

Christiane Wendehorst: *Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht* (Jus Privatum Band 37) Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, 659 S., DM 228,-.

I. Titel

Der unbefangene Leser kann sich unter dem Titel der Arbeit „Anspruch und Ausgleich“ wenig vorstellen. Erst der Untertitel weist auf das Anliegen hin, nämlich die Entwicklung einer „Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht“. Der Begriff der Vorteilsausgleichung spielt eine zentrale Rolle im Schadensrecht, der der Nachteilsausgleichung eine solche im Bereicherungsrecht (S. 35). Untersucht werden nicht Fragen nach dem Anspruchsgrund, sondern solche nach dem Umfang des Anspruchs. In schadenersatzrechtlicher Terminologie geht es somit nicht um die haftungsbegründende, sondern die haftungsausfüllende Kausalität.

II. Beeindruckende Spannweite

Beeindruckend ist die Spannweite der untersuchten Gebiete. Neben den Kerngebieten des deliktischen Schadensrechts (S. 55 ff.) und des Bereicherungsrechts (S. 206 ff.) wird eine Vielzahl weiterer Ansprüche mit in die Untersuchung einbezogen, so namentlich das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (S. 320 ff.), die Rückabwicklungsverhältnisse (S. 367 ff.), die Geschäftsführung ohne Auftrag (S. 422 ff.), vertragliche Erfüllungsansprüche (S. 444 ff.) sowie (primäre) Schadenersatzansprüche im vertraglichen Kontext (S. 479 ff.).

Vorangestellt wird das „Allokatorische Modell“ (S. 7 ff.), das eine neue Einteilung der schuldrechtlichen Ansprüche vornimmt. Abgeschlossen wird die Arbeit durch methodologische Ausführungen (S. 497 ff.). Im Anschluß an die Methodenlehre von *Canaris* wird dabei der Versuch unternommen, die Ergebnisse nicht nur rechtsphilosophisch, sondern auch verfassungsrechtlich abzustützen (Vergleich des Statikprinzips mit dem öffentlich-rechtlichen Übermaßverbot, S. 43, 518). Die Schlußsequenz bildet der Vorschlag einiger neuer Normen (S. 611); die aufgrund der Erkenntnisse dieser Arbeit in das BGB aufzunehmen wären sowie ein Ausblick auf die Verwertbarkeit der Ergebnisse im internationalen Kontext (S. 612 ff.). Ausdrücklich erwähnt sei, daß die Arbeit weit über das Schuldrecht oder auch nur das BGB hinausgreift. Neben dem Immaterialgüterrecht sowie dem Handels- und Gesellschaftsrecht finden sich auch Ausführungen zum Zivilverfahrensrecht (S. 541 f.) und zum öffentlichen Recht (S. 542 f.).

III. Anliegen der Arbeit

Einbezogen werden all jene Ansprüche, die eine Reaktion auf eine unerwünschte Verteilungsstörung darstellen (S. 13). Zentrale These der Arbeit ist die Behauptung, daß es bei der Vorteils- und Nachteilsausgleichung, die unter dem Begriff Reststörungen zusammengefaßt werden, darauf ankommt, ob einem Vorteil des einen ein korrespondierender Nachteil des anderen gegenübersteht. Soweit dies der Fall ist, ist eine Verrechnung geboten. Das wird als Statikprinzip bezeichnet. Unter Zitierung jüngerer

US-amerikanischer rechtsphilosophischer Literatur, deren Bezug zum Thema für den Nicht-Rechtsphilosophen nicht immer nachvollziehbar ist, erfolgt dafür eine Berufung auf die Nikomachische Ethik des Aristoteles.

Die Begründung eines völlig neuen Ansatzes, nämlich des Statikprinzips, durch Bezugnahme auf antike Wurzeln hat stets etwas Beeindruckendes an sich, den Hauch einer ewigen Wahrheit (vgl. auch S. 43). Auch wenn die Arbeit ausdrücklich darauf verweist, daß sie nicht rechtsvergleichend angelegt ist (S. 51), sei folgende Bemerkung gestattet: Wollte man weniger weit blicken, sowohl in zeitlicher als auch örtlicher Dimension, so hätte man dem § 921 S. 2 des österreichischen ABGB eine ähnliche Botschaft bei einer Regelung zur Haftungsausfüllung entnehmen können: „Das bereits empfangene Entgelt ist auf solche Art zurückzustellen und zu vergüten, daß kein Teil aus dem Schaden des anderen Gewinn zieht.“ Neben der Regelung zur schuldhaften Unmöglichkeit findet sich darüber hinaus bei der zufälligen Unmöglichkeit in § 1447 S. 3 ABGB eine nahezu wortlautidentische Formulierung. Aber vielleicht waren auch schon die Gesetzesverfasser der Aufklärung vom Geist des Aristoteles inspiriert? Oder geht es um nichts weiter als einen allgemeinen Billigkeitsgedanken? Die Autorin bezeichnet es als ein fundamentales intuitives Gerechtigkeitsurteil (S. 41), daß keiner Nutzen aus dem Unglück eines anderen schlagen darf.

Im Rahmen des allokatorischen Modells wird zwischen Real- und Wertverteilung unterschieden. Bei der ersteren geht es um eine gegenständliche Betrachtung, bei letzterer werden Rechnungsgrößen einander gegenübergestellt (S. 16 ff.). Weiters wird zwischen Primär-, Sekundär- und Subansprüchen unterschieden. Während Primär- und Sekundäransprüche zumeist der Realsphäre angehören, deren Abgrenzung für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung keine entscheidende Bedeutung zukommt (S. 29, anders aber, soweit es sich um Schadenersatzansprüche handelt S. 57), sind die Subansprüche – der korrigierenden – Wertsphäre zuzurechnen. Die Erörterung dieser Korrekturmechanismen beim schuldrechtlichen Anspruch, der als Regulierung einer Verteilungsstörung begriffen wird, bilden den Schwerpunkt der Arbeit (so beim deliktischen Schadenersatzanspruch S. 100).

Es dürfte kein Zufall sein, daß Ausgangspunkt im Schadensrecht ein realer Schadensbegriff ist, bei dem sich potentiell anzurechnende Vorteile leichter identifizieren lassen (S. 81, 102). Auch im Bereicherungsrecht wird betont, daß primär eine Störung der Realverteilung und nicht bloß der Vermögensverteilung vorliegt (S. 222 f.). Diese Parallele zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht ist durchaus gegeben. Freilich ist die Akzentuierung in beiden Gebieten unterschiedlich. Ist der Gläubiger beim Schadenersatz häufig daran interessiert, Geldersatz zu erhalten, auch wenn er mehr als die Auffüllung seiner Vermögenslücke verlangt, weil er das qua Schadenersatz erhaltene Geld nach seinem Gutdünken für noch produktivere Zwecke einsetzen kann, geht es im Bereicherungsrecht häufig in der Tat darum, den realen Zustand ohne Verteilungsstörung wiederherzustellen.

Betont wird, daß der Schaden im rechtlichen Sinn die Urform der Verteilungsstörung ist und das Schadensrecht eine besonders herausgehobene Stellung einnimmt (S. 55). Nicht zuletzt wegen dieser Gewichtung erscheint es gerechtfertigt, in der Folge auf einige schadensrechtliche Detailfragen näher einzugehen.

IV. Detailfragen

A. Zum Verhältnis von Restitution und Kompensation

Der Autorin geht es darum, die Kompensation nach § 251 BGB ebenso wie die Restitution nach § 249 BGB als Ausprägung des Realausgleichs darzustellen. Sie bezeichnet den Unterschied zwischen § 249 S. 1 und 2 BGB sowie § 251 BGB als bloß graduellen, weil alle drei Ansprüche auf die möglichst naturgetreue Wiederherstellung der Vermögenssphäre des Geschädigten gerichtet sind (S. 93). Anzumerken ist freilich, daß es bei § 249 BGB um die Wiederherstellung in Natur geht, während durch § 251 BGB demgegenüber der – häufig weniger weitreichende Anspruch auf – Auffüllung der Vermögenslücke geregelt ist. Schlußendlich wird darauf verwiesen, daß der Realausgleich gegenüber dem Wertausgleich eine weitergehende Rechtsposition einräumt und es nicht angeht, daß der Geschädigte bei intensiverer Beeinträchtigung eine weniger weitgehende Rechtsposition eingeräumt bekommen sollte (ähnlich S. 137).

Was auf den ersten Blick überzeugend klingt und in concreto vom Ergebnis her zutreffen wird, das ist gerade im Schadensrecht nicht stets verwirklicht. Wer ein Kfz beschädigt, bei dem die Reparaturkosten 130 % des Wiederbeschaffungswertes ausmachen, ist verpflichtet, diese zu ersetzen. Wer das Kfz jedoch noch stärker beschädigt oder gar zerstört, der wird weniger stark belastet. Er muß bloß 100 % des Wiederbeschaffungswertes leisten (somit 30 % weniger); und davon ist noch der Wert des Wracks in Abzug zu bringen.

Auch beim Personenschaden läßt sich insoweit Vergleichbares beobachten. Wer einer Person einen Dauerschaden zufügt, muß nicht nur Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse und Schmerzensgeld leisten, sondern auch den vollen Erwerbsschaden. Wer diese Person tötet, der muß lediglich den Ausschnitt des Erwerbsschadens leisten, der für den gesetzlichen Unterhalt der Unterhaltsgläubiger verwendet worden wäre. Und das ist um die Ersparnisquote und den Eigenanteil weniger als der Erwerbsschaden, ganz abgesehen davon, daß sich die Unterhaltsgläubiger womöglich noch eine Anrechnung von Vorteilen aus der Erbschaft gefallen lassen müssen. Daß der Schädiger demgegenüber gemäß § 844 Abs. 1 BGB die Kosten der Beerdigung zu tragen hat, fällt im Regelfall kaum ins Gewicht.

Das Argument des Größenschlusses der weitergehenden oder zumindest ebenso weit reichenden Ersatzverpflichtung, je intensiver der Eingriff ist, ist somit gerade im Schadensrecht ein trügerisches.

B. Vorteilsausgleichung

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung werden die einzelnen dazu vertretenen Auffassungen ausführlich referiert (S. 132). Es ist der Autorin zuzugestehen, daß diese zwar einzelne Fälle befriedigend erklären können, aber keine generelle Antwort zu geben vermögen, warum überhaupt eine Vorteilsausgleichung vorgenommen werden sollte. Dafür wird auf das Statikprinzip verwiesen, der Gegenüberstellung von Restvorteilen und Restnachteilen. Freilich besagt dieses auch nicht viel mehr als das Prinzip der Gewinnabwehr bzw. das Ausgleichsprinzip, das auch die Autorin von den bisher angebotenen Lösungsansätzen als noch am überzeugendsten ansieht (S. 505). Welche Vorteile angerechnet werden sollen und welche nicht, wird durch das Statikprinzip nämlich auch nicht erklärt. Diesbezüglich bedarf es zusätzlicher Wertungen.

Als eine solche wird zu Recht die Privatautonomie genannt. Einerseits soll ein Dritter bestimmen können, wem seine Leistung zugute kommen soll. Aber auch beim Geschädigten selbst gilt das Prinzip, daß er die Früchte einer überobligationsgemäßen Anstrengung nicht mit dem Schädiger teilen müssen soll, weil in einer Wettbewerbsordnung jeder seines Glückes Schmied ist.

Diesem Ergebnis ist durchaus zuzustimmen. Das dafür gebrachte Beispiel vermag freilich nicht ganz zu überzeugen. Die Autorin billigt die herrschende Rechtsprechung, wonach ein Verletzter, der nach einer vom Schädiger finanzierten Umschulungsmaßnahme mehr verdient als in seinem früheren Beruf, den Mehrverdienst nicht mit den Aufwendungen für die neue Berufstätigkeit verrechnen muß. Begründet wird dies damit, daß dem Mehrverdienst eine höher qualifizierte Tätigkeit entspricht, sich der Verletzte in seinem Verweisungsberuf mehr anstrengen muß (S. 143).

Dem läßt sich immerhin entgegenhalten, daß der Mehrverdienst *nicht allein* auf die Mehranstrengung des Verletzten zurückzuführen ist, sondern auch auf eine Investition in das Humankapital des Betroffenen. Insoweit wäre es m.E. plausibler, daß zugunsten des Schädigers, der auch das Risiko des Fehlschlages der Umschulungsmaßnahme zu tragen hat, ein angemessener Ausgleich vom monatlich erzielten Mehrverdienst so lange vorzunehmen ist, bis die Kosten der Umschulungsmaßnahme abgedeckt sind.

In bezug auf die Zurechnung pro rata temporis vergleichbar ist ein anderes behandeltes Problem. Bei Annahmeverzug des Dienstherrn behält der Dienstnehmer gemäß § 615 BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung, muß sich aber anrechnen lassen, was er während dieser Zeit verdient hat. Die Autorin untersucht das Beispiel, daß ein Arbeitnehmer für 3 Tage jeweils einen Lohnanspruch von 10 hat, er aber an einem Tag eine Arbeit findet, für die er 20 verdient. Während die Autorin für eine Anrechnung der vollen 20 plädiert, weil es genügt, daß Vorteil und Nachteil auf das gleiche historische Ereignis zurückzuführen sind (S. 563), hielte ich es für sachgerechter, den über 10 hinausgehenden Verdienst des Arbeitnehmers bei der Ersatzstelle wegen seiner überobligationsgemäßen Anstrengung ihm zu belassen.

C. Beschädigung einer gebrauchten Sache

Auf der Basis des realen Schadensbegriffs wird das Problem neu für alt als Problem der Vorteilsausgleichung qualifiziert. Es geht dabei darum, daß nach Zerstörung einer gebrauchten Sache eine solche am Markt nicht vorhanden und als Naturalrestitution nur eine neue Sache in Betracht kommt. Ob dem Geschädigten eine Aufzahlung zugemutet wird, dafür wird als maßgeblich angesehen, ob der Geschädigte sozial schwach ist bzw. ob die Ausgleichszahlung für ihn eine wirtschaftliche Härte bedeuten würde. Auch wird darauf verwiesen, daß ein damit verbundener Wertzuwachs dann an den Schädiger auszukehren ist, wenn der Geschädigte diesen durch Weiterveräußerung realisiert. Dafür werden bezeichnenderweise bloß Literaturstellen angegeben, ist doch eine solche Schadensregulierung alles andere als praktikabel (S. 126 f.). In weiterer Folge wird die Berücksichtigung solcher Überlegungen zutreffend als Ausprägung des Aufdrängungsschutzes angesehen (S. 144).

Bei Abstützung des Statikprinzips unter Bezugnahme auf die Grundrechte wird auf das Beispiel abermals Bezug genommen. Es wird als Grundregel postuliert, daß der Geschädigte eine Aufzahlung zu leisten hat dafür, daß er nun anstelle des gebrauchten einen neuen Teppich bekommt, weil nur so dem Übermaßverbot Rechnung getragen

werden kann. Es wird ausgeführt, daß der Gesichtspunkt des Aufdrängungsschutzes das schwache Übermaßverbot etwas zurückdrängen könnte, wenn der Geschädigte sich einen neuen Teppich nie leisten hätte können und der Teppich zentraler Bestandteil seiner Wohnungseinrichtung sei (S. 530).

Man ist geneigt zu fragen: Und wenn der Geschädigte sich den neuen Teppich u.U. doch leisten könnte und/oder dieser bloß im Kellerstübchen lag, muß er den neuen dann gegen Aufzahlung als schuldbefreiende Leistung des Schädigers entgegennehmen? Die Heranziehung verfassungsrechtlicher Prinzipien erweckt den Eindruck, daß ein solcher Geschädigter auf diese Weise in Begründungszwang gerät. M.E. ist dieses Problem aber allein auf der Basis des Schadensrechts zu lösen: Der Geschädigte kann jegliche Überzahlung von vornherein einfach dadurch vermeiden, daß er sich für einen reinen Wertausgleich nach § 251 Abs. 1 BGB entscheidet und den Verkehrswert des alten Teppichs verlangt.

D. Vorsorgekosten – eine Durchbrechung der Differenzhypothese

Die Autorin weist darauf hin, daß die Rechtsprechung bei den Vorsorgekosten streng genommen nicht die Differenzhypothese verlassen hat, sondern lediglich vom Erfordernis der Kausalität abgesehen wird. Mangels adäquater Kausalität ist deshalb auch keine Verwirklichung des Statikprinzips gegeben. Sie nennt dabei die Rechtsprechung zur anteiligen Ersatzfähigkeit der GEMA in einem Atemzug mit den Betriebsreservekosten (S. 63).

Während sie sich ansonsten um größtmögliche Differenzierung bemüht, wird hier Unterschiedliches über einen Kamm geschoren. Bei der Ersatzfähigkeit der Überwachungsmaßnahmen der GEMA handelt es sich um eine Ausnahme von schadensersatzrechtlichen Prinzipien, die damit gerechtfertigt wird, daß wegen der Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten besondere Regeln gelten müßten. Bei den Betriebsreservekosten geht es jedoch um ein davon zu unterscheidendes Phänomen: Auch die Kausalität im Rahmen der klassischen Differenzhypothese läßt sich begründen, wenn man nicht – formal – auf Ausgabenströme abstellt (S. 114, 161 f.), sondern auf den durch die Schädigung hervorgerufenen Wertverzehr, in betriebswirtschaftlicher Terminologie auf die verursachten Kosten. Entgegen der von der Autorin vertretenen und in der Literatur weit verbreiteten Ansicht läßt sich die Zuerkennung von Betriebsreservekosten nach der herkömmlichen Differenzhypothese durchaus bewältigen und stellt keine offene Rechtsfortbildung aus rein rechtspolitischen Gründen dar.

E. Überholende Kausalität

1. Korrektur des realen Schadensbegriffs durch einen Korrekturmechanismus in Form des Statikprinzips

Die Autorin führt zunächst aus, daß das Problem überholender Kausalität sich bei Zugrundelegung eines realen Schadensbegriffs in bezug auf den Objektschaden als Scheinproblem erweist. Was bereits zerstört wurde, kann nicht noch einmal zerstört werden. Der reale Schadensbegriff führt zu einer überzeugenden Erklärung (S. 79 f.). Dem ist durchaus zu folgen.

Diese Aussage wird in einer Fußnote (S. 80 Fn. 103) aber in der Weise relativiert, daß der Schadenersatzanspruch zunächst dem Grunde nach entsteht, was nicht heißt, daß er nicht womöglich durch einen nachgeschalteten Ausgleichsmechanismus sogleich zu reduzieren ist. Das wird auf den S. 574 ff. dann anhand eines Beispiels mit Variationen ausgeführt.

Anhand dieses wird dann erläutert, daß beim Korrekturmechanismus u.a. beachtlich sind der Wahrscheinlichkeitsgrad des Eintritts eines hypothetischen Ereignisses sowie das Ausmaß des rechtsethischen Unwerturteils des Erstschädigers (fast nicht gegeben, wenn dieser auf einen Telefonanruf zu seiner schwerkranken Frau nach Hause rast und einen Unfall verursacht). Schließlich ist eine Kürzung des Anspruchs zwischen Null und voller Höhe vorzunehmen, je nach dem, ob das für den Geschädigten zumutbar ist und der Schädiger schutzwürdig erscheint (S. 576).

Es ist m.E. kaum vorstellbar, daß sich solche Korrekturmechanismen bei der Regulierung von Massenschäden wie etwa bei Kfz-Unfällen in der Praxis berücksichtigen lassen. Viel eher sollte man auf diese Korrekturmechanismen m.E. völlig verzichten und es bei den Ergebnissen des realen Schadensbegriffs, also der vollen Einstandspflicht des Erstschädigers, belassen. Der Lösungsansatz des realen Schadensbegriffs hat doch das Plausibilitätsargument für sich, daß nach Zerstörung einer Sache nichts mehr vorhanden ist, was beeinträchtigt werden kann.

2. Anlageschäden

Die Autorin prangert an, daß die ganz überwiegende Literatur das Kriterium des Schadenskeims bis heute unkritisch übernommen hat (S. 126). Sie erläutert das anhand eines Beispiels, in dem diese Rechtsfigur in der Tat überflüssig ist. Ein bereits stark angerostetes Kfz, das deswegen in wenigen Wochen verschrottet hätte werden müssen, ohne daß dies bisher auffiel, erleidet bei einem von einem Dritten verschuldeten Unfall einen Totalschaden. Bereits der Verkehrswert des zerstörten Fahrzeugs war kaum mehr gegeben, weshalb es einer Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur des Schadenskeims als Ausprägung eines Anlageschadens nicht bedarf.

Es gibt freilich auch anders gelagerte Beispielfälle, in denen diese Rechtsfigur durchaus nützlich und wertvoll ist. Eine Person wird von einem Dritten in zurechenbarer Weise verletzt und dadurch erwerbsunfähig. Im Zuge der Untersuchungen stellt sich heraus, daß bei eben dieser Person unfallunabhängig ein Leiden geraume Zeit später zum Ausbruch gekommen wäre, das ebenfalls – dann – zur Arbeitsunfähigkeit geführt hätte. In diesem Beispielfall führt die Lehre vom Schadenskeim dazu, daß der Schädiger bloß für den Zeitraum ersatzpflichtig ist, bis zu dem der Schadenskeim dazu geführt hätte, daß diese Person erwerbsunfähig geworden wäre. Es zeigt sich somit, daß es vorschnell sein kann, eine dogmatische Figur – noch dazu so nachdrücklich („Schadenskeim ... als Scheinargument entlarvt“) – über Bord zu werfen, nachdem man gezeigt hat, daß sie für *ein* bestimmtes Beispiel, für das man sie verwendet hat, nicht paßt, ohne sich der Mühe zu unterziehen, das Fallmaterial einigermaßen umfassend zu analysieren.

Auch beim Beispiel zum Personenschaden wird nicht hinreichend differenziert. Der Autorin bereitet es Unbehagen, daß den Angehörigen eines Getöteten beim Anspruch nach § 844 Abs. 2 BGB entgegengehalten wird, daß der Getötete eine Schadensanlage in sich getragen habe und daher als Unterhaltspflichtiger weniger wert gewesen wäre. Man kann freilich die Gegenfrage stellen, warum der Schädiger den gesetzlichen Un-

terhaltsgläubigern Ersatz für den entgangenen Unterhalt leisten sollte, wenn mangels Leistungsfähigkeit des Getöteten dieser dazu gar nicht mehr in der Lage gewesen wäre. Und selbst wenn die Verletzung durch den Getöteten der Auslöser war, daß die Krankheit bekannt wurde, so daß der Arbeitgeber den – noch einige Zeit leistungsfähigen – Unterhaltsschuldner kündigt, zählt dies zum allgemeinen Lebensrisiko, für das der Schädiger nicht einzustehen hat.

F. Außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten

Die Autorin geht an mehreren Stellen auf das Problem der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten ein (S. 107 ff., 149 ff., 548, 584 ff.) und weist darauf hin, daß den hier postulierten Änderungen für die tägliche Rechtspraxis die größte Bedeutung zukommt (S. 584). Sie stellt im Ausgangspunkt zutreffend fest, daß sich nicht nur bei Schadenersatzansprüchen die Notwendigkeit ergibt, ein Sachverständigengutachten anfertigen zu lassen bzw. einen Rechtsanwalt einzuschalten. Sie qualifiziert diese Aufwendungen nicht als Folgeschaden, sondern als Restnachteil und kommt zu dem durchaus plausiblen Ergebnis, daß nicht nur bei (deliktischen) Schadenersatzansprüchen ein Ersatzanspruch gegeben sein sollte. Auch der behauptete erhebliche praktische Bedarf, etwa auch bei Gewährleistungsansprüchen (S. 585) ist durchaus nachvollziehbar.

Sie begründet einen Ausgleichsanspruch damit, daß der Geschädigte im Rahmen der außergerichtlichen Schadensregulierung im Interesse des Schädigers handelt, weil es in dessen Interesse liegt, daß der Geschädigte nicht sogleich das Gericht anruft und die entsprechenden Aufwendungen auch nur entstehen, weil sich der Schädiger nicht hinreichend kooperativ verhält (S. 158, 513, 530). Somit steht dem Rechtsnachteil beim Geschädigten in Höhe der aufgewendeten Kosten ein Rechtsvorteil beim Schädiger in Höhe der Kosten für die Inanspruchnahme einer derartigen Marktleistung gegenüber. Nach dem Statikprinzip sind diese Posten ausgleichsfähig.

Auch wenn offengelegt wird, daß die Annahme, die Rechtswahrnehmung durch den Geschädigten in eigenen Angelegenheiten erfolge im Interesse des Schädigers, eine Fiktion ist (S. 159, 559), so ist selbst diese nicht besonders überzeugend. Dazu kommt, daß die Autorin dieses Problem nur oberflächlich untersucht und ihr Lösungsvorschlag, der sich auf das Statikprinzip stützt, nicht ausgewogen erscheint.

Wenn ein Ersatzanspruch über die Regulierung von deliktischen Schadenersatzansprüchen hinaus, etwa auch bei Gewährleistungsansprüchen, darauf gestützt wird, daß sich der Ersatzpflichtige nicht hinreichend kooperativ verhält, dann wird sich in den allermeisten Fällen durch Mahnung ein Verzugsschaden ergeben, der nach § 286 Abs. 1 BGB auch bisher schon für ersatzfähig angesehen wurde. Darüber gibt es aber Schritte außergerichtlicher Rechtswahrnehmung, so insbesondere die Formulierung eines entsprechend substantiierten Begehrens, bei dem auch dann die Mithilfe eines Anwalts geboten ist, wenn der Ersatzpflichtige noch so kooperativ ist. Schon ein alltäglicher Verkehrsunfall, bei dem merkantiler Minderwert und Nutzungsausfall geschuldet sind, wird von einem juristischen Laien kaum ohne anwaltliche Hilfe zu bewältigen sein.

Für diese allererste Phase trägt das von der Autorin für maßgeblich angesehene Argument der Sanktion auf die fehlende Kooperationsbereitschaft des Ersatzpflichtigen gerade nicht, für die Zeit nach Verzugsetzung durch Mahnung ist kein offenes Problem vorhanden. Für die von ihr behandelten Fälle gibt es demnach einen eher schmalen An-

wendungsbereich. Da sie alle Ansprüche, ob Schadenersatzanspruch oder anderer, gleich behandeln will, führt ihr Ansatz für die allererste Phase für die Schadenersatzansprüche sogar zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes gegenüber der bisher hM, kommt es doch nach dieser nicht darauf an, ob sich der Ersatzpflichtige kooperationsunwillig gezeigt hat oder nicht. Auch der Vorschlag der Abstufung des Ersatzes nach den Gesichtspunkten der Gesinnung des Ersatzpflichtigen, dessen Fairneß und Kooperationsbereitschaft erscheint für die Praxis wenig geeignet.

In ihrem Vorschlag *de lege ferenda* (§ 226a S. 2 Vorschlag; S. 661) plädiert sie dafür, die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten auf die Fälle zu beschränken, daß ein Anwalt tätig wird (S. 159). Diese Einschränkung wird von der hM auf § 1835 Abs. 3 BGB gestützt, wonach ein Anwalt im Rahmen der Vormundschaft nur dann eine Abgeltung für seine Mühewaltung verlangen kann, wenn er im Rahmen seines Berufes oder Gewerbes tätig wird. Bei der Frage der Erstattungsfähigkeit von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten geht es aber um ein ganz anders gelagertes Problem. Die Autorin verneint eine Nähe zum Auftragsrecht dadurch ausgemacht zu haben, daß solche Kosten für erstattungsfähig angesehen werden, die der Geschädigte für erforderlich halten durfte, wie dies bei § 670 BGB vorgesehen ist (S. 111). Dabei übersieht sie freilich, daß dies im Schadensrecht generell so ist, etwa auch bei Reparatur eines beschädigten Kfz, bei dem sich *ex post* herausstellt, daß die Reparaturkosten über der Wirtschaftlichkeitsschwelle liegen.

Während es im Auftragsrecht um eine Frage der Vertragsauslegung geht, stellt sich schon bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und noch mehr beim Erstattungsanspruch in bezug auf außergerichtliche Rechtsverfolgungsschritte die Frage, ob den gesetzten Maßnahmen und den dadurch verursachten Kosten Vermögenswert beigemessen wird. Das wird man bei Einsatz einer unternehmensinternen Rechtsabteilung m.E. jedenfalls bejahen müssen. Die Ablehnung jeglichen Ersatzes wird freilich zu Unrecht damit begründet, daß es an der Kausalität fehlt. Es greift hier der gleiche Gegeneinwand wie bei den Betriebsreservekosten. Abzustellen ist nicht auf Ausgaben, sondern auf Kosten und Aufwendungen.

Darüber hinaus ist aber nicht einzusehen, warum der Zeitaufwand eines Privatmanns, etwa eines geschädigten Jura-Professors, der seinen Kfz-Unfall selbst reguliert und der davon ungleich mehr versteht als ein Wald-und-Wiesen-Anwalt, entschädigungslos bleiben soll.

So sehr an vielen anderen Stellen eine Behandlung noch so peripherer Detailprobleme erfolgt, vermißt man an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit dem Ersatz außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten im Rahmen der §§ 91 ff. ZPO. Es wird nur auf S. 159, 554 beiläufig erwähnt, daß eine analoge Heranziehung zweifelhaft erscheint. Die Rechtsprechung ist zugegebenermaßen restriktiv. Die Verfolgung dieser Schiene könnte aber ein konkreterer Ansatzpunkt für die Zuerkennung von Kosten für außergerichtliche Rechtsverfolgungsschritte sein als die pauschale Berufung auf das Statikprinzip. Selbst wenn man die Prämisse akzeptiert, daß bei fehlender Kooperation der Geschädigte im Interesse des Ausgleichspflichtigen tätig wird, bleibt hier nämlich eine Lücke für jene Fälle, in denen der Gläubiger handeln muß, ohne daß man dem Ersatzpflichtigen mangelnde Kooperation vorwerfen kann. Diese Fälle erfaßt auch die Autorin nicht, will sie den Schuldner nämlich dann nicht belasten, wenn er sich optimal verhalten hat, somit dann nicht, wenn er redlicherweise davon ausgehen durfte, daß er nicht einstandspflichtig ist (S. 585).

Eine abgestufte Rechtsfolge danach, ob den Ausgleichspflichtigen am haftungsbe-

gründenden Sachverhalt ein Verschulden trifft oder nicht, wäre m.E. aber durchaus stimmig. Bei Verschulden bliebe es beim Schadenersatzanspruch, den die Autorin für dogmatisch schwer haltbar ansieht (S. 512) und bei dem es darauf ankommt, was der Geschädigte für erforderlich halten durfte. Soweit dem Ersatzpflichtigen kein Verschulden vorgeworfen werden kann, käme es auf den strengeren Maßstab des § 91 ZPO an, daß nur die Aufwendungen ersatzfähig sind, die objektiv erforderlich waren, wobei freilich sicherzustellen ist, daß ein Ausgleichsanspruch auch dann gegeben ist, wenn der Ersatzpflichtige die Hauptleistung außergerichtlich erbringt und damit eine gerichtliche Streitaustragung in der Hauptsache entbehrlich macht.

G. Begleitschäden des Geschäftsführers bei berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag – Stellung der Unterhaltsgläubiger bei Tötung

Erleidet ein Geschäftsführer ohne Auftrag einen Schaden, so ist seit langem anerkannt, daß er vom Geschäftsherrn Ersatz der dabei erlittenen risikotypischen Schäden verlangen kann. Die Autorin gesteht zu, daß man sich über die praktischen Ergebnisse wohl weitgehend einig ist, untersucht diese Frage aber wegen der umstrittenen dogmatischen Qualifikation. Außerdem verweist sie darauf, daß dieser Frage nur beim Sachschaden Bedeutung zukommt, weil beim Personenschaden eine sozialversicherungsrechtliche Absicherung gegeben ist (S. 437 Fn. 48). Sie weist nach, daß der Ersatz von risikotypischen Begleitschäden sich als Ausgleich von Restvorteilen und Restnachteilen im Sinn des Statikprinzips deuten läßt: Dem Nachteil des Geschäftsführers in Form des Begleitschadens steht der Vorteil des Geschäftsherrn gegenüber, daß ein anderer in seinem Interesse tätig geworden ist; auch bei Betrauung eines Dritten würden sich die risikotypischen Begleitschäden realisiert haben. Dagegen mag man freilich einwenden, daß sich dann der Geschäftsherr entweder einen besonders vorsichtigen Geschäftsführer ausgesucht oder auf das Vorhaben überhaupt verzichtet hätte, sind doch die Belastungen durch die Einstandspflicht für Begleitschäden mitunter erheblich höher als der verschaffte Nutzen.

Abschließend meint die Autorin, daß es nebensächlich ist, ob man den ergänzenden Wertausgleich auf eine Analogie zu § 670 BGB, die Grundsätze der Aufopferungshaftung oder unmittelbar auf das Statikprinzip stützt, weil es sich dabei jeweils um Mechanismen zum Ausgleich von Reststörungen handelt (S. 443). De lege ferenda (Vorschlag § 670 Abs. 2 S 2; S. 611) spricht sie Ersatz von Aufwendungen zu und wendet sich gegen die von der hM bisher angenommene – analoge – Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB. Vielmehr soll bei der Bemessung des (vererblichen) Aufwendungsersatzanspruchs berücksichtigt werden, daß den getöteten Geschäftsführer eine gesetzliche Unterhaltspflicht traf oder in Zukunft treffen konnte.

Mögen solche Sachverhalte auch nicht tagtäglich vorkommen – immerhin gelten diese Regeln auch bei der angewandten Geschäftsführung ohne Auftrag –, so führt der Vorschlag der Autorin auf diesem Gebiet m.E. zu einer weniger sachgerechten Lösung, als diese bisher vertreten wurde. Die Berücksichtigung des jeweiligen Anspruchs der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger in Form einer Rente nach § 844 Abs. 2 BGB wird deren konkreten Bedarf viel besser gerecht als eine pauschale Berücksichtigung bei einem in Kapitalform geschuldeten Aufwendungsbetrag – die Gefahr der Unterschätzung des wahren Bedarfs ist groß. Darüber hinaus ist keinesfalls gewährleistet, daß die Erben mit den Unterhaltsgläubigern deckungsgleich sind. Auch kann der Nachlaß überschul-

det sein, so daß die Unterhaltsgläubiger dann wohl leer ausgingen. Und schließlich kann man sich auch nicht darüber hinwegtrösten, daß beim Personenschaden ohnehin eine sozialversicherungsrechtliche Absicherung gegeben ist. Gerade die sozialversicherungsrechtlichen Hinterbliebenenrenten erreichen selten das Niveau der gesetzlichen Unterhalts(ersatz)ansprüche, wovon eine reichhaltige Judikatur zu § 844 Abs. 2 BGB zeugt, bei der es zumeist nicht um Regreßansprüche der Sozialversicherungsträger, sondern um Direktansprüche der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger geht.

Die dogmatische Eleganz eines Lösungsansatzes sollte somit nicht dazu führen, daß es zu ganz massiven Einbußen von legitimen Interessen der gesetzlich Unterhaltsberechtigten kommt.

H. Verletzererwerb im Immaterialgüterrecht

Im Immaterialgüterrecht ist seit langem anerkannt, daß der Geschädigte bei schuldhaften Eingriffen Ersatz nach 3-erlei Bewertungsmaßstäben berechnen kann, nämlich nach seinem subjektiven Schaden, der Lizenzgebühr oder dem Verletzererwerb. Der Verletzererwerb als eigenständige Kategorie ist dann bedeutsam, wenn er über den konkreten Schaden und die Lizenzgebühr des Verletzten hinausgeht. Die Autorin befaßt sich mit der Rechtfertigung des Verletzererwerbs auf schadenersatzrechtlicher Basis, wobei sie dafür den Begriff objektiver Schaden verwendet (S. 163 ff.).

Der Begriff objektiver Schaden erscheint aus 2-erlei Gründen eine *falsa demonstratio* zu sein. Zum einen wird auf den Gewinn des Verletzers abgestellt, somit gerade nicht auf einen Rechtsnachteil des Verletzten; zum anderen kommt es nicht zu einer objektiven Berechnung wie bei der Lizenzgebühr. Vielmehr ist herauszugeben der konkrete Gewinn, der vom Verletzer erzielt worden ist.

Es ist in der Literatur schon des öfteren darauf hingewiesen worden, daß sich dieses Ergebnis viel eher mithilfe einer Eingriffskondition begründen ließe, kommt es doch bei dieser darauf an, welchen Vorteil der Schuldner erzielt hat (so auch die Autorin S. 167 f. Fn. 450). Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eines zusätzlichen Tatbestandselements für eine weitergehende Rechtsfolge ist die Qualifizierung als Schadenersatzanspruch aber durchaus stimmig. Für einen Bereicherungsanspruch ist kein schuldhaftes Verhalten erforderlich, für einen Schadenersatzanspruch sehr wohl (S. 168).

Der Autorin gelingt eine überzeugende Deutung als Restnachteil, der zusätzlich zum konkret erlittenen Schaden bzw. zur Lizenzgebühr verlangt werden kann. Sie begründet dies plausibel damit, daß der Geschädigte bei solchen Eingriffen typischerweise einen weitergehenden Marktverwirrungsschaden bzw. Diskreditierungsschaden erleidet, ohne einen solchen nachweisen, geschweige denn beziffern zu können. Es geht häufig um entfernte Chancen, die nicht individualisiert werden können (S. 172). Das gilt insbesondere bei hoher Marktverflechtung und unter Berücksichtigung von unabschätzbaren Langzeitwirkungen. Es liegt ein diffuses Schadenspotential vor. Deshalb ist es in solchen Fällen angemessen, einen Schaden in Höhe des Verletzererwerbs nach der Lebenserfahrung zu vermuten (S. 174).

Nach dem hier postulierten Statikprinzip in Kombination mit dem erhöhten Präventionsbedarf bei besonders leicht verletzlichen Rechtsgütern läßt sich sodann wiederum eine Verrechnung des Verletzererwerbs mit dem Nachteil des Verletzten vornehmen. Eine ähnliche Überlegung wird auch für die Herausgabe von Schmiergeldern

vom Beauftragten an den Auftraggeber für maßgeblich angesehen. An die Stelle der Verletzlichkeit tritt hier das Prinzip der Präventivwirkung (S. 511).

So überzeugend dieses Konzept ist, so stellt sich die Frage, ob nicht doch eine dogmatische Verfeinerung gegenüber der hM angebracht wäre. Auch im Zuge der Beratungen über das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz wird deutlich, daß es eine Tendenz gibt, die Zuerkennung fiktiver Schäden in Grenzen zu halten. Auf dieser Linie würde es daher liegen, dem Geschädigten prima facie unter Berufung auf § 287 ZPO und § 252 S. 2 BGB einen entgangenen Gewinn in Höhe des Verletzergewinns zuzusprechen, aber – immerhin – dem Schädiger den Gegenbeweis einzuräumen, daß der Geschädigte einen solchen Gewinn niemals gemacht hätte, weil er an einer solchen Verwertung gar nicht interessiert war oder nicht über die dafür nötigen Kapazitäten verfügte. Jedenfalls muß aber in Abzug gebracht werden, wenn der Schädiger einen „Übergewinn“ durch Einsatz eigener Ressourcen erzielt hat, wie die Autorin das auch in anderem Zusammenhang anerkennt (S. 229).

V. Vorzüge und Kritikpunkte

A. Herausarbeiten von Strukturparallelen

Der Ansatz dieser Arbeit fördert zutage, daß Strukturparallelen nicht – allein – nach der herkömmlichen Qualifizierung eines Anspruchs als Schadenersatz- oder Bereicherungsanspruch auszumachen sind, sondern nach der jeweiligen Funktion. So leuchtet es etwa nicht ein, daß bei der Rückabwicklung unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen zwischen Bereicherungsrecht einerseits und Vindikation bzw. einem Rücktritt nach § 350 BGB andererseits (S. 579 ff.). Die Herausarbeitung solcher Strukturparallelen ist eines der größten Verdienste der Arbeit. Insoweit verdient die Autorin höchsten Respekt, daß sie in solch souveräner Manier in der Lage war, einen so großen Bogen zu spannen. Darüber hinaus bleibt – vor allem im Bereicherungsrecht – kaum ein umstrittenes Berechnungsproblem unerwähnt, auch wenn sich nicht immer (ohne weiteres) ein Bezug zum untersuchten Statikproblem herstellen läßt.

B. Darstellung des Meinungsstandes, vor allem im Bereicherungsrecht: Restitutionsansatz und Abschöpfungstheorie

Selbst in den Teilen, in denen die Arbeit bloß den Meinungsstand referiert, zeichnet sie sich durch große Klarheit aus. Es wird deutlich, worüber gestritten wird. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen zum Bereicherungsrecht, so namentlich für die Darstellung der Abschöpfungs- und Restitutionstheorie, wo deutlich gemacht wird, daß sich viele Streitfragen darum ranken, ob man § 818 Abs. 3 BGB erweiternd oder einschränkend interpretiert (S. 213 ff.).

C. Umfassende Materialverarbeitung

Die Kommentar- und Lehrbuchliteratur ist umfassend verarbeitet. Bei der Judikatur werden die Leitentscheidungen wiedergegeben. Häufig wird sogar ältere Literatur und Judikatur aus der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts verwertet (so zur Vor-

teilsausgleichung S. 120, zur Gegenstands- oder Vermögenswertorientierung der Bereicherung S. 219, zur Ersatzfähigkeit von Begleitschäden bei der Geschäftsführung ohne Auftrag S. 434). Bei der Lehrbuchliteratur wird zum Teil sogar auf abweichende Ansichten in älteren Auflagen hingewiesen (so S. 85 Fn. 130). Auch die Gesetzesmaterialien werden gebührend berücksichtigt.

Ausnahmsweise fehlen Spezialliteratur und Leitentscheidungen aus neuerer Zeit, so etwa zu den außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten der Aufsatz von Rieble, Außergerichtliches Inkasso im Wettbewerb zwischen Anwälten und Inkassounternehmen, DB 1995, 195 ff. sowie die Leitentscheidung BGH NJW 1995, 446.

Auch wenn die Arbeit betont, daß sie nicht rechtsvergleichend angelegt ist (S. 51), wäre es ein Tupfen auf dem I gewesen, wenn auch neuere einschlägige Monographien zum schweizerischen oder österreichischen Recht verwertet worden wären, nehmen diese doch zumeist auch auf die Entwicklung in Deutschland Bezug. Erwähnt sei hier prototypisch die Monographie von Peter Huber, Wegfall der Bereicherung und Nutzen (1988).

D. Abqualifizierung bisheriger Denkansätze

Die Ausdrucksweise, mit der bisherige Denkansätze (ab-)qualifiziert werden, läßt vermuten, daß an deren Stelle etwas bahnbrechend Neues gesetzt wird. Die verbale Bekämpfung bisheriger Standpunkte und das, was an deren Stelle gesetzt wird, stehen dabei mitunter in einem nicht unbeträchtlichen Mißverhältnis.

Im Rahmen des Ausgleichs von Reststörungen im Schadensrecht wird auf den Fahrerschullehrerfall BGHZ 55, 329 Bezug genommen (S. 103): Ein Fahrerschullehrer konnte aufgrund einer ihm von einem Schädiger zugefügten Verletzung Fahrstunden zum festgesetzten Termin nicht geben, hat diese später aber nach Feierabend und am Wochenende nachgeholt, so daß er keinen Gewinnentgang erlitt. Strittig ist dabei, ob der Geschädigte wegen einer überobligationsgemäßen Anstrengung einen Erwerbsschaden ersetzt verlangen kann und wenn ja, in welchem Ausmaß, oder ob er mangels nachweisbarer Einbuße leer ausgehen soll. Es wird die Ansicht von *Lieb* (JR 1971, 373) übernommen, ohne diese zu zitieren, daß nämlich ein Gewinnentgang nicht vorliegt, aber eine Abgeltung der Aufwendungen zu erfolgen hat. Wörtlich heißt es dann: „Damit läßt sich mithilfe der hier vertretenen Konzeption eine verlässliche Abgrenzung vornehmen, wodurch sie dem gängigen Vorteilsausgleich wiederum eindeutig überlegen ist.“ Wie die Aufwendungen zu bewerten sind, erfährt man allerdings nicht.

Die Lehre vom Schadenskeim wird als „Scheinargument entlarvt“ (S. 130). In Wahrheit geht es um eine „wertende Entscheidung aller Umstände des Einzelfalles“ (S. 131). Das ist aber eher noch vager und kaum ein dogmatischer Fortschritt.

Auf S. 504 heißt es, daß Rechtsprechung und Lehre bisher eine „letztgültig überzeugende Antwort schuldig geblieben“ sind, warum der Geschädigte beim Vorteilsausgleich eine Kürzung seines Anspruchs hinnehmen muß. Mit der Behauptung letztgültiger Wahrheiten sollte man aber vorsichtig sein, muß doch die Autorin letztendlich auch auf sehr heterogene Wertungen zurückgreifen.

Rudloff stellt für einen Teil der Fälle bei der Vorteilsanrechnung darauf ab, ob besonders glückhafte Umstände oder Sorge und Mühewaltung des Geschädigten oder eines Dritten zur Entstehung des Vorteils beim Geschädigten geführt haben. Die Autorin qualifiziert das als „diffuse Gefühlsargumente“, die „in einer juristischen Herlei-

„tung fehl am Platz“ sind (S. 139). Was sie an dessen Stelle setzt, ist eine Abwägung zwischen Zumutbarkeit und Schutzbedarf (S. 25) bzw. eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles (S. 565).

E. Noch anschaulicher bei stärkerer Konkretisierung anhand von Beispielen

Die Autorin will ihre Arbeit nicht als dogmatische Gedankenspielerei verstanden wissen. Als Zielsetzung gibt sie vielmehr an, eine konkrete Rechtsfrage, wenngleich auf einem hohen Abstraktionsgrad, einer Lösung näherzubringen (S. 35). Die Arbeit bewegt sich in der Tat auf hohem Abstraktionsniveau. Das ist einer Habilitationsschrift ohne weiteres zuzugestehen. Freilich hat die Nagelprobe immer am konkreten Fall zu erfolgen. Soweit dies versucht wird, zeigen sich denn auch gewisse Schwächen so manchen Lösungsansatzes. Darüber hinaus wäre eine stärkere Anreicherung durch Beispiele der Verständlichkeit der Ausführungen förderlich gewesen.

VI. Resümee: Erkenntnisfortschritt durch Entdeckung des Statikprinzips

A. Gleiche Plausibilität für alle Rechtsgebiete

Die Tragfähigkeit des Statikprinzips dürfte bei den einzelnen Anspruchsarten unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Im Schadensrecht sollte es grundsätzlich bloß auf die Einbuße in der Interessensphäre des Geschädigten ankommen, wenn die Einstandspflicht des Schädigers dem Grunde nach feststeht (so auch S. 213). Daß die Lehre von der Vorteilsausgleichung über weite Strecken eine solche des versagten Vorteilsausgleichs ist, liegt aber am allerwenigsten daran, daß der Schädiger als besonders schutzwürdig anzusehen ist. Im Schadensrecht kommt es nämlich nicht darauf an, ob der Schädiger eine Ersatzpflicht in bestimmter Höhe verdient oder nicht (vgl. dazu S. 163 mit Fn. 425, 505).

Demgegenüber ist im Bereicherungsrecht eine gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen von Gläubiger und Schuldner geboten, wenn man der Restitutionstheorie folgt. Noch viel stärkeres Gewicht kommt dem Statikprinzip zu, soweit es um die Herstellung einer vertragsmäßigen Äquivalenz geht, wobei die Autorin selbst konzediert, daß Aussagen über Vertragsverhältnisse stets unter dem Vorbehalt der abweichenden Vereinbarung der Parteien stehen, mag diese auch im Weg ergänzender Vertragsauslegung ermittelt werden (S. 421).

B. Eher stärkere Sensibilisierung des Wegs der Rechtsgewinnung als genuin neue Erkenntnisse

Als neuer Ansatz wird hervorgehoben, daß beim Anspruchsumfang nicht bloß auf die Interessen einer Partei geachtet wird, sondern auch die der Gegenpartei miteinbezogen werden. Ein solches Streben nach Harmonie klingt a priori plausibel. Das Statikprinzip beansprucht aber nicht absolute Geltung. Vielmehr kann es zu einer Prinzipienkollision kommen, so daß es gegenüber anderen Wertungen zurückzutreten hat (S. 41, 145, 534).

Das Statikprinzip erklärt mehr, als daß es selbst eine Hilfe bei der Dezision ist (so auch die Autorin selbst S. 545). Beim Nachteilsausgleich im Bereicherungsrecht verweist die Autorin darauf, daß sowohl das Ergebnis der Restitutions- als auch das gegenteilige nach der Abschöpfungstheorie mit dem Statikprinzip erklärbar sind (S. 274 ff.). Für eine anspruchsvolle Theorie ist das fast schon des Guten zuviel, wenn sowohl These als auch Antithese mit ihr im Einklang stehen. Darüber hinaus zeichnet sich die Autorin bei der Erörterung des Problems des Nachteilsausgleichs durch über- große Vorsicht aus. Nach breiter Darstellung des Meinungsstandes und intensiver Diskussion der Für und Wider der einzelnen Argumente spricht sie aus, daß man *de lege lata* bei der Abschöpfungstheorie bleiben soll, weil die überwiegende Meinung in Lehre und Rechtsprechung diese Position bisher eingenommen hat (S. 278).

Auch sonst weichen die Ergebnisse häufig nicht von den bisherigen ab: Im Bereicherungsrecht wird die Abschöpfungstheorie beim Nachteilsausgleich als laienhafte Formulierung des Statikprinzips bezeichnet (S. 507). Bei der Vorteilsausgleichung im Schadensrecht wird darauf hingewiesen, daß der Begriff der Gewinnabwehr mit dem Statikprinzip eigentlich ident ist, nur zu speziell und der Weg zu diesem Ergebnis nicht erkennbar wird (S. 505). Bei den Begleitschäden des Geschäftsführers ohne Auftrag wird erwähnt, daß die sich aus dem Statikprinzip ergebende Lösung den bisherigen Auffassungen weniger entgegengesetzt, sondern vielmehr zur Seite gestellt werden soll (S. 437).

Mitunter kann das Statikprinzip keinen Ausgleichsanspruch begründen, es ist aber immerhin in der Lage, Bedenken gegen eine bereits vorgenommene Rechtsfortbildung, wie sie beim Verletzergewinn erfolgt ist, zu zerstreuen (S. 174).

C. Was qualifiziert man als Vorteil und Nachteil

Das Statikprinzip selbst vermag eine rationale Aussage über die Verrechnung von Vor- und Nachteilen nicht zu treffen. Vielmehr hat in einem ersten Schritt eine Prüfung stattzufinden, ob es stark oder schwach ausgeprägt ist, je nach dem, ob die Restvorteile bzw. Restnachteile konkret faßbar oder bloß vermutet bzw. fingiert werden (S. 537). Sodann ist abzuklären, ob das Statikprinzip durch andere Prinzipien überlagert wird. Das Ergebnis dieser Abwägung kann sein, daß nicht voller, sondern bloß angemessener Ersatz geschuldet ist (S. 565). Schlußendlich fallen die Würfel aber bei der Ermittlung, was als Vor- bzw. Nachteil erfaßt wird bzw. wie hoch man diesen bemißt.

Die Faszination über die vermeintliche mathematische Genauigkeit des Statikprinzips sollte nicht darüber hinweg täuschen, daß eine sehr sorgfältige Messung der Vor- und Nachteile vorgenommen werden muß, die durch ein unerwünschtes Ereignis hervorgerufen werden. Dabei sollte man nicht auf bloße Ausgabenströme abstellen, sondern vom Wertverzehr bzw. betriebswirtschaftlichen Kosten ausgehen. Die Autorin behauptet, von einem weiten Schadens- bzw. Vermögensbegriff auszugehen (S. 8, 59 Fn. 7). Sie beherzigt das aber nicht immer, was bei der Frage der Ersatzfähigkeit von Betriebsreservekosten sowie außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten durch Nicht-Anwälte zu einem jeweils falschen Ergebnis führt.

Erörtert wird die Frage, daß bei Tötung des den Geldunterhalt verdienenden Partners dem Haushaltsführer nicht angerechnet wird, was dieser aus einer nach Tötung neu aufgenommenen Erwerbstätigkeit ins Verdienen bringt, weil es sich um eine überobligationsgemäße Anstrengung handelt (S. 143). Bei dieser Frage ist aber darauf zu

verweisen, daß für die Vorteilsanrechnung von vornherein nur der Zeitrahmen in Betracht kommt, der ohne den Tod des den Geldunterhalt bereitstellenden Partners vom Haushaltsführer dafür verwendet wurde, diesem allein zukommende Haushaltsdienstleistungen zu erbringen. Und das wird marginal wenig sein, so etwa das Bügeln seiner Hosen und Hemden oder das Putzen seiner Schuhe, mehr aber auch schon nicht.

D. Erkenntnisfortschritt in bezug auf die Berechenbarkeit der Rechtsfolgen –
Gesichtspunkt der Praktikabilität

Das Statikprinzip ist ein allgemeines Rechtsprinzip, das je nach der Bedeutsamkeit anderer Prinzipien eine unterschiedlich große Rolle spielt. Es kann zur Geltung kommen, aber auch durch andere Prinzipien überlagert werden, wobei nicht nur Überlagerung oder Konflikt der Prinzipien zu ermitteln sind, sondern diese darüber hinaus auch zu gewichten sind (S. 536 f.). Immerhin läßt sich daraus ein gewisses Regel-Ausnahme-Schema ableiten.

Die Autorin integriert das Statikprinzip in das von *Wilburg* entwickelte bewegliche System (S. 536), das akademisch bestechend ist, aber nicht immer dem Erfordernis hinreichender Praktikabilität gerecht wird. Wieviele Ergebnisse mit dem hier vertretenen Statikprinzip vereinbar sind, wird daraus deutlich, daß die Autorin selbst zugesteht, daß es letztlich auf eine Abwägung des Einzelfalles ankommt, die man auf die Formel bringen kann, daß der Ausgleichsberechtigte schutzwürdig sein muß und der Ausgleichsverpflichtete nicht unzumutbar belastet werden darf (S. 565).

Ungeachtet der hier vorgetragenen Detailkritik handelt es sich um eine überaus beeindruckende Habilitationsschrift, die es verdient, daß ihre Gedanken von Literatur und Judikatur aufgegriffen werden. Diese ausführliche Besprechung möge symbolhaft zum Ausdruck bringen, in welchem hohem Maße sie der Rezensent für diskussionswürdig erachtet.

Aachen

Prof. Dr. *Christian Huber*