

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität
Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller,
A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, H. M. Riemer, W. R. Schlupe und E. Stark

Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980
in Zürich und Bern

Die Verantwortlichkeit im Recht

Band 2

Schulthess Polygraphischer Verlag
Zürich

Aus den Zürcher Beiträgen zur Rechtswissenschaft

- 487 **Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung.** Eine vergleichende Darstellung des schweizerischen, deutschen, französischen und englischen Rechts
Von Dr. Urs Winter. 1976, XXV, 285 Seiten, broschiert, Fr. 38.—
- 489 **Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts.** Ein Beitrag zur quellenkritischen Untersuchung des Obligationenrechts
Von Dr. Alfred Meili. 1976, XXX, 274 Seiten, broschiert, Fr. 42.—
- 490 **Der markenrechtlich erforderliche Zeichen- und Warenabstand**
Insbesondere zur sogenannten berühmten Marke
Von Dr. Adrian Zimmerli. 1976, XVI, 171 Seiten, broschiert, Fr. 36.—
- 492 **Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone**
Von Dr. Peter Herzer. 1976, 162 Seiten, broschiert, Fr. 34.—
- 504 **Ist das Pflichtteilsrecht ein erhaltenswertes Institut?** Eine rechtspolitische Betrachtung zum schweizerischen Pflichtteilsrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen
Von Dr. Walter Schaer. 1976, 175 Seiten, broschiert, Fr. 32.—
- 505 **Die Rechtsnatur der Patenlizenz**
Von Dr. Conrad Frey. 1976, XI, 112 Seiten, broschiert, Fr. 15.—
- 506 **Der Schuldvertrag**
Von Dr. Regina Mireille Schaffitz. 1977, XV, 112 Seiten, broschiert, Fr. 30.—
- 507/1 **Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht**
Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Gestaltung eines modernen Eherechts
Von Dr. Anna Landmann-Autenrieth. Band 1: 1977, XXVI, 461 Seiten, broschiert
- 507/2 **Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht**
Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Gestaltung eines modernen Eherechts
Von Dr. Anna Landmann-Autenrieth. Band 2: 1977, S. 463—822, broschiert, Band 1 + 2 zusammen Fr. 60.—
- 509 **Die Haftpflicht zwischen Motorfahrzeughaltern im schweizerischen und im deutschen Recht.** Eine rechtsvergleichende Darstellung
Von Dr. Theodor Gschwend. 1977, XIV, 123 Seiten, broschiert, Fr. 30.—
- 514 **Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB**
Von Dr. Helmut Henkel. 1977, XXXVIII, 346 Seiten, broschiert, Fr. 45.—
- 516 **Die Teilung von nichtlandwirtschaftlichen Liegenschaften im Erbgang,**
mit besonderer Berücksichtigung der Schaffung von Stockwerkeigentum
Von Dr. Urs Götte. 1977, 142 Seiten, broschiert, Fr. 32.—
- 517 **Der künstlerische Leistungsschutz**
Von Dr. Bruno Nater. 1977, XX, 95 Seiten, broschiert, Fr. 26.—
- 518 **Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität**
Erkenntnis-kritische Würdigung im Rahmen der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung
Von Dr. Martin A. Wenner. 1977, 167 Seiten, broschiert, Fr. 36.—

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Tendenzen zur Normativierung und
Individualisierung der Schadenszurechnung

von

Privatdozent Dr. Rona Serozan, Istanbul

I. Der radikale Umbruch im Schadensrecht

In der immer mehr produzierenden und konsumierenden, die sozialen Beziehungen und Abhängigkeiten immer weiter vertiefenden und immer dichter zusammenlebenden modernen Massengesellschaft haben sich Schadensursachen und -umfang in ungeheurer Masse vermehrt und erweitert. Man denke beispielsweise an die Umweltzerstörung (Immissions-schäden), an die immer weiter fortschreitende Schädigung des Verbrauchers durch fehlerhafte Produkte, an die hauptsächlich durch Preisgabe vertraulicher Daten angehäuften Persönlichkeitsverletzungen, an die stets wachsenden Arbeits- und Verkehrsunfälle, sowie an die Kettenreaktionen bei einem Produktionsausfall an irgendeinem Betrieb, insbesondere an einem Energieversorgungsbetrieb.

All diese neuen Schadensursachen und die höchst komplizierten Schadensentwicklungen konnten von Juristen nicht unberücksichtigt gelassen werden. Einerseits wurden neue Zurechnungsprinzipien (wie z.B. die Gefährdung) zum Schutze des Bürgers entwickelt, andererseits wurde das juristische Handwerkzeug für die Haftungs begründung und -ausfüllung mit Hilfe der Begriffe wie "Normzweck" und "normativer

Schaden" verfeinert.

Zusammen mit dem materiellen Leben sind auch die Anschauungen der Gesellschaft in ständige Bewegung und Veränderung geraten. Früher kaum vorstellbare materielle Bewertungen von Lebensgenüssen wie der Freizeit haben sich inzwischen durchgesetzt. Das Motto der Business-Ideologie "time is money" ist zum Durchbruch gelangt. Im Rahmen dieser neuen Einschätzungen der "freien Marktgesellschaft", die grundsätzlich alles für ersatzfähig hält, was marktgängig ist, fällt die Aufwertung des Urlaubsgenusses sowie des individuellen Gebrauchsvorteiles zum selbständigen Vermögensgut besonders auf.

Ausserdem haben die raffinierten Absatzstrategien (die werblichen Verführungen und Manipulationen) der Warenanbieter und der dadurch beschleunigte Entfremdungsprozess zur Zunahme von Eigentums- und Urheberrechtsverletzungen geführt. Daneben hat die Zuspitzung sozialer und politischer Gegensätze zu schadenstiftenden Massenbewegungen angeregt. Diese Entwicklung hat ihrerseits Pönalisierungstendenzen im zivilen Schadensrecht hervorgerufen, die dem Zuwachs solcher "abweichenden Verhaltensweisen" entgegensteuern sollen.

Unter dem Druck des Zeitgeistes haben sich weiterhin die früher als Glück empfundenen Ereignisse, wie die Geburt eines Kindes, zu einem schadensrechtlich relevanten Unglück verwandelt.

Eine Wendemarke im Schadensrecht stellt die neue BGH Entscheidung dar, welche die Horror-Stichworte "Schadensersatzvater", "Apothekers Sohn" und dergleichen in die Tat umgesetzt hat. Dies ist ein Urteil dessen Unbehagen übrigens nicht mit dem Vorwand zu verdecken ist, nicht das Kind, sondern die von aussen gesteuerte Entgleisung der Familienplanung sei der wahre Schaden.

Andererseits werden die früher bei der Berechnung des Versorgerschadens in Rechnung gestellten Heiratsaussichten einer Witwe heutzutage wegen der veränderten sozialen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau als schadensmindernder Faktor immer weiter in den Hintergrund verdrängt.

Auch das unmittelbare Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigten

ist neuerdings umgewälzt und durch ein umfassendes System kollektiver Schadensübernahme überlagert worden. Die Schäden werden heutzutage überwiegend von freiwilligen oder gesetzlich aufgezwungenen Versicherungsvorkehrungen und Vorsorgeeinrichtungen aufgefangen und dann auf die Gesellschaft abgewälzt. Durch die Möglichkeit der willkürlichen Preisgestaltung seitens der Monopole, die mit Hilfe ihrer Macht den Wettbewerb verkümmern lassen und die gesamten Schadenskosten letztlich dem Verbraucher aufoktroizieren wird diese Schadensstreuung noch weiter vertieft.

Diese Tatsache der Schadensstreuung bzw. der Vergesellschaftung des Schadens, die übrigens den Schadensfall vom Individualkonflikt zum sozialen Ereignis verwandelt, hat den Gerichten eine grosszügigere Zusprechung des Schadenersatzes erleichtert.

Die Schadensstreuung, die letztlich den verantwortlichen Schädiger entlastet, hat allerdings gleichzeitig zu einem Bedeutungsschwund des traditionellen Abschreckungseffektes der Schadenszurechnung geführt.

Das gesamte Versicherungssystem hat auch einen Druck in Richtung einer Standardisierung und Typisierung der Schadenausgleichsleistungen im Sinne einer abstrakten Pauschalisierung etwa des OR 104/103, 191/188, 215/212 ausgeübt. Dieser hauptsächlich im Bereich der Kfz-Rechtsprechung vorzutreffende "Trend der Normierung", welcher der Beweiserleichterung bzw. der Vereinfachung und Beschleunigung der Schadensregulierung dient, darf nicht mit der hier behandelten "Tendenz der Normativierung" des rein logischen Kausalitätsbegriffes und des rein rechnerischen Schadensbegriffes verwechselt werden.

Je differenzierter und vielfältiger die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse werden, desto schwieriger wird die exakte Fixierung einer für alle Fälle gültigen fest konturierten gesetzlichen Regelung. Die Vielfalt und die Komplexität der materiellen Lebensverhältnisse, die Vermehrung und Erweiterung der Schadensursachen und des Schadenumfanges drängen im Verein mit veränderten Vorstellungen immer stärker zu einer individualisierenden und normativierenden Differenzierung der juristischen Lösungen. Und das trifft auf den Bereich der Zurechnung, der Anlastung von Schäden ganz besonders zu.

Heute herrscht darüber Einigkeit, dass die Existenz eines zurechenbaren Schadens nur durch eine wertende Betrachtung des Einzelfalles und nicht durch bloss mathematische Substraktion zweier Vermögenslagen im Rahmen einer mechanisch-linearen Kausalitätslogik festgestellt werden kann. Sowohl auf der Ebene der Anknüpfung von Kausalzusammenhängen als auch auf der Ebene der Bestimmung des Schadens werden aus individueller Sicht normative Werturteile gefällt.

Die bis an die Grenze der freirechtlichen Rechtsschöpfung gehenden wertenden Gesichtspunkte werden dabei zum Teil dem Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm, zum Teil dem Grundsatz von Treu und Glauben entnommen, oder man beruft sich ganz pauschal auf den "Sinn und Zweck" der Schadenersatzverpflichtung. Der flexible Zumutbarkeitsbegriff fungiert somit immer mehr als das zentrale Entscheidungskriterium.

Die traditionellen Begriffe wie "conditio sine qua non", "id quod interest", "Differenzhypothese", "natürlicher Schaden" haben den Platz frei gemacht für die Begriffe "Normzweck" und "normativer Schaden".

Zwar taucht der Begriff des normativen Schadens als solcher im Gegensatz zum Begriff des Schutzzwecks der Norm noch nicht offiziell in der schweizerischen und türkischen Rechtslehre auf. Aber die Normativierung der Schadensberechnung, welche unter diesem Begriff steckt, geht trotzdem recht zügig voran.

Während der Begriff vom Normzweck den vorgeblich rein logischen, vorrechtlichen Kausalitätsbegriff ins Zwielflicht rückt, wird der scheinbar rein wirtschaftliche, vorrechtliche Schadensbegriff durch den Begriff des normativen Schadens, bzw. des "Schadenersatzes ohne realen Schaden" ersetzt.

Beiden Tendenzen liegt eine sozial einschätzende, moralisierende (und beim Begriff des normativen Schadens zum Teil pönalisierende) Ueberlegung zugrunde, die leider jedoch nicht immer klar durchschaut wird. Anhand dieser Begriffe wird die Zurechnung von Schadensfolgen den Besonderheiten des Einzelfalles angepasst, so dass die Schadenszurechnung sich in ein einzelfallbezogenes Billigkeits-

denken auflöst. Während dabei die Lehre vom Normzweck einen Schaden nicht zurechnet, weil sie eine solche Zurechnung im konkreten Fall als unbillig ansieht, gewährt die Lehre vom normativen Schaden, von gleichen Billigkeitserwägungen ausgehend, Schadenersatz selbst in jenen Fällen, in denen eine unmittelbare materielle Einbusse beim Geschädigten nicht stattgefunden hat.

Uebrigens haben sich im Bereicherungsrecht ähnliche tiefgreifende Wandlungen vollzogen. Nicht nur beim Schadensausgleich, sondern auch beim Bereicherungsausgleich ist die Abkehr von einer rein formalen Berechnung zu einer normativen Bewertung des Einzelfalles ganz deutlich zu erkennen. Auch hier ist der Boden rein rechnerischer, mechanischer Ueberlegungen längst verlassen. Dem schadenrechtlichen Hinwegdenken tatsächlicher Vermögensvorteile (dem Schadensausgleich ohne tatsächlichen Schaden) entspricht hier das bereicherungsrechtliche Hinzudenken hypothetischer Vermögensnachteile (ein Bereicherungsausgleich ohne tatsächliche Entreicherung). (Hagen, Festschrift für Larenz, S. 867 ff.)

Durch diese Flucht zur Normativierung und Individualisierung entwickelt sich die Schadenszurechnung zu einem sogar für den Experten unübersichtlichen Bereich. Man beklagt sich häufig über Begriffsverwirrung und spricht von Kriterienwirrwarr, die bestimmt nicht dazu beitragen, dass die Berechenbarkeit der schadensrechtlichen Lösungen gewährleistet wird.

Eine ähnliche Individualisierung kann auch im Rahmen des Verschuldensbegriffes festgestellt werden. Wenn nämlich der Fahrlässigkeitsmassstab je nach den Besonderheiten des Einzelfalles und der Einzelperson verschieden angelegt wird (man denke an die schadengeneigte Arbeit und an die Gefälligkeitsbeziehung), so stellt diese Tendenz auch eine Abkehr von einer rein schematischen, mechanischen Anwendung des Verschuldenserfordernisses dar.

Hier wird der Versuch unternommen, dieser Entwicklung bezüglich der Bestimmung von anzulastenden Schadensfolgen unter einem globalen Aspekt auf breiter Front nachzugehen.

Dabei wird die "Haftungsbegründung" (das "Ob" der Haftung, m.a.W. die Verhaltenszurechnung auf der Tatbestandsseite), die "Haftungsausfüllung" (das "Wie weit" der Haftung, m.a.W. die Zurechnung der Schadensfolgen auf der Rechtsfolgenseite), die "Schadensberechnung" (die Bestimmung des

Ausmasses der wirtschaftlichen Einbusse) und die "Schadenersatzbemessung" (die eventuell nachfolgende Reduktion der Entschädigungsverpflichtung) unter einen gemeinsamen Nenner, nämlich der "Schadenzurechnung" (der Be- und Entlastung vom Schadenrisiko) gebracht.

Eine solche dialektische Betrachtung, die entgegen schweizerischer Rechtstradition, welche zwischen Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung streng unterscheidet, beide Tatbestände unter einen gemeinsamen Nenner bringt, bietet sich schon deswegen an, weil nur eine solche allseitige Analyse das Gemeinsame, den Zusammenhang in seinen gegensätzlichen Bestandteilen zu erkennen vermag.

Eine dogmatische Betrachtung, welche die zum Teil gegensätzlichen Tendenzen aus ihrem gegenseitigen Zusammenhang herausreisst und von ihren sozialen Wurzeln trennt, würde in der Tat die Einsicht in das Wesen der Entwicklung versperren, der Forderung nach der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit nicht Genüge leisten und die Errichtung eines einigermaßen gesicherten Fundamentes für eine konsequente Rechtsprechung erschweren.

II. Begrenzung der Schadenzurechnung durch die Lehre vom Schutzbereich der Norm

Um das oft nicht mehr kalkulierbare Risiko in unserer hochtechnisierten Gesellschaft nicht über Gebühr zu strapazieren, laut einer nicht zu unterschätzenden Kritik aber um vielmehr die Unternehmer und die Versicherungsgesellschaften in ihrer Initiative nicht zu entmutigen (vgl. Yung, S. 102), sind immer wieder Theorien zur Beschränkung der Schadenzurechnung auf der Ebene der Kausalität entwickelt worden.

Die ersten Spuren einer an der Einzelfallgerechtigkeit orientierten Begrenzung der Schadenzurechnung auf der Kausalitätsebene sind bereits im Rahmen der Adäquanztheorie festzustellen. In der Tat wurde die Theorie der adäquaten Verursachung von den Gerichten stets in der Weise angewandt, dass der Richter eine Vermögenseinbusse dann als nicht mehr adäquat und damit nicht mehr als einen zuzurechnenden

Schaden ansah, wenn er nach seinem Gerechtigkeitsempfinden den Beklagten nicht verantwortlich machen wollte. Es handelt sich also auch bei der Adäquanztheorie (auf) richtig betrachtet, nicht um eine rein logische Kausalitätstheorie, sondern um eine normative Zurechnungstheorie schlechthin.

Es geht hierbei gar nicht darum zu erkennen, ob ein bestimmtes Verhalten für einen bestimmten Erfolg ursächlich ist, sondern darum, ob dieser Erfolg einer Person, die ihn verursacht hat, in concreto auch als seine Tat billigerweise zugerechnet werden kann (Guhl/Merz/Kummer, § 10 II, S. 84; von Büren, S. 55/56; von Tuhr/Peter, § 13 I i, S. 98).

Diesen Gedanken hat der deutsche BGH in einigen Entscheidungen dahingehend ausgedrückt, dass es bei der Prüfung der Adäquanz lediglich um die Feststellung der Grenzen geht, bis zu der die Haftung billigerweise noch zugemutet werden könne (BGHZ 3, 267; 18, 288; 30, 157).

Unter den Lehren, die um die Formulierung normativer Zurechnungskriterien bemüht sind, nimmt die Lehre vom Schutzzweck der Norm allerdings die erste und bedeutendste Stellung ein.

Diese am konkreten Normzweck ausgerichtete Betrachtung geht auf Rabel (Das Recht des Warenkaufs I, S. 473-509) zurück, der sie vornehmlich im Hinblick auf die Vertragsverletzungen entwickelt, aber auch schon auf unerlaubte Handlungen angewandt hat. Ihm folgen insbesondere von Cämmerer, NJW 1956, 569; Lange, Schadenersatz, S. 73 ff. und JuS 1973/5, 280 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 27 III b 2, S. 358 ff.; Esser/Schmidt, § 33 III, S. 184 ff.; Kötz, Deliktsrecht, S. 74 ff.; Medicus, Stud. K. BGB, §§ 249-251 N 2; Deschenaux, Norme et causalité, S. 414 ff.; Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile, S. 73; Tandoğan, De l'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illicéité et d'adéquation sociale, S. 1 ff.; schw. BG in: BGE 30 II 571, 94 I 642, 97 II 221, 101 I b 252, 102 II 85; türk. Revisionsgericht in: Yargi 35, 22; 45, 31/32.

Nach der Schutzzwecklehre sind dem Schädiger nur die Schäden zuzurechnen, zu deren Verhütung die betreffende Norm und die Verhaltenspflicht bestimmt sind. Im Gegensatz zur Adäquanztheorie, die jedenfalls ihrem Grundgedanken nach, den jeweiligen Zweck der Haftungs-

norm nicht direkt berücksichtigt, sondern vielmehr auf einem abstrakten Wahrscheinlichkeitsurteil eines "allwissenden optimalen Beobachters" beruht, sollen hier die Kriterien anhand des jeweiligen Haftungsgrundes bestimmt werden. So begegnet man Fallgestaltungen, bei denen das haftungsbegründende Verhalten die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eben dieses Schadens durchaus statistisch relevant erhöht, eine Haftung aber gleichwohl ausscheidet.

Obwohl die Normzwecklehre die normative Einschränkung der Adäquanztheorie weiter entwickelt, kann die Anwendung dieser Lehre ausnahmsweise auch zur Erweiterung der Haftung führen. Nach der Normzwecklehre kann nämlich der Schädiger auch für den Eintritt einer äusserst unwahrscheinlichen Schadensfolge haften, wenn die verletzte Haftungsnorm eben darauf abzielt, die Realisierung einer solchen spezifischen Schadensfolge auszuschliessen. Wer zum Beispiel zur Bewachung eines Gegenstandes verpflichtet ist, haftet bei Verletzung seiner diesbezüglichen Pflicht auch dann, wenn der Gegenstand durch einen nicht zu erwartenden Diebstahl abhanden kommt (vgl. Grunsky, Vorb. zu § 249 N 42).

Bei dieser bereits aus der normativen Einschätzung des Zusammenhangs zwischen Rechtswidrigkeit und Sanktion auf dem Rechtsgeschäftssektor bekannten teleologischen Rechtsanwendung (vgl. OR 20/§ 134 BGB) wird allerdings nicht nur nach dem Sinn und Zweck einer bestimmten Haftungsnorm gefragt, vielmehr nach Sinn und Zweck der Schadenersatzpflicht überhaupt. Es wird hier des öfteren darauf hingewiesen, dass die isolierte Betrachtung der jeweiligen Schutznorm nicht genügt, sondern die Haftungsnorm im Zusammenhang mit der Struktur des gesamten Haftungssystems gesehen werden muss (vgl. Lange, Schadenersatz, S. 76 ff.).

Um diejenigen Schadensfolgen, die billigerweise dem Schädiger zugerechnet werden sollen, von allen denkbaren kausalen Schadensfolgen des rechtswidrigen und haftungsbegründenden Verhaltens auszuschneiden, ist erstens zu bestimmen, "wer" in bezug auf "welches Rechtsgut" und mit Rücksicht auf "welche Art der Schädigung" überhaupt geschützt werden soll. Aber wie diese teleologische Bestimmung vor sich gehen soll, ist eine Frage, deren Antwort noch in der Luft hängt und je nach den Besonderheiten des Einzelfalles unterschiedlich behandelt wird.

Personen, die aus dem Schutzbereich der Norm herausfallen, d.h. Dritte, die im Reflex (mittelbar) von dem Schadensereignis tangiert werden, können die ihnen entstandenen Nachteile grundsätzlich nicht liquidieren.

Mit Hilfe des topischen Grundsatzes, dass der durch die Verletzung eines anderen nur mittelbar in seinem Vermögen Geschädigte nicht in den Schutzbereich der Norm aufgenommen werden soll (Esser/Schmidt, § 34 I, S. 205 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 27 IV, S. 378 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 113 ff.) wurden bisher in der Rechtsprechung hauptsächlich folgende Fälle entschieden:

Ein Unternehmer, der deshalb Ausfälle erleidet, weil das durch einen Kabelbruch unmittelbar geschädigte Elektrizitätswerk die Stromlieferung vorübergehend nicht erbringen kann, gilt als lediglich mittelbar geschädigter Dritter (BGHZ 29, 65).

Anders dagegen BGE 97 II 221 und 102 II 85, wonach der Verursacher eines Stromkabelbruchs gegenüber allen Unternehmern haftet, die durch den Stromausfall Einbussen in Verbindung mit dem Produktionsausfall erleiden. Dann wiederum BGHZ 41, 23, wonach die durch einen Stromausfall bedingte Vernichtung von angebrüteten Eiern im Gegensatz zur Produktionsunterbrechung noch als Schaden am Bestand des Betriebes gelten soll, der sich nicht ausserhalb des Schutzbereichs der Norm bewegt.

Zur Kiritk dieser als zufällig, pauschal und sogar roh bezeichneten Abgrenzung vgl. von Cämmerer, ZHR 127, 248 und ZBJV 1964, 347; Schilcher, S. 22 ff.

Bei einer Fahrbahnblockade sei weder die Gemeinde, deren Nebenwege durch die erhöhte Inanspruchnahme beschädigt wurden, noch der Gastwirt, dessen Kunden wegen der Blockade ausblieben, ersatzberechtigt. Auch der Mieter eines unfallgeschädigten Fischerbootes sei ein ausserhalb des Schutzbereichs der Norm liegender nur mittelbar geschädigter Dritter (türk. Revisionsgericht, Yargi 35, 22 und 45, 31/32).

Erleidet ein Angehöriger, der bei einem Verkehrsunfall Zeuge der Ereignisse ist, einen Schock, so ist dieser Schaden dann nicht dem Unfallstifter anzulasten, wenn dieser Schaden nach Art und Schwere über das hinausgeht, was nahe Angehörige in derartigen Fällen erleiden (vgl. BGHZ 56, 163 und türk. Revisionsgericht, Yargi 35, 22/23). Dieser Topos hat allerdings merkwürdigerweise in einem Fall, wo die Mutter durch das Mitansetzen eines Verkehrsunfalles ihres Sohnes einen seelischen Schock bekam, zur Verneinung von Schadenersatzansprüchen, in einem andern Fall dagegen, wo die Ehefrau durch die Beschlagnahme des Vermögens ihres Ehemannes einen Schock erlitt, zur Bejahung eines solchen Anspruches geführt (vgl. türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 630 und 826; ausführlich zu den Schockschäden: Deutsch, Haftungsrecht I, S. 480 ff. und Grunsky, Vorb. vor § 249 N 53-55).

Dabei führen veränderte Normzweckvorstellungen auch zu einer Neubestimmung in der Person des Ersatzberechtigten. So bedingt zum Beispiel die im Zuge der Gleichberechtigung von Mann und Frau gewandelte Bewertung der Ehegattenmitarbeit, dass nicht der Ehemann, sondern die verletzte Ehefrau im eigenen Namen ihre Ansprüche wegen Ausfall der Hausfrauen-tätigkeit geltend machen kann (vgl. BGHZ 4, 130; 38, 55 ff.).

Ferner führt eine realistische Einschätzung auch dazu, dass der in seiner Stellung als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft Geschädigte den Schaden der Gesellschaft selbst liquidieren kann (BGHZ 61, 380).

Die Einwirkungen des Zeitgeistes zeigen sich im übrigen auch im sachlichen Schutzbereich der Norm. So haben veränderte Wertvorstellungen dazu geführt, dass die Belastung mit den Schwangerschaftsumständen und der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind dem Arzt oder Apotheker, der die Geburt des Kindes nicht wunschgemäß verhindern konnte, als Schaden zugerechnet wurde (so zuletzt das BGH Urteil in FAZ 19.3.1980, S. 9).

Entsprechendes gilt an sich auch für die Unterhaltspflicht gegenüber einem die Ehelichkeit unangefochten gebliebenen sogenannten scheinehelichen Kind. Allerdings schliesst die Rechtsprechung hier selbst nach erfolgreicher Anfechtung der Ehelichkeit einen Anspruch des Ehemannes der Mutter gegenüber dem Dritterzeuger auf Ersatz der Unterhalts- und Klagekosten aus. Der mit dem absoluten Kern der Ehe verfolgte Schutzzweck soll auf die Ehe als ideelles Rechtsgut beschränkt sein. Die Bestimmung des § 1615 BGB, welche den gesetzlichen Uebergang der Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber dem nichtehelichen Vater auf den Ehemann der Mutter vorsieht, mildert zwar diese Haltung, beseitigt sie aber nicht (vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 249 N 2 d; türk. Revisionsgericht, Yargi 34, 26/27).

Nach der Rechtsprechung des türkischen Revisionsgerichts gehören auch Kosten für die nachfolgende Heirat der Witwe noch zum Schutzbereich der Norm und gelten somit als erstattungsfähig.

Das gleiche Ziel der Haftungsbeschränkung wie die Normzwecklehre verfolgt auch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang (rapport d'illicéité). Ein solcher Rechtswidrigkeitszusammenhang sei nur dann gegeben, wenn das Verhalten zumindest auch wegen der Gefährdung des Geschädigten, wegen der Gefährdung des bei ihm verletzten Rechtsgutes und wegen der in concreto vorliegenden Schädigungsart als rechtswidrig anzusehen ist.

So soll etwa ein Nachtarbeitsverbot für Kinder sicherlich vor Körper- und Gesundheitsverletzung wegen Uebermüdung

oder Ueberanstrengung schützen, nicht aber einen ausgeruhten Kegeljungen vor der Verletzung durch die verfrüht geschobene Kugel (LG Hannover, Recht 1910, 36).

Ein Verhalten das sich aus irgendeinem Grunde (z.B. forstpolizeilich) als widerrechtlich erweist, belastet den Täter nicht schon allein deswegen mit den im übrigen kausal herbeigeführten Verletzungsfolgen (BGE 30 II 571/72).

Auch zwischen der Verletzung von Bestimmungen zur Kontrolle von importierten Waren und dem Vermögensschaden durch diesen Import wettbewerblich benachteiligten hiesigen Warenproduzenten fehlt es am Rechtswidrigkeitszusammenhang, da die betreffenden Kontrollbestimmungen ausschliesslich zum Schutze von Personen und Sachen gegen die Gefahr der schadensveranlagten Ware erlassen worden sind und nicht dagegen zum Schutze des Wettbewerbs (BGE 94 I 628; dazu Merz, ZBJV 106, 84-86).

Normzweckerwägungen auf dem Sektor der Kausalität beherrschen hauptsächlich die Problematik des unberechtigten Aufenthalts im fremden Bereich. Wer ohne entsprechende Erlaubnis in eine fremde Sphäre eindringt und sich dort Verletzungen zuzieht, könne gegenüber dem Eigentümer keine Schadenersatzansprüche geltend machen. Dies selbst dann nicht, wenn dieser die Schadensfolgen vorhersehen und mit geeigneten Vorkehrungen hätte vermeiden können, denn die Haftungsnorm habe nicht den Schutz desjenigen im Auge, der sich eigenmächtig in einen fremden Gefahrenbereich begibt (Esser/Schmidt, § 33 III, S. 190; vgl. auch Art. 6/7 EHG; Art. 35 EUG und zu diesen Bestimmungen Stark, ZSR 108/35).

Auch die Versagung der Entschädigung entgangenen Gewinnes, der gesetz- oder sittenwidrig erlangt worden ist, beruht auf strukturell ähnlichen normativen Wertungen (von Tuhr/Peter, § 13 I 10, S. 101; Lange, Schadenersatz, S. 218 ff.; St. Gallen Kantonsgericht, SJZ 54, 313; die Bordellrechtsprechung des BGH in: JZ 1975, 248 und die Prostituiertenrechtsprechung des BGH in: JZ 1977, 173).

Dass die Nachteile, welche dem Geschädigten aus der Entdeckung von Umständen erwachsen sind, die ohne die Entschädigung unbekannt geblieben wären (sog. Offenbarungsschäden) dem Schädiger dann nicht zugerechnet werden sollen, wenn das Interesse an der Nichtoffenbarung nicht schutzwürdig erscheint, ist ebenfalls als Ausfluss einer normativen Wertung in bezug auf die Kausalität aufzufassen (Larenz,

Lehrbuch des Schuldrechts I, § 27 III, S. 373; Gernhuber, Bürgerliches Recht, S. 163; BGH NJW 1968, 2287).

Der Grundsatz, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu verneinen ist, wenn die Schadenersatzleistung dem Sinn und Zweck des Schadenersatzes zuwiderlaufen würde, liegt auch der Rechtsprechung des BGH zum Haftungsausschluss bei der Rentenneurose zugrunde. Es würde dem Sinn und Zweck der Schadenersatzregelung widersprechen, wenn gerade durch die Tatsache, dass ein anderer Schadenersatz zu leisten hat, die Wiedereingliederung des Verletzten in die sozialen Lebenskreise erschwert würde. Hier fehle der Rechtswidrigkeitszusammenhang deshalb, weil die psychologischen Folgen in einem groben Missverhältnis zum schädigenden Ereignis stünden. Sie seien mit anderen Worten Ausdruck einer unangemessenen Erlebnisverarbeitung. Bei einer psychologischen Flucht des Geschädigten in die Vorstellung, der Schädiger müsse ohnehin Schadenersatz zahlen, weshalb es sich nicht lohne, die Schadensfolgen zu überwinden, sei ein Ersatzanspruch zu versagen, da der Geschädigte nur bei Versagung von Schadenersatz zur Überwindung seiner pathologischen und neurotischen Fehlhaltung angeregt werden könne (BGHZ 20, 137; dazu auch Palandt/Heinrichs vor § 249 N 5 c gg; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 70; Esser/Schmidt, § 30 II 3, S. 122 ff.).

Ausgehend von der Normzwecklehre und dem Begriff des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist neuerdings noch ein zusätzlicher wertender Gesichtspunkt für die Haftungsbegrenzung hervorgehoben worden. Nicht vom Schädiger zu verantworten seien Schadensfolgen, die zum "allgemeinen Lebensrisiko" des Verletzten gehören. Entscheidend sei dabei nicht, ob die verletzte Verhaltensnorm auch dazu bestimmt sei, Folgeschäden von der Art des eingetretenen zu verhindern; entscheidend sei vielmehr die Frage, ob der Schaden ein spezifisches, durch die Verletzung gesetztes Risiko verwirklicht hat oder aber dem Geschädigten als Verwirklichung des "allgemeinen Lebensrisikos" zuzurechnen ist (Huber, JZ 1969, 677 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 57 ff. und N 72; Kötz, Deliktsrecht, S. 81 ff.; Palandt/Heinrichs, vor § 249 N 5 c cc; Keuk, Vermögensschaden, S. 232 ff.; BGHZ 27, 138 und 58, 162).

In den Entscheidungen des BGH ist die Belastung mit Strafverteidigungskosten anlässlich eines unfallbedingten Strafverfahrens und die aussergewöhnliche Beschädigung von Gemeindewegen durch undisziplinierte, ungeduldige Kraftfahrer anlässlich eines zur Fahrbahnblockade führenden Verkehrsunfalles als zum "allgemeinen Lebensrisiko" des Betroffenen

gehörend betrachtet worden; vgl. aber Genève Cour de Justice, Sem. Jud. 76, 548, wonach die Strafprozesskosten sehr wohl noch dem Schutzzweck der Norm unterfallen; s. dazu Girsberger, SJZ 58, 359 ff.

Die Zurechnung der Tatfolgen zum Verantwortungsbereich des Schädigers (der sog. Kausalzusammenhang) sei da abzubrechen, wo durch einen selbständigen, vom Schädiger nicht herausgeforderten bzw. hinreichend motivierten Entschluss des Geschädigten oder eines Dritten neue Risiken geschaffen worden sind, deren Zurechnung nicht mehr normgemäss erscheint.

In diesem Zusammenhang werden unter anderem folgende Fälle erörtert:

Krankenhausfälle: BGHZ 25, 86: Während einer unfallbedingten Bauchoperation entdeckt der Chirurg bei dem Verletzten ein zusätzliches Divertikel am Darm und operiert es gleich mit. Der Verletzte stirbt an dieser weiteren Operation; keine Haftung des Erstschädigers.

BGH NJW 1963, 1671: Der Verletzte wird anlässlich einer Behandlung der ihm zugefügten keineswegs tetanusverdächtigen Wunde aktiv gegen Tetanus geimpft, um gegen künftige Verletzungen immunisiert zu werden; die Impfung führt zu einer schweren Allergie; keine Haftung des Erstschädigers.

Die Verfolgungsfälle: BGHZ 57, 25: Soweit eine Haftung des Verfolgten für die Verletzungs- und Schadensfolgen überhaupt gerechtfertigt erscheint, beschränkt sie sich auf die gesteigerten Risiken der Verfolgung, dagegen hat der Verfolgte das normale Risiko des Eingreifenden nicht zu tragen (dazu auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 27 III b 4, S. 371 ff.).

Die Schadensfolgen, die bei der Normzwecklehre ausserhalb des Schutzbereichs der Norm fallen, bleiben bei der Gefahrenbereichstheorie in dem Bereich des allgemeinen Lebensrisikos. Beide Lehren grenzen letzten Endes die Nachteile, die ein Geschädigter aufgrund seines persönlichen Lebensrisikos billigerweise selbst zu tragen hat, von den anderen ab, die einem Dritten billigerweise angelastet werden sollen.

Einer ähnlich normativen, individualisierenden Umgrenzung der Gefahren- bzw. der Verantwortungsbereiche begegnet man auch auf der Ebene der "Mitverursachungsbestimmungen" der OR 44/§ 254 BGB, Bestim-

mungen die als typische Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben gelten. Beruht eine Schadensfolge zum Teil auf dem Zustand bzw. dem Handeln des Verletzten selbst, dann kommt es nämlich darauf an, ob und wie hoch dessen Anteil an der Schadensfolge den des Schädigers überwiegt. Fehlt es an der genügenden Intensität der kausalen Verknüpfung, dann findet in der Regel eine Schadensverteilung entsprechend der Ursachenbeteiligung statt.

Die Fälle der konstitutionellen Prädisposition des Geschädigten werden denn auch infolge einer differenzierenden Betrachtung entweder völlig dem Risikobereich des Geschädigten oder des Schädigers zugerechnet, oder aber (noch interessanter:) durch den Gedanken einer gerechten Risikoverteilung (unter dem juristischen Vorwand einer Berücksichtigung der Schwäche der kausalen Verknüpfung) beiden Parteien im angemessenen Verhältnis angelastet. (Lorenz-Meyer, S. 16 ff. und 85 ff.; Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 102/103 und 280; von Tuhr/Peter, § 13 I, S. 88 N 5; von Büren, S. 55; Guhl/Merz/Kummer, § 10, S. 85; Stark, ZSR 108, 21 ff.; BGE 66 II 173, 80 II 338, 102 II 42; türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 629 ff.).

Auch die Beachtlichkeit oder Nichtbeachtlichkeit der hypothetischen und überholten Reserveursache bzw. des rechtmässigen Alternativverhaltens (Lange, Schadenersatz, S. 110 ff; Esser/Schmidt, § 33 III/IV, S. 188 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 78 ff.; Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 124 ff.) geht von der gleichen normativen Wertprämisse aus. Auch hier führt die wertende Beurteilung der Funktion des Rechtswidrigkeitszusammenhanges, der Relevanz des Normverstosses, des Sinns und Zwecks des Schadenersatzes überhaupt bzw. das Denken in Risikosphären zur Bejahung oder Verneinung der Zurechnung von Schadensfolgen und im ersten Fall eventuell zur Reduktion des Schadenersatzes.

Die herrschende Ansicht behandelt allerdings die Problematik der Reserveursache genauso wie die Problematik der hypothetischen Entwicklung beim Gewinnentgang im Zusammenhang mit der wertenden Berechnung des Schadens.

Zur Rechtsprechung die kein einheitliches Bild bietet s. Lange, Schadenersatz, S. 130 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 78-90.

Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens und in Verbindung damit des Fehlens eines Rechtswidrigkeitszusammenhanges wird interessanterweise dann abgeschnitten, wenn gesetzliche Verfahrensgarantien nicht eingehalten wurden, deren Zweck jedoch darin bestand, dem Betroffenen gewisse Schutzpositionen einzuräumen. Damit wird präventiv auf die Einhaltung prozessualer Bestimmungen hingewirkt (BGHZ 62, 325 ff.).

Man sieht also, dass die Zurechnung von Schadensfolgen zum Verantwortungsbereich des Schädigers trotz Vorliegens eines Kausalzusammenhanges aus verschiedensten Gründen ausgeschlossen sein kann. Der Ausschluss der Zurechnung kann sich im Einzelfall m.a.W. aus dem Fehlen der Adäquanz, aus dem Normzweck oder gar aus der Tatsache ergeben, dass der Schaden zum Ganzen oder zum Teil dem Risikobereich des Geschädigten zuzuschreiben ist. Das sind alles Formeln, die so verschwommen sind, dass sie sich beliebig an die besonderen Billigkeitsanforderungen des Einzelfalles anpassen lassen.

Genauso wie bei der Adäquanzlehre ist auch bei der Normzwecklehre bzw. der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang die Ablehnung oder Bejahung der Schutzzeigenschaft oftmals nur der äussere Vorwand, hinter dem sich andere, an sich berechnete, aber nicht ausgesprochene Gerechtigkeitserwägungen in bezug auf den Einzelfall verbergen. Das in concreto gewünschte Ergebnis bestimmt als Schutzzweck oder als Gefahrenbereich verkleidet die Haftung.

Mit der Argumentation über Sinn und Zweck des Schadensrechtes und über Gedanken in bezug auf eine gerechte Risikoverteilung, die in einer solch gefahrengeneigten Gesellschaft offensichtlich nicht mehr zu unterbinden sind, befindet man sich in einem ganz neuen Zurechnungsbereich. In diesem Neuland vermag allerdings die Rechtsprechung leider noch kein geschlossenes, einheitliches Bild zu bieten.

So ist z.B. die Zurechnung von Schadensfolgen, die erst durch einen ärztlichen Kunstfehler bei Behandlung des Verletzten ausgelöst wurden, bejaht, dagegen die Zurechnung von Schadensfolgen, die auf einer besonderen Empfindlichkeit einer Tiergattung zurückging, verneint worden (vgl. BGH NJW 1965, 1177; OLG Nürnberg MDR 1978, 755; RGZ 158, 34).

Fälle der konstitutionellen Prädisposition wurden in der Regel dem Schädiger angelastet, aber in vielen Fällen wurden

auch die schwächsten der Schwachen im Stich gelassen und der Schadenersatzanspruch des schadensveranlagten Geschädigten stark herabgesetzt (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 102/103).

Ein ersatzfähiger Schockschaden ist beim Anblick des tödlichen Unfalls eines nahen Angehörigen und der Benachrichtigung von einem solchen Unfall zum Teil bejaht, zum Teil verneint worden (BGHZ 56, 163; türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 630; dazu Deutsch, Haftungsrecht I, S. 481; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 54; Palandt/Heinrichs, vor § 249 N 5 c dd), die seelische Erschütterung der Ehefrau verursacht durch die Beschlagnahme der Güter ihres Ehemannes aber ohne Zögern als ausreichende Grundlage für eine Schadensfolgenzurechnung betrachtet worden (türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 826).

Die Waffenüberlassung an einen Knaben wurde in einem Fall als kausale Ursache eines darauffolgenden Unfalles erachtet (SJZ 63, 236), in einem anderen Fall dagegen nicht (BGE 41 II 94).

III. Erweiterung der Schadenszurechnung durch den Begriff des normativen Schadens

Parallel zu den Versuchen einer Normativierung der Kausalitätsfrage laufen seit geraumer Zeit Bestrebungen, den ersatzfähigen Schaden nicht mehr als einen natürlichen wirtschaftlichen Begriff aufzufassen, sondern ihn als einen vom Recht geprägten, mithin normativen Begriff festzulegen, der dem Richter einen freien Wertungsspielraum lässt.

Während allerdings die Lehre vom Schutzzweck der Norm in haftungsbeschränkender Richtung tatsächliche Schadensfolgen aus dem Zurechnungsbereich herausnimmt, rechnet der Begriff des normativen Schadens in haftungserweiternder Richtung, mit der Differenzhypothese nicht zu erfassende fiktive Schadensfolgen dem Schadenersatzpflichtigen zu.

Zur Begründung dieses "Schadenersatzes ohne Schaden" heisst es: Der Schädiger solle keine Vorteile daraus ziehen, dass der Geschädigte durch das Schadenereignis Leistungen von dritten Personen (z.B. vom Arbeitgeber oder von einer privaten Unfallversicherung) erhält oder wegen seiner begrenzten finanziellen Kraft seiner psychologischen

Hemmung keine Ersatzwerte in Anspruch nimmt bzw. keine Auslagen zur Deckung seines Ausfalles macht (hierzu vor allem Deutsch, Haftungsrecht I, S. 419 ff.; Mertens, S. 50 ff. und 87 ff.; Lange, Schadenersatz, S. 167 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 12 ff.; Derselbe, Aktuelle Probleme, S. 36; Keuk, S. 41 ff.).

Diese rhetorischen Argumente, die durch den Begriff vom normativen Schaden Einzug in das Schadensrecht gehalten und dabei den traditionellen Rahmen des Begriffes vom Vermögensschaden gesprengt haben, scheinen dem sparsamen, genügsamen, sozial abgesicherten und erwerbstätigen Arbeitnehmer, Angestellten und Beamten zugute zu kommen.

Die Verbreitung des Versicherungsschutzes mag zu dieser extensiven Schadenszurechnung ihren Beitrag geleistet haben. In der Tat wäre diese Tendenz unterblieben, wenn der Richter nicht die Versicherungsanstalt, sondern den Schädiger bei seiner Entscheidung im Auge gehabt hätte.

Gleichzeitig hängt diese Tendenz offensichtlich mit der Neuorientierung in der Bewertung bestimmter Güter, wie beispielsweise Arbeitskraft, Urlaubsgenuss und Zeitaufwand, sowie der Aufwertung von Statussymbolen wie beispielsweise Auto, Ferienwohnung oder Pelzmantel zusammen.

Der Begriff des normativen Schadens übt in doppelter Hinsicht eine die Schadenszurechnung erweiternde Funktion aus: Erstens, auf indirektem Wege, durch die Versagung der Anrechnung eines schadenmindernden Vorteils, der infolge einer Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles dem Schädiger nicht zugute kommen soll. Zweitens, auf direktem Wege, durch die Annahme eines fiktiven Schadens, wie beispielsweise in den Fällen der Entbehrungen von a) Gebrauchsvorteilen, b) Arbeitskraft, c) Urlaubsgenuss, d) Freizeit oder gar e) Beschaffung eines neuwertigen Ersatzgegenstandes.

Was die Problematik der Vorteilsanrechnung anbelangt, so besteht heute Einigkeit darüber, dass diese Problematik nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Es soll darauf ankommen, ob

die Anrechnung eines Vorteils dem Sinn und Zweck der Ersatzpflicht entspricht; insbesondere soll eine unbillige Entlastung des Schädigers vermieden werden.

Es sei eine Gesamtschau der Interessenlage vorzunehmen, wobei die Grenzen der Zumutbarkeit beachtet werden müssten. Vorteile seien nicht anzurechnen, falls der Schädiger nicht dessen würdig und bedürftig erscheint (Lange, Schadenersatz, S. 303/304; Rudloff, Festschrift für von Hippel, S. 460; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 94/95; Palandt/Heinrichs vor § 249 N 7a; Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 158 ff.; 180; von Tuhr/Peter, § 13 II, S. 103; von Büren, S. 76 ff.; BGHZ 8, 329; 10, 108; 22, 72; 30, 33; 49, 62; 54, 277; BGE 62 II 290; türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 685).

Überall dort, wo das Gesetz den Ersatzanspruch des Geschädigten auf einen Dritten übergehen lässt, oder wo der Dritte von dem Geschädigten Zug um Zug gegen seine Eigenleistung die Abtretung des Ersatzanspruches gegen den Schädiger verlangen kann, ist damit ohnehin über die Nichtanrechenbarkeit der in der Leistung des Dritten liegenden Vorteile bereits entschieden. Mit einer solchen Lösung wird zum Ausdruck gebracht, dass der Schädiger durch Zuwendungen Dritter nicht entlastet wird und seine Verpflichtung also weiter besteht. Zugleich wird aber bestimmt, dass der Verletzte nur einmal Ersatz verlangen kann und die gleichzeitige Haftung mehrerer Ausgleichspflichtiger ihm mithin nicht zum doppelten Vorteil gereichen soll.

Der Begriff des normativen Schadens in bezug auf die Versagung der Vorteilsanrechnung taucht hauptsächlich in den Fällen auf, wo Schäden zunächst durch den Arbeitgeber, der dem betreffenden Arbeitnehmer den Lohn weiterbezahlt hat, gedeckt wurden. Gleiches gilt, wenn eine Versicherung den Schaden bereits reguliert hat. Hierbei handelt es sich um Korrekturen der traditionellen Differenzhypothese aufgrund rechtlicher und sozialer Gesichtspunkte, die verschiedene Grundlagen haben können: So in der Tatsache, dass der Geschädigte den Vorteil durch Eigenleistungen erkaufte hat oder einfach darin, dass soziale Schutzpflichten den Dritten zu seiner Leistung an den Geschädigten veranlasst haben.

Mangels wirtschaftlicher Einbusse ergibt sich in diesen Fällen der Schaden nicht als Differenz zweier Vermögenslagen (vor und nach dem

Schadenersatz), sondern nur aus einer am Sinn und Zweck des Schadenersatzes orientierten wertenden, normativen Betrachtung (von Tuhr/Peter, § 13 II, S. 103; Guhl/Merz/Kummer, § 10 III 5, S. 88; von Büren, S. 77/78; Lange, Schadenersatz, § 9 XI, S. 329; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 30 II, S. 430 ff.; Esser/Schmidt, § 33 V, S. 194 ff.; BGE 52 II 392, 58 II 254; 62 II 290; BGHZ 43, 381 mit weiteren Nachweisen).

Eine normative Bewertung in entgegengesetzter Richtung scheint sich übrigens in der Berücksichtigung der Versicherungsleistung bei der Bemessung des Genugtuungsanspruchs durchgesetzt zu haben. Laut herrschender Ansicht sollen nämlich die Versicherungsleistungen zur Herabsetzung des Genugtuungsanspruchs führen, da die mittels eines solchen Anspruchs bezweckte psychologische Befriedigung des Betroffenen durch die Versicherungsleistungen bereits anderweitig als verwirklicht angesehen werden könne (Brehm, SJZ 65, 291 ff.; Winter, SJZ 67, 36/37).

Andererseits liegt der Berücksichtigung der Heiratsaussichten einer Witwe, die beispielsweise durch eine unerlaubte Handlung ihren Mann verloren hat, als schadenmildernder Faktor eine ähnliche normative und wertende Korrektur der Differenzhypothese zugrunde. Hier wird nämlich durch die Veranschlagung der Heiratsaussicht ein fiktiver, abstrakter, "normativer" Vorteil bei der Schadensberechnung mitberücksichtigt; dies offensichtlich aus der Erwägung heraus, die geschädigte Witwe wegen ihrer geschlechtsspezifischen sozialen Rolle nicht gegenüber dem Mann zu bevorzugen und zu bereichern. Es sei allerdings hinzuzufügen, dass mit dem Wandel der sozialen Rolle der Frau die abstrakte Heiratsaussicht der hinterbliebenen Witwe immer weiter an Bedeutung verliert.

Eine mittelbare Erweiterung der Zurechnung von Schadensfolgen findet weiter statt, wenn ein Abzug "neu für alt" nicht gewährt wird.

Dies ist immer dann der Fall, wenn ein solcher Abzug im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben im Einzelfall für den Schädiger eine unbillige Härte darstellen würde. Dies wird stets dann angenommen, wenn der Geschädigte den beschädigten Gebrauchsgegenstand voraussichtlich noch weiter benutzt haben würde. Damit wird in Kauf genommen, dass der Geschädigte, weil ihm der Preis der Ersatzanschaffung vergütet wird, durch die Differenz zwischen alt und neu bereichert wird (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 253; von Tuhr/Peter, § 15 III, S. 118; Guhl/Merz/Kummer, § 10, S. 92; Larenz, § 29 II, S. 401).

Obwohl einigermaßen gesicherte Erkenntnisse in bezug auf die Pro-

blematik der Vorteilsanrechnung sich inzwischen ziemlich fest verankert haben, fallen dennoch widersprüchliche Entscheidungen bezüglich gleicher Interessenlagen immer wieder auf.

Trotz gleicher Interessenlage wurde z.B. eine doppelte Liquidation (eine Anspruchskumulation) zugunsten des Geschädigten bei Leistungen der privaten Unfallversicherung befürwortet, dagegen dieselbe Liquidation bzw. Kumulation zugunsten eines geschädigten Arbeitnehmers im Falle der Lohnfortzahlung seitens seines Arbeitgebers verneint, obwohl im letzteren Fall keine Gesetzesbestimmung einer solchen Bereicherung des geschädigten Arbeitnehmers entgegenstand (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 182, 395 ff und Lange, Schadenersatz, S. 323 ff mit weiteren Nachweisen; kritisch hierzu Wegmann, SJZ 55, 274).

Trotz gleicher Interessenlage wurde weiter ein Abzug der Leistungen der Beamtenpensionskasse vom Schadenersatzanspruch der Angehörigen des Beamten verneint, ein Abzug der Leistungen des Sozialversicherungsträgers vom Schadenersatzanspruch der Angehörigen des Arbeitnehmers dagegen bejaht (Plenarentscheidung des türk. Revisionsgerichts vom 6.3.1978, Resmi Gazete, 25.4.1978, Nr. 16 269, S. 23 ff.).

Ursprünglich war die Funktion des Begriffes vom normativen Schaden auf die Problematik der Beteiligung Dritter (Vorteilsanrechnung und Drittschadensliquidation) zugeschnitten.

Wo wie in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung, der mittelbaren Stellvertretung, der Verletzung von Obhutspflichten und der Treuhandschaft eine normative Wertung die von Anfang an eintretende Verlagerung des Schadens auf eine andere Person als unbeachtlich erkennen liess, dort wurde der Schädiger mit dem Argument, ein tatsächlicher Schaden sei beim Verletzten ausgeblieben, nicht gehört.

Die begrenzte Funktion des Begriffes vom normativen Schaden in bezug auf die Gewährung von Schadenersatz ohne Schaden wurde später allerdings durch die Anerkennung des Ersatzes des merkantilen bzw. kommerziellen Minderwertes unfallgeschädigter Kfz stark erweitert.

Durch die Zusprechung eines solchen Ausgleichs trotz der Tatsache, dass eine Veräusserung des betroffenen Kfzes gar nicht oder vorerst nicht beabsichtigt war, hat man das Neuland der Kommerzialisierung von Entbehrungen betreten und damit auf dem Gebiet der unmittelbaren Erweiterung der Schadenszurechnung neue Horizonte erschlossen.

Der merkantile Minderwert beruht eigentlich auf dem Misstrauen, dass möglicherweise doch noch gewisse unfallbedingte Mängel verborgen geblieben sind, die sich eventuell nachträglich herausstellen könnten. Die Vergütung dieses sog. merkantilen Minderwertes wird durch das rhetorische Argument begründet, der Konsumverzicht des genügsamen Eigentümers durch Weitergebrauch einer stark ausgebesserten Sache dürfe den Schädiger nicht entlasten. Dieses Argument ist offensichtlich durch den Umstand unterstützt worden, dass bei zunächst zweifelhafter Rechtslage einem in begrenzten Verhältnissen lebenden Geschädigten die Anschaffung eines Ersatzgegenstandes schwerer fallen wird als dem der aus dem Vollen schöpft (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 254/55; Guhl/Merz/Kummer, § 10, S. 86 und 92; von Büren, S. 44; Bussy/Rusconi, LCR Art. 62 N 2.3 V b, S. 244; Stark, ZSR 108, 76 ff.; BGE 64 II 137/38; 84 II 163; Tribunal cantonal vaudois, JdT 1964 I 455; Grunsky, Aktuelle Probleme, S. 50 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 14; Keuk, S. 200; Deutsch, Haftungsrecht I, S. 440; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 28 II, S. 378; Esser/Schmidt, § 32 II, S. 158/59; Palandt/Heinrichs, § 251 N 46 aa; seit BGHZ 35, 396 ständige Rechtsprechung in der BRD; türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 544; türk. Verwaltungsgericht, Güran, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, S. 3).

Die Erstattung der Kosten für einen ärztlich verordneten Krankenhausaufenthalt und für Medikamente trotz Verzicht des Verletzten darauf, ergänzt dieses Bild vom "Schadenersatz ohne tatsächlichen Schaden". (vgl. BGH NJW 1958, 627).

Dass die herkömmlichen Vorstellungen vom Schadenersatz im Rahmen der klassischen Differenzhypothese damit preisgegeben worden sind, dürfte auf der Hand liegen.

Den herkömmlichen Vorstellungen im Schadenersatzrecht noch schärfer widerspricht allerdings die Kommerzialisierung entgangener Gebrauchsvorteile, wonach der Ersatzpflichtige insbesondere für den vorübergehenden Verlust der Gebrauchsmöglichkeit (perte de commodité, privation de jouissance) eines Kfzes grundsätzlich selbst dann eine Entschädigung zu leisten hat, wenn sich der Geschädigte einen Ersatzwagen nicht beschafft hat (Rusconi, Le préjudice automobile,

S. 48 ff.; Grunsky, Vorb. vor § 249 N 17; BGHZ 40, 345; 45, 212; 55, 146).

Dass durch die Gewährung einer von der konkreten Vermögenseinbusse (von einem tatsächlichen Gewinnentgang) auf Seiten des Eigentümers und von der konkreten Vermögensvermehrung auf Seiten des Ersatzpflichtigen völlig unabhängigen Nutzungsausfallentschädigung nicht nur die Begriffe von "immaterieller Unbill" und "materiellem Schaden" ineinander fließen, sondern auch die Grenzen zwischen Schadenersatz, Bereicherungsausgleich und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag völlig verwischt werden, dürfte auf der Hand liegen; wobei wohl gemerkt, weder der Eigentümer des Gegenstandes durch den Nutzungsausfall entreichert, noch der Ersatzpflichtige dank dieses Nutzungsausfalles bereichert bzw. bevorteilt zu sein braucht. Es ist vielmehr der Eigentümer des Gegenstandes, der durch die spätere Entschädigung des Nutzungsausfalles entgegen dem Bereicherungsverbot des Schadenersatzrechtes bei wirtschaftlicher Betrachtung bereichert werden soll. Dies wird dann besonders deutlich, wenn dem Geschädigten während der Reparaturzeit von dritter Seite ein Ersatzgegenstand unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurde. Auch dann gibt ihm die Rechtsprechung den Anspruch auf Geldersatz wegen Nutzungsausfall (BGH NJW 1970, 1120).

Die letzte, bereits befremdlich anmutende Konsequenz ist, dass selbst dann, wenn der beschädigte Gegenstand zu Erwerbszwecken eingesetzt war, sogar Schadenersatz für die entgangene Gebrauchsmöglichkeit ganz unabhängig vom tatsächlich entstandenen Erwerbsausfall zugesprochen wird (so BGH JZ 1978, 274).

Auf der gleichen Linie führt neuerdings auch der Ausfall der Arbeitskraft ganz unabhängig von dem Nachweis eines konkreten Verdienstausfalles bzw. einer konkreten Auslage für eine Hilfskraft zur Schadenersatzpflicht. Es wird denn auch demjenigen Schadenersatz wegen Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit zugesprochen, der seine Arbeitskraft gar nicht verwertet und nicht verwerten will. Insbesondere kann der Verletzte einen diesbezüglichen "normativen" Schaden selbst dann geltend machen, wenn er trotz seiner Verletzung nach wie vor die gleiche Arbeit mit eventuell grösseren Anstrengungen

versieht und keine Einkommenseinbusse erleidet oder wenn Hilfskräfte unentgeltlich die Arbeit besorgen und somit die Folgen des Ausfalls auffangen (Grunsky, Aktuelle Probleme, S. 78).

In Abkehr von der reinen Differenzhypothese wurde denn auch der verletzten Hausfrau eine Entschädigung für den Ausfall ihrer Hausfrauentätigkeit gewährt. Dieser Anspruch hängt nicht davon ab, ob in der Tat eine entgeltliche Ersatzkraft eingestellt oder ob der Ausfall der Arbeitskraft innerhalb der Familie ausgeglichen wurde. (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 192, 203/204; 206/207 und dort N 192/194 mit weiteren Nachweisen; Hagen, JuS 1969, 61 ff.; Medicus, JuS 1970/4, 233 ff.; BGHZ 38, 55; 50, 304; türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 746/48; Genève Cour de Justice, Sem. Jud. 74, 404).

Die Anerkennung der Ersatzforderung eines verletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft trotz Ausgleich des Arbeitsausfalles durch unentgeltliche Tätigkeit der Mitgesellschafter und Fortzahlung einer gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Vergütung vervollständigt das Bild (BGH NJW 1970, 90).

Die Arbeitskraft des Arbeitnehmers gilt erstaunlicherweise selbst für seinen Arbeitgeber als Vermögenswert, dessen Beeinträchtigung auch dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn der Ausfall der Arbeitskraft durch innerbetriebliche Massnahmen gedeckt worden ist. Schon die Vereitelung der abstrakten Möglichkeit, die dienstvertraglich verpflichtete Arbeitskraft mehrwertschöpfend einzusetzen, führt somit zu einem Vermögensschaden des Arbeitgebers.

Mit dieser bedenklich unternehmerfreundlichen Rechtsprechung nicht zu vereinbaren ist dann allerdings ein anderes Urteil des BGH, wonach die Beeinträchtigung der Arbeitskraft als solche für den Arbeitnehmer selbst keinen erstattungsfähigen Schaden darstellen soll (vgl. BGHZ 54, 50 ff.; kritisch dazu Lieb, JZ 1971, 358 ff.).

Die Aufwendungen eigener Arbeitskraft wird ebenfalls als erstattungsfähiger (normativer) Schaden anerkannt, wenn jemand zu einer Arbeit gezwungen wird, die von der Schadensminderung als nicht mehr gedeckt gilt, und zwar selbst dann, wenn er dadurch keine fühlbare Vermögenseinbusse erlitten hat. So kann beispielsweise derjenige Geschädigte, der seinen beschädigten Gegenstand selbst repariert hat, seine Arbeitszeit in Geld aufwiegen lassen. Ebenso kann der Rechtsanwalt, der in eigener Sache tätig geworden ist, die Gebühren in Rechnung stellen, die er als Gebühren eines bevollmächtigten Anwalts hätte erstattet verlangen können. In diesen Fällen sei der Arbeitsaufwand deshalb vermögens- und nicht persönlichkeitsbezogen,

weil er nicht der immateriellen, persönlichen, freien Lebensentfaltung diene (BGHZ 61, 59; OLG Koblenz, NJW 1975, 58; für einen Ueberblick über die gesamte Problematik s. Becker, Arbeitskraft und Schadensrecht, Darmstadt, 1974).

Von dieser Warte der Kommerzialisierung aus ist es kein langer Schritt mehr zur Entschädigung für den Zeitverlust schlechthin. Schliesslich wird ja auch die Freizeit durch Arbeitsleistungen "erkauft" (zu dieser Entwicklung siehe insbesondere Grunsky, Aktuelle Probleme, S. 67 ff. und Münchener Kommentar, Vorb. vor § 249 N 29 ff).

Unter dem bekannten Motto der Business-Ideologie "time is money" hat sich denn auch in der BRD schnell die Ansicht durchgesetzt, dass vertane Urlaubszeit als erstattungsfähig zu gelten hat.

Laut § 651 f. II BGB kann der Reisende nunmehr wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, falls die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt worden ist. Diese Formulierung deutet übrigens ganz klar auf die Tatsache hin, dass es sich hier offenkundig um einen Genugtuungsanspruch handelt.

Hat man sich einmal dafür entschieden, den Satz "Zeit ist Geld" im Schadenersatzrecht anzuerkennen, so kommt man nicht umhin, auch das vertane Wochenende und schliesslich den Feierabend als kommerzialisiert anzusehen. Einen vorläufigen Höhepunkt stellt ein Fall dar, wonach der wegen der Zerstörung einer in den Karpaten erbeuteten Jagdtrophäe angeblich geschädigte Kläger mit Berufung auf die neue Entwicklung des Schadenrechts DM 5'470.-- für eine erneute Jagdreise in die Karpaten beanspruchte.

Zur Rechtfertigung dieser Kommerzialisierung ideeller Güter und Annehmlichkeiten bedient man sich nicht nur des Gedankens der Schutzwürdigkeit des bescheidenen, genügsamen Bürgers, der sich keinen Ersatzgegenstand anschafft, vielmehr beruft man sich gleichzeitig auf die angebliche Verkehrsauffassung bezüglich bestimmter Statussymbole, deren Gebrauch einen selbständigen Wert erhalten haben soll. Soweit ein Gegenstand im Verkehr in gewisser Weise kommerzialisiert sei, das heisst durch Vermögensaufwendungen erkauft werde, stelle dessen Ein-

busse einen in Geld messbaren Vermögensschaden dar. Dies hat letztlich dazu geführt, dass der individuelle Gebrauchswert einer Ware, der ja bereits im gesellschaftlichen Tauschwert einer Ware enthalten ist, zu einem selbständigen zweiten Tauschwert umfunktioniert und somit eine seltsame Verdoppelung der Tauschwerteseigenschaft einer Ware eingeführt wurde (vgl. Grunsky, Münchener Kommentar, Vorb. vor § 249 N 12).

Durch eine derartige künstliche Verdoppelung des Tauschwertes wird aber auch der traditionelle Schutzbereich des Eigentums heimlich erweitert. Dem sog. unmittelbaren Objektschaden (Entwertungsschaden) und dem mittelbaren Erwerbsschaden (als Folgeschaden) wird als dritter Posten die Entbehrung vom Gebrauchsgenuss hinzugefügt.

Diese Erweiterung widerspricht übrigens der Ansicht, welche nicht einmal den Gewinnentgang ohne unmittelbaren Sachschaden (verursacht etwa durch einen Produktionsausfall in Zusammenhang mit einem Elektrokabelbruch) als erstattungsfähigen Schaden betrachtet.

Aber durch die Entschädigung von Entbehrungen werden nicht nur die normativen Schutzzentren des Eigentumsrechtes sondern auch die Schutzzentren der relativen Rechte überschritten. Es wird nämlich dem Inhaber eines Forderungsrechtes, insbesondere dem Mieter (dem Urlauber, dem Theaterbesucher) die Möglichkeit eingeräumt, die Vereitelung seines relativen Rechtes über den Rahmen des qualifizierten Tatbestandes des OR 41 II hinaus auch Dritten gegenüber geltend zu machen.

Der Schutzbereich der Deliktsgrenze wird also durch die erwähnte Kommerzialisierung sowohl in bezug auf das Eigentumsrecht als auch in bezug auf das relative Recht heimlich erweitert.

Um allzugrosser Ausuferung der Erweiterung der Ersatzpflicht vorzubeugen (man denke an den Ausfall der Nutzung eines Privathauses während eines Krankenhausaufenthaltes) hat die Rechtsprechung allerdings die Existenz persönlicher Nutzungsmöglichkeit und persönlichen Nutzungswillens als Momente der "Fühlbarkeit" der Beeinträchtigung bzw. des konkreten Bedarfs

nach dem Gegenstand verlangt.

Dieses eigentlich schwer begründbare Erfordernis versagt dem körperlich verletzten Bürger den Schadenersatzanspruch, wogegen es den gleichen Anspruch demjenigen zuteil werden lässt, der keine körperlichen Verletzungen erlitten hat (Larenz, Festschrift für Oftinger, S. 151, 163/64; Mertens, S. 156, 160; Grunsky, Aktuelle Probleme, S. 42 ff.; Medicus, § 31 III 2, S. 319; BGHZ 55, 146).

Der BGH der den wegen Körperverletzung oder Führerscheinentzug persönlich an der Nutzung verhinderten Geschädigten leer ausgehen liess (vgl. BGHZ 63, 205; 65, 173, NJW 1971, 796; NJW 1975, 347), bejahte allerdings einen ersatzfähigen Vermögensschaden im Falle, wo anstelle vom Führerschein die Kfz-Papiere einbehalten wurden (BGHZ 40, 351).

Nach BGH NJW 1974, 33 und 1975, 922 genüge aber auch die Möglichkeit der Benutzung durch Angehörige dem Erfordernis der Fühlbarkeit bzw. des konkreten Bedarfs, so dass ein Schadenersatzanspruch trotz körperlicher Beeinträchtigung doch noch in Betracht kommen kann.

Ein weiterer Riegel wurde durch die Beschränkung der Entschädigung auf die anfallenden Allgemeinkosten (wie Steuern, Versicherungsbeiträge, Garagenmiete, Kapitalzins, Amortisationskosten) vorgeschoben. Diese verbreitete Meinung will die Zubilligung einer Entschädigung für den Nutzungsausfall (privation de jouissance) auf die Erwägung stützen, dass der Eigentümer für den Erwerb der beschädigten Sache Aufwendungen getätigt hat und für deren Unterhalt auch weiter tätig, für die er nunmehr den erhofften Gegenwert nicht erhält.

Nur diese durch das Schadensereignis zur Nutzlosigkeit abgestempelten (frustrierten) Aufwendungen sollen ersetzt werden (Larenz, Festschrift für Oftinger, S. 151 ff.; Mertens, S. 159 ff.; Esser/Schmidt, § 31 III, S. 144 ff.; Bussy/Rusconi, LCR Art. 62, 2.3 Vb, S. 244; Rusconi, S. 38 ff., der allerdings die Grenze erweitert; Cour de Justice civile Genève, SJZ 1957, 602; Tribunal cantonal vaudois, JdT 1964 I 455 Nr. 68).

Dieser Frustrationsgedanke der auf von Tuhr (Allgemeiner Teil des

Bürgerlichen Rechts I, S. 320 N 33a; s. auch von Tuhr/Peter, § 12 II 3, S. 84 und N 10 ebenda) zurückgeht, überträgt einen für die Beurteilung des negativen Vertrauensschadens massgeblichen Grundsatz bezüglich vertraglicher oder vertragsähnlicher Vertrauensbeziehungen auf das Deliktsrecht, obwohl der Zweck der Aufwendungen durch ein zufälliges, beliebiges rechtswidriges Verhalten "frustriert" wird, dem kein das Vertrauen des Geschädigten in Anspruch nehmendes Verhalten des Schädigers vorausging. Damit wird eine durch die typische Zweckbestimmung bzw. die Funktion der Vertrauensbeziehung gerechtfertigte breit ausgelegte Entschädigung auf den gänzlich anders gelagerten, ausservertraglichen Schadenersatz übertragen (kritisch dazu Keuk, S. 248 ff.; Baur, Festschrift für Raiser, S. 134 ff.; Stoll, JZ 1971, 591).

Um andererseits die Summe der frustrierten Aufwendungen im vertretbaren Rahmen zu halten (auch Berufsausbildungskosten könnten schliesslich in jedem Krankheitsfall als vergeblich aufgewendete Kosten angesehen werden), wurde die Ersatzpflicht auf diejenigen fehlgeschlagenen Aufwendungen beschränkt, die (wie z.B. die Aufwendungen für eine Theateraufführung oder ein Brautkleid) für einen bestimmten, einmaligen, zeitlich gebundenen, nicht mehr nachholbaren konkreten Zweck getätigt worden sind (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 29 II, S. 405 ff.; Mertens, S. 160; Esser/Schmidt, § 31 III, S. 147).

Alle diese Einschränkungen vermögen weder die Tatsache zu verdecken, dass hier eine "verkappte Genugtuung" gewährt wird, noch können sie feste Konturen für die Schadensberechnung liefern und den fehlenden Kausalzusammenhang zwischen frustrierten Aufwendungen und Schadensereignis wiederherstellen.

Wenn man bedenkt, dass auch etwa die Aufwendung für eine zum Abschluss eines Hirsches erkaufte langfristige Jagd solch eine einmalige, zeitlich gebundene Disposition darzustellen vermag, dann kommt man auch mit dieser Einschränkung nicht umhin, dem Jagdenthusiasten die gesamten Aufwendungen für die Jagdpacht auszubezahlen, falls er mit dem aus der Psychoanalyse entnommenen Modewort "frustriert" ist (zweifelnd denn jetzt auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, §

29 II, S. 409/410, der zugibt, dass nicht die Aufwendungen, sondern der Entzug des Genusses den wahren Schaden ausmacht).

Es ist klar, dass bei dieser Kommerzialisierung von Annehmlichkeiten die Grenze zwischen materiellem Schaden und immateriellem Unlustgefühl (seelische Unbill) völlig verwischt wird. Auch die typischerweise auf den Genugtuungsanspruch passende Einschränkung durch das Moment der "Fühlbarkeit" oder "Erheblichkeit" der Genussbeeinträchtigung deuten auf die Tatsache hin, dass es sich hier in Wirklichkeit um eine "verkappte Genugtuung" handelt.

Der Begriff "Genugtuung" bzw. "Schmerzensgeld" wird indessen nicht ein einziges Mal erwähnt. Er wird vielfach einfach dadurch umgangen, dass man den Aerger als Vermögensschaden qualifiziert.

Ist es beim Kommerzialisierungsgedanken der Aerger über den Nutzungsausfall bzw. die Entbehrung, so ist es beim Frustrierungsgedanken letzten Endes der Aerger über die fehlgeschlagenen Aufwendungen, der laut einer normativen Bewertung als entschädigungsfähig angesehen wird.

Auf welchem unsicheren Boden man sich hier befindet, wird klar, wenn man die deutsche Rechtsprechung betrachtet.

Es sind abstrakte Nutzungsentschädigungen für den zeitweiligen Ausfall der Eigennutzung eines Hauses teils zugesprochen, teils abgesprochen worden (BGH NJW 1967, 1803; OLG Düsseldorf, NJW 1973, 659; BGHZ 66, 277; 71, 234).

Zugesprochen ist weiter die abstrakte Nutzungsentschädigung für den Ausfall der Eigennutzung einer Schwimmhalle (vgl. OLG Köln, NJW 1974, 560), eines Reisegepäckes (vgl. BGH NJW 1956, 1234), eines Tonbandgerätes (AG Iserlohn, VersR 1965, 1212); abgelehnt dagegen bei einem Kunstwerk (BGHZ 45, 217), bei einem Reitgenuss (LG München, NJW 1979, 1210), bei einem Jagdgenuss (BGHZ 55, 146), bei einem Pelzmantel (BGHZ 63, 393; OLG Hamburg, MDR 1973, 847), bei einer Segeljacht (LG Kiel, Schl.H.Anz. 1973, 33) und in Anbetracht der Kfz-Rechtsprechung (BGHZ 40, 345; 45, 212; 56, 214) nicht überzeugend, auch bei einem Motorroller (Tolk, JZ 1975, 531).

Der Urlaubsgenuss wurde zugunsten eines Fabrikanten, dessen Urlaub an der rumänischen Schwarzmeerküste durch mangelhafte Unterbringung beeinträchtigt wurde, als entschädigungsfähiges Vermögensgut angesehen (BGH NJW 1975, 40), der Ur-

laubsgenuss eines Angestellten, der seinen Urlaub statt in Italien im eigenen Lande verbringen musste, dagegen nicht (BGHZ 60, 214).

Im Gegensatz zur Zeit- und Arbeitskraftaufwendung für die private Reparatur des beschädigten Gegenstandes (BGHZ 61, 59; OLG Koblenz, NJW 1975, 58) wurde der Zeit- und Arbeitskraftaufwand für die persönliche Schadensbearbeitung nicht vergütet (BGHZ 66, 112), obwohl andererseits die Kosten der Schadensbearbeitung seitens des Rechtsanwaltes oder des Sachverständigen wiederum vergütet wurden (BGHZ 30, 154; 61, 346).

Von den angeführten Widersprüchen abgesehen, mündet eine auf schlichten Kommerzialisierungs- und Frustrierungsgedanken fundierte oder gar auf die Ueberlegung, dem Schädiger die Sparsamkeit des Geschädigten nicht zugute kommen zu lassen, gestützte Rechtsprechung unvermeidlicherweise in einer mit den grundlegenden Wertungen unseres Schadenersatzrechtes nicht zu vereinbarenden Schadensberechnung. Da hinlängliche Geldbewertungskriterien für Entbehrungen, entgangene Nutzungen und Zeitaufwand fehlen, und die diesbezügliche Betroffenheit von höchst individuellen unzuverlässigen Faktoren wie Sensibilität und Neigung abhängt, bestimmt letztlich der Bürger willkürlich darüber, was ein Vermögensschaden ist und wie hoch dieser bewertet werden soll. Wer für ein Auswärtsspiel des FC Zürich in Istanbul per Flugzeug nach Istanbul reist, dort in einem Luxushotel am Bosphorus übernachtet und Schwarzmarktpreise für die Eintrittskarten zahlt, kann in der Tat im Falle der Frustrierung dieser Aufwendungen im Rahmen der gefestigten Rechtsprechung alle diese Kosten ersetzt bekommen, solange die Soziabilitätsschranke des OR 44/§ 254 BGB nicht als Riegel vorgeschoben wird. Was kann indessen der Schädiger dafür, dass er einen Bürger getroffen hat, der z.B. gerade nach Zypern in den Urlaub fliegen wollte, statt einen, der seinen Urlaub in seiner Heimatstadt verbringen wollte?

Eine diese rhetorische Frage bejahende Ansicht muss sich unvermeidlicherweise mit einer weiteren rhetorischen Frage konfrontieren lassen und zwar mit der Frage, wieso die besondere Schadensveranlagung des Geschädigten auf der Ebene der Kausalität in der Regel haftungsmindernd wirkt, auf der Ebene des Schadensbegriffes dagegen die besondere individuelle Disposition des Geschädigten einen haftungssteigernden Einfluss ausübt. Wieso weiter die Vermögenseinbuße wegen

Produktionsausfall keinen Ersatzanspruch zu rechtfertigen vermag, der Nutzungsausfall ohne handgreifliche Vermögenseinbusse dagegen umgekehrt einen solchen Ersatzanspruch sehr wohl zu begründen vermag.

Bleibe man dem Gedanken der Kommerzialisierung von Entbehrungen treu, so könnte übrigens auch jemand Ersatz von nicht entstandenen Anwalts- und Arztkosten fordern, weil die Einschaltung dieser Personen bei jeder Verletzung als üblich gilt und nur durch die besondere Sparsamkeit des Geschädigten vermieden worden ist (so in der Tat: BGH NJW 1958, 627).

Der "Schadenersatz ohne Schaden", der gewährt wird unter dem Deckmantel des Begriffes vom "normativen Schaden" scheint also sowohl dem Bereicherungsverbot als auch dem in OR 44/§ 254 besonders ausgeprägten Grundsatz von Treu und Glauben diametral entgegenzulaufen.

IV. Tendenzen zur Pönalisierung des Schadenersatzes

Der Höhepunkt der den Schadensbegriff normativierenden Tendenz wird offensichtlich dort erreicht, wo das Schadensrecht dem Ausgleichszweck durch Verfolgung von präventiven und vergeltenden Funktionen in bezug auf das individuelle Täterverhalten völlig entfremdet wird.

Der Begriff des normativen Schadens legte bereits die ersten Keime der Aufweichung des Ausgleichsprinzips und der heimlichen Einschlebung des Präventions- und Sanktionsgedankens in das Schadensrecht. Die Versagung der Entlastung des Schädigers wegen sozialer Fürsorgeleistungen zugunsten des Geschädigten und wegen dessen Genügsamkeit in bezug auf Inanspruchnahme von Ersatzgegenständen läuft in der Tat letzten Endes auch darauf hinaus, den Schädiger für sein verpöntes Verhalten mit einer Sanktion zu belegen.

Dass bereits die gesamten negatorischen Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung im Bereich des Haftpflichtrechts dem Präventionszweck dienen, und die Abstufung des Schadenersatzes nach dem Verschulden in OR 43 einen präventiven Abschreckungseffekt beinhaltet, dürfte ausser Zweifel stehen.

Zum radikalen Dambruch in dieser Richtung führte die Schadenszurechnung seitens der deutschen Rechtsprechung bei der ungenehmigten öffentlichen Musikwiedergabe. Nach dieser als GEMA-Rechtsprechung bekannten Judikatur soll die GEMA befugt sein, für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben die doppelte Lizenzgebühr zu liquidieren (BGHZ 17, 376; 59, 286). Mit dieser pauschalen Gebührenverdoppelung sollen die Kosten mitabgedeckt werden, die von der GEMA zur Unterhaltung einer umfangreichen Ueberwachungsorganisation aufgewendet wurden, um Urheberrechtsverletzungen auf die Spur zu kommen. Es dürfte nicht bezweifelt werden, dass mit diesem Gebührenaufschlag praktisch allgemeine Vorbeugungsmassnahmen abgegolten werden, die sich eigentlich gar nicht als kausale Folge des jeweiligen Eingriffs darstellen.

Nun blieb die Rechtsprechung allerdings nicht nur bei Urheberrechtsverletzungen stehen. Nunmehr werden Vorsorgeaufwendungen, die der Geschädigte bereits vor dem Verletzungsereignis zu dessen Abwehr gemacht hatte, ganz allgemein als Schaden liquidiert (BGHZ 32, 280; 70, 199; vgl. Canaris, NJW 1974, 521; kritisch dazu Esser/Schmidt, § 32 III 2, S. 166 ff.; Rother, S. 159).

Die eventuell bei Reservefahrzeugen noch als Surrogat von Nutzungsausfallentschädigungen anzusehenden vortatlichen, präventiven Vorhaltekosten (BGHZ 32, 284) entwickeln sich im Rahmen der Erstattungs-fähigkeit von Kosten für die Einrichtung und Unterhaltung eigener Reparaturwerkstätten und Ueberwachungsorganisationen und schliesslich Fangprämien (wie sie in grossen Warenhäusern üblich sind) offensichtlich zu einer repressiven Busse.

Während bei den sogenannten "frustrierten" Aufwendungen das Problem "sinnlos gewordener" Aufwendungen aufgeworfen wurde, ist hier Anknüpfungspunkt die Tatsache, dass die Aufwendungen sich als "sinnvoll" erwiesen haben. Aber genauso wie bei der Beziehung zwischen den "frustrierten Aufwendungen" und dem Schadenereignis, fehlt auch hier der Kausalzusammenhang zwischen Vorsorgeaufwendungen und Schadenereignis.

Selbst bei den Vorhaltekosten für Reservefahrzeuge erscheint

in der Tat die kausale Verbindung mit dem konkreten Schadensfall höchst zweifelhaft. Eben aus diesem Grund beschränkt Rusconi, S. 54 ff., den Ersatz auf eine "fraction modeste" solcher Vorhaltekosten.

Zwar möchte eine einschränkende Ansicht ausschliesslich die Erstattungsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen in bezug auf bestimmte, konkrete Schadenereignisse anerkennen (J. Schmidt, JZ 1974, 73 ff.). Aber die Rechtsprechung hält sich nicht an diese einschränkende Voraussetzung (BGH JZ 1978, 274).

Die Anerkennung der Vorsorgeaufwendungen bzw. Vorhaltekosten als Schaden läuft letzten Endes auf eine Ahndung des Versuches hinaus, mit der Folge, dass der Dieb der vom aufmerksamen Wachthund oder Nachtwächter gestellt wird, zumindest anteilig die zu deren Einsatz aufgewendeten Mittel, ja sogar das Türschloss ersetzen müsste. Dass indessen der Hausbesitzer eine Alarmanlage oder ein Feuerlöschgerät besitzt, sollte nicht dazu führen, den jeweiligen Schädiger zum Ersatz von solchen Bereitstellungskosten zu verpflichten.

Die Vorhaltekosten sind nämlich weder Kosten einer auftragslosen Geschäftsführung zugunsten des Geschädigten, noch Kosten solcher Massnahmen, deren Unterlassen dem Geschädigten als Verletzung der Schadensminderungs- und Abwendungsobliegenheit gereichen würde.

Eine einheitliche Linie ist auch in bezug auf diese Sonderproblematik zu vermissen.

Zum Teil werden Vorhaltekosten für Reservefahrzeuge als (voll oder teilweise) erstattungsfähig angesehen, zum Teil jedoch nicht (vgl. BGHZ 32, 280; Lange, Schadenersatzrecht, S. 196).

Der Ersatz von Kosten für Ueberwachungsorganisationen wird von einigen Autoren befürwortet, vom BGH dagegen verneint (vgl. Canaris, NJW 1974, 521; BGHZ NJW 1976, 1256).

Auch bei der Unterhaltung eigener Reparaturwerkstätten teilen sich die Geister. Das türkische Revisionsgericht gewährt keinen Ersatz; die deutsche Rechtsprechung dagegen befürwortet eine solche Ersatzpflicht (türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 541).

Die Problematik der Vorsorgeaufwendungen hat eine besondere Aktualität im Kontext der zivilrechtlichen Ahndung der sogenannten Ladendiebstähle erlangt, wo der Ladeninhaber dem ertappten Dieb in der

Regel die anteiligen Kosten für die Kontrollvorkehrungen, wie Fernsehkameras, besondere Spiegel, Videoanlagen, Detektive, ferner pauschalierte Bearbeitungsgebühren für die Verfolgung der Angelegenheit und schliesslich die sogenannte Fangprämie in Rechnung stellt (so BGH NJW 1980, 119, wo allerdings das höchste deutsche Zivilgericht sich nicht ganz wohl gefühlt haben dürfte und wohl auch unter dem Einfluss des Gefühls des Unbehagens den Ersatz der Fangprämie lediglich auf eine angemessene und vertretbar angesehene Pauschale von DM 50.-- herabsetzte; vgl. auch von Tuhr/Peter, § 14 VI N 32; Kantonsgericht St. Gallen, SJZ 35, 53).

Es sei hier kurz daran erinnert, dass selbst bei den grundsätzlich als erstattungsfähig anerkannten nachtatlichen Schadensminderungskosten (wie Reparatur-, Rechtsverfolgungs- und Schadenbearbeitungskosten) normative, wertende Riegel vorgeschoben worden sind. Diese Kosten müssen sich demgemäss im Rahmen des Erforderlichen, des Zumutbaren halten, der Soziabilität und dem Sinn und Zweck der Schadenersatzverpflichtung entsprechen oder gar nach einer Interessenabwägung gerechtfertigt erscheinen.

Die vorbehaltlose Erstattung vortatlicher, präventiver Schadenverhütungskosten läuft dieser Zurückhaltung ganz eindeutig entgegen. Bei der Besinnung auf den Sinn und Zweck der Schadenersatzverpflichtung wird hier ganz offensichtlich von einem Abschreckungs- bzw. einem Sanktionsgedanken ausgegangen.

Zu dieser Problematik vgl. J. Schmidt, JZ 1974, 73 ff.; Canaris, NJW 1974, 521 ff.; Lange, Schadenersatz, S. 192 ff.

Somit scheint das zivile Haftungsrecht Aufgaben zu übernehmen, die an sich nach herkömmlichem Verständnis dem Strafrecht obliegen.

Als wichtige praktische Folge dieser pönalisierenden Tendenz, die offensichtlich von übertriebenen Erwägungen zum Eigentumsschutz stimulierte worden ist, fliesst das ursprünglich dem Staat zugehörig erachtete Bussgeld in die Taschen des privaten Ladeninhabers, obwohl gerade dieser, was die Rechtsprechung auch anerkannt hat (vgl. BGH NJW 1980, 119 ff.), auch eine gewisse Mitschuld daran trägt, dass der Ladendieb in Versuchung geraten ist. Dies deshalb, weil durch allzu offenherzige Anbieters- und Verkaufsmethoden, die noch von überzogener Werbung aus eigenwirtschaftlichem Interesse begleitet werden, durchaus geeignet sein können, die Hemmschwelle der Verbrau-

cher zu beseitigen.

Der Legalisierung von privater Hausjustiz begegnet man auch bei den Personenbeförderungsunternehmen. Bei sogenannten Schwarzfahrten wird nämlich ausser dem Beförderungsentgelt vom Fahrgast noch ein zusätzliches Bussgeld kassiert.

In letzter Zeit hat sich in Gesetz, Rechtsprechung und Lehre eine Methode zur Bestimmung des Schadenersatzes durchgesetzt, wonach der Verletzte eines Rechtsgutes den durch die Verletzung des Rechtsgutes erlangten Gewinn im Wege des Schadenersatzes dem Geschädigten zu erstatten hat.

Aehnlich wie bei der Problematik der Vorhaltekosten haben hier Erwägungen Pate gestanden, die keinerlei Verbindung zum reinen Ausgleichsgedanken des Schadensrechtes haben, sondern rein pönalisierender Natur sind.

Eine solch über die Grenzen des Schadenersatzes, ja sogar über die Grenzen des Bereicherungsausgleiches hinausschiessende Tendenz wird insbesondere beim unlauteren Wettbewerb, bei der Urheberrechtsverletzung, neuerdings auch bei Persönlichkeitsverletzungen des Betroffenen gewährt (Art. 58 I des türk. Handelsgesetzes; Art. 70 III des türk. Urheberrechtsgesetzes; Merz, SJZ 67, 91).

Der Gedanke der nachtatlichen Vergeltung gelangt allerdings erst bei der Wiedergutmachung einer seelischen Unbill, m.a.W. bei der Sanktion der Genugtuung bzw. des Schmerzensgeldes in reinsten Form zum Ausdruck.

"Die durch die Genugtuungsleistung in Geld erzeugte Befriedigung und das Bewusstsein, dass diese Geldsumme dem Schuldigen abgenommen wird, soll die Unlust, die ihm die Kränkung bereitet hat, aufwiegen und zur Besänftigung des Rachegefühls dienen, welches auch beim modernen Menschen, trotz Christentum und Zivilisation, nicht erloschen ist. Daher auch der römische Ausdruck: *actio vindictam spirans*, d.h. eine nach Rache dürstende Klage!" (von Tuhr/Peter, § 16 I, S. 126; Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 257, N 12; Engel, *Traité des obligations*, S. 355).

Auch die Berücksichtigung der strafgerichtlichen Verurteilung bei der Bestimmung des Schmerzensgeldes, soweit diese Verurteilung genügende Wirkung besitzt, wird anscheinend eben durch diese Erwägung gestützt (Winter, SJZ 67, 36/37; OLG Celle, JZ 1979, 548).

Eine interessante, m.E. bedauerliche Pönalisierungstendenz scheint sich in einem anderen Zusammenhang übrigens auch im Demonstrationsrecht durchzusetzen. Obwohl bei der solidarischen Haftung des OR 50 I/§ 830 BGB dem Gesetzesverfasser der Raufhandel, nicht aber eine Versammlung und Demonstration von mehreren tausend Menschen mit möglichen Schadensfolgen, die in die Hunderttausende gehen, als Beispiel vorgeschwebt hat, werden diese Bestimmungen immer mehr unter dem reinen sanktionsrechtlichen Aspekt angewandt, um künftigen Demonstrationsteilnehmern ihr hohes zivilrechtliches Haftungsrisiko vor Augen zu halten (BGHZ 59, 30; BGE 48 II 150; Ballerstedt, JZ 1973, 105 ff.).

Auch in der Praxis des türkischen Verwaltungsgerichts scheint sich eine pönalisierende Tendenz anzubahnen. Nicht der Schutz des Geschädigten, sondern die Bestrafung des schadenstiftenden Beamten scheint sich als Hauptmotiv durchzusetzen, was sich insbesondere in einer erweiterten Annahme der persönlichen Haftung des Beamten im Rahmen von OR 41 zulasten einer Staatshaftung im Rahmen von Art. 13 des Beamtengesetzes auswirkt. Es wird denn auch des Öfteren darauf hingewiesen, dass der verwaltungsrechtliche Schadenersatzanspruch entsprechend der Schwere des Rechtsverstoßes bewertet werden soll. Dies soll die Beamten dazu zwingen, die rechtsstaatlichen Grundsätze zu beachten (Güran, *Türk Idare Hukukunda Tazminat Miktariinin Saptanması*, S. 12 mit weiteren Nachweisen).

Art. 13 IV des türk. Arbeitsgesetzes, der die missbräuchliche Anwendung der Kündigungsvorschriften durch den Arbeitgeber mit einem dreimonatigen Monatslohn als Schadenersatz belegt (vgl. auch türk. Gewerkschaftsgesetz Art. 19) und Art. 421 des türk. Zivilprozesses, der dem Richter die Befugnis erteilt, den böswilligen Beklagten auch zur Zahlung der dem Kläger tatsächlich entstandenen Anwaltskosten (und nicht bloss der tarifmässigen Anwaltskosten) zu verurteilen, haben ebenfalls sanktionierenden Charakter.

Dieser pönalisierenden Tendenz stehen allerdings gewichtige Einwände entgegen:

Erstens ist es nicht überzeugend, dass die ehemals staatliche Strafe oder Busse nunmehr in Form eines Schadenersatzes in die Tasche des Verletzten fliessen soll. Zweitens erscheint es heute angesichts der den Abschreckungseffekt eliminierenden Schadensstreuung höchst fragwürdig, das moderne Schadensrecht unter einen Sanktions- und Präven-

tivzweck zu stellen. Ein Grossteil der Schadensfälle wird in der Tat unter Ueberleitung vom eigentlich zuständigen Haftungssubjekt auf eine Versicherungsgesellschaft oder ganz allgemein auf die öffentliche Hand und letztlich auf die Gesellschaft abgewickelt. Daraus folgt, dass der Gedanke einer individuellen Vergeltung sich vollends verflüchtigen kann. Derjenige, den die Verpflichtung zum Schadenersatz treffen soll, kommt nicht selbst für den Schaden auf; derjenige der ihn stattdessen trägt, ist in diesem Sinne nicht verantwortlich (Esser/Schmidt, § 30 II, S. 144 ff.; Brehm, SJZ 65, 291 ff.).

* * *

Auf unserer tour d'horizon hat sich folgendes Bild herauskristallisiert: Die Tendenz zur Individualisierung, zur Interessenabwägung im Einzelfall, zur erweiterten Berücksichtigung der besonderen materiellen Verhältnisse, der Einzelperson, des Täterverhaltens, ist eine zwangsläufige, nicht mehr zu unterbindende Tendenz, weil sie einem wirtschaftlichen und sozialen Druck untersteht, der keinen Widerstand duldet. Die Sachverhalte sind einfach zu verwickelt, zu eigenartig, um sie mit Klischeelösungen in den Griff zu bekommen. Eine Differenzierung, welche die Eigenart der Einzelfälle berücksichtigt, ist unvermeidlich.

Die Ansatzpunkte der Juristen sind dabei offensichtlich von sozialen Bedürfnissen und Interessen des materiellen Lebens geprägt. Entweder ist es das Bedürfnis nach einer angemessenen Begrenzung des durch Technisierung und Vergesellschaftung der Produktion erhöhten Haftungsrisikos auf ein erträgliches Mass, oder ist es der Schutz des genügsamen, in bescheidenen Verhältnissen lebenden Kleinbürgers oder Arbeitnehmers (so insbesondere bei der Problematik der Vorteilsanrechnung und der Kommerzialisierung von Entbehrungen).

Da aber dieser soziale Ansatzpunkt bei dieser Rechtsentwicklung (um wieder einmal einen Begriff aus der Psychoanalyse zu gebrauchen) "ins Unterbewusstsein verdrängt worden ist", wurde diesem Ansatzpunkt während der Rechtsanwendung nicht Folge geleistet.

Die Konsequenz dieser Haltung war und ist noch heute eine wider-

spruchsvolle, unsichere Rechtsprechung, die ohne die Besinnung auf die konkreten wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der einzelnen Entscheidungen zum Teil auch ungerecht erscheint (man denke bloss an die unternehmerfreundliche Lohnfortzahlungs- und Urlaubsrechtsprechung, an die ebenfalls arbeitgeberfreundliche Rechtsprechung zum Ausfall der Arbeitskraft!).

Nur nach Rückbesinnung auf den sozialen Ansatzpunkt und nach Aufbau eines sozialen Fundamentes auf dem gesamten Sektor der Schadenszurechnung kann die angestrebte Einzelfallgerechtigkeit in einigermaßen stabilisierte Bahnen der Rechtssicherheit eingefahren werden.

V. Die Entwicklung eines sozial fundierten Zurechnungsmodells

Letzter, eigentlicher Zweck der haftungsbegrenzenden Lehre vom Schutzbereich der Norm und der haftungserweiternden Lehre vom normativen Schaden war offensichtlich die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit, deren Gewährleistung durch festumschriebene traditionelle Tatbestandselemente angesichts der Verwicklung wirtschaftlicher und sozialer Beziehungen immer schwerer zu sein scheint.

Das durch die Normativierungs- und Individualisierungstendenz gewonnene Mass an Flexibilität wurde dabei allerdings mit einem erheblichen Mass an Rechtsunsicherheit erkaufte.

Da ein zuverlässiges Orientierungsinstrumentarium fehlt, hat die zur Einzelfallgerechtigkeit strebende Normativierung der Schadenszurechnung sich auf einen Zickzackkurs begeben. Das Verlassen der eingefahrenen Gleise hat die Rechtsprechung in krasse Widersprüche verwickelt. Aber selbst das Hauptanliegen dieser Bestrebung, nämlich die Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit wurde nicht erfüllt.

Dass die dogmatischen Einzellösungen vielfach nicht zueinander passen, und gleiches oder sachverwandtes oft ungleich und ungerecht behandelt wird, wurde bereits anhand von Beispielen dargelegt.

Im Interesse einer rationalen Vereinheitlichung der ungereimten

Rechtsprechung erscheint es nun geboten, die durch isoliertes Problemendenken gewonnenen Einzelergebnisse mittels breit angelegter Betrachtungen sachlich sozial aufeinander abzustimmen.

Nur anhand eines sozialen Kompasses kann ein konsequenter Kurs gesteuert werden, in dessen Strom die gesamten Differenzierungen sachlich und materiell gerechtfertigt erscheinen. Dagegen vermögen weder abstrakte Normzweck-Interpretationen noch marktkonforme pauschale Kommerzialisierungsüberlegungen die spezifische Rechtssicherheit zu gewährleisten, dass stets "gerecht" geurteilt wird.

Ausschliesslich durch die Anreicherung des Schutzwürdigkeitsgedankens anhand einer tieferen sozialen Betrachtung vermögen die neueren Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung ihrer nicht mehr rückgängig zu machenden und anerkenntenswerten (allerdings leider nicht klar erkannten) Funktionen gerecht zu werden, den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz (in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz) im Einzelfall zu konkretisieren, sozial Gleiches auch juristisch gleich, aber sozial Ungleiches auch ungleich zu behandeln, ohne dabei einer zentrifugalen Tendenz zum Opfer zu fallen.

Ist man sich einmal des Kardinalimpulses der gesamten Normativierungstendenz bewusst, nämlich jedem das Verdiente, das als schutzwürdig Erachtete in concreto zuteil werden zu lassen, so kann es einem Juristen zwangsläufig nicht erspart bleiben, die konkreten materiellen und sozialen Lebensverhältnisse im Einzelfall in die Waagschale des juristischen Urteils zu werfen.

Leider scheint allerdings dieser fundierte Ansatzpunkt durch formelle und dogmatische Anschauungsweisen verborgen geblieben zu sein.

Die bisher in der zivilrechtlichen Judikatur und Literatur nicht offiziell anerkannte Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse der Parteien muss also nunmehr aus ihrem bisherigen unterschweligen Dasein befreit und in den Kreis der offiziell anerkannten Elemente des Schadensrechtes aufgenommen werden.

Einmal ist offen zu fragen, ob der Schaden, der einen Vermögenden trifft, für diesen wirklich eine solche Einbusse darstellt, so dass die Rechtsordnung für einen Ausgleich sorgen muss. Zum andern ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Ersatzpflichtigen in Betracht zu ziehen, die möglicherweise den vollen Ausgleich des Verlustes als unbillig erscheinen lässt.

Das Finden eines Ausweges aus dem Dilemma der Gleichbehandlung von Ungleichem und zwar in dem Sinne, dass der Gläubiger auf einen Teil seiner Ersatzforderung verzichten muss, damit andererseits der Schuldner soviel leistet, wie er mit seinen Kräften auch bewirken kann, das ist die neue Aufgabe des Schadensrechtes.

Dies wäre eigentlich nicht nur die konsequente Fortführung des sozialen Ansatzpunktes der gesamten Normativierungstendenzen, sondern gleichzeitig die konsequente Fortführung jener funktionellen dynamischen Gestaltung von Rechtsansprüchen, die im Lichte der grundsätzlichen Wertentscheidungen zugunsten sozial Schutzwürdiger auf anderen Gebieten seit langem geläufig ist und auch im Schadenersatzrecht als Keim bereits existiert (Oftinger, SJZ 39, 545 ff.).

Es kann nicht bezweifelt werden, dass das Sozialstaatsprinzip und die Sozialbindung des Eigentums für die gesamten Vermögensrechte einschliesslich der Forderungsrechte gilt.

Nachdem das verletzte Vermögensrecht sich in der Schadenersatzverbindlichkeit fortsetzt, was übrigens auch in der gängigen Bezeichnung "Sekundärobligation" anklingt, ist es durchaus legitim, von einer ähnlichen sozialen Bindung auch der Schadenersatzforderung zu sprechen.

Die Vertragsgründungs- und Gestaltungsfreiheit steht ohnehin seit langem unter der Herrschaft sozialer Elemente, welche auf die unterschiedliche Schutzwürdigkeit der Beteiligten abstellen. Man denke beispielsweise an die verschiedenen Abschlusszwänge, an die Tatbestände der wirtschaftlichen Sittenwidrigkeit, die im Geltungsbereich unserer Gesetze auch all die Fälle miteinbeziehen, die noch nicht dem gesetzlichen Wuchertatbestand gleichzustellen sind und schliess-

lich an die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Grundsätze des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" bei der Äquivalenzstörung.

Auch die Haftungsbegründung im ausservertraglichen Sektor steht unter den gleichen sozialen Vorzeichen. Man denke an die Entwicklung der Gefährdungshaftung, der Produzentenhaftung, des Aufopferungsanspruches, der Verkehrssicherungspflicht, der Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes und der Billigkeitshaftung zugunsten schutzbedürftiger und schutzwürdiger Bürger.

Auch die Ersetzung der deliktsrechtlichen Haftung durch die viel strengere vertragliche Haftung mit Hilfe der Begriffe vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, von culpa in contrahendo, von faktischen Vertragsverhältnissen aus sozialem Kontakt und ganz allgemein die Fingierung vertraglicher Sonderbeziehungen gehören in diesen sozialen Kontext.

Noch tiefgreifender wirkt die Entwicklung der Vertrauenshaftung zum Schutze des benachteiligten Verbrauchers (typisch jetzt § 651 a II BGB, wonach die sogenannte Vermittlerklausel unberücksichtigt bleibt, wenn der Anschein begründet wird, dass der Erklärende die Reiseleistungen in eigener Verantwortung erbringt).

Auch die persönliche Haftung des Warenherstellers für Mängel des durch den Zwischenhändler verkauften Konsumgutes und des in Vertretung verkauften Autos aus "geschafftenem Vertrauen" gehört in diesen Zusammenhang.

In diesem Zusammenhang fällt auch die Entwicklung auf, wonach unternehmerische Besitzstandswahrungsinteressen sowie Gewinnerwartungsinteressen gegenüber den sozialen und politischen Entfaltungsinteressen, also gegenüber dem Recht auf freie Meinungsäußerung, Demonstration und Streik, immer mehr in den Hintergrund gedrängt werden. Als charakteristisches Beispiel mag die Lehre von der Sozialadäquanz genannt werden, welche denjenigen schädigenden Handlungen die Eigenschaft eines zurechenbaren Haftungsgrundes abspricht, die sich im Rahmen der sozial-ethischen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens halten und von ihr erlaubt werden (vgl. Nipperdey, NJW 1957, 1777 ff.).

Auch die Statuierung einer Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Beeinträchtigung der Arbeitskraft auf andere Art und Weise als durch körperliche Verletzungen (etwa durch Diffamierung seitens des früheren Arbeitgebers) beinhaltet ein sozial fundiertes Werturteil in bezug auf die Bestimmung des sachlichen Schutzbereiches der Deliktsgrenze (Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 188 ff.).

Nicht nur im Bereich der Haftungsbegründung, sondern auch im Bereich der Haftungsausfüllung hat der soziale Gedanke eine gewaltige Stosskraft entwickelt. Bei der Bestimmung des Umfangs des Schadenersatzes hat der Richter laut OR 43 I im Rahmen der einzelnen Umstände vornehmlich die materiellen Verhältnisse des Schuldners zu berücksichtigen. Es sei hier auch auf OR 44 II verwiesen, der verhindert, dass der Ersatzpflichtige wegen seiner Vergütungspflicht verarmt. Damit werden die Unzulänglichkeiten der sozialen Einschränkungen des Vollstreckungsrechtes, die sich eigentlich lediglich auf die Unpfändbarkeit bestimmter Vermögenswerte beschränkt, kompensiert.

Weiter wird aufgrund spezieller Gesetzesbestimmungen eine Reduktion des Schadenersatzes vorgenommen, sofern der Geschädigte ein ungewöhnlich hohes Einkommen besitzt (Art. 4 EHG, Art. 62 II SVG, Art. 15 III AtG).

Auch beim Haftungsprivileg des eine gefahr- oder schadensgeneigte Arbeit ausführenden Arbeitnehmers handelt es sich um die richtige Bewertung der Vermögensunterschiede zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer. Der ärmere Arbeitnehmer soll demnach zu Lasten des reicheren Arbeitgebers durch völlige oder teilweise Verantwortungsentlastung geschont werden (Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 276/77; Rother, S. 251 ff.).

Im Rahmen der Mitberücksichtigung von konkreten Vermögensverhältnissen der am Schadensfall Beteiligten wird heute neuerdings auch die Tatsache einer möglichen Schadensstreuung mitbewertet. Derjenige Schädiger, der die Haftungskosten an seine Abnehmer mit Hilfe freier Preisgestaltung abwälzt, wird anders behandelt, als derjenige, der als letzter in der Zirkulationssphäre den Schaden selbst auszugleichen hat.

Charakteristisch ist auch die von sozialen Erwägungen getragene Ansicht, wonach das in Pflege genommene Kind gegenüber seinen Pflegeeltern wegen Nichtbeachtung der Ausbildungspflicht berechtigt sein soll, Genugtuungsansprüche geltend zu machen. (türk. Revisionsgericht, Olgaç, S. 846).

Mit Hilfe von Interessenabwägungen im Hinblick auf die Belastung des Schädigers und auf die konkrete Gesamtsituation wird die altliberale formale Gleichheitsethik in eine zeitgemässe materielle Ethik sozialer Gerechtigkeit umgewandelt.

Es gilt nun, entschlossen, mit mutigen Schritten anhand des sozialen Wegweisers den bereits erschlossenen Pfad konsequent zu Ende zu gehen.

Dies lässt sich folgendermassen konkret realisieren:

Bei der haftungsausfüllenden Kausalität ist derjenige Ursachenverlauf auszuschalten, der zum Zwecke einer sozial gerechten Lastenverteilung als rechtlich unerheblich gewertet werden muss. Die Schadensfolge ist mit anderen Worten als "allgemeines Lebensrisiko" demjenigen anzulasten, der ein solches Risiko auch tragen kann. Derjenige der ein Schadensrisiko wirkungsvoller, leichter versichern und über die freie Preisgestaltung den Verbrauchern weiterwälzen kann, der soll dieses Risiko selber tragen (vgl. Schilcher, S. 73 ff.).

Im Zusammenhang mit dem Begriff des normativen Schadens sind dagegen diejenigen Nachteile als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen, durch deren Erstattung eine sozial gerechte Risikoverteilung verwirklicht wird. Hauptsächlich das Problem der Lohnfortzahlung sollte in diesem Sinne gelöst werden.

Dabei soll die Bereicherung desjenigen in Kauf genommen werden, der sie als solche auch tatsächlich verdient.

Der primäre Grund, warum eine bestimmte kausale Schadensfolge doch nicht von dessen Verursacher getragen werden, sondern beim Betroffenen verbleiben soll und umgekehrt, warum eine bestimmte vermögensrechtlich nicht relevante Einbusse doch noch von dessen Urheber zu

tragen ist, kann und muss in den sozialen Gegebenheiten des Einzelfalles gesucht und gefunden werden.

Ist es also im Rahmen der haftungsbeschränkenden Problematik die soziale Untragbarkeit des umfassenden Risikos bzw. die Grenze der wirtschaftlichen Belastbarkeit, so ist es im Rahmen der weiteren haftungserweiternden Problematik die soziale Schutzwürdigkeit des Geschädigten, welche das ausschlaggebende Moment darstellt.

Konkreter ausgedrückt: Eine konsequente Rechtsprechung darf die konstitutionelle Prädisposition nie in dem Sinne als haftungsbeschränkend oder gar -ausschliessend betrachten, solange die Schwächsten der Schwachen dabei im Stich gelassen werden.

Die doppelte Liquidation (auch Anspruchskumulation genannt) die bei der privaten Unfall- und Lebensversicherung dem Geschädigten zuerteilt wird (Lange, Schadenersatz, S. 329 ff.; Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 395 ff.; BGE 36 II 192; 49 II 370/71; 53 II 183; 59 II 464; 63 II 156; 64 II 424; BGH NJW 1971, 2069), soll dem Arbeitnehmer, der auf Lohnfortzahlung des Arbeitgebers angewiesen ist, im Fall der Lohnfortzahlung a fortiori zugute kommen. Der geschädigte Arbeitnehmer soll mit anderen Worten sowohl den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Haftpflichtigen als auch den Lohnanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber erhalten, ohne dass sich der eine oder andere darauf berufen kann, dass auch gegenüber dem anderen Ansprüche bestehen. (Dies soll natürlich nur gelten, soweit ein gesetzlicher Forderungsübergang nicht vorgesehen ist. Denn mit einer solchen "cessio legis" wird bestimmt, dass der Verletzte nur einmal Ersatz verlangen kann, die gleichzeitige Haftung Mehrerer ihm mithin nicht zum doppelten Vorteil gereichen soll.) Es soll also die Tatsache, dass der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, den Schädiger nicht entlasten; weiter soll aber auch eine Bereicherung des Arbeitnehmers durch unverkürzte doppelte Leistungen in Kauf genommen werden.

Urlaubsgenuss soll zugunsten eines Arbeitnehmers, der diese Freizeit erkaufte und zur Wiederherstellung seiner Arbeitskraft auch benötigt, sehr wohl kommerzialisiert werden.

Dabei soll diese spezifische Kommerzialisierung gleichzeitig zur Pönalisierung der Reiseunternehmen dienen, die ihre Kunden durch allzu hoch geschraubte Versprechungen prellen.

Die umfangreichsten Auswirkungen des sozialen Gedankens dürften sich im Bereich der Genugtuungsrechtsprechung zeigen.

Wenn nämlich die gängige Rechtsprechung hierzu öfters mit dem Motto "wer hat, dem wird gegeben" kritisiert wird, so ist dieser Kritik die Berechtigung nicht abzusprechen (vgl. Klein, S. 15; Knieper, ZRP 1974, S. 137 ff.; Lau DuR 1976/3, S. 313 ff.; Rasehorn, Recht und Klassen, S. 162 ff.; Düx, Der Bürgerliche Rechtsstaat, S. 607 ff.).

In der Tat pendelt sich der Marktpreis der immateriellen Unbill umso höher ein, je höher das soziale Ansehen m.a.W. das Vermögen des Verletzten ist.

Im Genugtuungstarif des türkischen Revisionsgerichtes wird der Verlust des Fingers eines Arbeitnehmers mit 400 T.L. bewertet. Der Ruf eines Geschäftsmannes, der durch einen ungerechtfertigten Wechselprotest beeinträchtigt wurde, wird schon mit 10'000 T.L. angesetzt. Ein bekannter Staatsmann, der durch eine Pressekampagne in seiner Würde verletzt wurde, erhielt immerhin 900'000 T.L. an Schadenersatz.

Das türk. Verwaltungsgericht steht indessen dieser Rechtsprechung skeptisch gegenüber und betont mit Recht, dass es äusserst befremdlich erscheint, dass beim Tode eines kleineren Beamten die Schmerzen, die zum Tod geführt haben, mit 5'000 T.L., die Ehrverletzung eines höheren Beamten dagegen mit dem zehnfachen, also 50'000 T.L. abgegolten wird (s. türk. Verwaltungsgericht, Esin, Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları, Ankara 1976, S. 274 und 415/16).

Auch in der Schweiz pendelt sich eine unter dem ironischen Motto "Prominenzjudikatur" bzw. "Schmerzensgeld für Millionäre" kritisierte Rechtsprechung immer fester ein, die zugunsten eines invaliden Arbeitnehmers 8'000 bis 10'000 SFr. ansetzt und die Ehrverletzung eines begüterten Bürgers mit bis zu 40'000 SFr. bewertet (Klein, S. 15).

Dass die Reihe der Persönlichkeitsverletzungen in der Bundesrepublik von Hjalmar Schacht über Cosima Wagner, Prinzessin Soraya, Caterina Valente und einer deutschen Prinzessin bis zum grossindustriellen Herrenreiter reicht, wird auch nicht gerade als zufällig bezeichnet (Lau, DuR 1976/3, S. 313 ff.; Rasehorn, Recht und Klassen, S. 162 ff.; Düx, Der Bürgerliche Rechtsstaat, S. 607 ff.).

Paradoxerweise wird dadurch das ursprünglich zugunsten der vom Duell ausgeschlossenen sozialen Schlechtergestellten vorgesehene Schmerzensgeld heute in einen Anspruch für Privilegierte umgewandelt.

Anhand der Motive zum BGB lässt sich nachweisen, dass die Genugtuung auf die Ablösung des Duells durch Geld zurückzuführen ist. Ehre hatten früher nur die besseren Bevölkerungskreise, und ihre Verletzung wurde im Duell kompensiert. Bezeichnenderweise gewährte denn auch das Preussische Allgemeine Landrecht bei Ehrverletzungen Schmerzensgeld nur innerhalb des Bauern und gemeinen Bürgerstandes.

Auch die Literatur hält bedauerlicherweise an dieser sogenannten "Operettengesinnung" fest, wonach das in der Fledermaus von Johann Strauss vom Dienstmädchen auf einem Maskenball getragene Balkkleid trotz Fehlens geringster materieller Veränderungen als für die Dame nicht mehr benutzbar bezeichnet und das keineswegs schutzwürdige immaterielle Affektionsinteresse der Dame durch ein Schmerzensgeld aufgewogen wird (von Tuhr/Peter, § 15 IV 2, S. 119).

Es sollte hier indessen von der sozialen Tatsache ausgegangen werden, wonach der Wohlhabende eher Schmerzensgeld leisten, dafür aber auch dieses Geld zur Genugtuung eher entbehren kann.

Es gilt also den bereits auf der Ebene der Haftungsbegründung verfochtenen Gedanken, wonach die geschützte Sphäre des Betroffenen im umgekehrten Verhältnis zu seiner gesellschaftlichen Position bestimmt werden soll, m.a.W. je grösser der Wirkungs- bzw. Entfaltungskreis des Betroffenen im wirtschaftlichen, sozialen, politischen Leben ist, desto kleiner der Schutzbereich (als *rançon de la renommée*) bestimmt werden soll, sinngemäss auf die Ebene der Haftungsausfüllung zu übertragen (vgl. Grossen, Schweizerisches Privatrecht II, S. 370/71).

Die gleichen sozialen Erwägungen müssen auch für den Ersatz des materiellen Schadens gelten. Um zu vermeiden, dass unter dem Deckmantel der Subjektbezogenheit des Schadens nach der strikten Differenztheorie der Normalverdiener weniger bekommt als der Grossverdiener, der ja in der Regel eine grössere negative Bilanz auszuweisen vermag, muss eine Soziabilitätsschranke aus OR 44 I/§ 254 EGB entwickelt werden.

In den genannten Bestimmungen soll nicht bloss die Schaffung einer Obliegenheit zur Abwehr von Schadensfolgen gesehen werden, vielmehr müssen die Vorschriften darüber hinaus als ein soziales Korrektiv der individuell ausgerichteten Schadensfeststellung verstanden werden. Nur dadurch kann man verhindern, dass die Kosten einer die zumutbare Soziabilität gegenüber dem Schädiger überschreitenden Lebensgestaltung und Lebensführung als Schaden liquidiert wird.

Diese dem Anspruchsberechtigten unter dem sozialstaatlichen Gesichtspunkt zugemutete Anspruchsverkürzung läuft letztlich auf eine Schadenshilfe für den Ersatzschuldner durch zumutbare Eigenbeteiligung des Ersatzgläubigers hinaus.

Diese wertende soziale Begrenzung des Schadens sollte sich insbesondere bei Vorsorgeaufwendungen, bei Entbehrungen von Vorteilen und beim entgangenen Gewinn auswirken.

Die Ansicht, nach welcher § 254 BGB ein den Schadensumfang begrenzendes soziales Korrektiv darstellt, ist hauptsächlich von Mertens vertreten worden (Der Begriff des Vermögensschadens, S. 170 ff.).

Genauso wie die konstitutionelle Prädisposition in der Regel als eigenes Risiko des Geschädigten nicht dem Schädiger angelastet wird, so soll ebenso die besondere Lebensführung des Geschädigten also den Schädiger nicht belasten.

Die in EHG 4, SVG 62 II und AtG 15 III vorgesehene Möglichkeit bei aussergewöhnlich hohem Einkommen des Getöteten oder körperlich Verletzten unter Würdigung aller Umstände eine angemessene Reduktion des Schadenersatzes vorzunehmen, liegt auf dieser Linie der sozialen Korrektur der Bestimmung von Schadenersatz.

Somit kommen OR 44/§ 254 BGB mit ihrer Schadensminderungsobligiegenheit und ihrer Reduktionsklausel der sozialstaatlichen Forderung nach, das Haftungsrecht nicht bis zur Existenzvernichtung auf den Schädiger zu überwälzen, aber andererseits auch den Geschädigten vor einer unbilligen sozialen Katastrophe zu schützen.

* * *

Zieht man Bilanz, so kann folgendes Ergebnis festgehalten werden:

Der Ersatz, der Ausgleich eines Schadens ist in seinem Wesen eine wirtschaftliche und soziale Verteilung. Diese wirtschaftliche und soziale Problematik muss in der modernen, sozialstaatlich organisierten Gesellschaft völlig andersartig als bisher gesehen und auch gestellt werden.

Die herkömmliche, mechanische Auffassung von der Subjektbezogenheit, von der Individualität des Schadens kann nicht mehr aufrechterhalten werden. Die mechanische Schadensberechnung muss den Platz räumen für eine normative, sozial einschätzende Schadenszurechnung im wahrsten Sinne des Wortes.

Dies soll eine wertende Betrachtung sein, die nicht bloss die Differenz in der Vermögensbilanz des Geschädigten berücksichtigt, sondern gleichzeitig die finanzielle Potenz des Ersatzpflichtigen mitberücksichtigt.

Nur anhand einer solchen sozial fundierten Normativierung gewinnt erst die Individualität der Schadenszurechnung ihren vollständigen, überzeugenden Sinn.

Zwar ist das Recht der Schadenszurechnung kein taugliches Mittel, um soziale Unterschiede und Abhängigkeiten abzubauen und die soziale Gerechtigkeit in der Gesellschaft zu gewährleisten; das Schadenersatzrecht kann aber (bis zur völligen Ersetzung des individuellen Haftpflichtrechts durch ein umfassendes Versicherungs- und Vorsorgesystem) sehr wohl als auf die individuelle Notsituation bezogene Nachkorrektur und als sozialer Pannendienst zugunsten der Schutzwürdigen aufgefasst und dementsprechend ausgestaltet werden.

Der Richter muss sich stets bewusst sein, dass er eine wirtschaftliche und soziale Verteilung zwischen den Beteiligten vornimmt, indem er dasjenige, was er dem einen als Schadenersatz oder Schadensfreiheit gewährt, zugleich dem anderen wegnimmt. Dieses soziale Bewusstsein muss dabei von einem demokratischen, pluralistischen Bewusstsein begleitet werden, ein Bewusstsein, welches verhindert, dass die

politischen Freiheiten durch einen sanktionsartigen Schadenersatz auf indirektem Wege unterbunden werden.

Dass eine sozial fundierte Differenzierung je nach den Besonderheiten des Einzelfalles und der Einzelperson dem Zufall und der richterlichen Willkür Tür und Tor öffne, kann solange nicht behauptet werden, solange auch heute ja der Schaden subjektbezogen, individuell, also je nach den privaten Vermögensverhältnissen der verletzten Partei, vom Zufall abhängig berechnet wird, und solange eine entgegengesetzte Ansicht, welche die soziale Perspektive bei der Rechtsanwendung versperrt, kein einheitliches, geschlossenes Bild zu zeichnen vermag, im Gegenteil des Öfteren ein widerspruchsvolles Bild zeichnet, welches jeglicher Konsequenz und Kalkulierbarkeit entbehrt.

Es kann nicht genug wiederholt werden: Die nicht mehr rückgängig zu machende Tendenz der Individualisierung und Normativierung der Schadenszurechnung kann nur anhand eines sozialen roten Fadens in konsequente und einigermaßen stabile Bahnen gelenkt und dort auch gehalten werden.

Ausschliesslich die offene, aufrichtige Betonung der sozialen Wertung ist geeignet, das Recht der Schadenszurechnung transparent und somit voraussehbar zu gestalten.

Die oberste Aufgabe der Theorie von der Schadenszurechnung ist es deshalb, die sich durch dogmatische Scheinbegründungen selbsttäuschend, in der Tat sich dabei sachlich ungereimt und ungerecht verhaltende Rechtsprechung anhand eines sozialen Kompasses in die Schranken der Konsequenz zu verweisen.

LITERATUR

- BAUR: Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, Festschrift für Raiser, 1974, 119 ff.
- BREHM: L'indemnité pour tort moral et le cumul des prétentions du lésé, SJZ 65 (1969), 291 ff.
- VON BÜREN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- BUSSY/RUSCONI: Code Suisse de la circulation routière, Lausanne 1972.
- CANARIS: Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974/13, 521 ff.
- DESCHENAUX: Norme et causalité en responsabilité civile, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Bâle 1975.
- DESCHENAUX/TERCIER: La responsabilité civile, Berne 1975.
- DEUTSCH: Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, 1976.
- ENGEL: Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ESSER/SCHMIDT: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1977.
- FIKENTSCHER: Schuldrecht, 6. Aufl., 1976.
- GERNHUBER: Bürgerliches Recht, Tübingen 1976.
- GRUNSKY: Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Bad Homburg 1968.
- GRUNSKY: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1979, Vorbemerkungen vor § 249 BGB.
- GUHL/MERZ/KUMMER: Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972.
- GÜRAN: Türk Idare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Ankara 1979.
- HAGEN: Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs, JuS 1969, 61 ff.
- HAGMANN: Der Umfang der Ersatzpflicht des Ladendiebes, JZ 1978, 133.
- HONSELL: Die misslungene Urlaubsreise, JuS 1976/4, 222 ff.
- HUBER: Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 677.
- KELLER: Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1971.

- KEUK: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- KÖTZ: Deliktsrecht, 1976.
- LANG: Schadenersatz, Tübingen 1979.
- LANG: Umfang der Schadenersatzpflicht bei einem Verkehrsunfall, Jus 1973/5, 280 ff.
- LARENZ: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1976.
- LARENZ: Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, Festschrift für Oftinger, 1969, 151 ff.
- LIEB: Wegfall der Arbeitskraft und normativer Schadensbegriff, JZ 1971, 358.
- LORENZ-MEYER: Haftungsstruktur und Minderung der Schadenersatzpflicht durch richterliches Ermessen, Tübingen 1971.
- MEDICUS: Bürgerliches Recht, 8. Aufl., 1978.
- MEDICUS: Studienkommentar zum BGB, 1.-3. Buch, 2. Aufl., 1979, §§ 249-251.
- MERTENS: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Mainz 1968.
- OFTINGER: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.
- OLGAÇ: Kazai ve Ilmi İctihatlarla Türk Borclar Kanunu Şerhi Cilt I, Genel Hükümler, Ankara 1976.
- PALANDT/HEINRICHS: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 39. Aufl., München 1980, Vor § 249.
- ROTHER: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965.
- RUSCONI: Le préjudice automobile, Fribourg 1966.
- SCHILCHER: Theorie der sozialen Schadensverteilung, Berlin 1977.
- STARK: Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 108 (1967), 17 ff.
- STEIN: Die Genugtuung, Genève 1976.
- TANDOĞAN: De l'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illégalité (Rechtswidrigkeitszusammenhang) et d'adéquation sociale (Sozialadäquanz), Publications de l'Association de droit comparé, Ankara, No. 7, 1972.
- VON TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979.

- YUNG: Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Bâle 1973.