

**Jahrbuch
Junger Zivilrechtswissenschaftler
1991**

**Europäisches Privatrecht
Unternehmensrecht
Informationspflichten im Zivilrecht**

**Tübinger Tagung
11. – 14. September 1991**

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.

herausgegeben von

**Joachim Jickeli, Herbert Kotzur,
Ulrich Noack, Helmut Weber**



**RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTTGART · MÜNCHEN · HANNOVER · BERLIN · WEIMAR**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler ... : ... Tagung ... /
für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V. hrsg.
– Stuttgart ; München ; Hannover ; Berlin ; Weimar : Boorberg.
NE: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler

1991, Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht,
Informationspflichten im Zivilrecht : Tübinger Tagung,
11. – 14. September 1991. – 1992
ISBN 3-415-01706-0

Gesamtherstellung: Präzis-Druck GmbH, Karlsruhe

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co,
Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar 1992

Schadensbemessung und ökonomische Analyse des Rechts¹

Christian Huber

- I. Einleitung
- II. Anliegen und Methoden der ökonomischen Analyse des Rechts
- III. Leistungsfähigkeit der ökonomischen Analyse des Rechts für die Schadensbemessung
- IV. Anwendungsgebiete
- V. Bisherige dogmatische Lösungsansätze
 1. Extrempositionen
 2. Feinabstimmung
- VI. Anreiz zur Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials und gesetzliche Determinanten der Schadensbemessung

I. Einleitung

Fragen der Schadensbemessung stoßen bei Juristen meist auf wenig Interesse². Auch die ökonomische Analyse des Rechts hat sich bisher fast ausschließlich mit Problemen des Grundes des Schadenersatzanspruches beschäftigt³. Wenn ich nun versuche, diesen methodischen Ansatz für die Schadensbemessung fruchtbar zu machen, betrete ich weitgehend Neuland, was einerseits spannend und herausfordernd, andererseits aber auch gefährlich ist, weil die ersten Schritte mitunter weit in die Irre führen können.

Bei den theoretischen Grundlagen der ökonomischen Analyse möchte ich mich nicht lange aufhalten⁴; der Schwerpunkt meiner Ausführungen wird

1 Der Vortragsstil wurde beibehalten. Die in den Fußnoten angegebenen Belegstellen sind exemplarisch und erheben keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Die hier vorgetragenen Überlegungen sind Teil einer umfangreicheren Arbeit über Fragen der Schadensberechnung, die aufgrund eines von der Alexander-von-Humboldt-Stiftung gewährten Forschungsstipendiums unter der Betreuung von Univ.-Prof. Dr. Hans Stoll am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg entstehen konnte. Für die Anregungen der sehr engagiert geführten Diskussion danke ich den Teilnehmern überaus herzlich.

2 Schon im römischen Recht hieß es: „iudex non calculat“. Auch heute noch ist das Rechnen bei Juristen wenig populär. Das ist nicht weiter verwunderlich, weil so manche(r) gerade deshalb diese Studienrichtung wählt, weil die weitverbreitete Ansicht besteht, daß dadurch eine weitere Befassung selbst mit elementarsten Methoden der Mathematik vermieden werden kann.

3 Vgl. dazu etwa Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (1986) 85 ff.

4 Diese Enthaltensamkeit hat sich im Verlaufe der Tagung (der Autor war der letzte Referent) immer mehr als berechtigt erwiesen, haben doch sämtliche Referenten – entweder explizit wie Reul oder doch der Sache nach – Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts verwertet. Der Vorwurf von Behrens (Die ökonomischen Grundlagen des Rechts [1986] VI: „Juristen neigen allzuleicht dazu, interdisziplinäre Theorieansätze zurückzuweisen, ohne die Zwischenstufe des Verstehens durchlaufen zu haben.“) dürfte jedenfalls für die jüngere Generation nicht mehr zutreffen.

vielmehr in der praktischen Umsetzung liegen, die ich anhand von Beispielen bzw. Fallgruppen illustrieren möchte. In diesen werde ich versuchen, darzustellen, daß die ökonomische Analyse nicht nur rechtspolitische Zielvorgaben formulieren kann, sondern ihre Schlußfolgerungen schon de lege lata verwertbar sind. Damit soll auch das Vorurteil abgebaut werden, daß die Ökonomie lediglich graue Theorie sei, deren begrenzter Nutzen für die Juristerei dann besonders deutlich werde, wenn es um die Bewältigung von Problemen im konkreten Einzelfall gehe.

Schließlich darf ich noch um Vergebung bitten, wenn ich in meinem Beitrag weder raffinierte Konstruktionen noch geistvolle Theorien anzubieten vermag. Jeder, der den Versuch unternimmt, Erkenntnisse von Nachbardisziplinen für die eigene Sparte nutzbar zu machen, läuft Gefahr, entweder Triviales zu bieten⁵ oder sich allzu sehr in der Terminologie der Nachbarwissenschaft auszudrücken, auf daß er von den eigenen Fachkollegen begrifflich nicht verstanden und schon deshalb abgelehnt wird⁶. In diesem Bewußtsein habe ich mich für den Hang zur Vereinfachung entschieden.

II. Anliegen und Methoden der ökonomischen Analyse des Rechts

Eine Grundannahme der Volkswirtschaftslehre liegt darin, daß ein Spannungsverhältnis besteht zwischen unbegrenzten Bedürfnissen und knappen Ressourcen. Dieses Auseinanderklaffen hat jeder einzelne von uns wohl auch schon das eine oder andere Mal selbst erlebt. Ostasiatische Philosophien versuchen eine Verminderung dieser Diskrepanz durch eine Reduktion der Bedürfnisse. Die Ökonomie geht indes den Weg, Methoden ausfindig zu machen, wie die knappen Mittel möglichst ohne Verschwendung eingesetzt werden können, damit ein möglichst hohes Maß an Bedürfnisbefriedigung erzielt wird. Ist das bestmöglich erreicht, sprechen die Ökonomen von Allokationseffizienz⁷.

Wie in den Naturwissenschaften werden in der Volkswirtschaftslehre Aussagen nicht immer unmittelbar zu konkreten Lebenssachverhalten gemacht. Es werden vielmehr Modelle gebildet, die die Wirklichkeit verkürzt abbilden, um

⁵ Vgl. dazu *Streisler*, Vorwort, in: Zur Einheit von Rechts- und Staatswissenschaften (1967) VI: „Zweck der Sammelvorlesung war also die bewußte Grenzüberschreitung der Fächer (Anm. des Verf.: der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften einerseits und der Rechtswissenschaften andererseits) unter mutiger Hinnahme der Wahrscheinlichkeit, des Dilettantismus geziehen zu werden.“

⁶ Vgl. dazu *Rittner*, Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967) 98: „Derjenige Jurist, der die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften begreift, hat ‚zu fürchten, in seinem eigenen Lager als Abtrünniger zu gelten und in fremden Lagern nicht aufgenommen zu werden.“

⁷ Dazu *Schäfer/Ott* (oben Fn. 3) 1 ff.

Zusammenhänge deutlicher darstellen zu können. In den für die ökonomische Analyse maßgeblichen Modellen der Mikroökonomie wird angenommen, daß alle Menschen wie der homo oeconomicus reagieren. Das heißt, daß die Leitschnur des Handelns das Rationalitätskalkül ist, das darin besteht, den eigenen Nutzen zu maximieren⁸. Solche Modelle verwendet die Volkswirtschaftslehre schon sehr lange und untersucht den Einfluß der Änderung einer Variablen auf eine andere. Das Neuartige der ökonomischen Analyse besteht darin, daß die Institution Rechtsordnung nicht mehr bloß als eine Konstante angesehen wird, sondern selbst als Variable untersucht wird⁹. Die Fragestellung der ökonomischen Analyse lautet somit: Welchen Einfluß hat diese oder jene Ausgestaltung der Rechtsordnung auf die Vermeidung der Verschwendung von Ressourcen oder, in der Sprache der Ökonomie: in bezug auf die Herstellung der Allokationseffizienz.

Daß der Rechtsordnung bzw. deren unterschiedlicher Ausgestaltung ein solcher Einfluß überhaupt zugestanden wird, setzt voraus, daß deren jeweilige Sanktionen Einfluß auf das Verhalten der Bürger nehmen. Versetzt man sich in die Lage des homo oeconomicus, der seinen persönlichen Nutzen maximieren will, ist es plausibel, daß dieser auch mögliche Rechtsfolgen in sein Entscheidungskalkül miteinbezieht.

Für die Frage der Haftung dem Grunde nach hat das dazu geführt, daß diese aus ökonomischer Sicht bis zu der Grenze gegeben sein müßte, bis zu der die Aufwendungen zur Vermeidung des Schadens geringer sind als das Ausmaß des realen Schadens, der durch deren Unterlassung bewirkt wird. Im angloamerikanischen Schrifttum ist dafür der inzwischen auch bei uns geläufige Begriff des „cheapest cost avoider“ geprägt worden.

III. Leistungsfähigkeit der ökonomischen Analyse des Rechts für die Schadensbemessung

Selbst wenn die Rechtsordnung Haftungsnormen so ausgestaltet, kommt es immer noch dazu, daß Schäden passieren, die von den dafür verantwortlichen Dritten bzw. deren Haftpflichtversicherern zu tragen sind. Deshalb muß auch auf der Ebene der Schadensbeseitigung das Ziel verfolgt werden, eine Verschwendung von Ressourcen möglichst zu vermeiden. War für das Ausmaß der Haftung dem Grunde nach maßgeblich, daß derjenige den Schaden tragen soll,

⁸ In den klassischen Modellen der Mikroökonomie werden weitere einschränkende Bedingungen vorausgesetzt, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Verwiesen sei etwa auf die Annahme vollständiger Information aller Teilnehmer und deren unendliche Reaktionsgeschwindigkeit, das Fehlen von Handelsstufen und Transportkosten.

⁹ *Ott/Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis? JZ 1988, 214.

bei dem zur Vermeidung des Schadens geringere Kosten anfallen als bei dessen Eintritt, muß dieses Postulat für die Schadensbemessung entsprechend angewendet lauten: Die Rechtsordnung muß genügend Anreiz bieten, daß derjenige den eingetretenen realen Schaden beseitigt, der dies mit den geringsten Kosten tun kann. Dieses Postulat klingt sehr trivial und gar nicht spektakulär. Es wird sich aber zeigen, daß die daraus abzuleitenden Folgerungen recht beträchtlich sind und bewirken können, daß so manche anscheinend bisher als gesichert angesehene dogmatische Position zumindest ins Wanken gerät.

Ehe auf den konkreten Anwendungsbereich dieses Satzes eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, daß schon der Vergleich der unterschiedlichen methodischen Ansätze zwischen Jurisprudenz und Ökonomie einen Beitrag zu mehr Rationalität in der Schadensbemessung leisten kann. Während Richter notwendigerweise abgeschlossene einzelne Sachverhalte zu entscheiden haben, die juristische Fachliteratur die einschlägigen Probleme anhand von Leitentscheidungen oder Fallgruppen erörtert, ist Ausgangspunkt der Ökonomen das Modell, bei dem vor allem die künftige Reaktion interessiert.

Dieses Denken erleichtert die Herausarbeitung von Strukturparallelen ebenso wie den Durchgriff auf reale Phänomene, während den Juristen diese Sicht durch das Abstellen auf formale Konstruktionen mitunter verschlossen bleibt¹⁰. Schon der Austausch des Mikroskops, mit dem Details des einzelnen Falles betrachtet werden, durch ein Fernglas, mit dem man nicht nur einen einzelnen Baum erkennen kann, sondern sogar einen ganzen Wald überblickt, kann den juristischen Horizont extrem erweitern¹¹. Das gilt gerade in Zeiten wie diesen, in denen uns Erkenntnisse des Umweltschutzes zeigen, daß aus der Nähe betrachtet so manch Krankes gesund erscheint, der Wurm aber nur von einer entfernteren Perspektive erkennbar ist, so paradox das auf den ersten Blick auch sein mag.

10 Prototypisch dafür ist, daß nach der h. M. eine real identische Maßnahme zur Schadensbeseitigung hinsichtlich der Schadensbemessung gänzlich unterschiedlich behandelt wird, je nachdem, ob sie im Rahmen eines Berufes oder Gewerbes vorgenommen oder während der „Freizeit“ erledigt wird. Im letzteren Fall sieht man zumeist lediglich eine nicht ersatzfähige ideelle Einbuße, während im ersten Fall typischerweise das Marktentgelt, zumindest aber der Ersatz der Selbstkosten zuerkannt wird. Ohne das an dieser Stelle näher ausführen zu können, sollte es m. E. im Bereich der Schadensbemessung lediglich auf die real vorgenommene Maßnahme zur Schadensbeseitigung ankommen, so daß es – jedenfalls prinzipiell – keinen Unterschied machen dürfte, ob diese im Rahmen des Berufes oder in der „Freizeit“ durchgeführt wird. Stellvertretend für die umfangreiche Diskussion: wie hier Köhler, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB? FS-Larenz (1983) 353; gegenteilig unter Berufung auf § 1835 Abs. 2 BGB Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortentwicklung des Schadensrechts (1981) 220.

11 Im Gegensatz zu Horn (Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“, AcP 176, 313), der es als Nachteil der ökonomischen Analyse des Rechts ansieht, daß sie nicht einzelfallbezogen ist, kann m. E. gerade der unterschiedliche Weg, wie man sich einem Problem nähert, auch und gerade für Juristen lehrreich sein.

Ein weiterer Vergleich sei gestattet, der gerade in Hamburg besonders anschaulich sein sollte: Sowohl der Richter wie auch der Kapitän eines Schiffes bemühen sich um die Steuerung des richtigen Kurses unter Zuhilfenahme verschiedener Hilfsmittel. Die (traditionelle) Schadenersatzdogmatik und die ökonomische Analyse des Rechts sind die Instrumentarien des Richters. Herrscht in einem Hafen klare Sicht und wenig Wind, wird sich der Kapitän eines Schiffes auf sein freies Auge bzw. das des Lotsen verlassen; bei Nebel oder unruhigem Wasser ist es jedoch ratsam, sich zusätzlich des Radars zu bedienen. Die im folgenden untersuchten Fallkonstellationen sind solche, bei denen die richtige Lösung nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, bei denen die Diskussion bisher vielmehr stürmisch verlaufen ist, so daß auch der Jurist gut beraten ist, sich nicht auf die Schadenersatzdogmatik allein zu verlassen, sondern ein zusätzliches Hilfsmittel heranzuziehen¹².

IV. Anwendungsgebiete

Nach Eintritt eines realen Schadens kann es der Geschädigte bei der globalen Einbuße seines Vermögens bewenden lassen oder das konkret beeinträchtigte Nutzungspotential wiederherstellen¹³. Entscheidet er sich dafür, steht er häufig vor folgender Alternative: Entweder er nimmt eine Marktleistung in Anspruch oder er aktiviert eigene bzw. ihm durch eine Sonderverbindung zugeordnete¹⁴ Ressourcen, die ohne das schädigende Ereignis unter Umständen brachliegen

12 Mit F. Bydlinski (Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens, AcP 188, 457) ist darauf hinzuweisen, daß die ökonomische Analyse des Rechts ein überaus leistungsfähiger methodischer Ansatz ist, der aber keinen Alleinvertretungsanspruch auf die richtige Lösung erheben kann (vgl. demgegenüber Ott, Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung [1989] 31, der betont, daß das Effizienzprinzip ein fundamentales Gerechtigkeitsprinzip sei und das Zivilrecht sich aufgrund seiner besonderen Struktur wenig eigne, anderen Gerechtigkeitszielen zu dienen. Kritisch zu einem solchen Primat des Effizienzgrundsatzes sowie der ökonomischen Analyse des Rechts im allgemeinen Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817–824, der die ökonomische Analyse gar als Irrweg bezeichnet, den zu beschreiten sich das Recht hüten sollte. Vgl. auch denselben, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, 223–227).

13 Im folgenden interessiert nur noch diese Konstellation. Sie wird auch in der Praxis die größere Rolle spielen. Nach den Annahmen des mikroökonomischen Modells hätte ein homo oeconomicus eine Sache, auf deren Nutzungspotential er keinen Wert (mehr) legt, schon vor dem schädigenden Ereignis veräußert, weil der dadurch erzielte Erlös mehr Nutzen schafft als die brachliegende Sache. Anderes wird nur dann gelten, wenn der Wert einer Sache nicht in ihrer Nutzungsmöglichkeit liegt, sondern in der Vermögensverantbarung; oder der Veräußerungszeitpunkt gerade ungünstig ist. Das werden aber doch eher die Ausnahmefälle sein.

14 Zu denken ist hier in erster Linie an Unterhaltsschuldner, zur Mitarbeit im Unternehmen verpflichtete Familienangehörige sowie Dienstnehmer, deren Einschreiten entweder gar keinen oder doch einen gegenüber dem Marktentgelt wesentlich geringeren Entgeltsanspruch auslöst.

würden. Im letzteren Fall liegen die Selbstkosten¹⁵ häufig erheblich unter dem Preis bei Inanspruchnahme einer Marktleistung. Diese Wahlmöglichkeit des Geschädigten ist prototypisch für die allermeisten Schäden. Sie ergibt sich sowohl beim Sach- wie auch beim Personenschaden, beim Substanz-, aber auch beim Nutzungsausfallschaden und darüber hinaus bei verschiedenen Folgeschäden.

Zunächst zum Substanzschaden: Wird eine Sache, etwa ein Pkw, beschädigt, kann der Geschädigte sich entweder für eine Marktleistung entscheiden und eine Fachwerkstätte mit der Reparatur betrauen, oder – sofern er dazu in der Lage ist – die Reparatur eigenhändig durchführen. Der Beschädigte einer körperlichen Sache entspricht die Gesundheitsbeeinträchtigung beim Personenschaden. Auch im Rahmen der Heilung stellt sich mitunter die Alternative zwischen dem Aufenthalt in einem Spital oder Pflegeheim einerseits und dem Verbleib in den eigenen vier Wänden bei Inanspruchnahme von Betreuungsleistungen durch Angehörige andererseits¹⁶.

Beim Nutzungsausfallschaden ergeben sich entsprechende Fallkonstellationen: Wird das Fahrzeug eines Unternehmens, etwa eines Verkehrsbetriebes, beschädigt, stellt sich für dieses die Alternative zwischen der Anmietung eines Ersatzfahrzeuges für die Dauer der Reparatur des beschädigten Fahrzeugs und dem Rückgriff auf die eigene Betriebsreserve¹⁷.

Beim Personenschaden entspricht dieser Kategorie der Erwerbsschaden. Die Palette entsprechender Fallkonstellationen ist hier außerordentlich groß: Wird

- 15 Zu den Selbstkosten zählen etwa auch der Unternehmerlohn sowie eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals. Um dem Postulat der Maßgeblichkeit der realen Sphäre Rechnung zu tragen, sind die Grundsätze der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung entsprechend anzuwenden. Nicht zu den (Selbst-)Kosten zählt jedoch der „Reingewinn“. Die bei einem Einzelkaufmann oder einer Personenhandelsgesellschaft als Unternehmensgewinn ausgewiesene Größe setzt sich aus drei Komponenten zusammen, nämlich dem Unternehmerlohn, der angemessenen Eigenkapitalverzinsung und einer Restgröße, die hier als „Reingewinn“ bezeichnet wird. Von den Selbstkosten wird lediglich diese letztere Komponente ausgeklammert. Wie die neuere Disziplin der Hauswirtschaftslehre zeigt, können die Bewertungsansätze zur Ermittlung der Selbstkosten nicht nur im Unternehmen, sondern auch im hauswirtschaftlichen Bereich angewendet werden.
- 16 Gleiches gilt beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse. Dieser ist eine eigenständige Kategorie des Personenschadens, für die es beim Sachschaden keine Entsprechung gibt.
- 17 Nach der hier vertretenen Ansicht stellt sich die Entscheidungssituation in der Privatsphäre nicht anders. Der Betriebsreserve entspricht das eigene Zweitauto. Ob es gerechtfertigt ist, daß eine abstrakte Nutzungsentschädigung lediglich in der privaten, nicht aber in der unternehmerischen Sphäre zuerkannt wird, darauf kann hier nicht eingegangen werden. Erwähnt sei aber wenigstens, daß es m. E. ganz und gar nicht einleuchtet will, daß bei Verzicht auf jegliches Ersatzfahrzeug eine Entschädigung zustehen soll, nicht aber, wenn der Geschädigte durch Inanspruchnahme des eigenen Zweitfahrzeugs sein Integritätsinteresse tatsächlich betätigt (so aber die herrschende deutsche Meinung. Nachweise bei Hofmann, Haftpflichtrecht für die Praxis [1989] 2.1.2.7. Rn. 61 b). Wenn es der Geschädigte bei der globalen Vermögensinbuße bewenden läßt, kann das sich daraus ergebende Kompensationsinteresse m. E. doch nicht weitergehen, als wenn der Geschädigte durch Benutzung seines Zweitwagens sein Restitutions- bzw. Integritätsinteresse betätigt.

etwa ein Gesellschaftergeschäftsführer einer Erwerbsgesellschaft verletzt, kann die ausfallende Arbeitskraft durch Einstellung einer Ersatzkraft ausgeglichen werden. Eine Beseitigung des realen Schadens ist aber auch möglich, wenn Mitgesellschafter oder entsprechend qualifizierte Dienstnehmer ihre Arbeitskraft in zusätzlichem zeitlichen Ausmaß oder intensiver nutzen, ohne daß dies im Innenverhältnis einen zusätzlichen Entgeltanspruch auslöst¹⁸. Entsprechendes gilt mutatis mutandis für den Erwerbsschaden eines Selbständigen bzw. Dienstnehmers.

Erwerbsschäden treten aber nicht nur bei solchen Tätigkeiten auf, bei deren Erbringung typischerweise ein Entgelt vereinbart wird wie der Gewinnanteil bzw. die Tätigkeitsvergütung des Gesellschafters oder der Lohn bzw. das Gehalt des Dienstnehmers. Ein Erwerbsschaden – jedenfalls im weiteren Sinn – ist auch gegeben, wenn der Geschädigte infolge der Verletzung oder Tötung Verrichtungen nicht mehr ausüben kann, durch die eine Inanspruchnahme von Marktleistungen eingespart worden wäre.

Gemeint ist damit der ökonomisch sinnvolle Einsatz der Arbeitskraft im nichtunternehmerischen Bereich, also insbesondere Dienstleistungen bei der Kindererziehung und im Haushalt einschließlich der Errichtungs- und Instandsetzungsarbeiten des eigenen Wohnsitzes¹⁹. Auch bei deliktischer Vereitelung

18 Zu der aus § 843 Abs. 4 BGB bzw. § 14 Abs. 4 Eisenbahn-Kraftfahr-Haftpflichtgesetz (EKHG) (im österreichischen Recht) folgenden Unabhängigkeit des Schadenersatzanspruchs vom jeweiligen Innenverhältnis sowie der grundsätzlichen Gleichbehandlung der aufgezählten Schadensbeseitigungsformen vgl. Ch. Huber, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäß § 1325 ABGB, JBl. 1987, 613–633.

19 Solche Fälle beschäftigen in letzter Zeit zunehmend die Gerichte. Aus der deutschen Judikatur der letzten Zeit vgl. etwa BGH 22. 11. 1988, JZ 1989, 344 (Grunsky) = JR 1989, 236 (Schlund); 6. 6. 1989, NZV 1989, 387 (Grunsky); 24. 10. 1989, VersR 1989, 1308 = EWIR § 249 BGB 1/90 Grunsky. Aus der österreichischen Judikatur: OGH 17. 5. 1988, ZVR 1989/136; 30. 8. 1988, ZVR 1989/106. Dabei ergeben sich deshalb besonders schwierige Bewertungsfragen, weil eine Anknüpfung an vergleichbare Marktleistungen nicht ohne weiteres möglich ist.

Zwar gewährt § 287 dZPO bzw. § 273 öZPO dem Richter einen erheblichen Bewertungsraum; von diesem eingeräumten Schätzungsermessen sollte aber nicht zu großzügig Gebrauch gemacht werden, weil das richterliche Gefühl in Bezug auf die Schadenshöhe mitunter das Ziel weit verfehlen kann. Verwiesen werden soll in diesem Zusammenhang auf den Unterauslastungszuschlag bei den Betriebsreservekosten: Während die letzte einschlägige deutsche Entscheidung (OLG Bremen 24. 2. 1980, VersR 1981, 860) einen Zuschlag von 12% gegenüber den Kosten bei Vollaustattung angenommen hat, kam der österreichische OGH (6. 6. 1986, JBl. 1986, 581; 12. 4. 1988, ZVR 1988/125) auf einen Zuschlag von 200%. Umgekehrt gelangt der OGH bei Verletzung bzw. Tötung einer Hausfrau zu wesentlich geringeren Zusprüchen, was nur zum geringeren Teil mit den höheren Kosten für derartige Ersatzkräfte erklärbar ist. Ins Gewicht fällt vielmehr, daß die deutschen Richter die Qualifikation und das zeitliche Ausmaß der Hausarbeit höher veranschlagen. Die Ursache dafür dürfte wohl nicht darin liegen, daß deutsche Hausfrauen (um so viel) mehr Zeit für die Haushaltsführung und Kindererziehung aufwenden, ausschlaggebend dürfte vielmehr sein, daß die deutschen Kläger zur Substantiierung ihres Begehrens auf statistische Untersuchungen zurückgreifen, mit denen sich die Gerichte und in letzter Instanz auch der BGH auseinandersetzen müssen, während man den Eindruck hat, daß das Ausmaß sowohl der Klagebegehren wie auch der Urteile in Österreich eher über den Daumen gepeilt wird. Auch durch den Hinweis auf die

derartiger Aktivitäten stehen der Betroffene bzw. die Unterhaltsgläubiger vor folgender Entscheidung: Sollen sie zur Schadensbeseitigung eine fremde Ersatzkraft einstellen bzw. eine sonstige Marktleistung²⁰ in Anspruch nehmen oder auf ein eigenes Nutzungspotential zurückgreifen? In solchen Fällen besteht dieses in unterhaltsverpflichteten Angehörigen, hilfsbereiten Verwandten oder Bekannten. Da einerseits derartige Ersatzkräfte nicht ohne weiteres zu bekommen sind und wegen der Betroffenheit der persönlichen Sphäre nicht jede x-beliebige Person genommen werden kann, andererseits der Bedarf in einem zeitlichen Näheverhältnis nach Eintritt des Schadens gedeckt werden muß, ist diese Form der Schadensbeseitigung hier besonders häufig.

Bei allen der bisher aufgezählten Schadenskategorien fallen darüber hinaus noch Folgeschäden an, bei denen sich die geschilderte Auswahlmöglichkeit ebenfalls stellt. Entscheidet sich der Geschädigte für eine Marktleistung, ergibt sich meist noch ein Zeitaufwand für die Auswahl des geeigneten Vertragspartners, dessen Überwachung sowie Transportaufwendungen – etwa bei Kfz-Schäden die Verbringung des beschädigten Vehikels zur Werkstätte und dessen Abholung von dort. Diese Aktivitäten sollen als Schadensbegleitkosten bezeichnet werden. Auch bei diesen kann der Geschädigte auf Marktleistungen zurückgreifen, da es sich typischerweise nicht um höchstpersönliche Angelegenheiten handelt²¹; er kann aber auch das eigene Nutzungspotential aktivieren.

Schließlich ergeben sich entsprechende Auswahlentscheidungen im Rahmen außergerichtlicher Rechtsverfolgungsmaßnahmen. So mancher Geschädigte steht etwa vor der Alternative, ein Mahnschreiben selbst zu fertigen bzw. durch die eigene Rechtsabteilung verfassen zu lassen oder damit einen Anwalt zu betrauen.

Bei den allermeisten Fällen des Rückgriffs auf ein eigenes Nutzungspotential kann der Nachweis geführt werden, daß die dabei für den Geschädigten anfallenden Selbstkosten wesentlich geringer sind als der entsprechende Marktpreis. Die Betriebsreservefälle sollen als besonders markantes Beispiel zur Veranschaulichung herausgegriffen werden: Jüngeren österreichischen Entscheidungen²² ist zu entnehmen, daß bei diesen selbst großzügig ermittelten Selbstkosten weniger als 50 % des marktüblichen Entgelts bei Anmietung eines Ersatzfahrzeuges ergeben. Das ist weniger darauf zurückzuführen, daß gewerbliche Unternehmen ihre Leistungen nicht (nur) zu den Selbstkosten anzubieten bereit sind,

im österreichischen Recht anerkannte objektiv-abstrakte Schadensberechnung kann das wohl nur unzureichend erklärt werden.

20 Z. B. die Kinder in einem Erziehungsheim unterbringen.

21 Er kann etwa eine Reparaturwerkstätte damit betrauen, den beschädigten Pkw von der Unfallstelle abzuholen und nach der Reparatur an seinem Wohnsitz abzustellen, wozu diese – oder ein darauf spezialisiertes Unternehmen – gegen ein entsprechendes Entgelt typischerweise auch bereit sein wird.

22 OLG Innsbruck 6. 2. 1986, ZVR 1987/75; OGH 6. 6. 1986, JBl. 1986, 581; 12. 4. 1988, ZVR 1988/125.

sondern auch einen Gewinn erwirtschaften wollen; ins Gewicht fällt vielmehr der unterschiedliche Auslastungsgrad²³.

Ob eine Schadensminderungsobliegenheit besteht, auf das eigene Nutzungspotential zurückzugreifen, wenn die Selbstkosten dafür geringer sind als das Marktentgelt, ist für die hier untersuchte Fragestellung nicht von Belang. Grundsätzlich wird für den Geschädigten ein gewisser Entscheidungsfreiraum anzunehmen sein, auf welche Art er den realen Schaden beseitigen will. Ausgangspunkt sowohl des deutschen (§ 249 Satz 1 BGB) wie auch des österreichischen Rechts (§ 1323 ABGB i. V. mit § 1295 ABGB) ist die Durchführung der Naturalrestitution durch den Ersatzpflichtigen. Aber selbst wenn eine solche Schadensminderungsobliegenheit bestehen sollte, ist damit noch keinesfalls entschieden, daß der Geschädigte gehalten sein soll, Ressourcen der eigenen Sphäre ohne Abgeltung des Wertverzehr zur Verfügung zu stellen²⁴. Darüber hinaus wird man mit der Statuierung von Schadensminderungsobliegenheiten um so zurückhaltender sein müssen, je eher die der Schadensbeseitigung bzw. -begrenzung dienenden Maßnahmen auch vom Ersatzpflichtigen vorgenommen bzw. veranlaßt werden können²⁵.

Ob man die Lösung des Ausmaßes des Ersatzanspruchs bei Einsatz eigener Ressourcen im Bereich der Schadensminderungsobliegenheit oder – wie hier vertreten – auf der Ebene der Schadensbemessung lokalisiert, ist eine Sache²⁶. Anerkennt man die gemeinsame Struktur all dieser in ihrem äußeren Erscheinungsbild so unterschiedlichen Fallgruppen, so spricht dies dafür, daß auch der Ansatz zur Berechnung des Schadens zumindest ähnlich sein sollte. Aus der höchstrichterlichen Judikatur sowie der einschlägigen deutschen und österreichischen Fachliteratur ergibt sich aber ein ganz anderes Bild, das im folgenden skizzenhaft darzustellen ist.

23 Das mag verwundern, haben doch private Anbieter die Möglichkeit, brachliegende Kapazitäten zu vermieten, weil bei ihnen das Ziel der Gewinnmaximierung im Vordergrund steht und es nicht darauf ankommt, permanent leistungsbereit zu sein. Dem steht jedoch entgegen, daß es für den vom Verkehrsbetrieb zu deckenden Bedarf nur wenige private Nachfrager gibt, die die von Privatunternehmen angebotenen Leistungen in ganz unregelmäßigen Abständen in Anspruch nehmen.

24 Für eine Abgeltung der Selbstkosten bei der Eigenreparatur: BGH 26. 5. 1970, VersR 1970, 832; Lange, Schadensersatz² 304; beim Einsatz der eigenen Betriebsreserve: BGH 10. 5. 1960, VersR 1960, 661; Marschall von Bieberstein, Zum Ersatz der Vorsorgekosten bei Verwendung eines Reservefahrzeugs, FS-Rheinsteine (1969) 635.

25 Diese Klarstellung verdanke ich dem Einwand von Herrn Remien (Hamburg), der mir entgegenhielt, daß es sich bei den von mir behandelten Problemen nicht um solche der Schadensbemessung handle, sondern um Fragen der Schadensminderungsobliegenheit.

26 Für die hier interessierende Frage des Ausmaßes des Ersatzes bei Aktivierung eigener Ressourcen kann die Abgrenzung jedenfalls dann dahingestellt bleiben, wenn man anerkennt, daß selbst bei Bestehen einer solchen Obliegenheit die Selbstkosten zu erstatten sind.

V. Bisherige dogmatische Lösungsansätze

1. Extrempositionen

Bei Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials reicht in den aufgezeigten Fallgruppen das Spektrum der Schadensbemessung von der Versagung jeglichen Ersatzes einerseits bis zur Zuerkennung des vollen Marktentgelts einschließlich der nicht angefallenen Mehrwertsteuer andererseits. Anhand von Beispielen soll das belegt werden:

Bei den Betriebsreservekosten leugnet die überwiegende deutsche Literatur²⁷ jeglichen Ersatz; bei den Begleitkosten der Schadensbeseitigung²⁸ sowie den außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten²⁹ ist das auch die Position der Rechtsprechung.

Ganz anders hingegen verfährt die herrschende deutsche Meinung bei der Eigenreparatur. Grundsätzlich gebührt hier das volle Marktentgelt³⁰ inklusive

27 *Lange* (oben Fn. 24) 298 ff.; *Esser-Schmidt*, Schuldrecht⁶ I (1984) 516 ff.; beide allerdings unter Hinweis darauf, daß die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sein könnten. So auch die herrschende Meinung in Österreich: *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² I (1980) 63f.; 178f. Ablehnend Münchener Kommentar²-*Grunsky* Rn. 75 vor § 249; *Soergel-Mertens*¹¹ § 249 Rn. 112; beide wollen aber durch Heranziehung der Regeln über die abstrakte Nutzungsentschädigung zu entsprechenden Ergebnissen kommen. AA *Staudinger*¹²-*Medicus*, § 249 Rn. 125, der die Rechtsprechung sowohl im Ergebnis wie auch vom Ansatz her billigt.

28 So jedenfalls bei einem Privaten OLG Celle 21. 11. 1963, DAR 1964, 190; OLG Köln 18. 12. 1964, VersR 1965, 905; 18. 10. 1978, VersR 1979, 166; 29. 6. 1981, VersR 1982, 585; OLG Saarbrücken 5. 3. 1982, r+s 1982, 214. Gegenteilig allerdings LG Bielefeld 26. 2. 1980, VersR 1981, 888. Ebenfalls ablehnend bei Unternehmen: BGH 3. 2. 1961, VersR 1961, 358; KG 9. 3. 1972, VersR 1973, 749; BGH 31. 5. 1976, VersR 1976, 938; LG Regensburg 12. 10. 1976, VersR 1977, 483; LG Düsseldorf 18. 10. 1978, VersR 1979, 173. Großzügiger hingegen bei Großunternehmen (insbesondere solchen der öffentlichen Hand): BGH 12. 3. 1964, VersR 1964, 484; 28. 2. 1969, VersR 1969, 437; OLG Celle 24. 6. 1976, VersR 1978, 257; BGH 26. 2. 1980, VersR 1980, 675; BGH 31. 5. 1983, VersR 1983, 755. Eine ähnliche Entwicklung läßt sich auch in der österreichischen OGH-Rechtsprechung feststellen, nämlich die Zuerkennung solcher Kosten vornehmlich an Großunternehmen der öffentlichen Hand: 10. 11. 1967, JBl. 1968, 430; 25. 1. 1978, SZ 51/7; 24. 10. 1985, ZVR 1986/132. Ablehnend aber gegenüber einem Privaten in der Entscheidung vom 30. 8. 1988, ZVR 1989/86, allerdings unter Hinweis darauf, daß ein prozentmäßiger Pauschalbetrag nicht generell gefordert werden könne und der Geschädigte seine diesbezüglichen Kosten nicht hinreichend konkretisiert habe.

29 KG 9. 3. 1972, VersR 1973, 749; BGH 6. 2. 1975, NJW 1975, 972; 9. 3. 1976, VersR 1976, 857; KG 11. 11. 1976, DAR 1977, 256; BGH 6. 11. 1979 JZ 1980, 99 (*Deutsch*) = JR 1980, 147 (*Schneider-Böttger*). A. A. OLG Frankfurt 6. 4. 1976, JZ 1977, 96 (*Stoll*). In der Literatur mehren sich allerdings in neuerer Zeit die kritischen Stimmen: *Pecher*, Die Fangprämie: Zur Schadenersatzpflicht des ertappten Ladendiebs – BGHZ 75, 230, JuS 1981, 645–649; *J. Wilhelm*, Mahngebühr aufgrund Versäumung der in der Rechnung angegebenen Zahlungsfrist? ZIP 1987, 1497–1504; *R. Wilhelm*, Ersatz von Bearbeitungskosten im Schadensfalle, WM 1988, 281–288; *Weimar*, Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Schadenersatzrecht, NJW 1989, 3246–3250; *Lieb*, Personalkosten als Schaden, FS-Steindorff (1990) 705–723.

30 BGH 8. 12. 1977, VersR 1978, 243; OGH 19. 11. 1958, JBl. 1959, 209; 28. 3. 1990, GesRZ 1990, 100.

der Umsatzsteuer³¹. Ausnahmsweise, wenn ein Geschädigter über eine unterausgelastete Betriebswerkstätte verfügt, trifft ihn die Obliegenheit, die Reparatur in dieser durchzuführen, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß der Schädiger die Selbstkosten des Geschädigten ersetzt³².

2. Feinabstimmung

Selbst dort, wo die Schadensbemessung bei Aktivierung eines eigenen Nutzungspotentials nicht zwischen dem Marktentgelt inklusive der nicht angefallenen Mehrwertsteuer und der Versagung jeglichen Ersatzes schwankt, sind in der deutschen Judikatur und Literatur Stehsätze zu finden, die einmal zu einer großzügigen, das andere Mal zu einer engherzigen Schadensbemessung führen, ohne daß erkennbar wäre, in welchem Verhältnis diese prima vista durchaus plausibel klingenden Formeln zueinander stehen. Die unterschiedliche Bemessung des Schadenersatzes ergibt sich hierbei nicht bloß zwischen den einzelnen Fallgruppen, auch innerhalb ein und derselben kommt es im zeitlichen Ablauf zu erheblichen Schwankungen³³.

Eine großzügige Bemessung ergibt sich, wenn auf den Grundsatz der Dispositionsfreiheit³⁴ Bezug genommen wird. Es wird argumentiert, daß der Geschädigte das Recht habe oder doch gehabt habe, zur Schadensbeseitigung eine Marktleistung in Anspruch zu nehmen. Habe er das unterlassen, gehe das den Schädiger nichts an. Jedenfalls solle das nicht dazu führen, daß in die Tasche des Schädigers gespart werde³⁵. M. E. stellt sich dabei die Frage, warum der Geschädigte nach dem Maßstab einer Marktleistung entschädigt werden soll, wenn er diese aus freien Stücken gar nicht haben wollte³⁶.

31 BGH 19. 6. 1973, JR 1974, 103 (*Gitter*); OLG Koblenz 16. 9. 1974, NJW 1975, 58; BGH 23. 3. 1976, VersR 1977, 134; 4. 5. 1982, VersR 1982, 757. So auch OGH 10. 7. 1975, JBl. 1976, 44; differenzierend 25. 1. 1978, SZ 51/7; restriktiver 15. 2. 1978, EvBl. 1978/321.

32 BGH 26. 5. 1970, VersR 1975, 832 (*Klimke*, VersR 1970, 902).

33 Besonders eindrucksvoll kann das im deutschen Recht für den Schadenersatzanspruch nach Tötung der Hausfrau gemäß § 844 Abs. 2 BGB belegt werden. Vgl. etwa die Kontroverse zwischen *Eckelmann* (Schadenersatz bei Verletzung oder Tötung einer Frau oder Ehefrau wegen Beeinträchtigung oder Ausfalls in der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und wegen Ausfalls eines Barbetrags aus ihrem Einkommen zum Familienunterhalt⁸ [1970]), *Wussow* (Die Höhe des Schadenersatzanspruchs bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau und Mutter, NJW 1970, 1393–1398) und abermals *Eckelmann* (Schadenersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, NJW 1971, 355–359) zu Beginn der 70er Jahre. Seitdem entwickelt sich die Rechtsprechung des BGH wellenförmig, wobei expansive und restriktive Phasen einander abwechseln, was aus Platzgründen hier im einzelnen nicht näher belegt werden kann.

34 Vgl. dazu *Staudinger-Medicus* § 251 Rn. 51. Im Unterschied zum Sachschaden wurde beim Personenschaden niemals eine so weitgehende Abstraktion von der tatsächlichen Form der Schadensbeseitigung vorgenommen. Vgl. dazu *Hofmann*, Der Umfang des Ersatzanspruchs nach § 249 Satz 2 BGB im Reparaturfall und der vertraglichen Reparaturkostenentschädigung in der Fahrzeug-Voltversicherung (§ 13 Abs. 5 AKB), DAR 1983, 375.

35 So etwa *Klimke*, Schadensberechnung nach § 249 Satz 2 BGB, VersR 1968, 538 unter Berufung auf OLG Celle 21. 10. 1965, VRS 30, 321.

36 Kritisch zur Dispositionsfreiheit auch *H. Köhler* (oben Fn. 55) 349–370; ebenso jüngst *Lipp*, „Fiktive“ Herstellungskosten und Dispositionsfreiheit des Geschädigten, NJW 1990, 104–105.

Eine reichliche Bemessung des Ersatzes ergibt sich des weiteren dann, wenn der erfolgte Zuspruch damit abgestützt wird, daß eine bloße Vermögensumschichtung vorgenommen worden sei³⁷. So wird bei Totalschaden einer Sache der Schadensumfang stets nach den Wiederbeschaffungskosten bewertet³⁸. Legt der Geschädigte auf das konkrete Nutzungspotential nach der Schädigung aber gar keinen Wert, ist m. E. nicht einzusehen, warum ihm der höhere Wiederbeschaffungswert zufallen soll³⁹; hätte er den Sachwert selbst zu Geld gemacht, hätte er lediglich den geringeren Veräußerungserlös erzielen können. Wie weit diese beiden Werte auseinanderklaffen können, wird etwa daran deutlich, wenn Sie überlegen, wieviel ein neues Kleidungsstück im Geschäft gekostet hat und zu welchem Preis Sie es noch vor dem ersten Tragen veräußern könnten.

Repariert der Schadensersatzgläubiger seine beschädigte Sache selbst oder beschafft er sich nach einem Totalschaden eine Ersatzsache von einem Privaten, also nicht von einem Händler, bemißt die herrschende deutsche Lehre den Ersatz so, als ob eine Marktleistung in Anspruch genommen worden wäre, wobei auch die in Wirklichkeit nicht angefallene Mehrwertsteuer erstattet wird⁴⁰. Begründet wird das unter anderem damit, daß es sich bei diesen Formen der Schadensbeseitigung um unwägbar Nachteile handle, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Ersatz in Höhe des Marktentgelts festzusetzen⁴¹. Daß es solche schwer zu bewertende Nachteile gibt, soll gar nicht bestritten werden, sehr wohl aber, daß diese jeweils in Höhe der Differenz zwischen den Selbstkosten und dem fiktiven Marktentgelt anfallen; darüber hinaus ist die Umsatzsteuer für die Abgeltung solcher Nachteile ein denkbar ungeeigneter Indikator, zu bedenken ist, daß so verwandte Rechtsordnungen wie die deutsche und die österreichische etwa beim Pkw Sätze von 14 und 32 Prozent aufweisen.

Demgegenüber finden sich auch restriktive Stehsätze: Zur Konkretisierung des Schadensumfangs wird die Kontrollfrage gestellt, wie sich ein wirtschaftlich

37 Münchener Kommentar - Grunsky § 249 Rn. 17.

38 Staudinger-Medicus § 251 Rn. 44. So auch im österreichischen Recht Reischauer in Rummel, ABGB § 1332 Rn. 9 sowie Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979) 82f., der sich allerdings vehement gegen die Zuerkennung fiktiver Reparaturkosten ausspricht.

39 Die Wurzel des Problems liegt aber vermutlich schon darin, daß der Begriff der Naturalrestitution im deutschen Recht sehr eng verstanden wird und diese - von der Reparatur einer beschädigten Sache abgesehen - nur bei vertretbaren Sachen anerkannt wird. Sachgerechter wäre es jedoch m. E., stets dann eine Abrechnung nach dem (weitergehenden) Integritätsinteresse zuzulassen, wenn der Geschädigte das beeinträchtigte Nutzungspotential wiederherstellt. Im österreichischen Recht ist dafür der Begriff der „Herstellung einer Ersatzlage“ geläufig. Nachweise bei Reischauer in Rummel, ABGB § 1323 Rn. 2. Zum engeren Begriff der Naturalrestitution im deutschen Recht vgl. BGH 10. 7. 1984, JZ 1985, 39 (Medicus) und dazu E. Schmidt, Das zerstörte Unikat - BGHZ 92, 85, JuS 1986, 517-522 sowie BGH 8. 12. 1987, JZ 1988, 407; In diesem Urteil ging der BGH von einem weiteren Begriff der Naturalrestitution aus, weil er die Wiedererrichtung eines Hauses nach einem Brand nicht als Zerstörung des Hauses, sondern als Reparatur der Gesamtsache „bebaute Liegenschaft“ ansah, was Grunsky in der Anmerkung (JZ 1988, 410) zu Recht als gekünstelte Argumentation bezeichnet hat.

40 Staudinger-Medicus § 251 Rn. 52.

41 Medicus, Gründe und Grenzen des Ersatzes „fiktiver Schäden“, DAR 1982, 354.

vernünftig denkender Geschädigter verhalten hätte. Das wird danach beantwortet, zu welcher Abhilfe sich der konkrete Geschädigte entschlossen hätte, wenn er selbst den Schaden hätte tragen müssen. Das Ergebnis ist häufig, daß er keine teure Marktleistung gewählt, sondern sich mit einer billigeren Abhilfe zufrieden gegeben hätte. Vor allem bei den Heilungskosten gelangt man dadurch zur Versagung des Ersatzes einer erhöhten Pflegeklasse⁴²; beim Schadenersatzanspruch nach Verletzung oder Tötung einer Hausfrau führt das zur Ablehnung einer entsprechend ausgebildeten Ersatzkraft als Maßstab für die Schadensschätzung⁴³.

Anzumerken ist, daß eine sparsamere Reaktion des Geschädigten insbesondere dann erfolgt, wenn dieser nicht über entsprechende Rücklagen verfügt bzw. ein achtenswertes Sicherheitsbedürfnis hat und er seine Reserven nicht für diesen Zweck angreifen will. Es erhebt sich m. E. die Frage, ob es nicht doch einen Unterschied machen darf und soll, ob sich beim Geschädigten ein Notfall ereignet, dessen Konsequenzen er selbst zu tragen hat, oder ob für die Beseitigung eines Defizits ein Ersatzpflichtiger aufzukommen hat⁴⁴. Darüber hinaus könnte m. E. der Umstand eine Rolle spielen, daß der Geschädigte sich deshalb mit einer Notlösung zufriedengeben muß, weil der Ersatzpflichtige den für die Finanzierung einer angemessenen Schadensbeseitigungsmaßnahme begehrten Vorschuß trotz substantiierten Begehrens nicht leistet⁴⁵.

Es ist bereits erwähnt worden, daß die Obliegenheit zum Rückgriff auf ein eigenes Nutzungspotential bei der Eigenreparatur nur gegen Erstattung der Selbstkosten angenommen wird. In den Betriebsreservefällen⁴⁶, den Schadensbegleitmaßnahmen sowie den außergerichtlichen Rechtsverfolgungsakten soll dieses Nutzungspotential vom Geschädigten jedoch ohne Abgeltung in den Dienst der Schadensbeseitigung gestellt werden⁴⁷.

42 Aus der deutschen Rechtsprechung: OLG Celle 22. 1. 1962, VersR 1962, 623; OLG Düsseldorf 28. 5. 1984, VersR 1985, 644. Aus der österreichischen OGH-Judikatur: 3. 12. 1952, JBI 1953, 547; 7. 4. 1976, ZVR 1977/15.

43 Eckelmann/Nehls, Schadensersatz bei Verletzung und Tötung (1987) 153-155.

44 In diesem Sinne BGH 10. 4. 1979, VersR 1979, 670.

45 Vgl. dazu BGH 29. 10. 1957, VersR 1958, 176. Dabei spielt m. E. gar nicht einmal die finanzielle Bedürftigkeit des Geschädigten eine entscheidende Rolle. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß der Ersatzpflichtige trotz substantiiertem Aufforderung nicht geleistet hat, weshalb der Geschädigte die Durchführung der Maßnahme unterlassen hat. Begründbar ist ein solcher Zuspruch allerdings nicht mehr durch das Ausgleichsprinzip, sondern allein mit Hilfe des Sanktionsgedankens.

46 So auch für das österreichische Recht Apathy, Der Ersatz von Kosten eines Reservefahrzeugs, ZVR 1989, 257-260.

47 Bei den außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten führt diese Schadensminderungsobliegenheit sogar soweit, daß ein Geschädigter mit einem entsprechend geeigneten und nicht ausgelasteten Nutzungspotential selbst dann keinerlei Ersatz begehren kann, wenn er tatsächlich eine Marktleistung in Anspruch genommen hat. So BGH 13. 11. 1961, VersR 1961, 1141; OLG Köln 19. 11. 1974, VersR 1975, 1106.

Schließlich werden Teile des eingetretenen Schadens deshalb nicht entschädigt, weil sie einerseits eine gewisse Erheblichkeitsschwelle nicht überschreiten und andererseits statistisch gehäuft auftreten, weshalb sie überwältigt werden können. Dieses Argument findet sich bei den Schadensbearbeitungskosten beim Ladendiebstahl⁴⁸ und den Mahnspesen der Banken gegenüber säumigen Darlehensschuldnern⁴⁹. Schon aus ökonomischen Gründen leuchtet es m. E. wenig ein, warum die vertragstreuen Kunden über die Preise die sich aus rechtswidrigem Verhalten Dritter ergebenden Folgekosten mittragen, die Schädiger davon aber gerade entlastet werden sollen.

Aus Zeitgründen kann eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Sätzen und vor allem mit deren Verhältnis zueinander nicht erfolgen. Sie dienen lediglich der Illustration, wie breit das Spektrum ist. Es ist der ökonomischen Analyse vorgeworfen worden, daß sie gegenüber der traditionellen Dogmatik den Nachteil habe, die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen⁵⁰. In anderen Bereichen mag das so sein, im Rahmen der Schadensbemessung dürfte jedoch das Gegenteil zutreffen.

Bewertungsprobleme stellen sich nämlich meist dann, wenn der Geschädigte zur Beseitigung des realen Schadens nicht auf Marktleistungen zurückgreift. Anerkennt man, daß bei der Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials Fälle mit Strukturidentität gegeben sind, ist nicht einzusehen, daß die Rechtsfolgen so weit auseinanderklaffen. Gleichgelagerte Fallkonstellationen aber nicht unterschiedlich zu behandeln, entspricht nicht nur dem Gleichheitssatz, sondern bewirkt auch ein höheres Maß an Rationalität und letztendlich auch Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit.

Ausgehend von einer identischen ökonomischen Grundstruktur wäre es noch immer möglich, daß der eine oder andere Fall abweichend beurteilt wird, weil sich der Rechtsordnung Sonderwertungen entnehmen lassen. Solche sind nicht a priori abzulehnen, sondern mitunter auch dann beachtlich, wenn sie dem Postulat der Allokationseffizienz zuwiderlaufen⁵¹. Im Rahmen dieses Kurzrefe-

48 BGH 6. 11. 1979 (oben Fn. 74) und die dort angegebene kritische Literatur.

49 Staudinger-Hopt-Milbert, § 608 Rn. 58; in letzter Zeit kritisch dazu J. Wilhelm (oben Fn. 29) 1497-1504; Lieb (oben Fn. 29) 705.

50 Nachweise bei Kühler, Effizienz als Rechtsprinzip, FS-Steindorff (1990) 694.

51 Das Integritätsinteresse kann vor allem beim Personenschaden dazu führen, daß der Geschädigte auch Ersatz für solche Restitutionsmaßnahmen verlangen kann, für die es eine kostengünstigere Alternative gäbe. Beispielsweise kann ein durch einen Unfall zum Pflegefall gewordener Verletzter im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 BGB) bzw. Tunlichkeit (§ 1323 ABGB) verlangen, daß ihm die Kosten der Pflege in den eigenen vier Wänden erstattet werden, auch wenn eine Unterbringung in einem Pflegeheim ausnahmsweise billiger kommen würde (so auch OLG Stuttgart 31. 3. 1977, VersR 1977, 1038).

Je mehr es um den persönlichen Bereich des Geschädigten geht, um so mehr haben auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung rein ökonomische Überlegungen zurückzutreten. Während bei Kfz-Schäden die Reparaturkosten die Aufwendungen bei Wiederbeschaffung eines (fiktiven) Ersatzfahrzeugs im deutschen Recht um 30%, im österreichischen Recht immerhin um 10% übersteigen dürfen, ist es nunmehr anerkannt und durch einen gesetzgeberischen Akt (im österreichischen Recht § 1332a ABGB, im deutschen Recht § 251 Abs. 2 S. 2 BGB) noch bekräf-

rates geht es aber lediglich um die Herausarbeitung des ökonomischen Rasters, weshalb auf derartige Abweichungen nicht näher eingegangen werden kann⁵².

VI. Anreiz zur Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials und gesetzliche Determinanten der Schadensbemessung

Da ich zu Beginn behauptet habe, daß die erzielten Ergebnisse nicht nur als rechtspolitische Zielvorgabe zu verstehen, sondern unmittelbar de lege lata verwertbar sind, ist einerseits zu klären, welcher Freiraum durch die gesetzliche Determinierung offengelassen ist, andererseits ist zu präzisieren, welchen Beitrag die ökonomische Analyse des Rechts zur Eingrenzung solcher Bewertungsfreiräume zu leisten in der Lage ist.

Die bisherige Spannweite des Ersatzes in strukturell gleichgelagerten Fällen ist ein Indiz dafür, daß die gesetzliche Determinierung sehr dünn ist. Allgemein anerkannt ist das Ausgleichsprinzip⁵³. Diesem ist jedenfalls zu entnehmen, daß der Schädiger nicht über Gebühr zur Kasse gebeten werden und der Geschädigte aus dem Schadensfall auch keinen Gewinn ziehen soll. Der gerade im deutschen Recht so oft beschworene Grundsatz der konkreten Schadensberechnung verbietet es dann m. E., daß der Geschädigte Ersatz in Höhe des Marktentgelts begehren kann, wenn er solche Leistungen gerade nicht in Anspruch nimmt.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht, die lediglich das Effizienzziel im Auge hat und auf verteilungspolitische Überlegungen keine Rücksicht nimmt, würde gegen eine solche Bemessung – prima vista – allerdings nichts sprechen. Für den Geschädigten bestünde bei einer solchen, von seiner tatsächlichen Reaktion losgelösten, einheitlichen Abgeltung im Ausmaß der Inanspruchnahme einer Marktleistung um so mehr Anreiz zur billigeren Selbstvornahme. Darüber hinaus wäre eine derartige Bemessung häufig mit weniger Ermittlungsaufwand verbunden als das Abstellen auf die jeweiligen Selbstkosten, so daß geringere tertiäre Kosten anfielen⁵⁴. Zwar läßt sich in der Lebenswirklichkeit anders als im ökonomischen Modell häufig kein einheitlicher Marktpreis finden, die Berechnung eines entsprechenden Mittelwertes dürfte aber dennoch weniger aufwen-

tigt, daß diese Marge bei Haustieren noch weiter überschritten werden darf. Um wieviel mehr muß das dann für den Menschen gelten!

52 Wenn die ökonomische Analyse anzugeben vermag, welche die effizienteste Lösung wäre, ist das auch für die Berücksichtigung von anderen Wertungen hilfreich. Auch wenn solche anzuerkennen sind, heißt das nämlich keinesfalls, daß des Effizienzprinzips dann überhaupt keine Rolle mehr spielen soll. Es geht vielmehr um eine Gewichtung und Abwägung, also letztlich darum, durch welches Ausmaß an Effizienzverlusten sie erkaufte werden. Vgl. dazu Ott/Schäfer (oben Fn. 9) 222.

53 Münchener Kommentar-Mertens § 823 Rn. 41; ebenso in Bezug auf die Schadensbemessung zuletzt Kötz, Ziele des Haftungsrechts, FS-Steindorff (1990) 644.

54 Darauf haben in der Diskussion auch die Herren Pfeiffer (Frankfurt/Main) und Engel (Hamburg) hingewiesen.

dig sein als die Ermittlung der Selbstkosten der Schadensbeseitigung des jeweiligen Geschädigten bei Aktivierung von dessen eigenem Nutzungspotential.

Wenn die ökonomische Analyse aber de lege lata verwertbar sein soll, muß auch das aus dem Gesetz ableitbare Ausgleichsprinzip Berücksichtigung finden. Hinsichtlich der möglichen Einsparung tertiärer Kosten bei Bemessung des Ersatzes nach dem Marktentgelt sei darauf verwiesen, daß es dem Ersatzpflichtigen freisteht, (höhere) Ersatzleistungen nach diesem Maßstab zu erbringen, wenn dadurch nicht überwälzbare tertiäre Kosten in noch höherem Maße eingespart werden können. Je nach Schadenshöhe und Überprüfungs-kosten einerseits und Auslastung der Kapazitäten beim Ersatzpflichtigen andererseits wird für diesen eine derartige Pauschalierung oder eine „echte“ konkrete Abrechnung im Einzelfall ökonomisch sinnvoll sein⁵⁵.

Wie deutsche Banken die Unterschrift der Echtheit eines Schecks nur noch ab einem gewissen Grenzbetrag überprüfen, ohne daß es dadurch zu einer Änderung des Scheckrechts kam, mögen die Ersatzpflichtigen und deren Haftpflichtversicherer in entsprechender Weise verfahren. Daß auch diese zu einem derartigen ökonomischen Kalkül in der Lage sind, beweist etwa die heute übliche Gepflogenheit, daß Haftpflichtversicherer erst ab einer Schadenshöhe von 2000,- DM einen Sachverständigen einschalten⁵⁶. Nicht gutgeheißen werden kann aber nach der hier vertretenen Ansicht, daß das gesamte Haftpflichtrecht – mitunter sogar zum Nachteil mancher Ersatzpflichtiger – nach den Bedürfnissen der Regulierungspraxis für Alltagsgeschäfte ausgerichtet werden soll⁵⁷.

Ergibt sich aufgrund des Ausgleichsprinzips eine Obergrenze, ist zu fragen, ob sich eine rationale Begründung für eine Untergrenze finden läßt. Aufgrund des aus der ökonomischen Analyse des Rechts formulierten Gebots der Allokationseffizienz soll die Rechtsordnung einen Anreiz schaffen, daß die kostengünstigste Schadensbeseitigungsform gewählt wird. Sind die Selbstkosten der Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials geringer als der Preis einer Marktleistung, stellt sich die Frage, wie hoch der Ersatz mindestens ausfallen muß, damit sich der Geschädigte für die billigere Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials entscheidet.

Die Betriebswirtschaftslehre beschäftigt sich schon seit langem mit dem verwandten Problem, ab welchem Entgelt es für ein Unternehmen ratsam ist, ein zusätzliches Geschäft zu übernehmen⁵⁸. Die Antwort nach dem Konzept der Deckungsbeitragskostenrechnung lautet: Dem Unternehmer ist der Abschluß eines solchen Geschäfts anzuraten, sofern nicht nur die variablen Kosten gedeckt sind, sondern auch noch ein ins Gewicht fallender Beitrag zu den Fixkosten erwirtschaftet wird⁵⁹. Auf das hier untersuchte Problem der Schadensbemessung bei Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials angewendet und am Beispiel der Eigenreparatur erläutert bedeutet dies, daß ein wirtschaftlich denkender Geschädigter sich anstelle einer Marktleistung nicht erst dann zur Eigenreparatur entschließt, wenn er eine Entschädigung in Höhe des Marktentgelts erhält, sondern schon dann, wenn er außer den zusätzlich anfallenden Kosten für Material und Schmierstoffe auch noch einen Beitrag zu den ohnehin anfallenden Kosten wie der Miete für die Werkstätte und den Löhnen der Dienstnehmer bekommt.

Für das sich im konkreten Fall stellende Bewertungsproblem ergibt sich aus den bisherigen Überlegungen folgende Eingrenzung: Bei Aktivierung des eigenen Nutzungspotentials ist die Zuerkennung des Marktentgelts wegen des Gebots der konkreten Schadensberechnung und des Ausgleichsgedankens überschießend, die bloße Zuerkennung variabler Kosten aber zu wenig, weil dann für den Geschädigten kein hinreichender Anreiz besteht, von dieser kostengünstigeren Form der Schadensbeseitigung Gebrauch zu machen.

Mangels anderer sachgerechter Bewertungsmaßstäbe ist der über die variablen Kosten hinausgehende angemessene Beitrag zur Deckung der Fixkosten in Höhe der Selbstkosten zu bemessen, wie er sich aus der betriebswirtschaftlichen Vollkostenrechnung ergibt. Das heißt, daß die Zurechnung fixer Kosten in der

55 Zu betonen ist, daß die Darlegungs- und Beweislast für das Ausmaß des Umfangs des Ersatzes den Geschädigten trifft. Macht dieser keine näheren Angaben, ob und auf welche Art er den Schaden beseitigt hat oder dies zu tun gedenkt, bemißt sich das Ausmaß nach dem Kompensationsinteresse. Bei Sachschäden ist diesbezüglich insbesondere auf die Einbuße beim Veräußerungserlös abzustellen; bei Personenschäden gebührt entweder bloß Schmerzensgeld (so bei einer unterlassenen kosmetischen Operation) oder der Ersatz ist doch auf den Mindestschaden zu begrenzen (so etwa beim Hausfrauenschaden).

Verlangt der Geschädigte einen darüber hinausgehenden Ersatz, muß er eine Rechnung vorlegen oder dargun, wie hoch seine Selbstkosten gewesen sind bzw. bei bloßem Verlangen eines Vorschusses sein werden. Die Anforderungen an die Darlegungslast dürfen dabei nicht überspannt werden. Als mögliche Wege zur Darlegung der Selbstkosten bieten sich an, daß ein Abschlag vom Marktentgelt vorgenommen wird, der die Gewinnkomponente sowie die Kosten erfaßt, die beim Geschädigten nicht angefallen sind, oder daß der Geschädigte seine konkreten Selbstkosten offenlegt, was mit Hilfe der Unterlagen des eigenen Rechnungswesens oder von Kostenschätzungen in Vergleichsbetrieben erfolgen kann. Letztere Methode wird die konkret erlittene Einbuße typischerweise präziser erfassen, aber bei kleineren Schadensposten häufig zu aufwendig sein.

56 So *Klinkke*, Fiktive Schadensberechnung, ZfS 1989, 253.

57 Anders wohl der Ansatz von *Medicus* (oben Fn. 41) 357, der eine Anpassung des Haftpflichtrechts an diese Gegebenheiten vorschlägt.

58 Bedeutsam ist diese Abwägung primär für Unternehmen, bei denen fixe Kosten in nennenswertem Maß anfallen. Das ist vor allem bei solchen der Fall, die körperliche Sachen herstellen oder reparieren, weniger bei reinen Handelsbetrieben. Unter fixen Kosten versteht man solche, die in dem betrachteten Zeitraum jedenfalls anfallen; im Gegensatz dazu zeichnen sich die variablen Kosten dadurch aus, daß sie nicht entstehen, würde das Unternehmen auf das Geschäft verzichten.

59 Nach der bis dahin dominierenden „Vollkostenrechnung“ sollte ein Unternehmer auf ein zusätzliches Geschäft jedoch stets dann verzichten, wenn es über die variablen Kosten hinaus nicht auch mindestens die anteiligen fixen Kosten verdienen konnte; nach der Deckungsbeitragskostenrechnung ist ein solches hingegen stets dann vorteilhaft, wenn irgendein nennenswerter Beitrag zur Deckung der Fixkosten übrigbleibt.

Weise zu erfolgen hat, daß jedes Geschäft anteilig zum Erfolg des Unternehmens beiträgt⁶⁰.

Wie die Selbstkosten im einzelnen zu berechnen sind, dazu kann die ökonomische Analyse des Rechts kaum etwas beitragen. Diesbezüglich verspricht die Heranziehung der Grundsätze der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung, auf die bereits vereinzelt verwiesen wurde, mehr Erfolg. Ein näheres Eingehen darauf würde aber eine Überschreitung des Themas und vor allem eine Vergeudung des knappen Gutes der zur Verfügung stehenden Redezeit bedeuten.

Gestatten Sie mir deshalb bloß noch das Resumé, daß eine Bemessung des Ersatzes nach diesen Grundsätzen m. E. ökonomisch deshalb die sachgerechteste Lösung ist, weil sie eine Verschwendung von Ressourcen vermeidet und sowohl der Geschädigte wie auch der Schädiger davon profitieren: Der Geschädigte erhält eine Abgeltung für ansonsten brachliegende Ressourcen, er erhöht dadurch den Auslastungsgrad seiner Kapazitäten und kann diese ökonomisch sinnvoll nutzen. Entscheidet sich der Geschädigte aufgrund eines solchen Anreizes der Rechtsordnung nicht für eine Marktleistung zur Schadensbeseitigung, sondern aktiviert er sein eigenes Nutzungspotential, ergibt sich für den Schädiger eine mitunter recht beträchtliche Reduktion des Ausmaßes seiner Ersatzpflicht.

Geht es im Zivilrecht oft genug darum, daß dem einen lediglich zuerkannt werden kann, was einem anderen genommen wird, bin ich bei dem mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts formulierten Lösungsvorschlag zur Schadensbemessung in der glücklichen Lage, sowohl dem Geschädigten wie auch dem Schädiger Vorteile zu bescheren. Damit aber nicht genug! Akzeptiert man die These von der Strukturidentität der genannten Fallgruppen und gleicht man die Rechtsfolgen bei der Schadensbemessung an, wird dadurch ein Beitrag zur besseren Vorhersehbarkeit von richterlichen Schadensschätzungen bewirkt. Nicht nur die Parteien sparen sich dadurch so manchen lediglich um die Schadenshöhe geführten Prozeß, auch die Justiz würde entlastet. In der Terminologie der ökonomischen Analyse käme es zu einer durchaus wünschenswerten Ersparnis tertiärer Kosten.

60 Während für die betriebswirtschaftliche Entscheidung, ob ein zusätzliches Geschäft übernommen werden soll oder nicht, die Vollkostenrechnung zu suboptimalen Ergebnissen führt, ist sie für die Nachkalkulation weiterhin aufschlußreich. Es kann nämlich durch sie ermittelt werden, welche Geschäfte über- und welche unterproportional am Geschäftserfolg beteiligt waren. Für die Schadensbeseitigungsmaßnahme soll davon ausgegangen werden, daß diese durchschnittlich zur Deckung der Fixkosten beitragen soll.