139] *Oftinger/Stark* § 7 N 34.

richteten Schadenersatzzusprechung zu vermitteln. Nach wie vor gilt aber, was GUHL bereits Anfang dieses Jahrhunderts diesbezüglich ausgeführt hat: «Ebenso wichtig, vielleicht noch wichtiger als die Vorschrift des Gesetzes ist dessen Anwendung in der Praxis, wenn man über eine gesetzliche Bestimmung sich ein Urteil bilden oder eine Kritik fällen will.» Dies sei insbesondere dann wesentlich, wenn es sich um eine derart kurz gefasste und unbestimmte Gesetzesstelle, wie Art. 43 Abs. 1 OR es ist, handelt. Die Analyse der Praxis ist, so GUHL, «nicht bloss ein Mittel zur Interpretation des Gesetzes, sie ist auch der beste Prüfstein für dessen Wert»[140].

Im Anschluss an die zahlreichen, in der Literatur aufgeführten Reduktionsgründe lohnt es sich zu prüfen, inwiefern diese Umstände in der Rechtsprechung tatsächlich berücksichtigt werden. Dass Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, in der Praxis bedeutsam sind, ist nicht zu bezweifeln. Auch die Literatur bezeichnet das Selbstverschulden als den bei weitem wichtigsten Reduktionsgrund. Dies ist indessen nicht eine Eigenart des schweizerischen Rechts, sondern in wohl allen Rechtsordnungen anerkannt[141]. Auf die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten ist im nächsten Kapitel näher einzugehen. Vorliegend steht indessen die Frage im Vordergrund, welche praktische Bedeutung den Umständen zukommt, *die nicht in der Sphäre des Geschädigten liegen*, namentlich dem Verschulden des Schädigers. Diesbezüglich führte bereits GUHL aus: «Die bundesgerichtlichen Urteile, wo ausdrücklich auf die Funktion des Verschuldens hingewiesen wird, sind nicht so häufig, wie man erwarten dürfte.»[142] Diese Feststellung ist umso bemerkenswerter, als die in der Literatur angeführten Rechtsprechungsbeispiele mehrheitlich aus der älteren Praxis stammen.

b) Es ist das Verdienst des deutschen Autors SCHWAMB, im Rahmen seiner umfangreichen Dissertation eindringlich auf die praktische Bedeutungslosigkeit der unter Art. 43 OR zu subsumierenden Reduktionsgründe hingewiesen zu haben. SCHWAMB[143] hat unter Auswertung der in der Schweizerischen Juristischen Kartothek zusammengestellten Rechtsprechungsübersicht, welche fast alle veröffentlichten Entscheidungen sowohl des Bundesgerichts als auch der kantonalen Gerichte berücksichtigt, für die

---

[140] *Guhl* 32.

[141] Vgl. z.B. für Deutschland: § 254 BGB; Österreich: § 1304 ABGB; rechtsvergleichend: *A.M. Honoré*, Causation and Remoteness of Damage, International Encyclopedia of Comparative Law: XI Torts, Tübingen u.a. 1983, 7-145 ff.; siehe zum Selbstverschulden hinten § 10 II.

[142] *Guhl* 39; vgl. auch *Oftingers* Bemerkung, wonach die Judikatur «auffallend spärlich» sei (264 Fn. 9).

[143] *Schwamb* 119 ff.

Zeitspanne von 1938 bis 1976 bloss *neun Fälle* gefunden[144], in denen aus einem Grunde reduziert wurde, der nicht auf seiten des Geschädigten liegt, davon in vier Fällen[145] wegen geringer Schuld[146]. Sowohl in relativen als auch in absoluten Zahlen spielen die nicht auf seiten des Geschädigten liegenden Reduktionsgründe eine kaum nennenswerte Rolle. Um die Bedeutung der einzelnen Reduktionsgründe besser beurteilen zu können, scheint es daher angezeigt, den im Schrifttum angeführten Rechtsprechungsnachweisen näher nachzugehen. Die umfassendste Zusammenstellung findet sich bei OFTINGER/STARK[147]. Analysiert man die dort zitierten Entscheidungen zu den einzelnen Reduktionsgründen, so ergibt sich folgendes Bild:

c) Im Rahmen der Reduktion wegen *leichten Verschuldens* erwähnen OFTINGER/STARK[148] insgesamt neun Bundesgerichtsentscheidungen, wovon in vier Fällen eine Reduktion abgelehnt[149] und in einem Fall die Reduktion vor allem im Hinblick auf das Mitverschulden des Geschädigten vorgenom-

---

[144] Hinzu kommen noch weitere vier in der Kartothek nicht erwähnte Entscheidungen: in zwei Fällen ging die Schädigung von Kindern aus (BGE 70 II (1944), 136, 140 f.; 100 II (1974), 332, 337 f.), in einem Fall wurde der Ersatz wegen geringen Verschuldens herabgesetzt (BGE 96 II (1970), 172, 176 ff.), schliesslich wurde in einem Staatshaftungsfall wegen geringen Verschuldens, mitwirkenden Zufalls und Vorliegens einer Gefälligkeitshandlung reduziert (BGE 89 I (1963), 483, 497 f.); siehe zu den letzten beiden Entscheidungen hinten Fn. 154 ff.

[145] Kantonsgericht Graubünden, Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden 1960, 70, 78 (Verhalten der Organe der Bündner Kraftwerke «nicht gerade grobfahrlässig», daher sei der Schadensbetrag von ca. 54'000 Fr. um zwanzig Prozent auf ca. 43'000 zu reduzieren); Appellationsgericht Basel-Stadt BJM 1961, 189, 199 (Fahrlässigkeit eines chemischen Unternehmens und eines Verkaufsladens: Reduktion von 24'339 Fr. auf 16'000 Fr.; unklar bleibt, ob das Gericht den Abzug nicht in erster Linie wegen hypothetischer Kausalität vornahm); Tribunale di Appello Ticino Rep. 1969, 229, 230 (leichtes Verschulden des Vermieters: Ersatz von 222 Fr. auf 200 Fr. reduziert); Arbeitsgericht der Stadt Bern SJZ 1974, 264, 265 (leichtes Verschulden des Arbeitnehmers bei Nichtantritt der Stelle: «Reduktion im Sinne von Art. 337d Abs. 2 OR» von ca. 400 Fr. auf 200 Fr.); hinzu komme der in der Kartothek nicht erwähnte BGE 96 II (1970), 172, 176 ff.

[146] Insgesamt führt er 91 Fälle an, in denen der Ersatz reduziert wurde, wobei der weitaus wesentlichste Grund das Mitverschulden bzw. die mitwirkende Kausalhaftung war (in 76 Fällen). In weiteren sechs Fällen wurde aus einem anderen auf seiten des Geschädigten liegenden Grund reduziert: vier Fälle betreffen die konstitutionelle Prädisposition, zwei Fälle die fehlerhafte Beschaffenheit einer Sache.

[147] In § 7; siehe ferner auch *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 52 ff, 77 ff. und Art. 44 N 74 ff.; *Keller* I 124 ff.

[148] § 7 Fn. 18 und 20; *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 78 weist zusätzlich noch auf zwei unveröffentlichte BGE, bei denen das leichte Verschulden des Schädigers bei der Reduktion offenbar mitberücksichtigt wurde.

[149] BGE 91 II (1965), 291, 297; 92 II (1966), 234, 240 f.; 99 II (1973), 176, 181; 100 II (1974), 332, 337 f.

men wurde[150]. Von den verbleibenden vier Fällen sind zwei älteren Datums[151]. Aus dem Zeitraum seit 1940 finden sich somit ganze *zwei* veröffentlichte Bundesgerichtsurteile mit Reduktion wegen leichten Verschuldens, wobei beide aus den sechziger Jahren stammen[152]. Seit dem Jahre 1970 spielte dieser Reduktionsgrund, soweit ersichtlich, nur in einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Bern eine Rolle[153].

Mit Blick auf die in der Literatur im Zusammenhang mit der Reduktion wegen leichten Verschuldens gemachten Ausführungen ist von Interesse, welche Umstände bei den beiden erwähnten bundesgerichtlichen Entscheidungen vorlagen. In einem Fall ging es um eine Staatshaftung, genauer: um die Haftung zweier Kantone für Fahrlässigkeit ihrer Beamten[154]. Dass dies nicht gerade ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit einer Reduktion wegen leichten Verschuldens darstellt, dürfte ausser Streit stehen[155]. Gleiches gilt bezüglich des zweiten Falles, in dem die Ersatzpflicht gegen eine Bergbahngesellschaft um zwanzig Prozent herabgesetzt wurde[156]. Die Reduktion ist umso bemerkenswerter, als das für die Aktiengesellschaft handelnde Organ nicht leichtfahrlässig handelte, sondern lediglich «nicht geradezu elementarste, sich jedem vernünftigen Menschen gebieterisch aufdrängende Gebote der Sorgfalt verletzt»[157] hat.

d) Auch der Reduktionsgrund der *drohenden Notlage* findet sich vor allem in älteren Entscheidungen. OFTINGER/STARK zitieren bloss vier Urteile, die in den letzten sechzig Jahren ergangen sind, in drei davon wurde die Reduktion freilich abgelehnt[158]. Im verbleibenden Fall reduzierte das Gericht

---

[150] BGE 82 II (1956), 25, 31 ff.

[151] BGE 53 II (1927), 419, 430 (Vermischung von Schadensberechnung und -bemessung); 59 II (1933), 364, 370.

[152] BGE 89 I (1963), 483, 497; 96 II (1970), 172, 176; vgl. auch die kantonalen Entscheidungen bei Fn. 145.

[153] SJZ 1974, 264, 265 (vgl. dazu bereits Fn. 145).

[154] BGE 89 I (1963) 483, 496 ff.

[155] Das Urteil ist ohnehin kaum ein geeignetes Beispiel für eine entsprechende Reduktion. Denn obwohl in der Begründung erläutert wird, dass nach allgemeiner Ansicht eine Herabsetzung wegen leichten Verschuldens und wegen mitwirkenden Zufalls erfolgen könne und im vorliegenden Fall beide Gründe vorliegen würden, nimmt es letztlich gleichwohl keine Reduktion vor: «Cependant, vu l'absence de faute concomitante de la victime, on ne réduira pas le montant de la réparation due à une fraction arithmétique du dommage; on laissera bien plutôt à la charge du demandeur les éléments du dommage qui peuvent donner lieu à des doutes et l'on mettra à la charge des défendeurs ceux dont l'existence est certaine» (a.a.O. 498).

[156] BGE 96 II (1970), 172, 176 ff.

[157] A.a.O. 177.

[158] BGE 79 II (1953), 350, 355; 90 II (1964), 9, 14 f.; 108 II (1982), 422, 427. Vgl. zusätzlich noch Obergericht Zürich ZR 1967, 210, 215: Reduktion von 45'000 auf 36'000 Fr.

den Ersatzbetrag von rund 21'000 auf 4000 Fr., d.h. um über achtzig Prozent[159]. Obwohl die Urteilsbegründung keine Angaben über die finanzielle Lage des Beklagten enthält, erscheint es doch eher unwahrscheinlich, dass der Schädiger bei Zahlung solcher Beträge – selbst bei Berücksichtigung der höheren Kaufkraft in den fünfziger Jahren – in eine Notlage zu geraten drohte. Nach BREHM erfolgte die Kürzung unter anderem auch deshalb, weil möglicherweise noch weitere Rückgriffe auf denselben Ersatzpflichtigen hätten folgen können[160]. Zukünftige hypothetische Ansprüche sollten allerdings – wie BREHM zu Recht kritisiert – keine Berücksichtigung finden; gegebenenfalls müsste dies durch die Gerichte, welche die nachfolgenden Ansprüche beurteilen, erfolgen[161]. In einer späteren Entscheidung hat das Bundesgericht die Berücksichtigung weiterer Regressansprüche denn auch abgelehnt[162]. Letztlich erfolgte die massive Reduktion wohl weniger aus Sorge um eine drohende Notlage als vielmehr – wie namentlich aus den Ausführungen am Ende der Entscheidung hervorgeht – wegen des Umstandes, dass ein Sachversicherer für seine Schadensdeckung eine Gegenleistung in Form von Versicherungsprämien erhält und deshalb auf den Regress im Grunde nicht angewiesen ist[163]. Sieht man von diesem einen Fall ab, so fand die drohende Notlage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *seit über sechzig Jahren keine Anwendung* als Reduktionsgrund. Dies mag vor allem auch mit der Ausbreitung der Haftpflichtversicherungen zusammenhängen[164].

e) Beim *mitwirkenden Zufall* als Reduktionsgrund zitieren OFTINGER/STARK wiederum vor allem ältere Bundesgerichtsentscheidungen. Aus den Jahren nach 1940 finden sich nur *zwei* Entscheidungen, wobei es sich bei der einen um die bereits erwähnte Staatshaftung handelte; das Bundesgericht hatte die Reduktion sowohl mit dem leichten Verschulden als auch mit dem mitwirkenden Zufall begründet[165]. Im anderen Fall hafteten ein Elektri-

---

[159] BGE 80 II (1954), 247, 250.

[160] *Brehm* (Fn. 123) 523 f.; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 74.

[161] *Brehm* (Fn. 123) 524.

[162] Vgl. BGE 100 II (1974), 332, 337 f.

[163] BGE 80 II (1954), 247, 256: «Il n'y a aucune raison que l'assureur ne supporte pas en définitive le dommage qu'il devrait couvrir si l'assuré avait commis lui-même la négligence dont son cocontractant s'est rendu coupable en exécutant ses obligations conventionnelles.»

[164] Bemerkenswert erscheint, dass der in den Vereinigten Staaten nur in Louisiana anerkannte Reduktionsgrund der «inability to pay» im Jahre 1985 durch eine Änderung der Rechtsprechung aufgehoben wurde; Court of Appeal of Louisiana, Rodriguez v. Traylor, South Reporter 2d (486) 1985, 1186: «Wealth or poverty of a party to a lawsuit is not a proper consideration in the determination of compensatory damages.»

[165] BGE 89 I (1963), 483, 497 f.; des weiteren wurde auch das Vorliegen einer Gefälligkeitshandlung erwähnt, vgl. hinten Fn. 179. Siehe ferner den bereits erwähnten Entscheid des

zitätswerk, ein Kanton, eine Gemeinde und ein Architekt aus Art. 679 ZGB, Art. 58 OR und Art. 41 OR solidarisch für die Zerstörung zweier Häuser durch eine Geröll- und Schlammlawine[166]. Den Beklagten wird unter anderem vorgeworfen, durch künstliche Eingriffe in Bachläufe und übermässige Rodungen die Schädigung verursacht zu haben. Die kantonale Vorinstanz hatte den Anspruch des geschädigten Grundeigentümers anerkannt, aber wegen Mitverschuldens den Ersatz um zwanzig Prozent herabgesetzt. Nach Ansicht des Bundesgerichtes kompensierte jedoch das erhebliche Verschulden der Kausalhaftpflichtigen das Mitverschulden des Geschädigten, weshalb eine Reduktion aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Statt aber den Anspruch in voller Höhe anzuerkennen, suchte das Bundesgericht nach einem anderen Reduktionsgrund und vermochte dadurch der Vorinstanz zumindest im Ergebnis zu folgen. Die Begründung, wonach die ungewöhnlich starken Regengüsse mitursächlich für den Schaden waren[167], vermag freilich nicht zu überzeugen[168]. Der massgebliche Grund findet sich wohl im vorhergehenden Satz, wonach die Schädigung möglicherweise ohnehin eingetreten wäre[169]. Angesprochen wäre damit die hypothetische Kausalität, d.h. die Berücksichtigung der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache bei der Schadensberechnung.

Insgesamt lässt sich jedenfall festhalten, dass der mitwirkende Zufall in der bundesgerichtlichen Praxis zur Schadensbemessung seit nunmehr über fünf Jahrzehnten kaum noch eine Rolle spielt. Aufgrund dieser offenkundigen Bedeutungslosigkeit erstaunt die Feststellung bei BREHM: «Der Zufall ist der meisterwähnte Umstand zur Herabsetzung der Schadenersatzpflicht.»[170] Im Grunde hatte bereits OFTINGER zutreffend erkannt, dass der mitwirkende

---

Obergerichts Zürich ZR 1967, 210, 214: Herabsetzung wegen unglücklicher Verkettung von Umständen um rund einen Fünftel.

[166] BGE 111 II (1985), 429, 444.

[167] BGE 111 II (1985), 429, 444: «E verosimile, quindi, che l'eccezionale persistenza delle intemperie abbia aggravato le conseguenze del disastro a prescindere dai difetti riscontrati nelle opere della convenuta.»

[168] Die überzeugendere Auffassung findet sich in BGE 100 II (1974), 134, 139, welcher einen ähnlichen Sachverhalt betraf. Die unter einer Strasse durchführenden Durchlässe waren für die infolge eines heftigen Gewitters durch die Bäche mitgeführte Menge an Geröll zu klein; durch die Überschwemmungen kamen verschiedene Grundeigentümer zu Schaden. Das Bundesgericht stellte sich hinsichtlich der Frage, welche Bedeutung dem ausserordentlich starken Gewitter zuzumessen ist, zu Recht auf den Standpunkt, dass es gerade die Aufgabe dieser Werke sei, bei solchen Unwettern Schädigungen zu verhindern.

[169] BGE 111 II (1985), 429, 444: «Dalla perizia Bonnard, ripresa dalla corte cantonale, emerge che – senza le opere della OFIMA – il danno ai fondi dell'attrice si sarebbe forse prodotto ugualmente.»

[170] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 52.

Zufall «nach den Regeln der Logik» nicht bei der Schadensbemessung, sondern bei der Zurechnung zu berücksichtigen ist[171].

f) Drastischer noch steht es um das *Drittverschulden* als Reduktionsgrund. OFTINGER/STARK zitieren zwar immerhin ein Dutzend Bundesgerichtsurteile; in den seit 1940 ergangenen sechs Entscheidungen wurde indessen eine Reduktion durchwegs abgelehnt[172]. Dem Mitverschulden eines Dritten kommt daher in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seit über fünfzig Jahren *keine Bedeutung* mehr zu[173]. Auch in der Literatur scheint sich allmählich die Ansicht durchzusetzen, dass das Drittverschulden nicht als Reduktionsgrund zu betrachten ist[174].

g) Hinsichtlich des *entfernten Kausalzusammenhanges* findet sich bei OFTINGER/STARK lediglich eine Entscheidung aus der Jahrhundertwende. Auch im übrigen Schrifttum wird *keine* bundesgerichtliche Entscheidung aus den letzten sechzig Jahren angeführt[175]. Erstaunlich wiederum das Fazit bei BREHM, wonach «gerade auf diesem Gebiet Art. 43 dem Richter gute Dienste erweisen kann»[176]. Sachgerechter urteilen OFTINGER/STARK[177], die eine Reduktion wegen schwacher Intensität des Kausalzusammenhanges als «problematisch» beurteilen.

h) Schliesslich ist noch auf die Reduktion wegen Vorliegens einer *Gefälligkeitshandlung* bzw. wegen des bescheidenen Entgelts einzugehen. Von

---

[171] *Oftinger* 97 f.

[172] Gleiches gilt für die in *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 82 zusätzlich erwähnten BGE 95 II (1969), 93, 107 (offengelassen), und 97 II (1971), 403, 416.

[173] Erwähnenswert die Ausführung in BGE 93 II (1967), 317, 323, wonach das Bundesgericht eine solche Haftungsbeschränkung «nur in ganz seltenen Fällen, beim Vorliegen ganz besonderer Umstände» anerkenne; in der überwiegenden Zahl der Fälle habe das Gericht eine Herabsetzung «in den Erwägungen zwar als theoretisch möglich erwähnt, aber stets abgelehnt». In der Folge liess das Gericht jedoch offen, «ob es sich unter diesen Umständen überhaupt rechtfertige, an der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung festzuhalten».

[174] *Merz* 223; im Ergebnis auch *Oftinger/Stark* § 7 Fn. 74; abschwächend *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 87, wonach «das Drittverschulden nur ganz ausnahmsweise als Herabsetzungsfaktor zugezogen werden (sollte), und zwar nur, wenn der Verzicht auf diese Kürzung unbillig wäre».

[175] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 53 zitiert BGE 57 II (1931), 36, 46 f.; 60 II (1934), 416, 420 f.; 61 II (1935), 85, 90. Im ersten Fall wurde die Reduktion offengelassen, im zweiten Fall nur hilfsweise neben dem Mitverschulden erwähnt, und im dritten Fall wird die Festsetzung des Ersatzes der Vorinstanz überlassen und eine entsprechende Reduktionsmöglichkeit neben weiteren nur generell erwähnt.

[176] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 54; unerklärlich die Feststellung bei *v.Büren* 54, wonach im Rahmen der Schadensbemessung das Kriterium der Geringfügigkeit der Adäquanz «bei weitem das wichtigste ist und die anderen Kriterien zu einem Teil bloss seine Abwandlung bilden».

[177] § 7 N 45.

den zehn Bundesgerichtsentscheidungen, die OFTINGER/STARK[178] zitieren, führten vier zu einer Herabsetzung des Ersatzbetrages. In allen vier Fällen lagen indessen andere Reduktionsgründe vor, und die Gefälligkeitshandlung bzw. das bescheidene Entgelt wurde bloss nebenbei erwähnt[179]. In einem neueren Entscheid lehnte das Bundesgericht die Berücksichtigung einer Gefälligkeit, welche «das übliche Mass an Grosszügigkeit, an Freundlichkeit nicht übersteigt», ausdrücklich ab[180]. Es ist daher mehr als fraglich, ob diesem Reduktionsgrund noch eigenständige Bedeutung zukommt.

4. Würdigung

a) Fasst man die Analyse der bei OFTINGER/STARK zusammengestellten Rechtsprechungsnachweise zusammen, so finden sich seit den vierziger Jahren sechs Bundesgerichtsentscheide, in denen der Ersatz aus einem nicht auf seiten des Geschädigten liegenden Grund reduziert wurde[181]. Sieht man sich diese Fälle genauer an, fällt auf, dass in zwei Fällen jeweils auch ein Mitverschulden bzw. eine mitwirkende Kausalhaftung des Geschädigten vorlag. Obwohl die Gerichte die Reduktion nicht nach den jeweiligen Gründen aufzugliedern pflegen, folgt aus der Urteilsbegründung, dass in jenen Fällen, in denen mehrere Reduktionsgründe erwähnt werden, das Hauptgewicht mehrheitlich bei der Mitverantwortlichkeit des Geschädigten liegt[182]. Eine von einer etwaigen Mitverantwortlichkeit völlig unabhängige Reduktion fand in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der letzten fünfzig Jahre gemäss der

---

[178] § 7 Fn. 103 und Fn. 108 am Ende.

[179] In BGE 52 II (1926), 451, 457 wurde die Reduktion mit dem leichten Verschulden (trotz Kausalhaftung!), der drohenden Notlage und der Gefälligkeitsleistung begründet; in BGE 64 II (1938), 254, 263 wird eine ganze Seite dem Mitverschulden und lediglich ein Satz der geringen Entschädigung gewidmet; in dem bereits wiederholt erwähnten BGE 89 I (1963), 483, 497, der die Staatshaftung zweier Kantone betraf, wurde neben dem leichten Verschulden und dem mitwirkenden Zufall auch der Umstand erwähnt, dass die kantonalen Behörden im Interesse des Geschädigten gehandelt haben; in BGE 92 II (1966), 234, 242 f. wurde eine Herabsetzung um einen Viertel sowohl mit dem Selbstverschulden als auch mit dem geringen Vorteil des Geschäftes für den Beklagten begründet.

[180] BGE 117 II (1991), 609, 619.

[181] BGE 80 II (1954), 247, 250; 82 II (1956), 25, 31 f.; 89 I (1963), 483, 497; 92 II (1966), 234, 242 f.; 96 II (1970), 172, 176; 111 II (1985), 429, 444.

[182] Vgl. etwa BGE 92 II (1966), 234, 243: Reduktion wegen Mitverschuldens und «der Tatsache, dass das Geschäft für die Beklagte nur einen geringen Vorteil bezweckte»; siehe ferner auch BGE 80 III 41, 64: «Zusammen mit dem Umstande, dass ein Schaden von diesem Ausmass immerhin nur schwer vorauszusehen war, rechtfertigt das Selbstverschulden des Klägers eine Ermässigung der Ersatzpflicht um einen Drittel.»

vorhergehenden Analyse lediglich in *vier Fällen* statt[183], wobei die Reduktion in allen vier Fällen von der Sache her *nicht geboten* und von der Lage des Ersatzpflichtigen[184] her *nicht notwendig* war.

Dieser Befund wird noch bekräftigt, wenn man die Analyse auf die jüngere Rechtsprechung beschränkt. Seit den siebziger Jahren wurde in der veröffentlichten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Reduktion wegen leichten Verschuldens, drohender Notlage, mitwirkenden Zufalls, Mitwirkens Dritter, entfernten Kausalzusammenhanges, Gefälligkeitshandlung und geringen Entgelts in den wenigen Fällen, in denen die Frage überhaupt aufgeworfen wurde, mit einer Ausnahme[185] jeweils abgelehnt[186]. In der Praxis besteht mithin eine *offenkundige Tendenz, diese Reduktionsgründe zunehmend in den Hintergrund zu drängen.*

b) Nun liesse sich die relative Bedeutungslosigkeit der Reduktionsgründe in der Rechtsprechung damit begründen, dass die massgeblichen Umstände entsprechend selten vorliegen. Dies mag auf Gefälligkeitshandlungen oder die drohende Notlage des Ersatzpflichtigen auch durchaus zutreffen. Indessen dürfte in zahlreichen Fällen der Verschuldenshaftungen kein schweres Verschulden des Schädigers gegeben sein. Es erstaunt daher, dass die Gerichte den Ersatz nur selten wegen geringen Verschuldens reduzieren. Sofern in den Urteilsbegründungen überhaupt auf das Verschulden des Ersatzpflichtigen Bezug genommen wird, wird meist lediglich festgestellt, das Verschulden wiege nicht mehr leicht. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund

---

[183] BGE 80 II (1954), 247, 250; 89 I (1963), 483, 497; 96 II (1970), 172, 176; 111 II (1985), 429, 444.

[184] In zwei Fällen war auf seiten der Ersatzpflichtigen die öffentliche Hand beteiligt, in einem Fall handelte es sich um eine Aktiengesellschaft, und in einem Fall ging es um eine nicht sehr hohe Ersatzsumme von 21'000 Fr. bzw. nach Reduktion 4000 Fr. Gleiches gilt hinsichtlich der in Fn. 145 erwähnten kantonalen Entscheidungen.

[185] BGE 111 II (1985), 429, 444; dazu vorne bei Fn. 166.

[186] Gewisse Ausführungen zur finanziellen Tragfähigkeit des Schädigers finden sich in BGE 111 Ib (1985), 192, 200. Die Entscheidung betrifft einen Regress des Bundes gegen einen Milizoffizier, der im Rahmen einer Sprengung die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen in grobfahrlässiger Weise ausser acht liess, wodurch eine Drittperson schwere Verletzungen erlitt. Das Gericht führte aus: «So wird man sich vor allem in Fällen, in denen sehr hohe Schäden entstanden sind, selbst bei besonders grober Fahrlässigkeit, nur mit wenigen Prozenten des Schadens begnügen müssen, denn durch den Regress des Bundes darf der Wehrmann nicht in den finanziellen Ruin getrieben werden» (199 f.). Diese Gefahr bestand freilich ohnehin nicht, da der Beklagte offenbar durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt war. Der Grund für die Reduktion ergab sich daher eher daraus, «dass nicht der Wehrmann die sogenannte Militärgefahr zu vertreten hat, denn aufgrund der militärischen Kommandoordnung kann er auf die Art der ihm übertragenen Aufgaben keinen oder nur beschränkten Einfluss nehmen» (200). Entsprechende Überlegungen finden sich auch bei der Herabsetzung der Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer, vgl. hinten § 10 II 4.

erscheinen Ausführungen, wonach sich Verschulden und Haftpflicht «in einem Gleichgewicht befinden»[187] sollen bzw. «der Richter ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Schwere des Verschuldens und der Höhe des Schadenersatzes zu berücksichtigen hat»[188], als blosse Lippenbekenntnisse. Diese Feststellung trifft in besonderem Masse auf die mitwirkenden Drittursachen zu. Da in jedem Unfall auch ein gutes Stück Unglück steckt, werden solche Umstände in der überwiegenden Zahl der Fälle in irgendeiner Form vorliegen; in der Gerichtspraxis spielen sie jedoch (bis auf wenige aus der älteren Rechtsprechung stammende Ausnahmen) keine Rolle.

Theoretisch liesse sich gegen den Rückschluss von der Anzahl publizierter Entscheidungen auf die Bedeutung der Reduktionsgründe auch einwenden, dass diese bereits in der aussergerichtlichen Schadensregulierung Berücksichtigung finden und im übrigen nur ein geringer Teil der Entscheidungen publiziert wird. Dieser Einwand ist aber nicht stichhaltig – im Gegenteil. Der Ersatzpflichtige wird die gerichtliche Klärung wohl eher in jenen Fällen anstreben, in denen er Reduktionsgründe geltend machen kann. Und die Gerichte werden Entscheidungen, in denen der Ersatz wegen eines dieser seltenen Reduktionsgründe herabgesetzt wird, eher veröffentlichen[189]. In der Gesamtzahl aller Schadensfälle dürfte das ohnehin geringe relative Gewicht der Reduktionsgründe gemäss Art. 43 Abs. 1 OR noch merklich tiefer liegen.

c) Es bleibt die Frage, weshalb in der älteren Rechtsprechung häufiger eine Herabsetzung des Ersatzes vorgenommen wurde. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass die Begründungen meist in allgemeiner Form zahlreiche verschiedene Reduktionsgründe aufführten, so dass die Bedeutung, die den einzelnen Gründen zugemessen wurde, regelmässig im Dunkeln blieb. Überdies erwähnten die Gerichte neben den Reduktionsgründen gemäss Art. 43 Abs. 1 OR oftmals auch das Selbstverschulden oder verwiesen, ohne die Gründe für die Herabsetzung im einzelnen zu nennen, generell auf die Bestimmungen in Art. 43 und 44 OR[190]. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass in der älteren Dogmatik das Wesen der Mitverantwortlichkeit noch nicht umfassend erkannt war. Schliesslich hat man auch zwischen der Schadensberechnung und der Schadensbemessung nicht genügend klar unterschieden[191]. Mit zunehmender Fortentwicklung solcher dogmatischen

---

[187] *Oftinger/Stark* § 7 N 11.

[188] *BernerKomm/Brehm* Art. 43 N 26.

[189] *Schwamb* 125.

[190] Vgl. *Brehm* (Fn. 123) 501 m.N. in Fn. 3.

[191] Vgl. z.B. BGE 31 II (1905), 281, 290, in welchem folgende Umstände berücksichtigt wurden: «... der Umstand, dass das Verschulden des Streits nicht als schweres bezeichnet werden kann; der weitere, dass der Unfall nicht allein dem Streit angerechnet werden darf,

Unterscheidungen durch die Rechtsprechung verloren die angeführten Reduktionsgründe an Bedeutung.

d) Dieser Befund wird auch durch die vergleichende Betrachtung ausländischer Rechte bestätigt. Zwar führte LANGE in seinem im Jahre 1960 zuhanden des Deutschen Juristentages erstatteten Gutachten aus: «Der Gedanke einer Proportionalität von Schuld und Haftung hat, unter verschiedener Gestaltung im einzelnen, in zahlreichen anderen Rechtsordnungen einen festen Platz.»[192] Als Beleg für diese Behauptung verweist er auf das österreichische und das schweizerische sowie mit Einschränkungen auf das französische Recht. STOLL weist aber im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse überzeugend nach, dass die neuere Rechtsentwicklung den Proportionalitätsgedanken in den Hintergrund gedrängt hat[193]. Was die im österreichischen ABGB getroffene Regelung anbelangt, wonach der entgangene Gewinn nur bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit ersatzfähig ist, ist zu beachten, dass diese Differenzierung für den gesamten Bereich des Handelsrechts, des Wettbewerbsrechts und des Urheberrechts beseitigt wurde und man im übrigen den Begriff des entgangenen Gewinns in einem engen Sinne versteht, indem sichere Erwerbsaussichten dem Aktivvermögen zugeschlagen werden[194]. Dass dem geringen Verschulden als Reduktionsgrund auch in der schweizerischen Praxis kaum noch Bedeutung zukommt, wurde vorne ausgeführt. Unzutreffend ist sodann der Verweis auf das französische Recht. Mit Ausnahme einer Entscheidung aus dem letzten Jahrhundert hat das französische Kassationsgericht seit jeher vertreten, dass für die Festsetzung des Ersatzes nicht die Grösse des Verschuldens, sondern allein der eingetretene Schaden massgeblich ist[195]. Nicht nur im deutschen Recht, auch in den

---

sondern dass auch ein Mitverschulden des Verunglückten und eine Verkettung unglücklicher Zufälle zum Erfolg kausal mitgewirkt hat; endlich der weitere, dass es unbillig erscheinen würde, die Beklagte, die infolge des unglücklichen Ereignisses ebenfalls ihren Versorger verloren hat und die nur das Verschulden ihres verstorbenen Ehemannes zu vertreten hat, bei ihren prekären Vermögensverhältnissen ... die ganzen Folgen jenes Ereignisses tragen zu lassen»; ferner BGE 33 II (1907), 124, 132, in welchem das Bundesgericht erklärt: «In Anbetracht des schweren Verschuldens des Beklagten ist bei der Abschätzung (des Schadenersatzes) eher hoch zu gehen»; BGE 32 II (1906), 459, 465 f. mit zahlreichen Nachweisen auf Entscheidungen, in denen im Rahmen der Schadensschätzung das Verschulden berücksichtigt wurde.

[192] *Lange*, Gutachten (Fn. 2), 32.

[193] *Stoll*, RabelsZ 1970 (Fn. 105), 481 ff.; *ders.*, Consequences of Liability, 8-163 ff.

[194] Vgl. etwa *Koziol* I 16 f. m.N.

[195] Vgl die bei *Chartier* 587 Fn. 122 ff. zit. Entscheidungen. So wurde etwa im Urteil vom 8. Mai 1964 ausgeführt, «que l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité»; zit. nach *Chartier* 588; vgl. auch *ders.* 587: «Dès lors que la responsabilité est établie, la réparation doit toujours être intégrale, quel

Rechtsordnungen des romanischen, des angloamerikanischen[196] und des skandinavischen Rechtskreises hat der Haftpflichtige den Schaden grundsätzlich voll zu ersetzen[197]. STOLL formuliert daher durchaus zutreffend, wenn er vom «Verfall der Proportionalitätsidee»[198] spricht.

e) Das schweizerische Schrifttum hinkt dieser sowohl in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch in anderen Rechtsordnungen erfolgten Entwicklung hinterher und vermittelt nach wie vor ein an Proportionalitätsgesichtspunkten und sozialen Rücksichtnahmen geprägtes System der Schadenersatzfestsetzung[199]. Die augenfällig geringe Bedeutung zahlreicher in der Literatur genannter Reduktionsgründe für die Rechtsprechung wird nur unzureichend wahrgenommen und meist bloss am Rande erwähnt. Infolgedessen hielt man es auch nicht für notwendig, Gründe für die faktische Bedeutungslosigkeit der Reduktionsgründe auszumachen und die theoretische Fundierung des tradierten Systems der Schadensbemessung kritisch zu überprüfen. Stattdessen findet sich gelegentlich die Forderung an die Gerichte,

---

qu'ait été le comportement du responsable. Il en est ainsi, aussi bien en droit de la responsabilité contractuelle qu'en matière de responsabilité délictuelle.» Ferner *Chabas* 719: «Les dommages-intérêts se mesurent sur le préjudice subi, non sur la faute.»

[196] Vgl. etwa *Stein* 367: «Except in connection with the assessment of punitive damages, the fact that the plaintiff is poor and the defendant wealthy, or that the plaintiff is wealthy and the defendant poor, has nothing to do with the amount of damages which should be allowed.»

[197] Die englische Literatur weist regelmässig auf die Entscheidung House of Lords, Livingstone v. Rawyards Coal Co., Appeal Cases 5 (1880), 25, 39, hin: Danach ist als Ersatz derjenige Betrag zuzusprechen, «which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation». Siehe auch *Harris* 309: «The stated goal of assessing damages in tort is 'full' compensation.» Vgl. die weiteren Hinweise bei *Stoll*, Consequences of Liability, 8-27. *Stoll* (a.a.O. 8-162) erwähnt insbesondere auch das polnische Recht, das ursprünglich für die Ersatzfestsetzung generell auf die Umstände verwies. Als die Gerichte begannen, von dieser Ermessensfreiheit vermehrt Gebrauch zu machen, führte dies zu willkürlichen Entscheidungen. Im neuen Gesetz von 1964 wurde infolgedessen die Ermessensfreiheit stark eingeschränkt; siehe auch *ders.*, RabelsZ 1970 (Fn. 105), 490. Der Grad der Schuld als möglicher Herabsetzungsgrund wird auch im portugiesischen Zivilgesetzbuch genannt, doch darf der Richter die Ersatzleistung nur ausnahmsweise, bei Vorliegen besonderer Umstände, herabsetzen; vgl. *Stoll*, RabelsZ 1970 (Fn. 105), 486, 489 f.; *ders.*, Consequences of Liability, 8-163.

[198] *Stoll*, RabelsZ 1970 (Fn. 105), 490.

[199] Vgl. *Keller* I 124: «Bei der Verschuldenshaftung nun bemisst sich der Schadenersatz von vornherein nach der Grösse des Verschuldens, was praktisch darauf hinausläuft, dass geringfügiges Verschulden zu einer Ermässigung des Ersatzanspruches führt»; ferner *Berner-Komm/Brehm* Art. 43 N 51 ff.; *v.Tuhr/Peter* 104 ff.; siehe auch die realitätsferne Feststellung *Yungs*, wonach «les tribunaux usent constamment de cette faculté, surtout lorsqu'une faute légère a eu pour conséquence un dommage très élevé», zit. nach *Brehm* (Fn. 123) 501.

wieder vermehrt Billigkeitsgesichtspunkte in die Rechtsprechung einfliessen zu lassen[200].

Sowohl die Analyse der Rechtsprechung zu den einzelnen Reduktionsgründen als auch die Betrachtung ausländischer Rechtsordnungen führen zu dem Schluss, dass das tradierte schweizerische System der Schadensbemessung den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird und überdies geeignet ist, die Gerichte bei der Entscheidfindung in die Irre zu führen. Entgegen dem in der Literatur vermittelten Eindruck ist die Qualifikation des Art. 43 OR als Reduktionsnorm keineswegs gesetzlich vorgegeben. Vielmehr lautet die Marginale dieses Artikels «Bestimmung des Ersatzes». Erst bei Art. 44 OR spricht das Gesetz von «Herabsetzungsgründen». In Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Auffassung in anderen Rechtsordnungen sollte mithin eine *Herabsetzung des Ersatzes nur bei Selbstverschulden bzw. mitwirkender Kausalhaftung* seitens des Geschädigten erfolgen[201]. Ob ergänzend noch die Notwendigkeit besteht, in Ausnahmefällen die Ersatzleistung billigkeitshalber herabzusetzen[202], soll am Ende des nächsten Paragraphen geprüft werden.

---

[200] Vgl. etwa *P. Giovannoni*, La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle, ZBJV 1962, 249, 278: «On peut même se demander si les tribunaux ne devraient pas user plus fréquemment de la liberté qui leur est laissé à cet égard par l'art. 43 CO, pour graduer l'etendue de la réparation.» Ihm zustimmend *R. Brehm*, Umfang des Schadenersatzes, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 129, N 18. Siehe auch *Keller* I 124: An Art. 43 Abs. 1 OR «denkt man viel zu wenig».

[201] Bemerkenswert der Hinweis bei *Brehm* (Fn. 123) 501: «Nous nous souvenons d'avoir lu dans la sentence arbitrale d'un juge cantonal vaudois, dans les années soixante, que l'art. 43 CO était devenu lettre morte.» *Brehm* erachtet diese Feststellung freilich «pour le moins prématuré».

[202] *Stoll*, RabelsZ 1970 (Fn. 105), 491 f., bezeichnet die Auflockerung des Grundsatzes des vollen Ausgleichs durch billige Herabsetzung des Ersatzes in Ausnahmefällen als «mittlere Lösung».

§ 10 Schadensverteilung

I. Vermeidbarer Schaden

1. Anwendungsbereich der Schadensverteilung

a) In den meisten Rechtsordnungen gilt der Grundsatz, dass bei gegebener Einstandspflicht der Haftpflichtige den ganzen ersatzfähigen Schaden zu ersetzen hat. Eine Entlastung kommt nur dann in Betracht, wenn den Geschädigten eine Mitverantwortlichkeit trifft. Der Schaden wird in diesen Fällen zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten verteilt. Andere, vom Geschädigten unabhängige Umstände, namentlich das Verschulden des Schädigers, führen hingegen nicht zu einer Schadensverteilung. Entgegen der in der schweizerischen Literatur dargestellten Theorie der Schadensermittlung entspricht – wie im vorgehenden Paragraphen dargelegt wurde – das Prinzip der *Totalreparation auch der schweizerischen Rechtswirklichkeit.*

b) Eine Ersatzreduktion wegen Mitverantwortlichkeit erfolgt bei Selbstverschulden und bei mitwirkender Kausalhaftung. Im folgenden ist zunächst nur auf den Anwendungsbereich des *Selbstverschuldens* einzugehen. Dieses bezieht sich gemäss herrschender schweizerischer Auffassung entweder auf die Entstehung oder die Verschlimmerung des Schadens[1]. Sowohl ein Verhalten, das die Schädigung mit verursacht, als auch ein Verhalten, das den Schaden erhöht oder entgegen der Schadensminderungspflicht nicht verringert, sind daher im Rahmen der Schadensverteilung zu würdigen[2]. So fallen etwa gemäss BREHM unzweckmässige und unangemessene Massnahmen im Zusammenhang mit der Schadensbeseitigung unter die Reduktionsnorm von Art. 44 Abs. 1 OR[3]. Dieselbe Auffassung wird auch im deutschen und im österreichischen[4] Recht vertreten. Die deutsche Literatur behandelt im Rahmen der Mitverantwortlichkeit (§ 254 BGB) etwa die Frage nach den Anforderungen, die an den Geschädigten bei der Suche nach der vorteilhaftesten Werkstätte zu stellen sind, oder nach der Zeitspanne, die ihm für die Vorkeh-

---

[1] Vgl. *Oftinger/Stark* § 7 N 14.

[2] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 16 ff. und 46 ff.; für das deutsche Recht *Soergel/Mertens* § 254 N 1.

[3] *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 46 ff.

[4] Vgl. *Koziol/Welser* 427; siehe aber *E. Migsch*, Die Schadensminderung als Zurechnungsproblem, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1975, 1–15.

rungen zur Schadensbehebung einzuräumen ist, aber auch die Zumutbarkeit einer Heilungsmassnahme, einer Umschulung, einer Freigabe zur Adoption bzw. Abtreibung in «wrongful birth»-Fällen und dergleichen mehr[5].

Die Reduktion wegen Selbstverschuldens erfolgt in aller Regel durch eine *prozentuale Kürzung* des zuvor berechneten Schadens. Nun vermag aber eine lineare Kürzung in jenen Fällen nicht zu befriedigen, in denen einzelne Schadensposten ganz ausgeglichen werden sollten[6]. Lässt sich z.B. der Geschädigte, dessen Fahrzeug in einem Verkehrsunfall einen Totalschaden erlitten hat, bei der Ersatzbeschaffung übermässig viel Zeit, so ist dieses Verhalten bezüglich der notwendig gewordenen Mietwagenkosten, nicht aber bezüglich der Wiederbeschaffungskosten zu berücksichtigen. Im übrigen scheinen die Gerichte hinsichtlich der Kürzungsquote zur Zurückhaltung zu neigen, wenn der Schädiger aufgrund einer Gefährdungshaftung einzustehen hat. Diese Haltung ist in jenen Fällen verständlich, in denen dem Geschädigten eine Mitverantwortlichkeit bezüglich der Entstehung des Schadensereignisses vorzuwerfen ist. Hat dieser aber durch unsinnige Dispositionen den Schadensumfang vergrössert, ist nicht einzusehen, weshalb ihn der Umstand, dass der Schädiger aus Gefährdung haftet, entlasten sollte. Das traditionelle Konzept vermag auch den praktischen Gegebenheiten nicht zu genügen. Es ist nicht zu erwarten, dass ein Gericht ein unter Umständen aufwendiges Beweisverfahren für die Berechnung einer Schadensposition durchführt, die es wegen Verstosses gegen die Schadensminderungspflicht ohnehin nicht zuerkennen will.

c) Es erstaunt daher nicht, dass in der Literatur bezüglich des *Anwendungsbereiches* des Selbstverschuldens Unsicherheiten bestehen. So bespricht z.B. BREHM das Angemessenheitserfordernis bei Reparaturaufwendungen zwar im Rahmen der Schadensberechnung, bezeichnet unangemessene Schadensbehebungsaufwendungen jedoch als Verletzung der aus Art. 44 Abs. 1 OR folgenden Schadensminderungspflicht[7]. Und in der deutschen Literatur stellt LANGE fest: «Im einzelnen kann es in den einschlägigen Fällen zweifelhaft sein, ob es einer Heranziehung des § 254 bedarf oder ob die

---

[5] Vgl. z.B. *Soergel/Mertens* § 254 N 68 ff.; *Lange* 577 ff.

[6] Nicht hierher gehört die Diskussion, ob Anwaltskosten auch bei Vorliegen eines Selbstverschuldens voll zu ersetzen sind. In diesem Sinne *P. Stein*, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 1987 I, 635, 648 ff., 658 ff.; a.M. *St. Weber*, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 1993, 2, 11 ff.; bezüglich der Ersetzbarkeit von Anwaltskosten siehe auch BGE 117 II (1991), 101, 107 f.; zum Diskussionsstand im allgemeinen *P. Gauch*, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189–201.

[7] *BernerKomm/Brehm* Art. 42 N 22 f.

durch die überflüssigen Dispositionen entstandenen Verluste von vornherein als nicht anrechenbare Schadensfolgen anzusehen sind.»[8] Dass zumindest bezüglich der Aufwendungen für die Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes der Gedanke des Selbstverschuldens fragwürdig ist, hat MERTENS bereits in den sechziger Jahren erläutert. Dem Geschädigten ist es unbenommen, sämtliche ihn gut dünkenden Dispositionen zur Schadensbeseitigung zu treffen. Oder wie MERTENS pointiert formuliert, kann der Geschädigte «auch einen Mercedes 600 als Ersatzfahrzeug mieten, wenn das alte Fahrrad beschädigt wird, mit dem er sonst zur Arbeit fährt»[9]. Entsprechendes gilt für anderweitige aus der Schädigung folgende Schadenspositionen, die nicht entstanden wären, wenn sich der Geschädigte sachgerecht verhalten hätte. So ist es einem Verletzten unbenommen, auf eine ärztliche Behandlung zu verzichten; doch hat der Schädiger die daraus folgenden Kosten und Einkommensverluste nicht zu ersetzen[10]. Es führt zu keinem Erkenntnisgewinn, wenn man solche Kosten und Einbussen grundsätzlich als Schaden qualifiziert, um sie anschliessend im Hinblick auf das Selbstverschulden in einem bestimmten Umfange zu reduzieren. Richtiger Ansicht nach stellen nicht nur unangemessene Aufwendungen, sondern alle Schadenspositionen, die bei vernunftgemässem Verhalten des Geschädigten hätten verhindert werden können, von vornherein keinen Schaden im Rechtssinne dar.

Obwohl MERTENS die Frage nach dem Ersatz für Schadensbeseitigungsmassnahmen zutreffend als Problem der Schadensberechnung erkannt hat, ist sein Vorschlag, die Schadensberechnung aufgrund der «Soziabilitätsschranke» einzugrenzen, abzulehnen[11]. Erfolgversprechender als eine allge-

---

[8] *Lange* 590.

[9] *Mertens* 177; vgl. auch die entsprechenden Ausführungen in Court of Appeal, Darbishire v. Warran, Weekly Law Reports 1963/1, 1067, 1075: «It is important to appreciate the true nature of the so-called 'duty to mitigate the loss' or 'duty to minimise the damage.' The plaintiff is not under any contractual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant.» Ähnlich bereits High Court of Justice, Wallems Rederij A./S. v. WM. H. Muller and Company, Batavia, King's Bench Division 1927/2, 99, 104 f.

[10] Vgl. *Stein* 330, wonach der oder die Geschädigte «cannot be required to obtain the help of doctors which he or she does not want. The plaintiff may lie in the street and bleed to death if he or she does not choose to allow a tourniquet to be applied. But, if he or she makes that election, he or she will be allowed to recover for the original cut, but not for the bleeding which could have been prevented.»

[11] Vgl. vorne § 1 II 3; ebenso in *Soergel/Mertens* § 254 N 3 ff.; ihm folgend *Lange* 553 f.: «Im Verschulden des § 254 steckt daher nicht nur die Vorstellung einer natürlichen culpa con-

meine Schadensbegrenzungsformel ist es, die Kriterien der Angemessenheit zu formulieren und anhand von Fallgruppen die Grenzen des ersatzfähigen Schadens auszuloten[12].

2. *Bedeutung und Begründung des vermeidbaren Schadens*

a) Da in der Schweiz der Anwendungsbereich der Schadensverteilung bislang kaum problematisiert wurde[13], sind rechtsvergleichende Betrachtungen in besonderem Masse hilfreich. In verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen ist anerkannt, dass sich das Selbstverschulden im weiteren Sinne auch direkt auf das Problem des *ersatzfähigen Schadens auswirken* kann. So wird im angloamerikanischen Recht zwischen der «avoidable consequences rule» und der «comparative negligence» unterschieden[14]. Für Schadensfolgen, die der Geschädigte bei gewöhnlicher Sorgfalt hätte vermeiden können, ist kein Ersatz geschuldet. Diese unterliegen also nicht einer Schadensverteilung, sondern stellen von vornherein keine ersatzfähigen Schäden dar. Der Geschädigte kann in einem solchen Fall nur die Kosten oder Einbussen beanspruchen, die aufgrund der Schadensminderungsmassnahmen angefallen wären. Entsprechendes gilt auch im französischen und im belgischen Recht[15]. Im italienischen Recht findet sich der Grundsatz, wonach vermeidbare Schäden nicht ersatzfähig sind, ausdrücklich im Gesetz normiert[16], und

---

tra se, sondern zugleich auch eine sprachlich allerdings nicht zum Ausdruck kommende 'Soziabilitätsschranke'.»

[12] In diesem Sinne die Ausführungen im zweiten Teil dieser Arbeit.

[13] Vgl. aber die bei *Oftinger/Stark* erwähnte, noch nicht erschienene Diss. von *St. Weber*, Die Schadensminderungspflicht.

[14] *McGregor* N 272 ff.; *Prosser/Keeton* 458 ff. und 468 ff.; zum australischen Recht *M.J. Tilbury*, Civil Remedies, Bd. I, Sydney 1990, 119 ff.; *K.R. Handley*, Reduction of Damages Awards, in: Essays on Damages, hrsg. von P.D. Finn, Sydney 1992, 113–128; zum kanadischen Recht *P.J. Bates*, Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense, Advocates' Quarterly (13) 1992, 273–307. Als «leading case» gilt House of Lords, British Westinghouse Co., Ltd. v. Underground Electric Railways Co., Ltd., Appeal Cases 1912, 673.

[15] Vgl. die Nachweise bei *Stoll*, Haftungsfolgen, 250 Fn. 70, und *C. Rossello*, Il danno evitabile, Padova 1990, 197 Fn. 3.

[16] Art. 1227 Abs. 2 CCi: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.» *Stoll*, Haftungsfolgen, 250 Fn. 70, weist überdies auf § 341 des ZGB der ehemaligen DDR hin: «Die Verpflichtung zum Schadensersatz ist in dem Umfang ausgeschlossen, in dem der Geschädigte für den Schaden mitverantwortlich ist oder es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.» In dieser Bestimmung wird aber gerade nicht zwischen der Mitverantwortlichkeit für die Schädigung einerseits und den vermeidbaren Schadenspositionen andererseits unterschieden.

die Thematik wurde in einem neueren Werk eingehend dargestellt[17]. Richtiger Ansicht nach liegt dieser Grundsatz auch dem «Wiener Kaufrecht» zugrunde[18]. Obwohl die meisten Rechtsprechungsbeispiele Fälle der Vertragshaftung sind und auch die Literatur die Thematik hauptsächlich in bezug auf das Vertragsrecht abhandelt[19], gelten die Regeln des vermeidbaren Schadens auch im Deliktsrecht[20].

b) Die Unterscheidung zwischen dem Selbstverschulden im engeren Sinne und dem vermeidbaren Schaden hat nicht lediglich klassifikatorische Bedeutung, sondern ist in verschiedener Hinsicht von *praktischer Relevanz*. Zum einen kann die Unterscheidung in Fällen, in denen mehrere Ersatzpflichtige vorhanden sind, wegen des Quotenvorrechts zu einer unterschiedlichen Schadensverteilung führen. Sodann kommt dem Verschuldensgrad des Ersatzpflichtigen bei vermeidbaren Schadensfolgen nicht dieselbe Bedeutung zu wie bei der Quotenteilung. Selbst wenn dem Schädiger ein mittleres oder schweres Verschulden vorzuwerfen ist, so muss er in aller Regel[21] doch nicht für vermeidbare Schadensfolgen einstehen; dies ist auch in der deutschen Rechtsprechung anerkannt[22]. Des weiteren sind hinsichtlich vermeidbarer Schadenspositionen auch die sonstigen für die Schadensteilung beachtenswerten Umstände, wie eine mitwirkende Betriebsgefahr, unerheblich. Die für die Schadensreduktion massgeblichen Abwägungsgrundsätze sind mithin

---

[17] *Rossello* (Fn. 15) passim; vgl. ferner *S. DiPaola*, Il «dovere» di non aggravare il danno: spunti per una rilettura, Foro italiano 1984 I, 2825–2835 mit Rechtsprechungsnachweisen sowie Darstellung des Meinungsstandes in Italien.

[18] Nach Art. 77 hat die geschädigte Partei alle den Umständen nach angemessenen Massnahmen zur Verringerung des Verlusts zu treffen. « Die Versäumung der Schadensminderungspflicht führt nicht zur Schadensverteilung, sondern zum gänzlichen Ausschluss des Ersatzes, soweit der Schaden hätte vermieden werden können»; so *H. Stoll*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, hrsg. von P. Schlechtriem, 2. Aufl., München 1995, Art. 77 N 12; siehe auch *Rossello* (Fn. 15) 130 ff.

[19] Vgl. aus der umfangreichen Literatur etwa *C.J. Goetz/R.E. Scott*, The Mitigation Principle: Toward A General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Rev. (69) 1983, 967–1024; *E.A. Farnsworth*, Contracts, 2. Aufl., Boston u.a. 1990, 896 ff; *DiPaola* (Fn. 17) 2825 ff.

[20] Vgl. *McGregor* N 287; *Tilbury* (Fn. 14) N 3154; *Dobbs* 270; getrennte Darstellung der beiden Gebiete bei *Rossello* (Fn. 15) 94 ff. und 167 ff. Auch im englischen «leading case» (zit. vorne bei Fn. 14) handelte es sich um eine Vertragshaftung. Siehe dazu die Feststellung in Probate etc. Division, The Liverpool, Weekly Law Reports 1960/2, 541, 552 f.: «The classic statement about mitigation of loss ..., although made in an action arising out of a breach of contract, applies equally, mutatis mutandis, to tort.»

[21] Vgl. aber zur Berücksichtigung des Schädigerverschuldens bei der Beurteilung der Angemessenheit vorne § 4 III 2.

[22] Vgl. die Nachweise bei *Soergel/Mertens* § 254 N 116.

nicht auf den vermeidbaren Schaden übertragbar[23]. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Trennung eine begrüssenswerte Einschränkung des Anwendungsbereiches der Quotenteilung zur Folge hat. Denn wird der vermeidbare Schaden von vornherein nicht als anrechenbare Schadensfolge betrachtet, führt lediglich die Mitverantwortung des Geschädigten für das Schadensereignis zur Schadensverteilung.

Die angeführten Gründe legen es nahe, die Unterscheidung zwischen der Mitverantwortlichkeit für das Schadensereignis und dem Prinzip des vermeidbaren Schadens auch für die Schweiz zu befürworten. Das Selbstverschulden stellt infolgedessen ein Problem der Schadensbemessung dar. Der Umstand, dass der Geschädigte durch zumutbare Vorkehrungen bestimmte Schadenspositionen hätte vermeiden können, ist demgegenüber nicht erst bei der Schadensbemessung, sondern bereits bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen[24]. Diese Ansicht wird auch in einem Teil der neueren schweizerischen Literatur vertreten[25].

c) Wenig Klarheit besteht über die *rechtliche Begründung* der Unterscheidung[26]. STARK versteht den vermeidbaren Schaden als Kausalproblem: An sich sei in den entsprechenden Fallgruppen «das Unfallereignis eine con-

---

[23] Zutreffend *Geigel/Rixecker* 3. Kapitel N 43: «Wer einen Teil des Schadens wegen Mitverschuldens zu tragen hat, kann das, was er trotz der Körperverletzung noch verdient oder verdienen könnte, nicht auf den Teil des Schadens anrechnen, den er selbst zu tragen hat. Um den Betrag, den er noch verdient oder bei gutem Willen verdienen könnte, mindert sich sein Ersatzanspruch, der dann insoweit je nach der Haftungsquote zu ersetzen ist.» In der schadensrechtlichen Literatur findet sich überdies jeweils der Verdacht, dass bei der Schadensteilung auch das Bestehen einer Haftpflichtversicherung berücksichtigt wird. So kann man nach *K. Hütte*, Gedanken zur Ermittlung des haftpflichtrelevanten künftigen Schadens jugendlicher Schwerstinvalider wegen Minderung der Erwerbstätigkeit, SVZ 1991, 157, 287, 298, «gelegentlich den Eindruck erhalten ..., als würden die Gerichte das Bestehen einer Haftpflichtdeckung als Anspruchsgrundlage sozialer Art für 'ein wenig mehr' zugunsten des Geschädigten verstehen». Darauf hatte bereits *M. Keller*, Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters, FS Oftinger, Zürich 1969, 111, 116, hingewiesen. Selbst wenn man eine entsprechende Berücksichtigung bei der Schadensteilung befürworten wollte, so darf sich dies doch nicht dahingehend auswirken, dass der Schädiger bzw. dessen Versicherer einen Teil des vermeidbaren Schadens trägt.

[24] So auch *Schaer* N 313 ff., 333 ff., *Geigel/Rixecker* 3. Kap. N 43. Gegen eine entsprechende Einschränkung, wonach beispielsweise bei der Wiederherstellung nur die erforderlichen Kosten zu ersetzen sind, *Weber* (Fn. 6) 11 Fn. 62.

[25] Vgl. vor allem *Schaer* a.a.O.; *H.-U. Brunner*, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, N 241 ff.; differenzierend *St. Weber*, Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition, SJZ 1989, 73, 78 Fn. 34; ebenso *Oftinger/Stark* § 6 N 37 ff. und § 7 N 16 (in der Vorauflage hatte sich *Oftinger* 198 f., 267 noch nicht festgelegt).

[26] Vgl. z.B. *Tilbury* (Fn. 14) N 3131: «Whatever the reason, the result is not controversial.»

ditio sine qua non des zur Diskussion stehenden Teilschadens. Aber es fehlt in bezug auf ihn an der Adäquanz.»[27] Denn der Geschädigte hat hinsichtlich der vermeidbaren Schadenspositionen – so STARK –«unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser acht gelassen, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen». Sein Selbstverschulden sei daher als grob zu qualifizieren, was den rechtserheblichen Kausalzusammenhang unterbreche[28].

Die Begründung, wonach vermeidbare Schadenspositionen wegen der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nicht ersatzfähig sind, vermag nicht zu überzeugen. Wenn der Geschädigte eine beschädigte Sache aus bestimmten, für ihn wesentlichen Umständen wiederherstellen lässt, obwohl eine Ersatzbeschaffung günstiger wäre, oder wenn der Verletzte einen operativen Eingriff, welcher die Verletzungsfolgen verbessern oder beheben soll, aus persönlichen Gründen scheut, kann ihm wohl kaum eine Verletzung elementarster Vorsichtsgebote bzw. ein grobes Selbstverschulden vorgeworfen werden. Der einzelne kann durchaus gute Gründe haben, bei der Schadensbehebung selbst unangemessene Kosten aufzuwenden oder sich einem Eingriff nicht zu unterziehen; nur kann er eben für die daraus folgenden zusätzlichen Einbussen keinen Ersatz beanspruchen. Überdies genügt es für eine Unterbrechung der Kausalität in der Regel nicht, dass das Selbstverschulden schwer wiegt; vielmehr darf den Schädiger nicht selbst auch ein schweres Verschulden treffen. Wie aber bereits erwähnt wurde, sollten vermeidbare Schäden grundsätzlich unabhängig vom Verschuldensgrad des Schädigers nicht ersetzt werden. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass an den Unterbrechungsgrund schon deshalb hohe Anforderungen gestellt werden müssen, weil dieser die Ersatzpflicht für die entsprechenden Schadenspositionen ganz ausschliesst. Ist dem Geschädigten hingegen vorzuwerfen, nicht die zumutbaren Massnahmen zur Schadensvermeidung getroffen zu haben, so sollte er gleichwohl die Kosten der schadensvermeidenden Vorkehrungen beanspruchen können. Auf der Grundlage des unterbrochenen Kausalzusammenhanges lässt sich dies nicht erklären[29].

---

[27] *Oftinger/Stark* § 6 N 45.

[28] *Oftinger/Stark* § 6 N 45. Auch die französische und die italienische Lehre und Rechtsprechung betrachten den vermeidbaren Schaden unter Kausalitätsgesichtspunkten, vgl. die Nachweise bei *Rossello* (Fn. 15) 49 Fn. 39 und 53 Fn. 49.

[29] Vgl. auch die ausführliche Kritik bei *Rossello* (Fn. 15) 49 ff., der sich freilich vor allem auf die systematische Auslegung des Art. 1227 CCi stützt; ferner High Court of Australia, Fazlic v. Milingimbi, Australian Law Reports 38 (1981), 424, 429 f.: «Causality, involving the tracing of links between act and consequence, seems remote from the concept that it is the

Zutreffender erscheint der namentlich von Vertretern der Ökonomischen Analyse des Rechts hervorgehobene Gesichtspunkt der Ressourcenverschwendung. Durch die Versagung des Ersatzes für vermeidbare Schäden lässt sich «economic waste» vermeiden[30]. Diese Begründung vermag freilich nur hinsichtlich austauschbarer Konsumgüter zu überzeugen. Bei anderen Sachgütern können auch «ineffiziente» Wiederherstellungskosten ersatzfähig sein[31]. Und bei Gesundheitsschäden ist neben der Rentabilitätsüberlegung eines operativen Eingriffes auch die Zumutbarkeit für den Betroffenen erheblich[32]. Richtiger Ansicht nach lässt sich die Begründung weder aus Kausalitäts- noch aus Rentabilitätsüberlegungen herleiten. Massgeblich sind letztlich wertende Gesichtspunkte hinsichtlich der Angemessenheit und der Zumutbarkeit schadensvermeidender Massnahmen bei den einzelnen Fallgruppen[33]. Diese Begründung setzt freilich einen durch Wertungen konkretisierten Schadensbegriff voraus[34].

d) In *terminologischer* Hinsicht ist zu beachten, dass man im schweizerischen Recht anstelle der Bezeichnung «avoidable loss», «danno evitabile» oder eben «vermeidbarer Schaden» den Begriff der «Verschlimmerung des Schadens»[35] bzw. der «Schadensminderungspflicht»[36] verwendet. Genauer,

---

reasonableness of the worker's refusal, judged in the light of his knowledge at the time, that is the criterion ... one and the same ultimate physical state of disability can scarcely be said to have been 'caused' by the initial injury if the refusing worker was at the time unaware of certain facts concerning a recommended treatment (and hence was not unreasonable in his refusal) but to lack the necessary causal relationship when his refusal was made with knowledge which should have led to his acceptance of that treatment.»

[30] Vgl. *J.G. MacIntosh/D.C. Frydenlund*, An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation, University of Toronto Law Journal 1987, 113–182; *Bates* (Fn. 14) 278; *Dobbs* 274. Vgl. auch *Rossello* (Fn. 15) 71: «La configurazione di un onere di mitigare il danno consente allora di evitare una inefficiente utilizzazione della ricchezza (e, in buona sostanza, uno spreco di risorse) in tutte quelle ipotesi in cui, con uno sforzo economico esigibile secondo diligenza, il creditore sia in grado di intervenire in seconda istanza su tale sequenza, allo scopo di scongiurare perdite ben più gravi»; siehe auch seine ausführliche Darstellung des theoretischen Konzepts bei 195 ff.

[31] Dazu vorne § 4 III 2.

[32] Dieser Einwand gilt auch bezüglich des von *Stoll*, Haftungsfolgen, 251, vorgeschlagenen Gesichtspunktes der Beherrschbarkeit: «Nachteile, die in dem vom Betroffenen kontrollierten Bereich entstehen und voll beherrschbar sind, können nicht als Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen des Betroffenen angesehen werden.»

[33] Ebenso *Schaer* N 313 ff., 335; vgl. auch *Stein* 320: «The principle is essentially an application of common sense.»

[34] Insofern durchaus zutreffend die Bedenken bei *Oftinger/Stark* § 6 Fn. 69, wonach «die auf einer Wertung beruhende Zumutbarkeit geeigneter Massnahmen sich kaum mit dem Begriff des Schadens im Rechtssinne als einer Vermögensverminderung vereinbaren lässt».

[35] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 46 («schuldhafte Verschlimmerung des Schadens»; ähnlich *v.Tuhr/Peter* 112 («Verschlimmerung eines bereits eingetretenen Schadens»); die Be-

wenngleich schwerfälliger ist die im deutschen Recht verwendete Terminologie, die von der «Schadensabwendungs- und Schadensminderungspflicht» spricht[37]. Da in der Sache zwischen diesen Begriffen kein Unterschied besteht, werden sie nachfolgend als gleichbedeutend verwendet, wobei die Bezeichnung «Schadensminderung» auch die Schadensabwendung umfassen soll.

3. *Regeln des vermeidbaren Schadens*

a) Die angloamerikanische Literatur hat die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum vermeidbaren Schaden in drei Regeln zusammengefasst[38]. Die erste und wesentlichste Regel besagt, dass der Geschädigte *keinen Ersatz* für Einbussen fordern kann, die er durch vernünftiges, einsichtiges Handeln («by acting reasonably») hätte *vermeiden* können. Bei der Beurteilung der «reasonableness» fragt man am besten danach, was ein vernünftig handelnder Geschädigter vorkehren würde, um weitere Schäden zu vermeiden, wenn er aus irgendeinem Grund, z.B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Schädigers, keine Entschädigung erlangen könnte[39]. Die Handlungsweise des Geschädigten darf grundsätzlich nicht nach einem streng objektiven Massstab beurteilt werden; vielmehr sind die individuellen Umstände des Falles, namentlich der Wissensstand des jeweiligen Geschädigten, massgebend[40]. Zu beachten ist zudem, dass man bei der «ex post»-Beurteilung nicht allzu kritisch sein sollte. Es ist eben im nachhinein regelmässig einfach, die Vorkehrungen des Geschädigten, welche oftmals unter Zeitdruck vorgenommen werden müssen, zu hinterfragen[41].

---

zeichnung «Verschlimmerung» deckt freilich nur die Fälle der Erhöhung, nicht aber der unterlassenen Verminderung des Schadens ab.

[36] Siehe etwa Oftinger/Stark § 6 N 37.

[37] Vgl. *Soergel/Mertens* § 254 N 67; *Lange* 576.

[38] Vgl. *McGregor* N 272 ff.; *Tilbury* (Fn. 14) N 3151 ff.; *Dobbs* 271 ff.; *Bates* (Fn. 14) 274 ff.

[39] Vgl. Bates (Fn. 14) 306: «The plaintiff is to be expected to conduct himself or herself as though there is no claim in which to expect recovery of losses.» Siehe auch die Nachweise bei *Tilbury* (Fn. 14) Fn. 892. Ähnlich *Oftinger/Stark* § 6 N 43 hinsichtlich der Kosten einer Spitalbehandlung: Der Geschädigte «soll im Zweifel auf der Basis derjenigen Unterbringungs- und Pflegeverhältnisse entschädigt werden, die er wählen würde, wenn er den Spitalaufenthalt selbst bezahlen müsste».

[40] Vgl. *Stein* 330: «For the defendant to successfully assert that the plaintiff's damages should be reduced for his or her failure to mitigate damages, the plaintiff must have known of the means of mitigation.»

[41] House of Lords, Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd., Appeal Cases 1932, 452, 506: «It is often easy after an emergency has passed to criticize the steps which have been

b) Nach der zweiten Regel hat der Schädiger die *Kosten der Schadensminderungsmassnahmen* zu tragen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die Massnahmen nachträglich als unnötig, nutzlos oder mit Blick auf den vermiedenen Schaden als unverhältnismässig herausstellen[42]. Der Geschädigte handelt im Rahmen der Schadensminderung auf Gefahr des Haftpflichtigen[43]. Dieser Grundsatz bezieht sich nicht nur auf die Kosten, sondern auch auf sonstige Einbussen. Der Geschädigte kann also Ersatz für Einbussen und Kosten verlangen, die aus den Vorkehren zur Schadensminderung folgen, selbst wenn sich später herausstellt, dass der Schaden ohne diese Vorkehren geringer ausgefallen wäre[44].

Illustrativ ist die australische Entscheidung Simonius Vischer & Co. v. Holt & Thompson[45]. Das australische Büro der Klägerin (einer schweizerischen Gesellschaft, die im Wollhandel tätig ist) spekulierte in Überschreitung ihrer Befugnisse im «Future-Markt» für Wolle. Als die schweizerische Geschäftsleitung dies bemerkte, musste sie feststellen, dass zahlreiche nichtautorisierte Verkaufsverpflichtungen in ihrem Namen bestanden. Die Klägerin, die Erfahrung im Wollhandel in Australien hatte, kam aufgrund ihrer Marktanalyse zu dem Schluss, dass der Marktpreis eher fallen würde. Sie beschloss daher, vorerst an den Verträgen festzuhalten, um den Schaden zu minimieren. Entgegen ihren Erwartungen stieg in der Folge der Markt-

---

taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency.» Vgl. auch US Court of Appeals Third Circuit, Kellett Aircraft Corp., Federal Reporter 2d 186 (1950), 197, 198 f.: Danach dient das Prinzip der Schadensminderung nicht «as a basis for hypercritical examination of the conduct of the injured party, or merely for the purpose of showing that the injured person might have taken steps which seemed wiser or would have been more advantageous to the defaulter». Ferner *Stein* 321 f.: «The fact that in the calm reflection of his lawyers' office the defendant can think of steps that the plaintiff should have taken for the defendant's benefit does not justify the application of the doctrine. The amount of care is not to be measured by ex post facto wisdom and the plaintiff is not bound at his peril to know the best thing to do.»

[42] *McGregor* N 323 f.; *Tilbury* (Fn. 14) N 3184; *Dobbs* 273; ebenso *v.Tuhr/Peter* 113 f.

[43] Court of Appeals of California, Fifth District, Brandon & Tibbs v. George Kevorkian, California Reporter 277 (1990), 40, 51: «Inasmuch as the law denies recovery for losses that can be avoided by reasonable effort and expense, justice requires that the risks incident to such effort should be carried by the party whose wrongful conduct makes them necessary.»

[44] Vgl. House of Lords, Wilson v. United Counties Bank, Ltd., Appeal Cases 1920, 102, 125: «If one man inflicts an injury upon another the resort by the sufferer to reasonable expedients for the bona fide purpose of counteracting, curing or lessening the evil effects of the injury done him, does not necessarily absolve the wrongdoer, even though the sufferer's efforts should, in the result, undesignedly aggravate the result of injury.» Vgl. auch High Court of Australia, Fox v. Wood, Australian Law Journal Reports 1981, 562, 565; weitere Nachweise bei *McGregor* N 323 f. Aus der amerikanischen Rechtsprechung vgl. z.B. Brandon & Tibbs v. George Kevorkian (Fn. 43) 40.

[45] Supreme Court of New South Wales, New South Wales Law Reports 2 (1979), 322.

preis, wodurch der Verlust noch vergrössert wurde. Das Appellationsgericht von New South Wales verpflichtete die beklagte Revisionsstelle, welche die unautorisierten Transaktionen hätte bemerken müssen, den ganzen Verlust zu ersetzen, da die Klägerin pflichtgemäss versucht hatte, den Schaden zu minimieren. Anzuführen ist, dass Adäquanzüberlegungen in solchen Fällen nicht wesentlich weiter helfen. Die Frage ist nicht, ob das Handeln der Klägerin in dem normalen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung liegt, sondern ob ihre Vorkehren zur Schadensminderung vernünftig, «reasonable» waren[46].

c) Nach der dritten Regel kann der Geschädigte keinen Ersatz fordern für Schäden, die er vermieden hat. Der Inhalt dieser eher vagen Regel ist unklar, und die Literatur wendet sie auf unterschiedliche Fallgruppen an. So bespricht ein Teil der Autoren bei dieser Regel verschiedene Fälle der Vorteilsausgleichung[47]. Sinnvoller erscheint das Verständnis von DOBBS. Dieser wendet diese Regel auf jene Fälle an, in denen der Geschädigte einen Schaden vermieden oder vermindert hat, obwohl er dazu nicht verpflichtet war[48]. Dazu gehören vor allem auch die vorne besprochenen Fälle der überobligatorischen Anstrengung[49].

4. Konkretisierung des vermeidbaren Schadens

a) Eine weitere Konkretisierung des durch einen einsichtigen Geschädigten vermeidbaren Schadens kann nur anhand von *Fallgruppen* erfolgen[50]. Da die Schadensminderung ein Problem der Schadensberechnung darstellt, wurden einige Grundsätze bereits im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit von Schäden besprochen. Erwähnt seien etwa die Differenzierungen hinsichtlich der Wiederherstellungskosten oder die Frage, inwiefern der Ge-

---

[46] A.a.O. 356.

[47] Vgl. *McGregor* N 328 ff.; *Tilbury* (Fn. 14) N 3179.

[48] *Dobbs* 272 erwähnt das Beispiel, in dem der Geschädigte eine neue berufliche Tätigkeit ausübt, «even if the job is so unsuitable that the plaintiff would not have been expected to minimize damages by accepting it».

[49] Vgl. § 7 II 2. Auch *Soergel/Mertens* § 254 BGB N 74 erläutert Aspekte der sogenannten überobligatorischen Anstrengungen im Rahmen der Schadensminderung; siehe ferner auch *Tilbury* (Fn. 14) N 3177 ff. *Rossello* (Fn. 15) 46 behandelt überdies auch die Vorsorgemassnahmen (vorne § 8) als Problem des vermeidbaren Schadens.

[50] Diese Einsicht hat sich in der deutschen Literatur allgemein durchgesetzt. In der deutschen Kommentarliteratur wird denn auch das Gebiet der Schadensabwendung und –minderung durch Ausbildung verschiedener, anhand der Rechtsprechung gebildeter Gruppen dargestellt; vgl. *Soergel/Mertens* § 254 N 67; *Lange* 577; siehe auch die kasuistische Darstellung bei *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 50 ff. Dieses Vorgehen entspricht seit jeher dem angloamerikanischen System.

schädigte anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen oder ein Inkassoinstitut, einen Detektiv oder einen Sachverständigen einschalten darf[51]. Auch die Frage, inwiefern der Geschädigte die Geldmittel für Massnahmen zur Schadensbeseitigung vorzuschiessen hat, wurde im Rahmen der ersatzfähigen Schäden erläutert. Die entsprechenden Überlegungen treffen auch für sonstige Vorkehrungen zur Schadensminimierung zu. Der Geschädigte ist infolgedessen nicht verpflichtet, in erheblichem Umfange eigene finanzielle Mittel zu riskieren[52]. Hat er die Mittel für die Schadensminimierung zwar vorzuschiessen, ist er dazu aber nicht in der Lage, so kann ihm dies nicht zum Nachteil gereichen[53]. Sodann ist der Geschädigte auch nicht gehalten, Rechtspositionen aufzugeben. So hat ein Mieter, der durch einen widerrechtlichen Eingriff an der Nutzung seiner Wohnung verhindert ist, den Mietvertrag nicht zu kündigen, um den Schaden zu minimieren[54]. In diesen Kontext

---

[51] Im Rahmen der Schadensbemessung abgehandelt etwa bei *Soergel/Mertens* § 254 N 84.

[52] Vgl. Supreme Court of Victoria, Metal Fabrications (Vic.) Pty. Ltd. v. Kelcey, Victorian Reports 1986, 507, 513, wonach die Geschädigten nicht gehalten sind, «to risk any capital they might borrow too far or to take steps which would cause their financial ruin, if they failed». Im Ergebnis gleich, aber mit umgekehrter Begründung die deutsche Lehre. Danach hat der Geschädigte den zur Schadensbeseitigung erforderlichen Betrag grundsätzlich nicht aus eigenen Mitteln vorzuschiessen, es sei denn, er ist dazu ohne besondere Einschränkung der gewohnten Lebensführung und ohne die notwendige Liquiditätsreserve anzugreifen, in der Lage; vgl. *Lange* 585 m.w.N.

[53] Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *McGregor* N 321. In House of Lords, Liesbosch Dredger v. Edison S.S., Appeal Cases 1933, 449, wurden hingegen die Schadensfolgen, resultierend aus den fehlenden finanziellen Mitteln, als «too remote» bezeichnet (460). Diese Entscheidung findet in der Literatur nach wie vor erhebliche Beachtung und Kritik, weil sie zwischen der Schadensberechnung und der Schadensminimierung unterscheidet. Danach soll der Grundsatz, dass der Schädiger das Risiko fehlender Mittel auf seiten des Geschädigten tragen muss, nur hinsichtlich der «duty to minimise damage», nicht aber für die «measure of damage» gültig sein. Da es sich aber bei der Schadensminimierung um ein Problem der Schadensberechnung handelt, ist die Tragweite der Liesbosch-Entscheidung unklar; vgl. etwa *S.M. Wexler*, The Impecunious Plaintiff: Liesbosch Reconsidered, Canadian Bar Rev. (1987), 129–144; kritisch auch *McGregor* N 206 und N 321. *Tilbury* (Fn. 14) N 3164 stellt fest, «that the better view is that the decision in the Liesbosch on the issue of the plaintiff's impecuniosity forms no part of Australian law», da eine Unterscheidung zwischen Schadensberechnung und Schadensminderung nicht möglich sei. Aus der amerikanischen Rechtsprechung vgl. die Entscheidung des Court of Appeals of Indiana, Persinger v. Lucas, North Eastern Reporter 2d 512 (1987), 865. *I. Marr/P. Coppin*, Vehicle accident damage: loss of use and hire costs, Solicitors Journal 1993, 1072, weisen darauf hin, dass der Grundsatz in der «Liesbosch-Entscheidung» in der nachfolgenden Rechtsprechung erheblich eingeschränkt wurde.

[54] Vgl. Court of Appeal, Elliott Steam Tug Co. Ltd. v. Shipping Controller, King's Bench Division 1922/1, 127, 141. Im weiteren Sinne hat der Geschädigte auch nicht seine wirtschaftliche Reputation zu riskieren. Anschaulich diesbezüglich die Entscheidung House of Lords, Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd., Appeal Cases 1932, 452: Die portugiesische Nationalbank beauftragte die Beklagte, Banknoten zu drucken. Aufgrund eines Fehlers seitens der Beklagten wurde eine erhebliche Anzahl Noten an einen Dritten ausgeliefert, und diese

gehört auch, dass der Geschädigte nicht eine Ersatzleistung des Schädigers akzeptieren muss, wenn er dadurch Ansprüche gegen den Ersatzpflichtigen verliert[55]. Aus diesem Grunde ist der Käufer einer Liegenschaft, welche entgegen der vertraglichen Vereinbarung wegen eines Miet- oder Pachtvertrages eines Dritten bis zur nächstmöglichen Kündigungsmöglichkeit nicht genutzt werden kann, nicht verpflichtet, das Rückkaufsangebot des Verkäufers anzunehmen[56]. Die Schadensminderungspflicht gebietet unter Umständen auch, den Verlust durch Gebrauch von Rechtsbehelfen abzuwenden oder zu verringern bzw. Ansprüche gegen Dritte gerichtlich durchzusetzen[57]. Massgebliches Kriterium sind die Erfolgsaussichten[58].

b) Besondere Aufmerksamkeit wird im Schrifttum der Frage geschenkt, inwieweit sich der Geschädigte bei *Gesundheitsschäden* einer Heilbehandlung unterziehen muss[59]. Im Gegensatz zu den Schäden an Alltagsgütern sind bei der Wiederherstellung der Gesundheit nicht lediglich Rentabilitätsüberlegungen massgebend; vielmehr muss man sowohl den Umstand, dass es sich bei der Gesundheit um ein besonderes Rechtsgut handelt, als auch die sogenannte «risk adversion» des Betroffenen angemessen berücksichtigen. Nach überwiegender Auffassung hat sich der Geschädigte einer Operation

---

gelangten anschliessend in den Verkehr. Obwohl die «unechten» Noten aufgrund der Seriennummern einwandfrei identifizierbar waren, stellte die Nationalbank diese Noten nicht in Frage. Nach Auffassung des Gerichtes verstiess die Bank nicht gegen die Schadensminderungspflicht, da ihr nicht zuzumuten war, ihre eigene Währung nicht zu honorieren.

[55] Vgl. dazu *Tilbury* (Fn. 14) N 3174; aus dem amerikanischen Recht vgl. US Court of Appeals Nineth Circuit, 999 v. C.I.T. Corp., Federal Reporter 2d 776 (1985), 866, 870 f.; ferner *Rossello* (Fn. 15) 88, der auf entsprechende Entscheidungen des italienischen Kassationsgerichtes hinweist.

[56] Court of Appeal, Strutt v. Whitnell, Weekly Law Reports 1975/1, 870, 873 f.

[57] Vgl. z.B. Chancery Division, Pilkington v. Wood, Chancery Division 1953, 770, 777, wonach «the so-called duty to mitigate does not go so far as to oblige the injured party, even under an indemnity, to embark on a complicated and difficult piece of litigation against a third party». Ebenso BGH VersR 1966, 340, 341, wonach sich der Geschädigte nicht auf kostspielige und mit Risiken belastete Streitigkeiten einzulassen braucht.

[58] *Lange* 586; *Soergel/Mertens* § 254 N 81 f. *Tilbury* (Fn. 14) N 3159 leitet aus diesen Fallgruppen den Grundsatz ab, dass der Geschädigte nicht verpflichtet sei, die Interessen des Schädigers zu wahren. Er beruft sich diesbezüglich auf einen Satz aus Queen's Bench Division, Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd., Lloyd's List Law Reports 1967/2, 509, 530, wonach der Geschädigte «is not bound to nurse the interests of the contract breaker». Der Fall bezieht sich indessen bloss auf die Frage, welche Vorkehrungen dem Verkäufer bei Annahmeverzug des Käufers zuzumuten sind. Die Verallgemeinerung durch *Tilbury* erscheint jedenfalls als zu weitgehend.

[59] Vgl. *v.Tuhr/Peter* 113; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 50; *Lange* 577 f. je m.w.N. *Oftinger/Stark* § 6 N 40 f. stellen die Problematik zutreffend im Rahmen der Schadensberechnung dar. Zur Problematik vgl. ferner *Rossello* (Fn. 15) 168 ff.; *A.H. Hudson*, Mitigation and Refusal of Medical Treatment: Reasonableness and Onus of Proof, The Modern Law Review 1983, 754-759; ausführlich zu den einzelnen Aspekten aus amerikanischer Sicht *Stein* 330 ff.

oder einer sonstigen Heilungsmassnahme dann zu unterziehen, wenn diese nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft gefahrlos erscheint und nicht mit besonderen Schmerzen verbunden ist[60]. Das mit jeder Operation zwangsläufig verbundene Restrisiko ist folglich in Kauf zu nehmen[61]. Der Geschädigte ist freilich nicht gehalten, Eingriffe ausführen zu lassen, deren Erfolg ungewiss erscheint; es muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit auf Heilung oder wesentliche Besserung bestehen[62]. Es sei nochmals daran erinnert, dass entgegen der Terminologie den Geschädigten nie eine Pflicht trifft, einen Eingriff tatsächlich ausführen zu lassen. Die Kriterien der Zumutbarkeit einer Heilbehandlung bestimmen lediglich den Umfang der Er-

---

[60] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 50 m.N. aus der Rechtsprechung; *Soergel/Mertens* § 254 N 69; *Lange* 578; uneinheitlich die italienische Rechtsprechung, die ursprünglich verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Berücksichtigung des verweigerten Heileingriffes im Rahmen der Schadensberechnung äusserte, in neuerer Zeit aber zumindest bei einem «intervento di rischio insignificante e di sicura tollerabilità e riuscita» den Ersatz kürzt; vgl. *Rossello* (Fn. 15) 169 f. Zur amerikanischen Rechtslage vgl. *Stein* 344 f., 348 ff. – Bei juristischen Personen entfallen hingegen entsprechende Rücksichtnahmen. Von diesen kann im Rahmen der Schadensminderung selbst die Liquidation erwartet werden, vgl. Court of Appeal of New South Wales, Marinovski v. Zutti Pty. Ltd., New South Wales Law Reports 2 (1984), 571, 582: «A human being may expend any sum of money to stay alive, because the preservation of a human being who wants to stay alive is regarded as worthy of unlimited expenditure, but the same does not apply to a corporation. It is an economic entity and its capacity to make profits is its only raison d'etre. Therefore, in considering the way the duty to mitigate should be performed by a company, voluntary liquidation must be included in the options»; vgl. dazu auch dasselbe Gericht in Barnes v. Hay, New South Wales Law Reports 12 (1988), 337, 356 f.

[61] Stellt der Eingriff eine Lebensgefährdung dar, darf dem Geschädigten die Verweigerung nicht zum Nachteil gereichen; vgl. *McGregor* N 314: «The plaintiff need not risk his person too far in the hands of surgeons»; ebenso *Tilbury* (Fn. 14) N 3165.

[62] Vgl. aber *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 50: «Der Eingriff ... muss eine sichere Besserung des Zustandes erwarten lassen»; siehe auch BGHZ 10 (1953), 18, 19. In der US-Rechtsprechung variiert die vorausgesetzte Erfolgswahrscheinlichkeit je nach den Auswirkungen eines Misserfolges von 65 bis 99 Prozent; allgemein zur Rechtsprechung *W.E. Shipley*, Duty of Injured Person to Submit to Surgery to Minimize Tort Damages, American Law Reports 3d 62, 9–62; vgl. auch die Nachweise bei *Stein* 346 f. sowie seine zusammenfassende Analyse der neueren amerikanischen Rechtsprechung: «The more recent cases support the rule that an injured plaintiff is not entitled to recover damages for pain or disability which could have been avoided by undergoing recommended surgery which is simple, necessary, nonhazardous, has a good prospect of success, and is reasonably within the plaintiff's means» (339 f.). In neuerer Zeit wurde auch die Frage aufgeworfen, ob die Wahrscheinlichkeit des Misserfolges bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sei; vgl. *A.H. Hudson*, Mitigation and Refusal of Medical Treatment Again, The Modern Law Review 1986, 381–385: Während in England die Meinung vorherrscht, dass diese Wahrscheinlichkeit «should only be taken into account in assessing the reasonableness of the refusal and not again in assessing damages» (382), wurde in Kanada die Frage in neuerer Zeit bejaht.

satzpflicht in jenen Fällen, in denen der Geschädigte auf die Behandlung verzichtet[63].

Dem Geschädigten darf sodann nicht zum Nachteil gereichen, dass er aus physischen oder psychischen Gründen einen an sich ohne weiteres zumutbaren Eingriff nicht ausführen lässt[64]. Demgegenüber lastet die angloamerikanische Rechtsprechung die Verweigerung einer Heilungsmassnahme aus religiösen Gründen im allgemeinen dem Geschädigten an[65]. Hier zeigt sich besonders deutlich, dass es sich beim vermeidbaren Schaden nicht um ein Problem des Selbstverschuldens handelt. Lässt der Geschädigte aus religiösen Gründen einen an sich erforderlichen und zumutbaren Eingriff nicht ausführen, kann von einem Verschulden keine Rede sein. Gleichwohl rechtfertigt es sich, entsprechend der angloamerikanischen Rechtsprechung die durch den Eingriff voraussichtlich vermeidbaren Schadensfolgen dem Geschädigten anzulasten.

In der amerikanischen Rechtsprechung finden sich ferner zahlreiche Fälle zu der Frage, inwiefern von dem in seiner Gesundheit Geschädigten erwartet werden darf, dass er therapeutische Übungen befolgt, ein Korsett trägt, sich einer psychotherapeutischen Behandlung unterzieht oder seinen Alkohol- oder Nikotinkonsum einschränkt[66]. In neuerer Zeit hatten sich die Gerichte namentlich auch mit dem Problem zu befassen, ob übergewichtige Geschädigte, um die Heilung zu beschleunigen, abnehmen müssen[67]. Ob-

---

[63] *Stein* 339: «No one can be said to owe a 'duty' of submitting to an operation, especially where the administration of an anesthetic is necessary. No right is held more sacred than the right of every individual to the possession and control of his or her own person free from all restraint or interference from others; and whether an injured person shall submit to a further mutilation of his or her person is essentially a matter of personal choice, since every operation is performed with some risk.»

[64] Vgl. die Nachweise bei *McGregor* N 308; *Tilbury* (Fn. 14) N 3166; *Hudson* (Fn. 62) 383, der auf die Entscheidung des Supreme Court of Canada in Janiak v. Ippolito hinweist, in dem die Unterscheidung getroffen wird, «that only pre-existing mental infirmities which deprived the plaintiff of rational choice excused failure to mitigate», aber nicht «anxieties such as the plaintiff's which arose only after the tort».

[65] Vgl. die Nachweise bei *Tilbury* (Fn. 14) N 3158 Fn. 897. Aus der amerikanischen Rechtsprechung vgl. US District Court, Mississippi, Munn v. Southern Health Plan, Inc., Federal Supplement 719 (1989), 525, in der die Weigerung einer Bluttransfusion als Verstoss gegen die Schadensminderungspflicht bezeichnet wurde; weitere Nachweise bei *G. Knapp*, Refusal of Medical Treatment on Religious Grounds as Affecting Right to Recover for Personal Injury or Death, American Law Reports 5th 3, 721–745. Siehe auch *Note*, Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation of Damages, Yale Law Journal (87) 1978, 1466–1487; *J. Pomeroy*, Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide, New York University Law Rev. (67) 1992, 1111–1156.

[66] Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Stein* 341 ff.

[67] Vgl. Supreme Court of Louisiana, Aisole v. Dean, Southern Reporter 2d 574 (1991), 1248, 1253 f. m.w.N.; siehe auch die Nachweise bei *Stein* 343 Fn. 20 und 21; generell

wohl noch keine gefestigte Rechtsprechung besteht, scheint sich die Auffassung durchzusetzen, dass vom Geschädigten zwar entsprechende Anstrengungen, nicht aber eine erfolgreiche Gewichtsabnahme erwartet werden darf[68].

c) In welchen Fällen vom Geschädigten ein *Berufswechsel* und die möglicherweise erforderliche Umschulung bzw. der Umzug in eine andere Region verlangt werden kann, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, namentlich vom Alter, von der Vorbildung, der physischen und der psychischen Anpassungsfähigkeit des Betreffenden sowie den familiären und wirtschaftlichen Verhältnissen[69]. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob dem ersatzberechtigten Ehegatten die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar ist. Im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit durch den Geschädigten stellt sich auch die Problematik der Renten- oder Begehrensneurosen. Sofern man den Ersatz ablehnt, ist dies nicht mit der fehlenden Adäquanz zu begründen[70]. Auch der Gedanke des Selbstverschuldens ist fehl am Platze[71]. Vielmehr ist wiederum aufgrund einer Wertung,

---

D.R. Veilleux, Failure to Lose Weight as Basis for Reduction of Damages in Personal Injury Action, American Law Reports 5th 24, 174–199.

[68] In diesem Sinne Supreme Court of Iowa, Tanberg v. Ackerman Investment Co., North Western Reporter 2d 473 (1991), 193, 196; Supreme Court of New York, Appellate Division, Reed v. Harter Chair Corp., New York Supplement 2d 586 (1992), 401, 403: «If plaintiff was an overweight person before the accident and lost some weight after the accident as recommended by her doctor, but was unable to remain on the diet prescribed so that her difficulties were further complicated by her injuries from the accident, it cannot be said that she did not make a good-faith effort to lose weight and her award of damages cannot be reduced because her effort was ineffective.»

[69] Vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 51; *Lange* 578 ff.; *Soergel/Mertens* § 254 N 70 f.

[70] In diesem Sinne die frühere Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts; gegenteilig aber die Rechtsprechung der Zivilabteilungen, vgl. die Nachweise in BGE 96 II (1970), 392, 398; siehe auch hinten Fn. 73 sowie die Darstellung des neueren Meinungsstandes bei *A. Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, 408. Zutreffend auch *Koziol* II 116.

[71] Da der Verletzte bei der Begehrensneurose die Unfallfolgen nicht bewusst, in betrügerischer Absicht übertrieben darstellt, sondern weil er selbst daran glaubt, kann schwerlich von einem Verschulden gesprochen werden. In diesem Sinne aber die schweizerische Literatur, vgl. *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 60, welcher die Neurose als Umstand im Sinne von Art. 44 OR bezeichnet; gemäss *Oftinger/Stark* § 6 N 102 stellt der Vorzustand einen Zufall dar, der nach «OR 43 I oder auch 44 I bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen» ist. Wie aber in BGHZ (20) 1956, 137, 140, zutreffend ausgeführt wird, wäre die Bejahung eines Mitverschuldens «nur bei der Feststellung möglich, dass der Neurotiker in der Lage wäre, seinen Willen gemäss den Anforderungen seiner Situation zu steuern und seinen Begehrensvorstellungen wirksam Widerstand entgegenzusetzen. Gerade daran fehlt es in einer den seelischen Zustand kennzeichnenden Weise bei denjenigen, die sich in einer neurotisch-verkrampften Haltung in die Vorstellung flüchten, sie seien krank und hätten daher einen Anspruch auf Sicherstellung ihrer Existenz gegen die Gemeinschaft oder einen Schuldigen.» Das Heranziehen des Selbst-

unter Berücksichtigung generalpräventiver medizinischer Zielsetzungen zu entscheiden, ob dem Geschädigten die Vermeidung dieser Schadenspositionen zumutbar ist[72] oder nicht[73]. Überzeugend erscheint die österreichische Lösung, welche eine Entschädigung bis zum Zeitpunkt des ablehnenden Urteils gewährt[74].

II. Mitverantwortlichkeit für das Schadensereignis

1. Im allgemeinen

a) Die Ersatzpflicht ist in dem Umfange herabzusetzen, in dem der Geschädigte für das Schadensereignis mit verantwortlich ist[75]. Dieser Grundsatz folgt nicht aus dem Prinzip von Treu und Glauben[76] oder dem Verbot des

---

verschuldens geht auch deshalb fehl, weil die Rechtsprechung nur bei den Begehrensneurosen dazu neigt, den Ersatz einzuschränken, während die nicht von Begehrensvorstellungen geprägten Neurosen («traumatische», «zweckfreie», «echte» Neurosen) im allgemeinen zu einer vollen Ersatzpflicht führen. Im übrigen ist eine Schadensteilung wenig sinnvoll, sofern der medizinischen Ansicht zugestimmt wird, dass der Geschädigte seine Fehlhaltung nur bei Versagung des Anspruches überwinden kann.

[72] In diesem Sinne die deutsche sozial- und zivilrechtliche Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Geigel/Plagemann*, 6. Kapitel N 3 ff.; das OLG Frankfurt JZ 1982, 201, hat hingegen die Begehrensneurose, wenn sich diese wegen einer beim Geschädigten bereits bestehenden Veranlagung entwickelte, einer körperlichen Schadensanlage gleichgestellt; *H. Stoll* JZ 1982, 203, 206 f., führt in einer ablehnenden Urteilsanmerkung aus, dass der Geschädigte zwar unbewusst «den Unfall zum Anlass nimmt, in die Krankheit zu flüchten oder verdrängte Lebenskonflikte abzureagieren. ... gleichwohl ist die neurotische Reaktion nach den vorliegenden Erfahrungen im allgemeinen vermeidbar und vor allem überwindbar, sei es durch Aberkennung der vom Verletzten erstrebten Entschädigung, sei es durch psychotherapeutische Behandlung.»

[73] So die Rechtsprechung in der Schweiz, vgl. BGE 115 V (1989), 133, 141; 102 II (1976), 33, 41 f.; weitere Nachweise bei *Oftinger/Stark* § 6 Fn. 127.

[74] Vgl. etwa *Koziol* II 117: «Auf Grund der Berücksichtigung des Zwecks des Schadenersatzrechts, den Nachteil zu beseitigen und nicht noch weitere Schäden herbeizuführen, ist deshalb nur der bis zum Abschluss des Rechtsstreites durch die Unfallneurose entstandene Schaden zu ersetzen; für die Zeit danach jedoch nicht, da derartige Schäden ausserhalb des Schutzzweckes der verletzten Norm liegen»; daselbst auch Nachweis auf eine entsprechende Rechtsprechung des OGH.

[75] So stellte bereits *Mommsen* 157 fest, dass «nichts natürlicher ist, als dass jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selber zu tragen hat».

[76] So die schweizerische Lehre und Rechtsprechung, vgl. *Oftinger/Stark* § 5 N 139 m.N.; ebenso die Rechtsprechung des BGH, vgl. BGH NJW 1982, 1756, 1757. Nun beruht aber – wie *Lange* 548 zu Recht hervorhebt – das Prinzip von Treu und Glauben «in erster Linie auf der rechtlich geschützten Erwartung, dass man sich im geschäftlichen Verkehr auf die Redlichkeit des Partners verlassen kann und dass in Anspruch genommenes Vertrauen nicht enttäuscht

«venire contra factum proprium»[77], sondern aus dem *Verantwortungsprinzip*[78]. «Wer mit seinen eigenen Rechtsgütern nachlässig umgeht oder haftbar machende Gefahren in den Verkehr bringt, die sich auch gegen den Eigenbereich richten können, muss zumindest einen Teil der Folgen tragen, wenn sich die von ihm geschaffenen Risiken wie auch immer verwirklichen.»[79] Fraglich ist, ob die Ersatzreduktion ein Verschulden seitens des Geschädigten voraussetzt[80]. Dies hängt vom massgeblichen Verschuldensbegriff ab. Richtiger Auffassung nach bedeutet Verschulden Erkennbarkeit und persönliche Vermeidbarkeit einer Rechtsgutverletzung[81]. Selbstverschulden in diesem Sinne liegt – wie OFTINGER/STARK ausführen – vor, «wenn der Geschädigte die Möglichkeit seiner Schädigung voraussehen kann (oder: hätte voraussehen sollen) und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst»[82]. Ihm ist vorzuwerfen, nicht genügend Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutze aufgewendet zu haben[83]. Als Selbstverschulden gelten mithin namentlich auch diejenigen Fälle, in denen der Geschädigte seine Rechtsgüter freiwillig einer Gefahr aussetzt, die er kennt oder kennen sollte[84], oder in denen er es unterlässt, angemessene Sicherungsvorkehrungen zu treffen. Welche Massnahmen erwartet werden dürfen, richtet sich sowohl nach der Grösse der Gefahr als auch nach dem Wert der Güter[85].

---

wird». Im ausservertraglichen Bereich stehen sich Schädiger und Geschädigter hingegen «als weder durch Treuepflicht noch durch 'Glauben' verbundene Fremde gegenüber».

[77] Vgl. etwa *Palandt/Heinrichs* § 254 N 2 m.w.N. Dies ist schon deshalb unzutreffend, weil nicht lediglich die Durchsetzung eines bestehenden Anspruches abgelehnt wird, sondern der Anspruch gar nicht erst in voller Höhe entsteht; so zutreffend *Soergel/Mertens* § 254 N 4.

[78] Vgl. *Larenz* 541: Es handele sich um ein «Grundprinzip der Rechtsordnung, das der *Verantwortung* für das eigene Tun, hier in Gestalt einer Mitverantwortung für den von einem anderen angerichteten und (mit) zu verantwortenden Schaden»; ihm folgend *Lange* 549.

[79] *Lange* 549.

[80] Bejahend *v.Tuhr/Peter* 108 f. Zur Frage, wie die Urteilsunfähigkeit oder die verminderte Urteilsfähigkeit zu berücksichtigen ist, vgl. *Oftinger/Stark* § 5 N 164 ff.

[81] So *Ch. v.Bar*, Verkehrspflichten, Köln u.a. 1980, 180, welcher aber auf die Pflichtverletzung abstellt.

[82] *Oftinger/Stark* § 5 N 140.

[83] Vgl. auch Court of Appeal, Froom v. Butcher, Queen's Bench Division 1976, 286, 291: «Negligence is a man's carelessness in breach of duty to others. Contributory negligence is a man's carelessness in looking after his own safety. He is guilty of contributory negligence if he ought reasonably to have foreseen that, if he did not act as a reasonable prudent man, he might be hurt himself.»

[84] Vgl. *Oftinger/Stark* § 5 N 146 m.N. aus der Rechtsprechung.

[85] Vgl. auch *K.D. Cooper-Stephenson/I.B. Saunders*, Personal Injury Damages in Canada, Toronto 1981, 621: «Whereever protective equipment is available at minimum cost and without undue burden, it seems right that some responsibility be placed on potential plaintiffs to guard against greater injury.»

Grundsätzlich liesse sich entsprechend dem gemeinrechtlichen Prinzip der *Culpa-Kompensation* auch vertreten, dass relevantes Selbstverschulden den Anspruch völlig ausschliesst. Dieses Prinzip galt im 19. Jahrhundert nicht nur in Deutschland[86], sondern auch im angloamerikanischen Recht[87] und entsprach bis vor wenigen Jahren der Rechtslage in den meisten US-Staaten[88]. In den letzten beiden Jahrzehnten hat sich aber auch in den Vereinigten Staaten die Einsicht weitgehend durchgesetzt, dass das Prinzip der Schadensverteilung dem Prinzip der Culpa-Kompensation überlegen ist[89]. Aus diesem Grunde wurde entweder durch den jeweiligen Gesetzgeber oder

---

[86] In diesem Sinne auch die älteren schweizerischen Haftpflichtgesetze für Fabriken und Eisenbahnen, vgl. *v.Tuhr/Peter* 110.

[87] Umfassend *C.F. Beach*, Contributory Negligence, 3. Aufl., New York 1899. Das Prinzip wird allgemein zurückgeführt auf King's Bench Division, Butterfield v. Forrester, English Reports 103 (1809), 926; vgl. zu geschichtlichen Hinweisen *H. Woods*, Comparative Fault, 3. Aufl., Rochester/San Francisco 1994, 6 f. In England wurde das Prinzip im Jahre 1945 durch die «Law Reform (Contributory Negligence) Act» ausser Kraft gesetzt; vgl. *Burrows* 69 f.; ferner *J.W. Wade*, Comparative Negligence – Its Development in the United Staates and Its Present Status in Louisiana, Louisiana Law Rev. (40) 1980, 299, 302.

[88] Im Jahre 1950 war die Culpa-Kompensation noch in 45 Staaten geltendes Recht; vgl. *J.S. Hickman*, Efficiency, Fairness, and Common Sense: The Case for One Action as to Percentage of Fault in Comparative Negligence Jurisdictions That Have Abolished or Modified Joint and Several Liability, Vanderbilt Law Rev. (48) 1995, 739, 742; *Schwartz* 2.

[89] Massgebend war vor allem das Argument, dass es arbiträr und ungerecht erscheint, in Fällen, in denen sowohl den Schädiger als auch den Geschädigten ein Verschulden trifft, den ganzen Schaden einem der beiden Beteiligten anzulasten; vgl. z.B. den Supreme Court of California, Li v. Yellow Cab Co., Pacific Reporter 2d 532 (1975), 1226, 1230. In den achtziger Jahren begannen auch die Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts an der Diskussion nach dem vorzugswürdigen Mitverschuldenskonzept teilzunehmen. So erläuterten z.B. *W.M. Landes/R.A. Posner*, Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis, Journal of Legal Studies (9) 1980, 517–555, weshalb die Schadensverteilung der Culpa-Kompensation überlegen ist (anders aber *R.A. Posner*, Economic Analysis of Law, 4. Aufl., Boston u.a. 1992, 171: «Surprisingly, comparative negligence has the same effects on safety as contributory negligence»). *G.B. Assaf*, The Shape of Reaction Functions and the Efficiency of Liability Rules: A Correction, Journal of Legal Studies (13) 1984, 101–111, kam zu dem gegenteiligen Schluss. Nach *R.D. Cooter/T.S. Ulen*, An Economic Case for Comparative Negligence, New York University Law Rev. (61) 1986, 1067–1110, ist das Schadensverteilungskonzept zumindest bei unvollkommener Information vorzugswürdig. Eine weitergehende Differenzierung trifft *S.A. Rea*, The Economics of Comparative Negligence, International Review of Law and Economics (7) 1987, 149–162. In den neunziger Jahren wurde die Diskussion durch spieltheoretische Überlegungen angereichert, vgl. *D. Orr*, The Superiority of Comparative Negligence: Another Vote, Journal of Legal Studies (20) 1991, 119–129; kritisch zu dessen Ergebnissen *T.Y. Chung*, Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis, Journal of Legal Studies (22) 1993, 395–404. Aufgrund der verschiedenartigen Einschränkungen als auch der sich teilweise widersprechenden Ergebnisse sind sowohl die ökonomischen als auch die spieltheoretischen Analysen kaum aufschlussreich. Vgl. hierzu auch hinten bei Fn. 143 ff.

die Rechtsprechung die «contributory negligence rule» durch die «comparative negligence rule» ersetzt[90].

b) Nach OFTINGER/STARK[91] kann das Selbstverschulden vor, gleichzeitig mit dem haftungsbegründenden Ereignis oder nachher auftreten. Handlungen oder Unterlassungen des Geschädigten nach der Schädigung sind indes nach der hier vertretenen Ansicht unter dem Gesichtspunkt des vermeidbaren Schadens zu beurteilen. Der Geschädigte hat denjenigen Teil des Schadens, den er nach dem haftpflichtbegründenden Ereignis hätte vermeiden können, selbst zu tragen; da der Verschuldensgrad des Schädigers insoweit unbeachtlich bleibt, ist eine Verschuldensabwägung unnötig. Dies gilt namentlich auch für das von OFTINGER/STARK angeführte Beispiel der Nichtkonsultation eines Arztes, obwohl dies an sich geboten wäre[92]. Die Ausführungen dieser Autoren sind überdies insofern widersprüchlich, als sie dasselbe Beispiel auch im Rahmen der Schadensberechnung erwähnen und hierzu ausführen, dass der Schädiger nicht für Schädigungen einzustehen habe, die seitens des Geschädigten durch sich aufdrängende Massnahmen zur Reduktion der Schädigung hätten behoben werden können[93]. Dabei handele es sich um eine Frage der Schadensberechnung und nicht der Schadenersatzbemessung.

In der angloamerikanischen Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Unterscheidung des «avoidable loss» von der «comparative negligence» nach dem *Zeitpunkt der Handlung* bzw. der Unterlassung des Geschädigten zu erfolgen hat. Für Umstände, die zeitlich nach der Schädigung liegen, gelte die «avoidable consequences rule», während für vor oder gleichzeitig mit der Schädigung gesetzte Umstände eine Schadensteilung nach den Regeln der Mitverantwortlichkeit erfolge[94]. In neurer Zeit hat namentlich DOBBS[95] darauf hingewiesen, dass diese Abgrenzung nicht

---

[90] Während im Jahre 1950 lediglich fünf Staaten die «comparative negligence rule» anwandten, galt diese im Jahre 1995 in 46 Staaten, wobei einschränkend zu erwähnen ist, dass das Prinzip bloss in 14 Staaten in seiner reinen Form zur Anwendung kommt; vgl. dazu hinten bei Fn. 124; einen zusammenfassenden Überblick geben *H.C. Webb*, Comparative Negligence – McIntyre v. Balentine: Tennesse Judicially Adopts the Doctrine of Comparative Negligence, Memphis State University Law Rev. (23) 1992, 1, 5 ff.; *Schwartz* 2 ff., 12 ff.; *Woods* (Fn. 87) 24 ff., 77 ff.

[91] § 5 N 138.

[92] *Oftinger/Stark* § 5 Fn. 154.

[93] *Oftinger/Stark* § 6 N 40 f.

[94] Vgl. etwa *Prosser/Keeton* 458; *Stein* 324 f.; siehe auch *J.G. Grier*, Rethinking the Treatment of Mitigation of Damages Under the Iowa Comparative Fault Act in Light of Tanberg v. Ackerman Inv. Co., Iowa Law Rev. (77) 1992, 1913–1926.

[95] S. 275 f. Er verweist in Fn. 30 auf die Entscheidung Supreme Court of New Jersey, Ostrowski v. Azzara, Atlantic Reporter 2d 545 (1988), 148: Nach einer missglückten Ze-

sachgerecht ist. Lässt sich bei einer Schädigung feststellen, dass gewisse Verletzungen, Beschädigungen oder sonstige Einbussen durch entsprechende Vorkehrungen seitens des Geschädigten hätten vermieden werden können, sollte die «avoidable consequences rule» Anwendung finden unabhängig vom Zeitpunkt, in dem die Vorkehrungen hätten getroffen werden müssen[96]. Die Abgrenzung zwischen «avoidable loss» und «comparative negligence» ist daher richtiger Ansicht nach danach zu treffen, ob sich einzelne, dem Geschädigten anzulastende Schadenspositionen unterscheiden lassen oder nicht[97]; es ist freilich zutreffend, dass unterscheidbare Schadenspositionen meist auf ein Verhalten des Geschädigten nach der Schädigung zurückzuführen sind.

c) Literatur und Rechtsprechung erwähnen im Rahmen des Selbstverschuldens oftmals auch das sogenannte *Handeln auf eigene Gefahr*[98], wobei gelegentlich unklar bleibt, was darunter zu verstehen ist[99]. Nach dem Verständnis im deutschen[100] und im amerikanischen[101] Recht schliesst das Handeln auf eigene Gefahr eine Haftung aus. Wer sich bewusst einer Gefahr aus-

henoperation, die zu einer Infektion führte, empfahl der Arzt der Patientin, zumindest vorübergehend nicht zu rauchen. Die Patientin folgte dieser Empfehlung nicht. Da die Infektion nicht ausheilte, verlor die Patientin letztlich ein Bein. Auf diesen Fall sind die Regeln der Mitverantwortlichkeit anwendbar, obwohl die für den Schaden massgebende Handlung der Geschädigten nach der haftpflichtbegründenden Handlung des Schädigers (die Zehenoperation) erfolgte; siehe auch *ders.*, Accountability and Comparative Fault, Louisiana Law Rev. (47) 1987, 939, 945 f.

[96] Praktische Bedeutung kommt dieser Frage insbesondere in bezug auf das Tragen von Sicherheitsgurten zu: Hätte bei einem Verkehrsunfall der Geschädigte die Verletzungen durch Benützen der Gurten vermeiden können, erhielte er nach dem Prinzip der Schadensvermeidung für den daraus folgenden Schaden keine Entschädigung, während er bei Anwendung der Mitverschuldensregeln bloss eine Kürzung des Ersatzes in Kauf nehmen müsste. Vgl. ausführlich zu den verschiedenen Ansichten im amerikanischen Recht *M.B. Gallub*, A Compromise Between Mitigation and Comparative Fault? A Critical Assessment of the Seat Belt Controversy and a Proposal for Reform, Hofstra Law Rev. (14) 1986, 319–355; siehe ferner *P.A. LeBel*, Reducing the Recovery of Avoidable «Seat-Belt Damages»: A Cure for the Defects of Waterson v. General Motors Corporation, Seton Hall Law Rev. (22) 1991, 4–34; Note, Negligence – Seat Belt Defense – Failure to Use a Seat Belt Constitutes Evidence of Comparative Negligence, Which May Decrease Recovery for Avoidable Damages, Harvard Law Rev. (102) 1989, 925–931; *Schwartz* 107 ff. je m.w.N. In Österreich wurde die Problematik durch den Gesetzgeber gelöst. Danach werden bei Nichtanlegen von Gurten nur Genugtuungsansprüche, nicht aber Schadenersatzansprüche gemindert; vgl. *Koziol/Welser* 464.

[97] Louisiana Law Rev. (Fn. 95), 946 Fn. 29.

[98] Vgl. *Oftinger/Stark* § 5 N 147 m.w.N.; monographisch hierzu *H. Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, Berlin/Tübingen 1961.

[99] Die schweizerische Dogmatik unterscheidet die Einwilligung von dem Handeln auf eigene Gefahr; vgl. statt aller *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 9.

[100] *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 34; *Soergel/Mertens* § 254 N 50 f.

[101] *Harper/James/Gray* 189; *Prosser/Keeton* 481.

setzt, soll eben auch dann keinen Ersatz fordern können, wenn sich die Gefahr durch eine haftpflichtbegründende Handlung eines anderen verwirklicht. Dieses Prinzip wurde in Deutschland namentlich durch die ältere Rechtsprechung entwickelt, wobei man freilich mit der Annahme einer die Haftung ausschliessenden Einwilligung des Geschädigten zu grosszügig verfahren ist. Die neuere BGH-Rechtsprechung scheint einen stillschweigenden Haftungsausschluss nunmehr auf die aktive Teilnahme an besonders gefährlichen Sportarten zu beschränken[102], und in der Literatur mehren sich die Stimmen, die den Begriff ganz aufgeben wollen[103]. Auch im amerikanischen Recht kam dem Prinzip des «assumed risk» vor allem in der früheren Rechtsprechung erhebliche Bedeutung zu, wobei seit jeher unklar war, inwiefern sie sich von der Culpa-Kompensation unterscheidet[104]. Nachdem aber die «contributory negligence» in den meisten Staaten durch die «comparative negligence rule» ersetzt wurde, ist streitig, ob dem «assumption of risk»-Prinzip noch eigenständige Bedeutung zukommt[105].

---

[102] Vgl. *Soergel/Mertens* § 254 N 57.

[103] Vgl. z.B. *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 34; siehe auch *Soergel/Mertens* § 254 N 51.

[104] Vgl. *Schwartz* 187 ff.; ausführlich *Prosser/Keeton* 480 ff., insbesondere 493 ff.; vgl. bereits die Zweifel des Supreme Court of Wisconsin, Colson v. Rule, North Western Reporter 2d 113 (1962), 21, 23: «The attempted distinction between assumption of risk and contributory negligence is highly technical and in many fact situations it is very difficult for trial courts to distinguish between the two ... confusion exists in past decisions of this court as a result of failure to distinguish between the two concepts»; und im letzten Jahrhundert hatte dasselbe Gericht in Powell v. Ashland Iron & Steel Co., North Western Reporter 73 (1897), 573, 574, ausgeführt: «It is considered here, notwithstanding authority to the contrary, that no necessary distinction exists between the two. Such distinctions are indulged in far too much and lead only to confusion and uncertainty in a most important branch of jurisprudence.» Vgl. auch die Kritik des «Supreme Court»-Richters *Frankfurter* in seiner «concurring opinion» in US Supreme Court, Tiller v. Atlantic Coast Line R. Co., Supreme Court Reporter 63 (1943), 444, 452: «The phrase 'assumption of risk' is an excellent illustration of the extent to which uncritical use of words bedevils the law. A phrase begins life as a literary expression; its felicity leads to its lazy repetition; and repetition soon establishes it as a legal formula, undiscriminatingly used to express different and sometimes contradictory ideas.»

[105] Vgl. *Schwartz* 201 ff., 217 ff.; *Harper/James/Gray* 259; *Dobbs*, Louisiana Law Rev. (Fn. 95) 945; verschiedene Artikel finden sich im Symposium «Assumption of Risk», Louisiana Law Rev. (22) 1961, 1–166; weitere Nachweise bei *Prosser/Keeton* 480 Fn. 2. Der Supreme Court of California erklärte im «leading case», in welchem die «comparative negligence» anerkannt wurde, dass «the defense of assumption of risk is ... abolished to the extent that it is merely a variant of the former doctrine of contributory negligence», Li v. Yellow Cab Co., Pacific Reporter 2d 532 (1975), 1226, 1243; vgl. auch *E.T. Presnell*, Torts – Perez v. McConkey: The Tennessee Supreme Court Abolishes Implied Assumption of Risk after the Adoption of Comparative Fault in McIntyre, University of Memphis Law Rev. (25) 1994, 291, 303 ff., wonach in der Doktrin und Rechtsprechung sechs verschiedene Bedeutungen der «Assumption of Risk» auszumachen sind: express and implied, primary and secondary, reasonable and un-

Dagegen versteht man in der schweizerischen Literatur das Handeln auf eigene Gefahr lediglich als Reduktionsgrund[106] und scheint diesen Gedanken auf Sportunfälle zu beschränken. Da das Handeln auf eigene Gefahr nicht zu einem Haftungsschluss, sondern lediglich zu einer Kürzung der Entschädigungspflicht führt und auch Sportunfälle ohne weiteres nach den Grundsätzen der Mitverantwortung beurteilt werden können, ist *kein Grund für die Beibehaltung dieser Bezeichnung* ersichtlich. Sah der Geschädigte die Möglichkeit seiner Schädigung voraus und handelte er gleichwohl nicht entsprechend dieser Voraussicht, dann liegt – wie STARK richtig ausführt – ein Selbstverschulden vor[107]. Diese Auffassung wird auch durch die Entwicklung im amerikanischen Recht bestätigt. Unter «assumption of risk» subsumieren die amerikanischen Gerichte sowohl die Einwilligung als auch das Handeln auf eigene Gefahr im engeren Sinne, d.h. die vorwerfbare Inkaufnahme eines dem Geschädigten bekannten Risikos[108]. Da die Einwilligung im schweizerischen Recht als eigenständige Fallgruppe geregelt ist, fällt bloss die letztere Fallgruppe unter den Begriff des Handelns auf eigene Gefahr. Hinsichtlich dieser Fälle räumen aber selbst Befürworter des «assumption of risk»-Prinzips ein, dass sie sich nicht vom Selbstverschulden unterscheiden lassen[109].

---

reasonable; ausführlich zur Rechtslage in den einzelnen Staaten *Woods* (Fn. 87) 114 ff.; siehe zu dieser Frage auch *J.G. Fleming*, The Law of Torts, 8. Aufl., Sydney 1992, 296 ff.

[106] Vgl. z.B. *Merz* 229; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 9 ff.

[107] *Oftinger/Stark* § 5 N 148, insbesondere auch Fn. 172, wonach bei Verzicht auf die spezielle Missbilligung als Inhalt des Selbstverschuldensbegriffes «kein Unterschied zwischen dem unaufmerksamen Überqueren einer Autostrasse und dem Schlittschuhlaufen oder Skifahren» besteht. *Oftinger* 101 bespricht in diesem Zusammenhang auch die Fallgruppe, in der sich jemand bewusst, wenngleich nicht schuldhaft, einer Gefahr aussetzt. Seiner Auffassung nach würde die Geltendmachung eines Ersatzanspruches in einem solchen Falle gegen das Verbot des «venire contra factum proprium» verstossen. *Stark* lehnt diese Auffassung in der Neuauflage zu Recht ab, da bei einem nicht schuldhaften Verhalten auch kein Fall des Handelns auf eigene Gefahr vorliegen kann, *Oftinger/Stark* § 5 Fn. 172.

[108] Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Harper/James/Gray* 187 ff.; siehe ferner *Prosser/Keeton* 480 f. und 496 f., die unterscheiden zwischen «express consent», «implied consent» und der dritten Fallgruppe, in welcher «the plaintiff is aware of a risk that has already been created by the negligence of the defendant, yet chooses voluntarily to proceed to encounter it» (481), mit Nachweisen auf die Rechtsprechung; ferner *Woods* (Fn. 87) 16 f.

[109] Vgl. *Prosser/Keeton* 497: «When a plaintiff's implied assumption of risk is unreasonable, it looks most closely like contributory negligence»; deutlicher noch *Harper/James/Gray* 259: «Except for express assumption of risk, therefore, the term and the concept should be abolished. It adds nothing to modern law except confusion»; ähnlich *C.A. Mutter*, Moving to Comparative Negligence in an Era of Tort Reform: Decisions for Tennessee, Tennesse Law Rev. (57) 1990, 199, 294; ebenso Supreme Court of Tennessee, Perez v. McConkey, South Western Reporter 2d 872 (1994), 897, 906, wonach «implied assumption of risk doctrine and terminology should no longer be used», während die «express assumption of

2. Verschuldens- und Verursachungsabwägung

a) Umstritten ist, welche Faktoren bei der Ermittlung der Mitverantwortlichkeit zu berücksichtigen sind. In Deutschland befürwortet die überwiegende Meinung in erster Linie die Berücksichtigung der Mitverursachung und erst sekundär das Verschulden des Geschädigten[110]. Die Verschuldensbeiträge werden daher im allgemeinen nur zur Korrektur der Quote herangezogen, die sich aus der Verursachungsabwägung ergibt[111]. Im amerikanischen Recht geht man gerade umgekehrt vom Vorrang des Verschuldens aus und bezweifelt, dass dem Kausalnexus eine eigenständige Bedeutung zukommt[112]. Tatsächlich divergieren die Auffassungen nicht erheblich. Das amerikanische Recht berücksichtigt nämlich neben dem nachlässigen Verhalten vor allem auch die durch den Geschädigten geschaffene Gefahr[113]. In Situationen, in denen eine leichte Fahrlässigkeit ausserordentlich schwerwiegende Schadensfolgen zeitigen kann, sind die Folgen vor allem demjenigen anzulasten, der die gefährliche Situation geschaffen hat. Auf der anderen Seite versteht man in Deutschland die Mitverursachung dahingehend, dass es

---

risk as it existed under the former common-law contributory negligence regime is unaffected by this holding».

[110] Vgl. *Staudinger/Medicus* § 254 N 92; *Lange* 608; *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 60 je m.w.N. Die Verursachung steht offenbar auch im englischen Recht im Vordergrund, vgl. *N.P. Gravells*, Three Heads of Contributory Negligence, Law Quarterly Rev. 1977, 581, 599: «It would appear, therefore, that in those cases where the negligence of the plaintiff contributes to the occurrence of the accident itself, the courts are not only adopting a comparative approach to the question of apportionment but also are affording particular weight to the criterion of causative potency.» Siehe im übrigen rechtsvergleichend *U. Magnus*, Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht, Heidelberg 1974, 15 ff., 41 ff., 65 ff., 91 ff.

[111] Das Schuldmoment dominiert jedoch dann, wenn auf einer Seite eine vorsätzliche Handlung vorliegt; vgl. *Lange* 612.

[112] Vgl. z.B. *W.L. Prosser*, Comparative Negligence, Michigan Law Rev. (51) 1953, 465, 481: «Once causation is found, the apportionment must be made on the basis of comparative fault rather than comparative contribution.» Aus der Rechtsprechung vgl. etwa US Court of Appeals Fifth Circuit, Gele v. Wilson, Federal Reporter 2d 616 (1980), 146, 148: «The respective transgressions of Herr and Chevron may have been equally responsible for the collision. Liability, however, is to be allocated among the parties proportionately to the comparative degree of their fault, not according to their degree of causation»; Supreme Court of Alaska, State v. Kaatz, Pacific Reporter 2d 572 (1977), 775, 782: «What is to be compared is negligence – conduct, fault, culpability – not causation, either physical or legal»; Supreme Court of Oregon, Sandford v. Chevrolet Div. of General Motors, Pacific Reporter 2d 642 (1982), 624 mit zusammenfassender Darstellung der verschiedenen Ansichten; a.M. Supreme Court of Wisconsin, Kohler v. Dumke, North Western Reporter 2d 108 (1961), 581, 584: «Therefore, in comparing the negligence of two or more persons, the jury is to consider both the elements of negligence and causation.» Weitere Nachweise bei *Woods* (Fn. 87) 124 Fn. 2.

[113] Vgl. *Woods* (Fn. 87) 101 ff.; *Prosser/Keeton* 457 f.

darauf ankomme, mit welchem Grad der Wahrscheinlichkeit die jeweiligen Verhaltensweisen zum Schadenseintritt führen, d.h. also, inwiefern die Beteiligten die Gefahr einer Schädigung geschaffen haben[114]. Eine *Rangordnung* hinsichtlich des Verschuldens und der Verursachung scheint infolgedessen *wenig zweckmässig* zu sein. In neuerer Zeit beginnt sich denn auch im amerikanischen Recht die Ansicht durchzusetzen, dass die beiden Elemente gleichrangig zu berücksichtigen sind[115]. Selbstverschulden bedeutet richtiger Ansicht nach Mitverantwortung[116]. Welches Gewicht dem Verschuldens- und dem Verursachungselement zukommt, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles[117].

b) Was den *Grad der sorgfaltswidrigen Schadensvorsorge* anbelangt, ist derselbe Massstab anzulegen wie beim Schädiger, freilich mit dem Unterschied, dass nicht die Sorgfalt zur Verhinderung fremder, sondern eigener Schädigung geprüft wird[118]. Welche Sorgfalt zum eigenen Schutz angemes-

---

[114] Vgl. etwa *Soergel/Mertens* § 254 N 111; *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 60.

[115] Vgl. z.B. § 2(b) des (unverbindlichen) Uniform Comparative Fault Act von 1977, abgedruckt in South Western Reporter 2d 661 (1984), 35 ff., sowie in *Schwartz* 455 ff.: «In determining the percentages of fault, the trier of fact shall consider both the nature of the conduct of each party at fault and the extent of the causal relation between the conduct and the damages claimed»; siehe ferner die im Jahre 1992 revidierte Bestimmung der Mitverantwortlichkeit im US-Staat Washington, wonach bei der Schadensverteilung «both the nature of the conduct of the parties to the action and the extent of the causal relation between such conduct and damages» massgebend sind; zit. nach *G.S. Sisk*, Comparative Fault and Common Sense, Gonzaga Law Rev. (30) 1994, 29, 38; in diesem Sinne nunmehr auch der im Jahre 1995 revidierte § 33.003 des Texas Civil Practice and Remedies Code: «The trier of fact, as to each cause of action asserted, shall determine the percentage of responsibility, stated in whole numbers, ... with respect to each person's causing or contributing to cause in any way the harm for which recovery of damages is sought, whether by negligent act or omission, by any defective or unreasonably dangerous product, by other conduct or activity that violates an applicable legal standard, or by any combination of these»; die frühere Fassung stellte demgegenüber bloss auf das Selbstverschulden ab: § 33.001(b): «Damages allowed are diminished in proportion to the amount of negligence attributed to the person recovering.» In den anderen angloamerikanischen Rechtsordnungen ist dies schon seit längerer Zeit anerkannt; vgl. etwa für das englische Recht *Burrows* 71 f.; für das australische Recht *Tilbury* (Fn. 14) N 3146: «Both the criterion of comparative blameworthiness and that of causation are relevant in Australien law to an apportionment of responsibility under the legislation», m.N. aus der Rechtsprechung.

[116] Zutreffend *Schwartz* 220: «The true meaning of comparative fault is comparative responsibility.» Vgl. auch den Titel des im Jahre 1995 revidierten § 33 des Texas Civil Practice & Remedies Code, welches die Schadensteilung regelt: «Proportionate Responsibility».

[117] Vgl. Kohler v. Dumke (Fn. 112) 584: «However, this court has never attempted to lay down any formula for determining how much weight is to be accorded to the element of negligence and how much to that of causation in comparing causal negligence ... This is something that had best be left to the common sense of juries.» *Tilbury* (Fn. 14) N 3146: «The relative weight (if any) of each varies with the circumstances of the case.»

[118] *Oftinger/Stark* § 5 N 146; *Lange* 563.

sen ist, ist nach Massgabe der Umstände im Einzelfall zu bestimmen. Muss der Geschädigte sofort handeln, etwa wegen einer durch den Schädiger geschaffenen gefährlichen Situation, ist sein Verhalten nach einem milderen Massstab zu beurteilen[119]. Es geht also um die Frage, ob der Geschädigte unter den gegebenen Umständen vernünftig und angemessen gehandelt hat[120]. Je weiter sein Verhalten von diesem Massstab abweicht, umso grösser ist die Kürzungsquote.

Gelegentlich haben Gerichte das Verschulden des Geschädigten zu stark in den Vordergrund gerückt. So folgte z.B. gemäss der älteren südafrikanischen Rechtsprechung bei einem Selbstverschuldensgrad von vierzig Prozent ohne weiteres, dass der Haftpflichtige einen Ersatz in der Höhe von sechzig Prozent des Schadens leisten musste[121]. Heute wird aber allgemein anerkannt, dass bei der Kürzung des Ersatzes auch der Verschuldensgrad des Schädigers zu berücksichtigen ist. Je schwerer das Verschulden des Schädigers, umso weniger fällt die leichte Fahrlässigkeit des Geschädigten ins Gewicht. Hingegen lässt sich nicht allgemein sagen, dass die vorsätzliche Handlung der einen Seite die Fahrlässigkeit auf der anderen Seite unerheblich macht[122].

c) Nach BREHM kann die Mitverantwortlichkeit zu einer *Schadensverteilung zwischen null und hundert Prozent* führen[123]. Demgegenüber wird im amerikanischen Recht ein Selbstverschulden von mehr als fünfzig Prozent überwiegend als Haftungsausschlussgrund erachtet[124]. Dies wird in der Literatur zu Recht kritisiert[125]. Man bleibt auf halbem Weg zwischen Culpa-Kompensation und dem Prinzip der Mitverantwortung stehen, wenn bei

---

[119] *Oftinger/Stark* § 5 N 151 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; ferner für das angloamerikanische Recht *Fleming* (Fn. 105) 284 m.w.N.

[120] Vgl. auch den australischen «leading case», High Court of Australia, Pennington v. Norris, Commonwealth Law Reports 96 (1956), 10, 16: «By 'culpability' we do not mean moral blameworthiness but degree of departure from the standard of care of the reasonable man.»

[121] Vgl. *P.J. Visser/J.M. Potgieter*, Law of Damages, Cape Town u.a. 1993, 236.

[122] A.M. die überwiegende Auffassung im amerikanischen Recht, vgl. *Schwartz* 113 ff.; ebenso im australischen Recht, vgl. *Tilbury* (Fn. 14) N 3142 m.w.N.

[123] *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 20.

[124] Vgl. *Webb* (Fn. 90) 8, wonach der Geschädigte in 31 Staaten seinen Anspruch verliert, wenn sein Verschulden gegenüber dem Verschulden des Schädigers schwerer wiegt; ausführlich auch *Wade* (Fn. 87) 300 ff.; *Schwartz* 32 ff., 55 ff. Eine entsprechende Auffassung findet sich gelegentlich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. BGE 53 II (1927), 368, 377; und 92 I (1966), 516, 538.

[125] Vgl. z.B. *Schwartz* 446 ff.; *D.E. Wanat*, Some Comments On Fault: McIntyre v. Balentine, Memphis State University Law Rev. (23) 1992, 13, 26 ff. je m.w.N.; für das schweizerische Recht statt aller *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 20.

gleichwertiger Mitverantwortlichkeit eine Schadensteilung eintritt, bei leicht überwiegender Mitverantwortlichkeit der Geschädigte hingegen leer ausgeht. Andererseits ist fraglich, ob Verantwortlichkeitsanteile von wenigen Prozenten gegenüber dem Beitrag des anderen noch zu berücksichtigen sind. Die deutsche Rechtsprechung scheint im Regelfall Anteile von unter zwanzig Prozent für nicht mehr abwägbar oder berücksichtigenswert zu halten[126]. Dies ist insofern zutreffend, als ein weit überwiegender Verantwortungsbeitrag des Geschädigten eine Mitverantwortung des Schädigers an der Entstehung des Schadens ausschliesst[127]. Anderes gilt aber im umgekehrten Fall, d.h., wenn der Beitrag des Geschädigten nur marginal ist. Hier erscheint die Berücksichtigung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Gleichwohl nimmt die schweizerische Rechtsprechung offenbar keine Kürzungen unter zehn Prozent vor[128].

3. Selbstverschulden bei Kausalhaftungen

a) Der Grundsatz, wonach sowohl die Verschuldens- als auch die Verursachungsbeiträge zu berücksichtigen sind, ist dann nicht anwendbar, wenn auf seiten des Schädigers eine Kausalhaftung vorliegt. Da die Verschuldensgrade nicht miteinander verglichen werden können, liegt es in solchen Fällen nahe, nur die Verursachungsbeiträge zu vergleichen[129]. Gelegentlich wird freilich der Einwand erhoben, dass eine Ursache entweder *conditio sine qua non* für eine Schädigung ist oder nicht, weshalb es *keine Verursachungsgrade* geben kann[130]. Diese Auffassung ist bei Zugrundelegung einer naturwis-

---

[126] *Lange* 617.

[127] In diesem Sinne bereits *W. Im Hof*, Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel 1/II, Diss. Bern 1912, 63. Vgl. auch *Prosser/Keeton* 475; anders aber z.B. US Court of Appeals Seventh Circuit, Wassell v. Adams, Federal Reporter 2d 865 (1989), 849, in dem der Ersatz wegen erheblichen Mitverschuldens um 97 Prozent gekürzt wurde. Es ist freilich zu vermuten, dass die Geschworenen Schadensberechnung und Schadensverteilung nicht genügend auseinanderhielten. Gleiches gilt für die australische Entscheidung Supreme Court of Victoria, Cummings v. Murphy, Victorian Reports 1967, 865, in dem die Geschworenen den Ersatz wegen Selbstverschuldens um 95 Prozent kürzten; siehe sodann *Fleming* (Fn. 105) 272: «A claimant may recover a proportion of his loss whether he was 5 per cent or 95 per cent to blame.»

[128] Vgl. die Übersichten bei *Oftinger/Stark* § 7 N 32; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 21, 28 f., 36.

[129] So teilweise die amerikanische Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Harper/James/Gray* 400 Fn. 19; kritisch *A.D. Twerski*, The Many Faces of Misuse: An Inquiry Into the Emerging Doctrine of Comparative Causation, Mercer Law Rev. (29) 1978, 403, 413 f.

[130] So z.B. *Guhl* 97; *v.Tuhr/Peter* 111 Fn. 19; vgl. für das deutsche Recht *Rother* 66 f. m.w.N.; für das amerikanische Recht vgl. z.B. *R.N. Pearson*, Apportionment of Losses Under

senschaftlichen Kausalität durchaus folgerichtig: Als Ursache gilt eben nur, was sich nicht wegdenken lässt, ohne dass der Erfolg entfiele; eine Rangordnung gibt es so gesehen nicht. Da aber nach der hier vertretenen Ansicht die «natürliche» Kausalität nicht ohne Wertungen auskommt[131], scheint eine Differenzierung der Ursachen je nach ihrer Wesentlichkeit nicht a priori ausgeschlossen. Diese Auffassung liesse sich auch damit rechtfertigen, dass nicht auf den natürlichen, sondern auf den juristischen, adäquaten Verursachungsbeitrag abzustellen ist[132]. Es ist indessen zuzugeben, dass die Frage nach den Massstäben für die Beurteilung der Verursachungsgrade nicht leicht zu beantworten ist.

b) Ein Verfahren, wie dies erfolgen kann, schlugen RIZZO und ARNOLD[133] vor. Ausgehend von einem reinen Gefährdungshaftungsregim, ist gemäss ihrer Theorie nicht lediglich zu bestimmen, wer die grössere Gefahr geschaffen hat; vielmehr sollte der *Wahrscheinlichkeitsgrad* geschätzt werden, dass der von den Parteien geschaffene Haftungstatbestand zur Schädigung geführt haben würde. So kann etwa die durch den Geschädigten geschaffene Gefahr eine Wahrscheinlichkeit von neunzig Prozent haben, dass die Schädigung eintritt, diejenige des Schädigers eine solche von fünfundvierzig Prozent. Dies müsste zu einer Reduktion des Ersatzes um einen Drittel führen[134]. Diese Auffassung entspricht auch der Formel des BGH, wo-

---

Comparative Fault Laws – An Analysis of the Alternatives, Lousiana Law Rev. (40) 1980, 343, 346: «Causation is not a relative concept; it exists or it does not, and if it does exist one does not speak of 'degrees' of causation»; C.K. Wiggins u.a., Washington's 1986 Tort Legislation and the State Constitution: Testing the Limits, Gonzaga Law Rev. (22) 1987, 193, 238: «Cause in fact cannot logically be allocated – an actor either caused an event or did not»; *M.J. Davis*, Individual and Institutional Responsibility: A Vision for Comparative Fault in Products Liability, Villanova Law Rev. (39) 1994, 281, 315: «It does not appear to me that causation can be compared; not if the lessons of cause-in-fact causation mean anything», mit zahlreichen w.N. in Fn. 119.

[131] Vgl. vorne § 2 I 7; siehe auch *Oftinger/Stark* § 7 N 23 («das Gewicht, das einer Ursache bei der juristischen Wertung zukommt»); ähnlich *Oftinger* 269 Fn. 37 («Erwägung der praktischen Vernunft und nicht der Logik»); vgl. zum englischen Recht *Gravells* (Fn. 110) 596: «Once that departure from the philosophical theory of causation is accepted, it would seem unreasonable to deny the possibility of further differentiation, also on the basis of public policy and common sense, between the 'effectiveness' of particular causes»; aus australischer Sicht ihm zustimmend *Tilbury* (Fn. 14) N 3149.

[132] Vgl. auch *Schwartz* 353: «What the jury must consider is legal causation rather than physical causation; it is the motorcyclist's drunken speeding that caused him not to be able to avoid the accident, not the physical forces involved.»

[133] Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory, Columbia Law Rev. (80) 1980, 1399–1429.

[134] *Rizzo/Arnold* a.a.O. 1410, wobei sie ihr Konzept vor allem in bezug auf mehrere Haftpflichtige erläutern, doch gelte die «theory of causal apportionment ... not only to divide liability among joint tortfeasors, but also to determine the method by which defendant may reduce

nach jeweils zu prüfen ist, ob die Handlungsweise der einen Partei den Schaden nicht nur ermöglicht, sondern in wesentlich höherem Masse wahrscheinlich gemacht hat als das Verhalten der anderen Partei[135].

Dagegen liesse sich einwenden, dass die Wahrscheinlichkeitsgrade oftmals auch nicht annähernd einzuschätzen sind. Diese Problematik fand in den letzten Jahren in den Vereinigten Staaten namentlich bei den «Asbestfällen» Beachtung. Die Gerichte bekundeten erhebliche Unsicherheiten, inwiefern der Schaden zu verteilen ist, wenn ein an Lungenkrebs erkrankter Geschädigter, der jahrelang Zigaretten geraucht hatte, gegen einen Asbesthersteller klagte. Gelegentlich versuchte man, die relativen Beiträge an der Krebserkrankung durch Expertenmeinungen zu ermitteln. Es überrascht kaum, dass sich diese durchwegs ausserstande sahen, entsprechende Angaben zu machen[136]. Der «Supreme Court of Pennsylvania» zog daraus den Schluss, dass die Jury keine Schadensverteilung vornehmen dürfe, da diese nicht Verursachungsgrade zuweisen könne, wenn dies nicht einmal für medizinische Sachverständige möglich ist[137]. Dabei wird übersehen, dass eine mathematisch genaue Aufteilung der Verantwortlichkeitsbeiträge nicht nur im medizinischen Bereich unmöglich ist; vielmehr trifft dies auf alle Fälle der gemeinsamen Schadensherbeiführung, namentlich auch bei Schädigungen durch mehrere zu. Eine vage Abschätzung der Mitverantwortung des Geschädigten erscheint – auch bei äusserst unsicheren Schädigungsbeiträgen – allemal gerechter als die Zuweisung der ganzen Verantwortlichkeit auf eine Seite[138]; zumal wenn – wie etwa bei den Asbestfällen – dem Geschädigten eine substantielle Mitverantwortung anzulasten ist. Andere amerikanische Gerichte haben denn auch in entsprechenden Fällen eine Reduktion des Ersatzes vorgenommen[139].

---

or eliminate damages. Just as there can be partial causal responsibility on the part of one tortfeasor, there can be partial causal responsibility on the part of the plaintiff» (1425). Siehe auch *Fleming* (Fn. 105) 274: Der Vergleich der Verursachungsbeiträge bedeute, «that weight be given to the comparative gravity of the risk».

[135] Vgl. z.B. BGH NJW 1983, 622, 623.

[136] Vgl. Supreme Court of Pennsylvania, Martin v. Owens-Corning Fiberglas, Atlantic Reporter 2d 528 (1987), 947, 949 f., in dem fünf Sachverständige befragt wurden. So führte z.B. Dr. Sachs aus: «I can't separate the two diseases for you in terms of percentage. My opinion is that both play a significant role in this man's disability, but I have no way of equating them or breaking them down. I can't tell you that asbestos contributed 48% and emphysema 52%, I don't know how to do that» (950).

[137] Martin v. Owens-Corning Fiberglas a.a.O. 950: «'Rough approximation' is no substitute for justice.»

[138] Vgl. auch *Prosser/Keeton* 345.

[139] Vgl. die Nachweise bei *R.K. Shuter*, Apportionment of Damages, Temple Law Rev. (66) 1993, 223, 229 Fn. 59.

Dem Vorschlag von RIZZO und ARNOLD ist hingegen vorzuwerfen, den Verschuldensgrad des Geschädigten ausser acht zu lassen[140]. Ob bei einer Produktehaftung, in der die Fehlerhaftigkeit für den Verwender ohne weiteres erkennbar war, der Geschädigte unerfahren im Umgang mit entsprechenden Gegenständen, sehbehindert oder ein Kind ist, sollte bei der Schadensverteilung Berücksichtigung finden.

c) Im australischen Recht hat sich eine vergleichsweise einfach zu handhabende Lösung durchgesetzt. Danach müssen bei Kausalhaftungen die *Umstände auf seiten des Schädigers ausser acht gelassen* werden; es ist ausschliesslich auf das Selbstverschulden des Geschädigten abzustellen und ein entsprechender Abzug vom Ersatz vorzunehmen[141]. Dieses Verfahren weckt schon deshalb Zweifel, weil das Gefährdungspotential auf seiten des Schädigers nicht berücksichtigt wird. Vor allem aber lässt es auch ein etwaiges zusätzliches Verschulden des Kausalhaftpflichtigen ausser acht. Die Annahme, dass der schuldlose und der grobfahrlässig oder gar vorsätzlich handelnde Kausalhaftpflichtige gleich zu behandeln sind, widerspricht nicht nur dem Gerechtigkeitsempfinden, sondern auch der schweizerischen Gerichtspraxis[142].

d) Vertreter der *Ökonomischen Analyse des Rechts* wollen die Schadensverteilung nicht dem freien Ermessen des Gerichts überlassen. Um die Ersatzermittlung rationaler zu gestalten, schlagen sie vor, bei der Schadensverteilung die jeweiligen für die Schadensvermeidung erforderlichen Kosten für den Schädiger und den Geschädigten zu vergleichen. Dieser Vorschlag wurde in Entscheidungen eines amerikanischen Berufungsgerichts wiederholt angewandt[143]. In einem Fall hatte sich der Kläger bei einem Sprung in einen See schwere Verletzungen zugezogen, da sich knapp fünfzig Zentimer unter der Eintauchstelle ein Fels befand. Aufgrund der angebrachten

---

[140] Vgl. auch die Kritik bei *Dobbs*, Louisiana Law Rev. (Fn. 95), 947 Fn. 33.

[141] *Tilbury* (Fn. 14) N 3148: «The only solution is to ignore the legal basis of the defendant's liability and to assess only the plaintiff's responsibility for the damage, no matter how difficult it is to judge the nature of the plaintiff's conduct in isolation from the defendant's liability»; m.N. aus der Rechtsprechung. Ebenso in der amerikanischen Literatur *D.A. Fischer*, Products Liability – Applicability of Comparative Negligence, Missouri Law Rev. (43) 1978, 431, 449: «The most satisfactory method to apportion damages in true strict liability cases is to reduce the plaintiff's recovery in proportion to the extent of his own fault.»

[142] Vgl. die zahlreichen Entscheidungen bei *Oftinger/Stark* § 7 N 32.

[143] Vgl. US Court of Appeals Seventh Circuit, Davis v. United States, Federal Reporter 2d 716 (1983), 418, 429; US Court of Appeals Seventh Circuit, Wassell v. Adams, Federal Reporter 2d 865 (1989), 849, 854: «One way to make sense of comparative negligence is to assume that the required comparison is between the respective costs to the plaintiff and to the defendant of avoiding the injury.» In beiden Fällen wurde die Entscheidung von *Posner*, dem bekannten Exponenten der Ökonomischen Analyse des Rechts, begründet.

Schwimmverbotstafeln hatte die Vorinstanz das Selbstverschulden des Geschädigten mit 75 Prozent beziffert. Das Berufungsgericht stellte zunächst fest, dass auf den Schwimmverbotstafeln mit geringen Zusatzkosten auf die Gefahr der Untiefen hätte aufmerksam gemacht werden können[144]. Der Geschädigte hätte hingegen die Verletzung ohne zusätzliche Kosten vermeiden können. Wie dann aber das Gericht, gestützt auf diese beiden Erkenntnisse, zu dem Schluss kommt, dass der Selbstverschuldensanteil nicht 75, sondern 67 Prozent zu betragen hat[145], ist schlicht unerklärlich. Der ökonomische Ansatz dürfte jedenfalls für die Schadensverteilung kaum hilfreich sein[146].

e) Im amerikanischen Recht scheint man das *Problem* der Berücksichtigung eines Selbstverschuldens bei Kausalhaftungen zu *überschätzen*[147]. Die

[144] Davis v. United Staates (Fn. 143) 424: «It would not have cost much to amend the 'No Diving' sign to add 'Danger: Subsurface Rocks'...» Siehe auch den verwandten Fall in BGE 116 II (1990), 422.

[145] Davis v. United Staates (Fn. 143) 430.

[146] Dass die Ökonomisierung nicht praktikabel ist, zeigt sich auch im Fall, in dem eine in einem Motelzimmer vergewaltigte Frau gegen das Motel klagte. Dem Motel wurde vorgeworfen, seine Gäste nicht auf mögliche Gefahren hingewiesen zu haben. Die Schädigung hätte überdies auch durch Einstellen eines Nachtwächters, dessen jährliche Kosten auf 20'000 $ geschätzt wurden, verhindert werden können. Da die Geschädigte aber mitten in der Nacht einen Fremden in das Zimmer liess, wurde ihr ein Mitverschuldensanteil von 97 Prozent angerechnet; vgl. Wassell v. Adams (Fn. 143) 855 f. Wiederum ist nicht einsichtig, welche Erkenntnisse aus den ökonomischen Gesichtspunkten gewonnen werden, hätte die Geschädigte die Schädigung doch wiederum ohne jeglichen Kostenaufwand verhindern können. Stattdessen stellt das Gericht gar fest: «If we were the trier of fact, persuaded that both parties were negligent and forced to guess about the relative costs to the plaintiff and to the defendants of averting the assault, we would assess the defendants' share at more than 3 percent» (856).

[147] Vgl. etwa Murray v. Fairbanks Morse, Federal Reporter 2d 610 (1979), 149, 159: «Although we may term a defective product 'faulty', it is qualitatively different from the plaintiff's conduct that contributes to his injury. A comparison of the two is therefore inappropriate»; der Supreme Court of Pennsylvania, Kimco Dev. v. Michael D's Carpet, Atlantic Reporter 2d 637 (1993), 603, 606, befürchtet insbesondere, dass die Schadensteilung den Zweck der Produktehaftung unterminieren könnte: «Our position is not based solely on the problem of the conceptual confusion that would ensue should negligence and strict liability concepts be commingled, although that concern is not negligible. Rather, we think that the underlying purpose of strict product liability is undermined by introducing negligence concepts into it»; kritisch zu dieser Entscheidung *J.G. Byrne*, The Pennsylvania Supreme Court held that comparative negligence concepts should not be extended to strict product liability, Duquesne Law Rev. (33) 1994, 185–202. Siehe demgegenüber die vielzitierte Feststellung des Supreme Court of California, Daly v. General Motors Corp., Pacific Reporter 2d 575 (1978), 1162, 1167: «The task of merging the two concepts is said to be impossible, that 'apples and oranges' cannot be compared, that 'oil and water' do not mix, and that strict liability, which is not founded on negligence or fault, is inhospitable to comparative principles.» Das Gericht ist indessen der Auffassung, dass «the inherent difficulty in the 'apples and oranges' argument is its insistence of fixed and precise definitional treatment of legal concepts», dass «fixed semantic consistency at this point is less important than the attainment of a just and equitable result» (1168), und «if a more just result follows from the expansion of comparative principles, we have no hesitancy in

Schwierigkeiten rühren von der Auffassung, dass zwar Verschuldensanteile miteinander verglichen werden können, möglicherweise auch Verursachungsbeiträge, nicht aber ein Verschulden mit einer Verursachung. Die Verwirrung wird durch die wenig glückliche Terminologie gefördert, die von «comparative negligence/fault/causation» spricht. Erst in jüngster Zeit richtet sich der Blick vermehr auf die Mitverantwortlichkeit der Beteiligten für das Schadensereignis. Wer gegen das Abstellen auf die jeweiligen Verantwortlichkeitsanteile einwendet, dass die Ermittlung notwendigerweise vage sei, da sich kaum Anhaltspunkte für deren Konkretisierung ausmachen liessen, übersieht, dass dies auch beim Vergleich der Verschuldens- bzw. Verursachungsbeiträge der Fall ist. Hier wie dort muss aufgrund einer juristischen Wertung die relative Gewichtung der auf seiten der Beteiligten als massgeblich erachteten Faktoren bestimmt werden.

Im schweizerischen Recht ist die wertende Gewichtung der Verantwortlichkeitsbeiträge allgemein anerkannt[148]. Fraglich ist, ob allgemeine Regeln formuliert werden können, wie der Schaden zu verteilen ist. In der Regel beschränkt sich die Literatur auf die Feststellung, dass Gefährdungshaftungen gegenüber der Fahrlässigkeit und den einfachen Kausalhaftungen ein grösseres Gewicht zukommt[149]. Konkreter äussern sich OFTINGER/STARK[150]:

---

seeking it» (1169); für umfassende Nachweise auf die Rechtsprechung *R.P. Eclavea*, Applicability of Comparative Negligence Doctrine to Actions Based on Strict Liability in Tort, American Law Reports 4th 9, 633–653. Auch in der Literatur wird die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei Kausalhaftungen teilweise abgelehnt, vgl. etwa *H.R. Levine*, Strict Products Liability and Comparative Negligence: The Collision of Fault and No-Fault, San Diego Law Rev. (14) 1977, 337, 356: «How can comparative fault exist in a cause of action which proceeds irrespective of fault? What can a jury compare the plaintiff's fault with if the defendant's fault is not at issue? If the jury has not determined the nature, extent, or degree of the defendant's fault but has merely concluded the product is defective, how can it reduce the plaintiff's damages in *proportion* to respective fault?»; ablehnend mit Blick auf den Zweck der Gefährdungshaftungen *M.E. Roszkowski/R.A. Prentice*, Reconciling Comparative Negligence and Strict Liability: A Public Policy Analysis, St. Louis University Law Journal (33) 1988, 19–102; *A. Gershonowitz*, What Must Cause Injury in Products Liability?, Indiana Law Journal (62) 1987, 701–733, schlägt vor, nur die Verursachungsbeiträge zu vergleichen und das Verschulden ausser acht zu lassen; zahlreiche weitere Nachweise aus der umfangreichen Diskussion hinsichtlich der Frage, ob und wie das Selbstverschulden bei Gefährdungshaftungen berücksichtigt werden kann, bei *R.S. Strassfeld*, Causal Comparisons, Fordham Law Rev. (60) 1992, 913–951; *Schwartz* 231 ff.

[148] Vgl. *Oftinger/Stark* § 7 N 24 ff. Entgegen der Situation im amerikanischen Recht wird auch die Schwierigkeit der Vergleichbarkeit von Kausalhaftung und Verschuldenshaftung nicht problematisiert.

[149] Vgl. etwa *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 32. Im deutschen Recht tritt hingegen bei Zusammentreffen von Betriebsgefahr und einfacher oder «mittlerer» Fahrlässigkeit regelmässig Schadensteilung ein; *Lange* 620 m.w.N.

[150] § 7 N 24.

Ihrer Ansicht nach «sind die verschiedenen einfachen Kausalhaftungen ungefähr gleich zu werten. Es drängt sich auf, ihnen etwa halb soviel Gewicht beizumessen wie den Gefährdungshaftungen». Zumindest die letztere Aussage wird freilich durch die Kürzungsquoten in der von denselben Autoren zusammengestellten Entscheidsammlung[151] nicht gestützt. Nach der Rechtsprechung scheint eine mittlere Fahrlässigkeit auf seiten des Geschädigten sowohl bei einfachen Kausalhaftungen als auch bei Gefährdungshaftungen zu einer Kürzung zwischen fünfundzwanzig und vierzig Prozent zu führen. Es besteht auch kein Anlass, die einfache Kausalhaftung und die Gefährdungshaftung im Rahmen der Ersatzreduktion derart unterschiedlich zu behandeln. Während man nämlich bei der Gefährdungshaftung unabhängig von einer Sorgfaltspflichtverletzung und selbst bei Treffen aller Vorsichtsmassnahmen haftbar ist, setzt die Einstandspflicht des Kausalhaftpflichtigen die Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraus. Dem unterschiedlichen Gefährdungspotential ist mithin schon im Rahmen der Haftungsvoraussetzungen genügend Rechnung getragen, weshalb sich eine nochmalige Berücksichtigung bei der Ersatzermittlung erübrigt.

Im Regelfall trifft den Kausalhaftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden. In der schweizerischen Literatur ist streitig, ob sich die Verschuldensanteile des Schädigers und des Geschädigten neutralisieren können, so dass nur noch die Kausalhaftung des Schädigers zu berücksichtigen wäre[152]. Dem Anliegen der Schadenersatzreduktion bei Mitverantwortlichkeit des Geschädigten entspricht aber das Prinzip der sektoriellen Verteilung[153] besser. Denn obwohl sich die Kumulierung von Kausal- und Verschuldenshaftung erschwerend auswirkt, so ist doch dem Geschädigten nach wie vor eine Mitverantwortung für das Schadensereignis vorzuwerfen. Das mitwirkende Verschulden des Kausalhaftpflichtigen sollte daher richtiger Ansicht nach bloss zu einer geringeren Reduktion des Schadenersatzes führen.

Ob sich bei Selbstverschulden in Kausalhaftungsfällen allgemeine Grundsätze für die Schadensteilung formulieren lassen, ist zu bezweifeln. Dieser Schluss drängt sich insbesondere auch mit Blick auf die erheblichen, letztlich aber erfolglosen Anstrengungen in der amerikanischen Literatur

---

[151] *Oftinger/Stark* § 7 N 32; ferner auch bei *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 28 ff.

[152] So namentlich *Oftinger* 270 Fn. 40; *Guhl/Merz/Koller* 80; a.M. *Oftinger/Stark* § 7 N 25 ff.; *Deschenaux/Tercier* § 28 N 28; unentschieden *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 35, m.N. des Meinungsstandes. Die Praxis ist uneinheitlich: Verschuldenskompensation anerkannt z.B. in BGE 111 II (1985), 429, 443: «... una responsabilità causale ... può compensare o neutralizzare una colpa concomitante della parte lesa»; abgelehnt hingegen z.B. in BGE 113 II (1987), 323, 328.

[153] Vgl. dazu *Oftinger/Stark* § 9 N 13 ff.

auf[154]. Weit überzeugender erscheint die Auffassung, dass die Verteilung aufgrund einer wertenden Gewichtung der jeweiligen konkreten Umstände im einzelnen Fall erfolgen muss[155]. Im englischen Recht schlägt Lord Denning in bezug auf das Nichttragen von Sicherheitsgurten vor, Fallgruppen zu bilden, die miteinander vergleichbar sind, und die Gewichtung für diese Fälle nach Massgabe der Rechtsprechung vorzunehmen[156]. Diese Vorgehensweise verdient an sich durchaus Zustimmung. Es ist freilich zu befürchten, dass sich entsprechende Fallgruppen nur in wenigen Bereichen bilden lassen[157]. In der Regel werden die äusseren Umstände sowie die persönlichen Eigenschaften auch im Rahmen solcher Fallgruppen zu erheblichen Differenzierungen nötigen.

4. Mitwirkende Betriebs- und Sachgefahr

a) Eine mitwirkende Kausalhaftung ist nicht nur auf seiten des Schädigers, sondern auch auf seiten des Geschädigten beachtlich. Eine Betriebs- oder Sachgefahr, die im Falle der Fremdschädigung zu einer *kausalen Haftpflicht* führen würde, kann im Falle der Eigenschädigung *nicht unberücksichtigt* bleiben[158]. Im schweizerischen Recht ergibt sich dies schon aus Art. 44 Abs. 1 OR: Eine mitwirkende Kausalhaftung, namentlich eine mitwirkende Gefährdungshaftung gehört unstreitig zu den in dieser Bestimmung erwähnten Umständen. In anderen Rechtsordnungen war die Berücksichtigung der mitwirkenden Kausalhaftung weniger selbstverständlich. Im deutschen

---

[154] Vgl. die Nachweise in den vorgehenden Fussnoten. In den Rechtsordnungen der einzelnen US-Staaten findet sich eine Vielfalt von Konzepten, die je nachdem abstellen auf «contributory negligence», «comparative negligence», «comparative fault», «foreseeable (or unforeseeable) product misuse», «foreseeable (or unforeseeable) abnormal use», «assumption of risk»; ausführlich American Law of Products Liability 3d § 40:9 ff.

[155] In diesem Sinne auch Art. 1 Abs. 1 des englischen «Law Reform (Contributory Negligence) Act» aus dem Jahre 1945, wonach der Ersatz «shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage».

[156] Vgl. seine Ausführungen in Froom v. Butcher (Fn. 83) 296, wonach die Untersuchung der Verantwortlichkeitsbeiträge für jeden einzelnen Fall wenig sinnvoll ist. «Suffice it to assess a share of responsibility which will be just and equitable in the great majority of cases.» Sofern bei Benutzung der Gurten die Verletzung vermieden worden wäre, schlägt er eine Kürzung von 25 Prozent vor; wäre die Verletzung lediglich weniger schwer gewesen, so sei der Ersatz um 15 Prozent zu kürzen.

[157] Neben den Fällen des Nichtbenutzens von Sicherheitsgurten kommen als eigenständige Fallgruppen etwa in Betracht die Fälle des Abspringens von einem fahrenden Transportmittel, des Mitfahrens mit einem alkoholisierten Fahrer und der Unaufmerksamkeit beim Fall in eine nichtabgeschrankte Grube oder einen offenen Liftschacht.

[158] *Lange* 558.

Recht hat sich diese Auffassung erst Mitte dieses Jahrhunderts aufgrund einer allmählichen Rechtsentwicklung durchsetzen können und wird heute meist als Gewohnheitsrecht bezeichnet[159].

Der Gedanke der mitwirkenden Betriebs- und Sachgefahr ist namentlich in jenen Fällen von praktischer Bedeutung, in denen der Ersatzpflichtige aus einer Kausalhaftung haftet. So ist etwa unstreitig, dass bei Zusammenstoss zweier Fahrzeuge der Geschädigte sich die von seinem Fahrzeug ausgehende Betriebsgefahr anrechnen lassen muss. Diese Gefahr ist darüber hinaus auch gegenüber dem aus Verschulden Haftpflichtigen (dem schuldigen Fussgänger oder Radfahrer) in Ansatz zu bringen.

b) Nach der herrschenden Auffassung in Deutschland kommt eine Schadensteilung nur in Betracht, wenn auf seiten des Geschädigten eine haftbarmachende Betriebs- oder Sachgefahr vorliegt. Eine Mindermeinung ist dagegen der Auffassung, dass damit der Kreis der Gefahren zu eng gezogen ist. Sie fordert, dass *sämtliche Gefahren* berücksichtigt werden, die den Risiken, für welche das Gesetz eine Kausalhaftung vorsieht, substantiell gleichstehen[160]. Obwohl in der Schweiz diese Frage bislang noch nicht problematisiert wurde, scheint man in der Lehre eher der deutschen Mindermeinung zu folgen und die in Art. 44 Abs. 1 OR erwähnten «Umstände, für die (der Geschädigte) einstehen muss», in einem umfassenderen Sinne zu verstehen. So stellt etwa BREHM in einer beiläufigen Bemerkung fest, dass «Umstände auch dann berücksichtigt werden können, wenn sie gegenüber Dritten noch keine Haftung auslösen würden»[161]. Anzurechnen sind mithin nicht bloss die nicht haftpflichtmachenden Gefahren, sondern sämtliche Umstände auf seiten des Geschädigten. Da aber keine Anhaltspunkte für eine Bestimmung der anrechnungsfähigen Umstände genannt werden, ist BREHMs Auffassung als zu unbestimmt abzulehnen.

---

[159] Vgl. *Lange* 557; *Staudinger/Medicus* § 254 N 10 m.w.N.; siehe auch *MünchKomm/Grunsky* § 254 N 10.

[160] So für das deutsche Recht *U. Weidner*, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, Karlsruhe 1970, 34 f.; *Esser/Schmidt* 261, die zu Recht bemerken, dass dies auf eine Berücksichtigung einer gefährdungshaftungsrechtlichen Generalklausel hinausläuft, allerdings nur im Bereich der Haftungsausfüllung. Im schweizerischen Recht ist *Weber* (Fn. 25) 80 f. dafür eingetreten, «die Geschädigtenseite, die auf die 'Umstände' abstellt, weiter zu fassen» und im Rahmen von Art. 44 OR auch die «besondere, durch den Geschädigten geschaffene oder in Kauf genommene Gefahrensituation» zu berücksichtigen. Diese Forderung ergibt sich freilich bereits aus der Definition des Selbstverschuldens: Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen bzw. Rechtsgüter einer erkennbaren Gefahr aussetzen; vgl. vorne § 10 II 1.

[161] *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 45.

Weniger vage erscheint das Vorgehen bei OFTINGER/STARK, welche fünf als bedeutsam erachtete Faktoren erwähnen, wobei die Aufzählung nicht abschliessend sei[162]. Auf die Bedeutung des an erster Stelle genannten Umstandes der Gefälligkeitshandlung wurde bereits eingegangen[163]. Welche Fälle die Autoren ansprechen, wenn sie das Selbstverschulden milder beurteilen wollen, sofern «der Geschädigte über das von ihm zu Erwartende hinaus Massnahmen getroffen hat, deren Unterlassung ihm nicht als Selbstverschulden angerechnet worden wäre», ist nicht ganz klar; sollte damit die Berücksichtigung überobligatorischer Vorkehrungen zur Schadensvermeidung oder -verminderung gemeint sein, so wäre dieser Umstand im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen. Als dritten Faktor erwähnen OFTINGER/STARK den Umstand der «sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien», wobei sie diesen Grund zu Recht «als problematisch» einstufen. Weder die Wohlhabenheit noch die Armut des Geschädigten sollte nämlich einen Einfluss auf die Schadensverteilung haben[164]. Dass auf der anderen Seite die Berücksichtigung der Wohlhabenheit des Schädigers abzulehnen ist, wurde bereits ausgeführt, und dem Umstand, dass der Schädiger in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebt, ist durch Art. 44 Abs. 2 OR Rechnung getragen[165]. Als vierten Faktor führen die Autoren die gefahrgeneigte Arbeit auf. Dieser Umstand wird indes im Arbeitsvertragsverhältnis durch Art. 321e Abs. 2 OR geregelt, während im ausservertraglichen Verhältnis der Grundsatz des vertraglichen Anspruchs auf Freistellung gegenüber Drittansprüchen zum Zuge kommt[166]. Art. 44 OR findet hier keine Anwendung. Schliesslich wird auf den Umstand hingewiesen, dass «nicht motorisierte Strassenbenützer einer unverhältnismässig schweren Haftpflicht ausgesetzt» sein können[167]. Darauf ist hinten einzugehen[168].

c) Insgesamt lässt sich feststellen, dass die *Bedeutung* der auf seiten des Geschädigten vorliegenden Umstände, die bei Fremdschädigung keine Haftung begründen würden, *eher gering* erscheint. Die Schadensteilung sollte daher – entgegen der in der schweizerischen Lehre vorherrschenden Auffassung – nur bei Mitwirkung einer haftbarmachenden Betriebs- oder Sachge-

---

[162] *Oftinger/Stark* § 7 N 66 ff.

[163] Vorne § 9 II 3.

[164] Zu dem in einigen Gesetzen erwähnten Umstand des aussergewöhnlich hohen Einkommens vgl. hinten III 2.

[165] Vgl. die Ausführungen vorne § 9 I 4.

[166] Zur Begründung in Deutschland vgl. die ausführlichen Erwägungen in BAG JZ 1988, 1067; siehe auch die «etwas freie dogmatische Konstruktion» bei *Oftinger/Stark* § 7 N 74.

[167] *Oftinger/Stark* § 7 N 76.

[168] § 10 III 2.

fahr erfolgen. Im nachfolgenden ist der Frage nachzugehen, ob neben dem Selbstverschulden und der mitwirkenden Kausalhaftung in Ausnahmefällen weitere Kriterien für eine angemessene Begrenzung der Einstandspflicht notwendig sind.

III. Aussergewöhnliche Schadenspotentiale

1. Vorbemerkungen

In der schadensrechtlichen Literatur findet sich jeweilen die Befürchtung, dass eine geringe Fahrlässigkeit zu einer *aussergewöhnlich hohen Schadenersatzpflicht* und zu einer für den Schädiger untragbar grossen Belastung führen kann[169]. Eine derartige Belastung wird nicht bloss von jenen Autoren als problematisch empfunden, welche den Gedanken der Proportionalität zwischen dem Umfang der Ersatzpflicht und dem Grad des Verschuldens befürworten. Es entspricht offenbar einer verbreiteten Wertungskonvention, dass der Ersatzbetrag mit Blick auf das Fehlverhalten nicht zu einer übermässigen, ruinösen Belastung führen darf. Nun nehmen aber entsprechende Erläuterungen in der Literatur einen weit grösseren Platz ein, als es der praktischen Bedeutung dieser Fälle entsprechend dürfte. Die Regeln der Vermeidbarkeit und der Mitverantwortlichkeit führen eben zumeist zu einer angemessenen Schadensverteilung.

---

[169] Vgl. etwa die Autoren, welche im deutschen Recht die Einführung einer Reduktionsklausel befürworten, vorne § 9 I 2; ferner *E. Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Berlin 1936, 508: «Beim ungewöhnlich grossen Schaden ... mischt sich bei nicht allzu schwerem Verschulden der Ausgleichsgedanke ein. Wenn es noch recht erscheint, einem fahrlässigen Brandstifter den Ersatz einer vernichteten Zimmereinrichtung aufzuerlegen, so scheut das Gericht doch davor zurück, ihn für ein abgebranntes Stadtviertel haftbar zu machen»; *Migsch* 22 f.; *Staudinger/Schäfer* vor § 823 N 91; ausführlich *P. Trimarchi*, Causalità e danno, Milano 1967, 89 ff.; siehe auch *J.M. Lookofsky*, Consequential Damages in Comparative Context, Kopenhagen 1989, 187, welcher unter dem Titel «Limiting Disproportionate Loss» ausführt: «Particularly as regards liability for consequential loss, the classical limitations have been judged insufficient.» Für die Schweiz siehe *v.Tuhr/Peter* 105 f.; *Merz* 220 f.; *Keller* I 130, welcher BGE 59 II 370 zitiert: «Un certain équilibre doit être établi entre la faute et l'obligation de réparer le préjudice. Lorsqu'une simple imprudence a pour résultat un dommage extraordinairement important, le juge doit réduire les dommages-intérêts dans une mesure équitable.» Siehe auch *Heinrich Lange*, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP (156) 1957, 114, 134 f.: «Sind durch das schädigende Ereignis Schadensfolgen entstanden, die ungewöhnlich gross sind oder ungewöhnlich fern liegen, und steht die Pflicht zum Ersatz dieser Schäden deshalb in einem untragbaren Missverhältnis zu der Art und den Umständen des schädigenden Ereignisses und der Verantwortlichkeit des Ersatzpflichtigen für dessen Folgen, so kann der Umfang der Ersatzpflicht angemessen gemindert werden.»

Gleichwohl ist nicht auszuschliessen, dass es in Ausnahmefällen, bei Vorliegen besonderer *Schadenspotentiale*, zu ausserordentlichen Schadensfolgen kommen kann, deren Zurechnung an den Schädiger unbillig erscheinen mag. Dies ist zum einen bei Personenverletzungen denkbar, wobei im Vordergrund die Fälle der konstitutionellen Prädisposition stehen. Zum anderen richten sich entsprechende Befürchtungen auf Sach- und Vermögensschäden: etwa wenn ein besonders wertvolles Kunstwerk beschädigt wird oder ein ausserordentlicher Gewinn nicht erzielt werden kann. Mit diesen «hard-cases» beschäftigt sich die schadensrechtliche Literatur in allen Rechtsordnungen. Im nachfolgenden soll auf einige der meistgenannten Problemgruppen: die konstitutionelle Prädisposition, aussergewöhnliche Gewinnausfälle, besonders kostbare Sachgüter und Verletzung zahlreicher Rechtsgüter, kurz eingegangen werden[170].

2. *Problematische Fälle*

a) Im Rahmen der Personenverletzungen erwähnt das Schrifttum als besonderes Schadenspotential regelmässig die *konstitutionelle Disposition.* Im klassischen Beispielsfall bringt der Schädiger einen Geschädigten schuldhaft zu Fall, der infolge einer abnorm dünnen Schädeldecke verstirbt. Die angloamerikanische Literatur handelt die Problematik denn auch unter dem Titel

[170] Siehe etwa die Begründung des deutschen Bundesjustizministeriums zu der im Jahre 1967 vorgeschlagenen Reduktionsklausel, 44: «Ein aussergewöhnlich hoher Schaden wird demnach insbesondere dann anzunehmen sein, wenn ungewöhnliche Umstände den Schadensverlauf ungünstig beeinflussen, mögen sie nun in der Person des Verletzten liegen wie z.B. eine ungewöhnliche Schadensdisposition des Verletzten (etwa Bluterkrankheit) oder ein ganz aussergewöhnlich hohes Einkommen eines Getöteten oder in der Einwirkung äusserer Umstände (wie z.B. Vergrösserung eines Schadens durch Eingreifen eines Dritten, etwa durch fehlerhafte Operation) oder in ungewöhnlichen atmosphärischen Einflüssen oder in dem Zusammentreffen verschiedener kausaler Umstände (wie etwa beim Kettenunfall im Strassenverkehr) oder in der besonderen Schadensgeneigtheit der beschädigten Sache (wie z.B. im Falle der Beschädigung eines mit wasserschädlichen oder sonst gefährlichen Stoffen beladenen Fahrzeugs) bestehen.» Ähnlich *F. Bydlinski*, Zur «Reduktionsklausel» des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadenersatzrechtes, JBl 1968, 330, 332, wonach bei der deutschen Diskussion um die Reduktionsklausel folgende Beispiele im Vordergrund stehen: «Der Orkan oder die aussergewöhnlichen atmosphärischen Bedingungen; der 'Papierschädel' oder die Bluterkrankheit des Verletzten; der 'Kaskadenunfall' auf der Autobahn mit Auffahren Dritter; die Eignung eines Trinkwasserversorgungssystems, das in der Nähe einer von Tankwagen befahrenen Strasse liegt, die Folgen eines Tankwagenunfalles hochgradig zu potenzieren.» Siehe auch *H. Weitnauer*, Bemerkungen zum Alles-oder-nichts-Prinzip im Schadenersatzrecht, Karlsruher Forum 1961, 32, 34 ff.; *U. Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, Tübingen 1971, 96.

«eggshell/thin skull cases» ab[171]. Die allgemein anerkannte Formel lautet, «that the defendant takes the victim as he finds him»[172]. Im gleichen Sinne gilt im deutschen Recht bereits seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dem 19. Jahrhundert der Grundsatz: «Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe.»[173] Weniger klar sind die Stellungnahmen im schweizerischen Recht. Die Literatur bezeichnet die konstitutionelle Prädisposition überwiegend als besondere Form des Zufalles und subsumiert sie unter die Umstände im Sinne von Art. 43 Abs. 1 bzw. 44 Abs. 1 OR[174]. Nach BREHM soll die Prädisposition zusätzlich auch im Rahmen der Schadensberechnung Berücksichtigung finden können[175].

---

[171] Vgl. z.B. *H. Luntz*, Assessment of Damages for Personal Injury and Death, 3. Aufl., Sydney u.a. 1990, 127. Das Prinzip wird zurückgeführt auf ein Diktum in der englischen Entscheidung, High Court of Justice, Dulieu v. White & Sons, King's Bench Division 1901/2, 669, 679: «If a man is negligently run over or otherwise negligently injured in his body, it is no answer to the sufferer's claim for damages that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart.» Siehe ausführlich auch *G. Williams*, The Risk Principle, Law Quarterly Rev. 1961, 179, 193 ff.; *Prosser/Keeton* 292; *Harper/James/Gray* 123 Fn. 25; *Tilbury* (Fn. 14) N 3093. Zum Argument, die «eggshell skull doctrine» könne zu einer «ruinous liability which no private fortune could meet and which is out of all proportion to the defendant's fault» führen, vgl. auch *Hart/Honoré* 267 f.

[172] Siehe etwa *B.S. Markesinis/S.F. Deakin*, Tort Law, 3. Aufl., Oxford 1994, 188; *J.C. Smith*, Liability in Negligence, Toronto u.a. 1984, 148; *Fleming* (Fn. 105) 204. Kritisch zu dieser Regel Court of Appeal, Cunningham v. Harrison, Queen's Bench Division 1973, 942, 952: «It is often said that a wrongdoer must take his victim as he finds him. But I do not think that should be carried to the length here claimed. There should be moderation in all things, even in a claim for personal injuries. Let him have all such reasonable expenses as are appropriate to a normal person so placed, but let them not be increased by his exceptional personality.» Der Fall betraf freilich einen «very autocratic and talkative man who would not fit well with others in a home for the disabled». Das Gericht lehnte es zu Recht ab, ihm die Kosten für einen eigenen Bungalow sowie drei vollzeitliche Pflegepersonen zuzusprechen.

[173] Zit. nach *Lange* 130 m.N.; ebenso BGE 113 II (1987), 86, 90: Wer «widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletzt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte».

[174] Vgl. *v.Tuhr/Peter* 109; *Merz* 233; *Guhl/Merz/Koller* 82; *Keller/Gabi* 110 f.; *Oftinger/Stark* § 3 N 95; *v.Büren* 55 Fn. 71; *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 55, wonach «eine Kürzung des Schadenersatzes nach kausalen Anteilen anzustreben» sei; umfangreiche Nachweise auf die verschiedenen Auffassungen bei *Rey* N 584 ff. Zu den früheren Auffassungen *K. Köhl*, Die rechtliche Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition bei ausservertraglichen Haftungen unter Berücksichtigung der Neurosen, Diss. Zürich 1948.

[175] *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 58, der hinsichtlich dieser kumulativen Berücksichtigung ausführt: «Es handelt sich hier somit nicht um eine doppelte Kürzung aus der gleichen causa, sondern aus getrennter Berücksichtigung des Schadens einerseits und seines Ersatzes anderseits»; ferner *J.-P. Chatelain*, Tendances actuelles du Tribunal Fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, ZBJV 1969, 209, 218.

Auch die Rechtsprechung ist uneinheitlich. In einer jüngeren Entscheidung hat nun aber das Bundesgericht zutreffend klargestellt, dass Unfallfolgen, die später wegen der gesundheitlichen Umstände auf seiten des Geschädigten ohnehin eingetreten wären, im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen sind[176]. Das Gericht möchte indes nicht ausschliessen, dass in Fällen, in denen die Schädigung ohne die Verletzung voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten wäre, eine Reduktion aufgrund von Art. 44 Abs. 1 OR erfolgen könnte[177]. Dieses salvatorischen Diktums bedarf es freilich nicht. Wie die Rechtsvergleichung zeigt, sollten sämtliche Fälle entweder auf der Ebene der Zurechenbarkeit[178] oder im Rahmen der Schadensberechnung gelöst werden[179]. Eine Notwendigkeit für eine Ersatzreduktion lässt sich jedenfalls aus dieser Fallgruppe nicht herleiten.

b) Die Literatur begründet die Erforderlichkeit einer Ersatzbegrenzung mittels Reduktionsgrundlage ferner damit, dass der Geschädigte möglicherweise einen *ausserordentlich hohen Gewinnausfall* erleidet[180]. Gedacht wird meist an den Entgang eines lukrativen Geschäftsabschlusses. Da es sich um eine Frage der Schadensberechnung handelt, lassen sich diese Fälle auch nicht im Rahmen der Zurechnung lösen[181].

---

[176] BGE 113 II (1987), 86, 92 ff. mit Nachweisen auf die schwankende Rechtsprechung und die verschiedenen Literaturmeinungen. In diesem Sinne bereits *Schaer* N 342 ff., 1114; ferner *Weber* (Fn. 25) 82. Vgl. aber die Zweifel bei *B. Studhalter*, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Zürich 1995, 64, ob sich die Entscheidung tatsächlich mit der Frage der Schadensberechnung bei Prädispositionen befasst.

[177] A.a.O. 94.

[178] So lehnt man etwa im deutschen Recht eine Haftung ab, wenn es dem Opfer an einem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft fehlt; vgl. *Lange* 132. Seiner Ansicht nach «dürfte für den Mangel an physischer oder psychischer Resistenzkraft eine Untergrenze anzunehmen sein, von der an der Risikobereich des an sich Ersatzpflichtigen endet». Vgl. auch OLG Karlsruhe VersR 1966, 741: Ein Verkäufer tritt einem an schweren arteriellen Störungen leidenden Kunden auf den Fuss, woraufhin der Oberschenkel amputiert werden muss. «Dem Kläger wurde .... nur einfach auf den Fuss getreten, wie es im Verkehrsgedränge, in der Strassenbahn, im Kino, auf dem Sportplatz usw. täglich hundertfach vorkommt» (742).

[179] Ausführlich hierzu unter Auswertung von neunzig Prädispositionsfällen *Smith* (Fn. 172) 148 ff.; ferner *Luntz* (Fn. 171) 127 ff.; zum deutschen Recht statt vieler *Schwamb* 178 ff.

[180] Für den vertraglichen Bereich sieht § 351(3) des Restatement 2d of Contracts vor: «A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.»

[181] So auch *Fleming* (Fn. 105) 206: «In terms of conventional analysis, it is a rule of compensation rather than remoteness of damage, of merely calculating in dollars and cents the cost of an injury that falls within the accepted range of the tortfeasor's responsibility.»

Bezüglich ausserordentlicher Schadenspotentiale bei Gewinnausfällen ist indes zu beachten, dass die Ermittlung des Ersatzes für den entgangenen Gewinn vor allem dadurch gekennzeichnet ist, dass sie Hypothesen über künftige Entwicklungen erfordert. Aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten treten Beweisfragen in den Vordergrund. Es erstaunt daher nicht, dass man in Frankreich das Problem des Gewinnausfalles vor allem unter dem Aspekt des Beweisproblems betrachtet[182]. Auch im angloamerikanischen Recht wird das Kriterium der «certainty» namentlich in bezug auf den entgangenen Gewinn besprochen[183]. In zahlreichen Fällen kann eben eine bestimmte Entwicklung ohnehin nicht mit genügender Sicherheit bewiesen werden. Die Wahrscheinlichkeit der hypothetischen Entwicklung und der Realisierung des Vermögenszuwachses muss sich daher im zurechenbaren Schadensumfang niederschlagen. Je höher und ausgefallener der angebliche Gewinnausfall, umso strengere Anforderungen sind an Beweislast zu stellen. Überdies können dem Schädiger entsprechende Einbussen nur insoweit zugerechnet werden, als diese nicht vermeidbar waren. Hier hat denn auch die oben erläuterte Einschränkung der zurechenbaren Schadensfolgen einen wesentlichen Anwendungsbereich. Mit zunehmendem Abstand der Gewinnaussicht vom Schadensereignis wächst – wie STOLL[184] zutreffend bemerkt –«die mögliche Einflussnahme des Geschädigten auf die Schadensentwicklung». Es ist daher höchst fraglich, ob im Hinblick auf Gewinnausfälle die Notwendigkeit nach einer Billigkeitsreduktion besteht[185].

Als problematisch erachtet man sodann auch die Ersatzhöhe bei Verletzung eines Spitzenverdieners, eines «shabby millionaire»[186]. Im angloamerikanischen Recht tritt deshalb etwa FLEMING dafür ein, den Ersatz für ausserordentlich hohe Einkommen aus *rechtspolitischen* Gründen zu begrenzen.

---

[182] Vgl. etwa *B. Starck*, Droit Civil, hrsg. von H. Roland/L. Boyer, Bd. I, 3. Aufl., Paris 1988, 60 f.

[183] Vgl. *Dobbs* 234 f.

[184] Haftungsfolgen, 425 f.

[185] Diese Annahme wird bestätigt durch die Beobachtung, dass die amerikanische Rechtsprechung von der in § 351(3) des Restatement 2d of Contracts vorgesehenen Reduktionsmöglichkeit bei ausserordentlichen Gewinnen kaum Gebrauch macht, vgl. dazu *Lookofsky* (Fn. 168) 189; *E.A. Farnsworth*, Contracts, 2. Aufl., Boston u.a. 1990, 933, insbesondere Fn. 10.

[186] Vgl. etwa *v.Büren* 63: «In den Fällen von Körperverletzung oder Tötung mögen aussergewöhnliche günstige Einkommensverhältnisse des Betroffenen den Ersatzpflichtigen vor eine Situation stellen, der er sein Leben lang nicht gewachsen sein wird.» Siehe auch die Ausführungen bei *Fleming* (Fn. 105) 206: «A negligent motorist must be prepared to indemnify a pedestrian he has knocked down for loss of his unexpectedly high earning capacity as a senior executive or fashionable surgeon though he looked as if he was on the basic wage.» Ferner etwa *Lorenz-Meyer* (Fn. 170) 96.

Die Entschädigung stehe einmal in Widerspruch zu den Grundsätzen der Sozialversicherung. Sodann seien die potentiellen Geschädigten am ehesten in der Lage, die Risiken abzuschätzen, weshalb ihnen am ehesten zuzumuten sei, entsprechende Vorkehren zu ihrer Absicherung zu treffen[187]. Im schweizerischen Recht schlug sich die Sorge der übermässigen Belastung bei Verletzung eines Spitzenverdieners gar in verschiedenen Spezialgesetzen nieder[188]. Danach kann der Ersatz bei ungewöhnlich hohem Einkommen des Geschädigten reduziert werden. Diese Bestimmungen enthalten freilich nicht einen allgemeinen Reduktionsgrund im Sinne der Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Geschädigten[189]; vielmehr zielen sie auf die Begrenzung des Schadensbetrages ab, welcher gerade wegen des hohen Einkommens des Betroffenen derart gross ausfällt[190].

Die Fälle, in denen der Verletzte über ein ungewöhnlich hohes Einkommen verfügt, lassen sich nicht auf der Beweisebene lösen. Es ist indessen fraglich, ob diesbezüglich eine Ersatzreduktion überhaupt sachlich gerechtfertigt ist. Nach OFTINGER/STARK[191] lässt es sich nämlich «nicht begründen, weshalb – ohne Notlage des Haftpflichtigen – Personen mit ungewöhnlich hohem Einkommen einen Teil ihres Verdienstausfalles selber tragen sollen». Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Annahme, aussergewöhnliche Einkommenshöhen hätten entsprechend hohe Verdienstausfall- bzw. Unterhaltsschäden zur Folge, nicht zutrifft; die beiden Beträge steigen eben nicht proportional[192]. Meist erledigt sich daher das vermeintliche Problem bereits dadurch, dass die Schadensberechnung keinen aussergewöhnlich hohen Erwerbsschaden ergibt[193].

c) In der deutschen Reformliteratur, welche die Einführung einer Reduktionsklausel in die schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des BGB befürwortet[194], werden als Anwendungsbeispiele einer solchen Klausel insbesondere auch *Beschädigungen wertvoller Sachen* angeführt, z.B. fahrlässig verursachte Museumsbrände oder fallengelassenes, besonders wertvolles

---

[187] *Fleming* (Fn. 105) 206: «Hence one might expect that the existing tort rule of unlimited compensation will become an early victim of the current egalitarian trend.»

[188] Art. 4 Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Art. 62 Abs. 2 Strassenverkehrsgesetz und Art. 7 Abs. 2 Kernenergiehaftpflichtgesetz.

[189] So aber *Merz* 231 f.; *Guhl/Merz/Koller* 81 f.

[190] Ähnlich *Keller* I 129, der im Missverhältnis zwischen Haftung und Schaden aber bloss den Hauptgrund sieht, daneben schwinge wohl «auch die Überlegung mit, wer soviel verdiene, brauche weniger Entschädigung».

[191] § 7 N 63.

[192] Vgl. die ausführliche Begründung bei *Schwamb* 318 ff.

[193] *Schwamb* 357.

[194] Dazu vorne § 9 I 2.

Geschirr[195]. In der neueren schweizerischen Literatur findet das Problem aussergewöhnlicher Schadenspotentiale bei Sachschäden hingegen vergleichsweise geringe Beachtung. Während OFTINGER[196] die Problematik noch in einer Fussnote erwähnt, findet sich in der Überarbeitung durch STARK kein Verweis mehr. Mehr Beachtung fand die Beschädigung besonders wertvoller Sachen im älteren Schrifttum. Dabei wird in der Regel auf eine baselstädtische Entscheidung aus dem Jahre 1883 verwiesen[197]. Nach den Erwägungen des Gerichts kann der Schadenersatz bei Beschädigung kostbarer Schaufensterscheiben, die sich an einer steil abfallenden Strasse befinden, reduziert werden[198]. Auch BURCKHARDT vertritt die Auffassung, dass der Ersatz in solchen Fällen selbst ohne Vorliegen eines Verschuldens seitens des Geschädigten herabgesetzt werden kann: «Der Ladenbesitzer hat vorwurfsfrei wertvolle Montrescheiben und stellt vorwurfsfrei wertvolle Gegenstände in ihnen aus, gefährdet damit aber in erhöhtem Mass den Strassenverkehr, bei dem es ohne Beschädigungen nicht abgeht; die Dame, der in Gesellschaft Sauce über das kostbare Seidenkleid gegossen wird, und der Eigentümer des kostbaren chinesischen Seidenpinschers, der auf der Strasse von einem Köter totgebissen wird, war nicht in culpa»[199].

Der Umstand, dass dieser Reduktionsgrund in der neueren Lehre nicht mehr erwähnt wird, lässt sich am ehesten darauf zurückführen, dass es in der veröffentlichten bundesgerichtlichen Praxis, soweit ersichtlich, keine Entscheidung gibt, welche den Ersatz wegen aussergewöhnlich hohen Wertes der Sache reduziert. Der Grund für die geringe praktische Bedeutung liegt wohl darin, dass der Geschädigte bei schadensanfälligen oder wertvollen

---

[195] Vgl. *A. Kretzschmar*, Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Tübingen 1962, Bd. II, C 70 f.; *Bydlinski* (Fn. 170) 330, 332; siehe auch *H. Stoll*, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 1970, 481, 498.

[196] 283 Fn. 104.

[197] Vgl. *A. Schneider/H. Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1896, Art. 51 Anm. 14.

[198] Zivilgericht Basel-Stadt, Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts, Beilage zur ZSR 1883 II, 77, 78 f. Im konkreten Fall wurde die Reduktion freilich wegen groben Verschuldens des Schädigers abgelehnt. Vgl. auch den bei *K.S. Selmer*, Limitation of Damages According to the Circumstances of the 'Average Citizen', Scandinavian Studies in Law 1961, 131, 135 f., erwähnten ähnlichen norwegischen Fall, in dem ebenfalls eine teuere Schaufensterscheibe beschädigt wurde. In einer «dissenting opinion» wollte ein Richter den Ersatz beschränken auf die Kosten für – so *Selmer* 136 –«an ordinary glass window, because, as he said, plate glass was a luxury, and anyone who wanted to indulge in luxury should do so at his own risk». Das Oberste Gericht wandte dagegen ein, dass «plate glass had now become so usual that it cannot be considered an exaggerated or unnecessary luxury».

[199] *C.Chr. Burckhardt*, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR (22) 1903, 469, 501.

Sachen besondere Sicherungs- und Schutzmassnahmen treffen muss, ansonsten ihn ein Selbstverschulden trifft[200]. Je grösser die Schadensanfälligkeit bzw. der Wert der Sache, umso strenger sind die an den Geschädigten gestellten Sorgfaltsanforderungen. In der deutschen Rechtsprechung finden sich Anwendungsbeispiele für diesen Grundsatz namentlich bei Diebstählen von Wertsachen. Der Geschädigte muss sich im Rahmen seiner Ansprüche gegen den für den Verlust Haftpflichtigen gegebenenfalls entgegenhalten lassen, nicht die erforderlichen Sicherungsmassnahmen getroffen zu haben[201]. Entsprechendes gilt für den Transport ungewöhnlich wertvoller Güter[202].

d) Eine untragbare Belastung für den Schädiger lässt sich schliesslich vor allem bei *Verletzung mehrerer Rechtsgüter* denken. SCHWAMB erwähnt als Beispiel die schuldhafte Verursachung eines Verkehrsunfalles durch einen Radfahrer, wodurch ein Tankfahrzeug von der Strasse abkommt, explo-

---

[200] Verfehlt ist die Diskussion, ob der Umstand, dass sich der Geschädigte nicht versichert hat, ein Mitverschulden darstellt; vgl. etwa *BernerKomm/Brehm* Art. 44 N 52 f. Die Sachversicherung löst das Problem wegen des Regressrechts ohnehin nicht. Zutreffend ordnet *Harris* (209) die Problematik ein: Er interpretiert die Entscheidung The Wagon Mound (vorne § 2 Fn. 153) dahingegend, dass der Eigentümer von wertvollen Vermögensgütern sich gegen Risiken versichern sollte, da ihm das Haftungsrecht bloss einen begrenzten Schutz gegen Schäden verschafft. Ebenso *Chr. v.Bar*, Das «Trennungsprinzip» und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 1981, 289, 325, wonach «auch Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit danach zu bestimmen (seien), ob der Schädiger gegen Haftpflicht versichert sein soll oder ob er dem Geschädigten anderweitigen Versicherungsschutz stellen muss, oder ob der Geschädigte selbst zu Schadensvorsorge hätte greifen müssen». Nach dieser Auffassung wirkt sich die Versicherungswirklichkeit bereits auf den Haftungsgrund aus, wodurch ein Regress nicht in Betracht kommen kann.

[201] Vgl. z.B. BGH VersR 1974, 141, 142: Hälftiges Mitverschulden einer Medizinstudentin, deren wertvoller Lammfellmantel aus einer unbewachten Garderobe in der Universitätsklinik gestohlen wurde, denn die Studentin hätte nicht «in Kenntnis der möglichen Gefährdung einen überdurchschnittlich und auffallend wertvollen Mantel in die Klinik mitnehmen dürfen, sondern für die Mitnahme einer weniger wertvollen und einem Dritten weniger auffälligen Überbekleidung sorgen sollen»; OLG Koblenz VersR 1955, 439, 440: Reduktion des Schadenersatzanspruches eines Hotelgastes gegen das Hotel, weil der Gast die abhanden gekommene goldene Uhr und Kette vor dem Zubettgehen auf den Nachttisch legte und nachts die Balkontür geöffnet liess.

[202] Vgl. LG Baden-Baden VersR 1978, 238 f.: ein auf einem Fahrzeuganhänger transportierter Rennwagen war ungenügend gegen seitliches Verrutschen gesichert. Siehe auch *Fleming* (Fn. 105) 207, wonach es nicht zu einer Reduktion führt, wenn bei einem Verkehrsunfall statt eines Billigwagens ein Rolls-Royce beschädigt wird. Hingegen meldet er Zweifel an, wenn sich herausstellt, «that, among the debris in the boot, there was a precious cargo of Venetian crystal rather than groceries». Zu Recht erblickt er die Begrenzung in der Mitverantwortlichkeit: «But might it not be contributory negligence to carry such vulnerable cargo?» (185 Fn. 10). Vgl. auch *Williams* (Fn. 171) 197 f.

diert und schwere Personen- und Sachschäden verursacht[203]. Sobald bei der Sorgfaltspflichtverletzung auch gefährliche Stoffe mitbetroffen sind, kann der Schadensbetrag bald einmal in keinem Verhältnis mehr zum Verschulden des Schädigers stehen und sein Wiedergutmachungspotential weit übersteigen. Es sind gerade auch solche Fälle, welche die Befürworter einer Reduktionsklausel im deutschen Recht vor Augen hatten. Überraschenderweise finden entsprechende Fälle in der schweizerischen Literatur keine Beachtung, und auch in der Rechtsprechung lassen sich, soweit ersichtlich, keine Anwendungsfälle finden[204].

Obwohl die Frage, inwieweit der Haftpflichtige für Folge*verletzungen* einzustehen hat, nicht zum Schadensrecht gehört, sondern in den Bereich des Haftungstatbestandes fällt, sei hier kurz auf die Problematik eingegangen. Grosse Schadenspotentiale sind vor allem im Zusammenhang mit explosionsgefährlichen Stoffen denkbar[205]. Für daraus folgende Schädigungen wird oftmals in erster Linie der Inhaber des Betriebes oder der Anlage, in denen diese Stoffe hergestellt, gelagert oder verwendet werden, aufgrund einer Gefährdungshaftung einzustehen haben[206]. Überdies treffen denjenigen, der gefährliche Stoffe mit einem grossen Schädigungspotential in den Verkehr bringt, entsprechend grosse Sorgfaltspflichten. Der fahrlässig Handelnde wird daher in aller Regel bloss für einen Teil des Schadens aufkommen müssen. Sodann betreffen Fälle, in denen zahlreiche Rechtsgüter geschädigt werden, zumeist den Transportbereich. Wird die Schädigung durch einen Fahrzeughalter verursacht, stellt sich hierzulande wegen der gesetzlich vorgeschriebenen Haftpflichtversicherung die Problematik der übermässigen Belastung ohnehin nicht. Die entsprechenden in der Literatur als Begründung für eine Ersatzreduktion angeführten Beispiele gehen daher, zumindest was die schweizerischen Verhältnisse anbelangt, fehl. Die Unfallverur-

---

[203] *Schwamb* 289. Er führt in diesem Zusammenhang auch einen in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 16.2.1980 geschilderten schweren Verkehrunfall an, bei welchem ein Fahrzeug in eine Mauer fuhr, dabei eine Gasleitung auseinanderriss und bei der dadurch ausgelösten Explosion ein Hotel und dreizehn Geschäfte in Schutt und Asche gelegt und ein ganzer Häuserblock demoliert wurden (287). Siehe auch *Stoll*, RabelsZ 1970 (Fn. 195), 485; *F. Hauss*, Referat, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Tübingen 1962, Bd. II, C 23, 35 (leichter Fehler eines Fahrzeuglenkers löst zahlreiche Auffahrunfälle aus); *E. v.Caemmerer*, Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Tübingen 1962, Bd. II, C 71, 77 (Hausfrau zieht Stecker des Bügeleisens nicht aus und äschert ein ganzes Stadtviertel ein); *Weitnauer* (Fn. 170) 34 ff.; *Lorenz-Meyer* (Fn. 170) 96; *Bydlinski* (Fn. 170) 330, 332.

[204] Vgl. auch *Schwamb* 289.

[205] Ausführlich zur Schadensvergrösserung durch gefährliche Stoffe *Schwamb* 286 ff.

[206] Vgl. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977.

sachung könnte freilich auch auf eine Fahrlässigkeit eines Radfahrers oder Fussgängers zurückzuführen sein[207]. Da aber das hier zur Rede stehende grosse Schädigungspotential nur durch Mitbeteiligung von Fahrzeugen denkbar ist und der Gefährdungshaftpflichtige nach allgemeiner Auffassung[208] strenger haftet als der aufgrund einer Fahrlässigkeit Haftpflichtige, geht der grössere Teil des Schadens zu Lasten der mitbeteiligten Fahrzeughalter. Ist dem Fahrzeugfahrer überdies ebenfalls ein Verschulden vorzuwerfen[209], so fällt die Ersatzpflicht des nur leichtfahrlässig handelnden, nicht zwangsversicherten Verkehrsteilnehmers meist ganz weg. In den – zumindest theoretisch denkbaren[210] – verbleibenden Fällen wird der Geschädigte oftmals auf die eigene Haftpflichtversicherung zurückgreifen können.

3. Würdigung

Die schweizerischen Gesetzesbestimmungen sehen die Unverhältnismässigkeit der Ersatzleistung zwar nicht als Reduktionsgrund vor. Das Gesetz lässt jedoch grundsätzlich genügend Spielraum, um eine im Einzelfall aussergewöhnliche Schadensintensität bei der Schadensverteilung zu berücksichtigen[211], da Art. 44 Abs. 1 OR nicht nur vom Selbstverschulden, sondern von den Umständen auf seiten des Geschädigten spricht. Im Interesse der Richtigkeitsgewähr und der Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung darf diese Bestimmung aber nicht als Freibrief für eine generelle, im Ermessen des Richters stehende Billigkeitsreduktion verstanden werden. Vielmehr sollte eine Reduktion nur in Ausnahmefällen, in denen die Verpflichtung zum vollen Schadensausgleich aus besonderen Gründen untragbar erscheint, in Betracht kommen dürfen. Eine entsprechende Ausnahmeklausel findet sich seit Mitte der achtziger Jahre auch in den skandinavischen Haftpflichtgesetzen[212]. Danach kann die Ersatzpflicht reduziert werden, wenn diese eine unverhältnismässige Belastung des Haftpflichtigen darstellt oder wenn andere

---

[207] Vgl. *Oftinger/Stark* § 7 N 76, wonach das Risiko bestehe, «dass nicht motorisierte Strassenbenützer einer unverhältnismässig schweren Haftpflicht ausgesetzt sind: Fussgänger, Radfahrer, Viehtreiber, Tierhalter usw., die zu schweren Verkehrsunfällen Anlass geben und im modernen Verkehr sehr schwere Schäden verursachen können».

[208] Vgl. vorne § 10 II 4.

[209] Vgl. auch den Hinweis auf einen Zeitungsbericht bei *Schwamb* 291 Fn. 30, wonach im Jahre 1979 «bei einer Kontrollaktion in Hessen bei 117 von 165 geprüften Tankfahrzeugen Verstösse gegen Sicherheitsbestimmungen festgestellt» wurden.

[210] Gemäss *Schwamb* (293), der sich im Jahre 1980 beim grössten deutschen Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherer erkundigte, war der Versicherung kein einschlägiger Fall bekannt.

[211] A.M. für das deutsche Recht *Esser/Schmidt* 261.

[212] Vgl. die Nachweise bei *Lookofsky* (Fn. 169) 190 Fn. 542.

Umstände eine Herabsetzung nahelegen. Bei der Entscheidung sind das Ausmass der Verletzung, die Haftungsart, die Situation des Schädigers, die Interessen des Geschädigten, bestehende Versicherungen und weitere Umstände massgebend[213].

Wie anhand der vier meist erwähnten Fallgruppen mit besonderen Schadenspotentialen aufgezeigt wurde, ist indessen die *Notwendigkeit* einer Reduktion wegen aussergewöhnlich hoher Ersatzbeträge im Grunde *kaum auszumachen*. Dies mag nicht zuletzt auch mit der Ausbreitung der Haftpflichtversicherung zusammenhängen. Im übrigen ist zu beachten, dass in Fällen mit für den Schädiger untragbar hohen Ersatzbeträgen eine Billigkeitsreduktion oftmals nicht zum Ziele führt. Denn bei einem sehr hohen Ersatzbetrag kann auch eine Reduktion im Umfang von achtzig Prozent für den einzelnen eine untragbare hohe Belastung darstellen. Diese Fälle lassen sich nicht mit einer Schadenersatzreduktion, sondern nur mit einer Haftungsbefreiung lösen. Als Beispiel mag der von LOOKOFSKY zugunsten einer Billigkeitsreduktion angeführte Fall aus der dänischen Rechtsprechung dienen. Ein Lotteriespieler händigt sein Los dem Inhaber eines Tabakladens aus, der es für eine zehnprozentige Kommission weiterleiten soll. Der Händler verlegt das Los. Als sich herausstellt, dass es ein Gewinnlos gewesen wäre, klagt der Spieler gegen den Tabakhändler. Das oberste dänische Gericht reduzierte nicht bloss den Ersatz, sondern lehnte bereits die Haftung des Händlers aufgrund der ausserordentlichen Umstände des Falles ab[214].

---

[213] *Lookosfsky* (Fn. 169) 190.

[214] Ein dänischer Richter, der am Urteil mitwirkte, beschrieb das Vorgehen – laut *Lookofsky* (169) 192 – dahingehend, dass das Gericht zunächst die Entscheidung fällte und erst anschliessend nach einer Begründung suchte.

Literaturverzeichnis

(Weitere Literaturangaben finden sich in den Fussnoten)

Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von R. *Wassermann*, Neuwied/Darmstadt 1979 ff. (wird zitiert: AlternativKomm/Bearbeiter)

Apathy, Peter, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, Wien 1979

Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, hrsg. von A. *Meier-Hayoz*, 3. Aufl., Bern (wird zitiert: BernerKomm/Bearbeiter); zit. wird auch der von H. *Becker* erläuterte Bd. VI/1, Kommentar zu Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941

Brinker, Jürgen, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz. Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungspläne und das Wertproblem, Berlin 1982

v.Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964

Burrows, Andrew S., Remedies for Torts and Breach of Contract, 2. Aufl., London 1994

Bydlinski, Franz, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964

Chabas, François, in: Mazeaud/Mazeaud, Leçons de droit civil, Bd. II/1, 7. Aufl., Paris 1985

Chartier, Yves, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Paris 1983

DeCupis, Adriano, Il danno, Bde. I/II, 3. Aufl., Milano 1979

Deschenaux, Henri/*Tercier*, Pierre, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982

Deutsch, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1996

Dobbs, Dan B., Law of Remedies: Damages – Equity – Restitution (Hornbook Series), 2. Aufl., St. Paul 1993

Ehrenzweig, Armin/*Ehrenzweig*, Adolf/*Mayrhofer*, Heinrich, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien 1986 (wird zitiert: Ehrenzweig/Mayrhofer)

Engel, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Neuenburg 1973

Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, hrsg. von Walter *Erman* und Harm Peter *Westermann*, 8. Aufl., Münster 1989 (wird zitiert: Erman/Bearbeiter)

Esser, Josef/*Schmidt*, Eike, Schuldrecht, Bd. I/2, 7. Aufl., Heidelberg 1993

Fischer, Hans Albrecht, Der Schaden – nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903

Gauch, Peter/*Schluep*, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 6. Aufl., Zürich 1995

Geigel, Reinhart, Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts, hrsg. von G. *Schlegelmilch*, 21. Aufl., München 1993 (wird zitiert: Geigel/Bearbeiter)

Glarner, Jacques, Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen, Bern 1935

Gottwald, Peter, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979

Guhl, Theo, Haftpflicht aus unerlaubter Handlung, Bern 1904

Guhl, Theo/*Merz*, Hans/*Kummer*, Max/*Koller*, Alfred/*Druey*, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991

Harper, Fowler V./*James*, Fleming Jr./*Gray*, Oscar S., The Law of Torts, Bd. IV, 2. Aufl., Boston u.a. 1986 (Cumulative Supplement No. 2, Boston u.a. 1995)

Harris, Donald, Remedies in Contract and Tort, London 1988

Hart, H.L.A./*Honoré*, Tony, Causation in the Law, 2. Aufl., Oxford 1985

Hohloch, Gerhard, Allgemeines Schadensrecht, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981

Honsell, Heinrich, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69-75

Honsell, Heinrich/*Harrer*, Friedrich, Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, JuS 1985, 161-170

Huber, Christian, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl., Wien 1995

Keeton, Page W./*Dobbs* Dan B./*Keeton* Robert E./*Owen* David G., Prosser and Keeton on The Law of Torts, 5. Aufl., St. Paul 1984 (zit. Prosser/Keeton)

Keller, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5. Aufl., Bern 1993/Bd. II, Bern 1987

Keller, Max/*Gabi*, Sonja, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

Keller, Max/*Syz*, Carole, Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 3. Aufl., Zürich 1990

Keuk, Brigitte, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972

Köhler, Helmut, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB?, FS Larenz II 1983, 349-370

Koziol, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bde. I/II, 2. Aufl., Wien 1980/1984

Koziol, Helmut/*Welser*, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 10. Aufl., Wien 1995

Lange, Hermann, Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987

Magnus, Ulrich, Schaden und Ersatz, Tübingen 1987

McGregor, Harvey, On Damages, 15. Aufl., London 1988

Mertens, Hans-Joachim, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967

Merz, Hans, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel 1984

Migsch, Erwin, Begrenzung des Schadenersatzes, Salzburg/München 1976

Mommsen, Friedrich, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt *Rebmann* und Franz Jürgen *Säcker*, 3. Aufl., München 1994 ff. (wird zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)

Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1975

Oftinger, Karl/*Stark*, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. Zürich 1995

Ogus, Antony J., The Law of Damages, London/Butterworths 1973

Ollier, Pierre-Dominique/*Le Gall*, Jean-Pierre, Various Damages, International Encyclopedia of Comparative Law: XI Torts, Tübingen u.a. 1986

Oser, Hugo/*Schönenberger*, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Bd. V/1, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Aufl., München 1996 (wird zitiert: Palandt/Bearbeiter)

Patti, Salvatore, Il danno patrimoniale, Torino 1989

Prosser/Keeton, siehe bei *Keeton*

Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995

Rother, Werner, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965

Roussos, Kleanthis, Schaden und Folgeschaden, Köln u.a. 1992

Rummel, Peter, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl., Wien 1992

Schaer, Roland, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984

Schiemann, Gottfried, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981

Schilcher, Bernd, Theorie der sozialen Schadensverteilung, Berlin 1977

Schwamb, Thomas, Die schadensersatzrechtliche Reduktionsklausel – § 255a BGB Referentenentwurf 1967: Eine vergleichende Untersuchung mit dem Schweizer Recht, Frankfurt a.M. u.a. 1984

Schwartz, Victor E., Comparative Negligence, 3. Aufl., Charlottesville 1994

Schwimann, Michael, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, Wien 1987 (wird zitiert: Schwimann/Bearbeiter)

Soergel, Hans T., Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von W. *Siebert* u.a., 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1990 (wird zitiert: Soergel/Bearbeiter)

Sourlas, Paul, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, Berlin 1974

Stark, Emil W., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Zürich 1946

Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1978 ff. (wird zitiert: Staudinger/Bearbeiter)

Stein, Jacob A., Stein on Personal Injury Damages, Bd. I, 2. Aufl., New York u.a. 1991

Stoll, Hans, Consequences of Liability: Remedies, in: International Encyclopedia of Comparative Law: XI Torts, Tübingen u.a. 1986 (wird zitiert: Remedies)

Stoll, Hans, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993 (wird zitiert: Haftungsfolgen)

Stoll, Hans, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968 (wird zitiert: Kausalzusammenhang)

v.Tuhr, Andreas/*Peter*, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979

Wilburg, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941

Zürcher Kommentar, Kommentar zu Art. 1-183 OR, hrsg. von W. *Schönenberger*, 2. Aufl., Zürich 1929 (zit. wird auch die von H. *Oser* bearbeitete 1. Aufl., Zürich 1915)

Stichwortverzeichnis

allgemeines Lebensrisiko 94 ff.
Anspruchsverfolgung 222
Arbeitskraft, beeinträchtigte 217 ff., 231 f.
Aufwendungen
– nutzlose 34 ff.
– fiktive 43 f.
Ausgleichsprinzip 255 ff., 264 f.

Bastelarbeiten 151 f.
Baumschaden 150
Bedarfslehre 22 ff.
Begehrensneurose 302 f.
Besuchskosten 153 f.
«Bewegliches System» 259 ff.
Billigkeitsreduktion 257 ff., 332 f.

Culpa-Kompensation 305 f.

Differenzhypothese 9 ff., 106 ff., 113 ff.
– Bedeutung und Funktion 9 ff.
– Entwicklung und Aussagegehalt 11 ff.
– und hypothetische Schadensverursachung 15 f.
– und Vorteilsausgleichung 13 ff.
– Zeitpunkt der Berechnung 16 ff.
Dispositionsfreiheit 169 ff., 175 ff.

Eigenreparatur 219 ff., 230 f.
Einzelschadenslehre 26 ff., 116 ff.
entgangener Gewinn 157 ff.
– ausserordentlich hoher 326 ff.
Erwerbseinbussen 161 ff.

Fangprämie 243 f.
Ferien, verdorbene 29, 32, 211, 225 f., 234 f.
fiktive Kosten 167 ff.
Folgeschaden 142 ff.
Freizeit, vertane 32, 211, 227, 234
Frustrationsschaden 34 ff.
Funktionsschaden 24 ff.

Gebäudeschaden 148 f.
Gebrauchsverlust 28 f., 30 ff., 34, 191 ff.
GEMA-Fälle 42, 241 ff., 246

Haftungstatbestand 126 ff.
Handeln auf eigene Gefahr 99, 307 ff.
«Haushaltsschaden» 41, 212 ff., 232 ff.
Haustiere 149 f.
Heilungskosten 172 ff., 179 ff., 185 f., 299 ff.
Hypothetische Kausalität 15 f., 58 ff.

«Id quod interest» 11, 13
Immaterieller Schaden 109 ff., 138 f.
Interesse 11 ff., 105

Kausalität
– «Conditio sine qua non»-Formel 50 f.
– adäquate 70 ff.
– alternative 63 ff.
– Äquivalenztheorie 50 f.
– gemeinsame 55 ff.
– haftungsbegründende/-ausfüllende 121 ff.
– hypothetische 58 ff.
– kumulative 57 f.
– minimale 56 f.
– natürliche 49 ff.
– rechtmässiges Alternativverhalten 60 ff.
– und Unterlassung 52 ff.
– unsichere 63 ff.
– Unterbrechung der – 73 f.
Kinder (ungewollte) als Schaden 44
Kommerzialisierungsschaden 30 ff.
Kompensation 136 ff., 155 ff.
konstitutionelle Disposition 324 ff.
Kostenvorschuss 188 ff.

Ladendiebstahls-Fälle 243 ff., 246
Lebensrisiko, allgemeines 94 ff.
Lizenzgebühr 242 f.
Lohnfortzahlungsfälle 40 f.

merkantiler Minderwert 43, 163 ff.

Mietkosten 191 ff., 209 f.
Mitverursachung 310 ff.

Naturalrestitution 133 ff.
«neu für alt» 42 f., 165 f.
Nichtvermögensschaden 109 ff.
normativer Schaden 38 ff., 103 f.
Normzwecklehre 83 ff.
nutzlose Aufwendungen 34 ff.
Nutzungsausfall 28 f., 30 ff., 34, 191 ff.

«objektiver» Schaden 19 ff., 104 f.
Ökonomische Analyse des Rechts 266 ff., 294, 316 f.

Personenschaden 152 ff.
«perte d'une chance» 158 ff.
Präventionsgedanke 265 ff.
Proportionalität von Schuld und Schaden 249 ff., 284 f.

Rechtswidrigkeitszusammenhang 88
Reduktionsgründe 272 ff.
– Drittverschulden 280
– drohende Notlage 277 f.
– entfernter Kausalzusammenhang 280
– Gefälligkeitshandlung 280 f.
– leichtes Verschulden 276 f.
– mitwirkender Zufall 278 ff.
Reparaturkosten 147 ff.
Reparaturwerkstätte, eigene 241, 245
Reservewagen 238 ff., 245
Restitution 136 ff., 144 ff.

Sachbeschädigung 146 ff., 179 f., 186 f.
Sachzerstörung 150 ff., 187 f.
Schadensbegrenzung (s. Kausalität)
Schadensbegriff (s. auch Differenzhypothese) 9 ff., 102 f., 116 ff.
– Bedarfslehre 22 ff.
– Einzelschadenslehre 26 ff., 116 ff.
– frustrierte Aufwendungen 34 ff.
– Funktionsschaden 24 ff.
– Kommerzialisierung 30 ff.
– natürlicher 18, 103
– normativer 38 ff., 103 f.
– objektiver 19 ff.
Schadensbemessung 249 ff., 270 ff.
Schadensminderungspflicht 288 f., 290 ff.
Schadenspotential, aussergewöhnliches 323 ff.
Schadensregulierung 223 f., 231
Schadenstatbestand 126 ff.
Schadensumfang 249 ff.
Schutzzweck der Norm 83 ff.
Selbstverschulden 287 ff., 303 ff.
– Höhe 310 ff.
– und Betriebsgefahr 320 ff.
– und Kausalhaftungen 313 ff.
soziale Schadensverteilung 252 f., 254 f., 268 ff.
subjektiver Schaden 104 f.

überobligatorische Anstrengungen 216 f.

Verletzungsschaden 102 f., 108 f.
vermeidbarer Schaden 287 ff.
Vorsorgekosten 237 ff.
Vorteilsausgleichung 13 ff.

Wiederherstellung 43, 136 ff.

Zurechnung (s. Kausalität)