

ÁDÁM FUGLINSZKY

Mangelfolgeschäden
im deutschen und
ungarischen Recht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

188

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

188

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Ádám Fuglinszky

Mangelfolgeschäden im deutschen und ungarischen Recht

Grenzen der Haftung im Kauf- und Werkvertragsrecht
– Kritik am Grundsatz der Totalreparation

Mohr Siebeck

Ádám Fuglinszky, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften an der Eötvös Loránd Universität Budapest, LL.M. Studiengang an der Universität Heidelberg; 2007 Promotion in Hamburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht an der Eötvös Loránd Universität, Budapest; Rechtsanwalt.

e-ISBN PDF 978-3-16-151373-2

ISBN 978-3-16-149421-5

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2006/2007 der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg vor. Sie basiert auf dem Stand bis einschließlich Juli 2006. Bis zur offiziellen Einreichung im Januar 2007 wurde die Arbeit fortlaufend aktualisiert, mit Ausnahme der Kommentierungen des BGB. Nach dem Abschluss der Arbeit wurde diesbezüglich lediglich eine Neuauflage berücksichtigt und in die Arbeit aufgenommen: Staudinger, §§ 305-310 BGB, UKlaG (2006). Die letzte Aktualisierung erfolgte Anfang Mai 2007, die Dissertation wurde für die Buchveröffentlichung mit dem 20. April 2007 endgültig abgeschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten Monografien, Aufsätze und Gerichtsentscheidungen berücksichtigt werden. Die mündliche Prüfung hat am 25. April 2007 stattgefunden.

Wenn man eine veröffentlichte Doktorarbeit in die Hand nimmt, stößt man gleich am Anfang auf eine Reihe von Danksagungen. Als wäre den Doktorandinnen und Doktoranden der „Oskar“ verliehen worden, fühlen sie sich verbunden, ihren Dank öffentlich (schriftlich) „auszusprechen“. Man kann das nur verstehen, wenn man selbst eine Dissertation verfasst hat: Man kann sich nicht genug bedanken. In meinem Fall ist diese Liste der Danksagungen noch länger als üblich. Das ist auch nicht verwunderlich, denn wenn man im Ausland promoviert, braucht man organisatorisch, fachlich und menschlich vielleicht etwas mehr Unterstützung als in heimischen Gefilden, auch wenn man so herzlich aufgenommen wird, wie mir widerfahren ist.

An erster Stelle bedanke ich mich bei dem Betreuer der Arbeit, *Prof. Dr. Ulrich Magnus RiOLG* für die Unterstützung und für die inspirativen Gespräche. Nicht zuletzt für die schnelle Erstellung des Erstgutachtens bedanke ich mich bei ihm recht herzlich. Mein besonderer Dank gilt auch *Prof. Dr. Peter Mankowski*, dem Zweitgutachter dieser Arbeit, der das Gutachten ebenfalls sehr zügig fertig gestellt hat.

Ich habe die ganze Zeit auch das Vertrauen und die Hilfsbereitschaft meiner jeweiligen Institutsleiter und Arbeitskollegen in Budapest, an dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht der Eötvös Loránd Universität, wo ich seit Herbst 2002 als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig bin, genießen dürfen. Aus diesem Kreis möchte ich zunächst Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Lajos Vékás* benennen, der meine Tätigkeit mitverfolgt, und mich auch zur

Promotion in Deutschland ermutigt hat. Herrn *Prof. Dr. András Kisfaludi* und Herrn *Dr. Attila Menyhárd* bin ich unter anderem dafür dankbar, dass sie mich von der Arbeit am Lehrstuhl für ein volles akademisches Jahr befreit und dadurch meinen langfristigen Forschungsaufenthalt in Hamburg ermöglicht haben.

Weiterhin danken möchte ich an dieser Stelle Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow LL.M. (Harvard)*, geschäftsführender Direktor des MPI für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe, sowie Frau *Irene Heinrich* für die Betreuung des Manuskripts. (Aus demselben Grund bin auch Frau *Jana Trispeľ*, Mitarbeiterin des Mohr Siebeck Verlags sehr dankbar.) Dank geht ferner an Herrn *Prof. Dr. Holger Knudsen*, Direktor der Bibliothek des MPI, sowie Frau *Dipl.-Bibl. Elke Halsen-Raffel*, die es mir ermöglicht haben, in der Bibliothek des MPI, sogar am Wochenende, forschen zu dürfen. Ohne diese Geste ihrerseits hätte ich die Arbeit nicht in diesem Zeitrahmen erstellen können. Dank gilt der *Konrad-Adenauer-Stiftung* (insbesondere Herrn *Herbert Fuchs* und Herrn *Dr. Detlev Preuße*) für die Zuerkennung des Stipendiums sowie für die gewissenhafte studienbegleitende Betreuung. Ferner muss ich meinen Dank auch an Frau Kollegin *Anja Jurack* aus Dresden aussprechen, die meine umfangreiche Arbeit, die in ihrer ursprünglichen Fassung sicher an vielen Sprachfehlern gelitten hat, gewissenhaft korrigiert hat. Während des Forschungsaufenthaltes und auch danach standen mir in jeder Hinsicht Frau *Dr. Magdalena Pajor-Bytomski*, Wissenschaftliche Referentin des Seminars für Ostrechtforschung an der Universität Hamburg, sowie ihr Ehemann Herr *RA Bernhard Bytomski* zur Seite. Ferner danken möchte ich noch *meinen Mitbewohnern und Freunden* im Hermann-Ehlers-Haus Hamburg-Langenhorn, die stets für einen Ausgleich neben der Forschungsarbeit gesorgt und mich immer wieder motiviert haben (Tim Ahfeldt, László Burger, Marcin Czepelak, Lars Eilers, Thomas Gießrigl, Katja Görsch, Savin Gushterov, Rebekka Logge, Steffen Millbich, Nicole Petrucela, Frank Reinert, Peter Roussev, Lyuba Yotova).

Schließlich möchte ich meine lieben Eltern, Frau *Dr. Erzsébet Fuglinszky* und Herrn *RA Dr. János Fuglinszky*, besonders erwähnen. Sie haben auf mich und auf meine Promotion auch dann vertraut, wenn ich mir selbst vorübergehend nicht vertraut habe. Das können nur sie, ihnen schulde ich viel mehr als Dank. Meinen Eltern widme ich diese Arbeit. *Non est volentis, neque currentis, sed miserentis Dei.*

Inhaltsübersicht

Einführung, Gegenstand der Arbeit, Themenabgrenzung, Gang der Untersuchung	1
Teil A: Systematische und dogmatische Vorüberlegungen: Schadensersatzrecht, Totalreparation und ihre Grenzen, Schadenstypologie, Mangelfolgeschaden.....	11
Kapitel 1: Struktur und Grundzüge des deutschen und des ungarischen Schadensersatzrechtes mit Rücksicht auf den Schadensersatz- anspruch im Vertragsrecht aufgrund Schlechtleistung	11
Kapitel 2: Begriff und Grenzen der Totalreparation	72
Kapitel 3: Systematisierung der Schäden, Schadenstypologie	102
Kapitel 4: Begriff und Bedeutung der Differenzierung zwischen dem Mangelschaden und dem Mangelfolgeschaden.....	121
Teil B: Begrenzung der Totalreparation durch Privatautonomie, Freizeichnungsklausel, Haftungsausschluss und -begrenzung.....	172
Kapitel 5: Bedeutung der Begrenzbarkeit der Totalreparation durch die privatautonome Vertragsgestaltung – allgemeine Fragen	172
Kapitel 6: Die Grenzen der Begrenzbarkeit der Totalreparation im Individualvertrag	191
Kapitel 7: Die Begrenzbarkeit der Totalreparation in AGB	207
Teil C: Grenzen der Totalreparation im geltenden dispositiven Haftungs- und Schadensrecht.....	253
Kapitel 8: Die potentiellen uneigentlichen Grenzen des Schadensersatzes für Mangelfolgeschäden auf dem Gebiet der Schadenszurechnung	253

Kapitel 9: Die potentiellen uneigentlichen Grenzen des Schadensersatzes für Mangelfolgeschäden auf dem Gebiet der Schadensberechnung.....	319
Kapitel 10: Grenzen des Schadensersatzes im Bereich des Geschädigten, die schuldhaft Mitverursachung sowie die Abwendungs-, Minderungs- und Warnobliegenheit.....	415
Kapitel 11: Grenzen der Totalreparation bezüglich der Mangelfolgeschäden im Bereich des Vorteilsausgleichs.....	451
Kapitel 12: Sonstige Regeln des Schuldrechts, die sich als Ausschluss oder Begrenzung der Haftung oder des Schadens auswirken können	473
Teil D: Reformbestrebungen in Deutschland und in Ungarn für die Begrenzung der Totalreparation mit Rücksicht auf die Mangelfolgeschäden	481
Kapitel 13: Reformbestrebungen in Deutschland und in Ungarn	481
Zusammenfassung in Thesen	504
Anhänge.....	517
Literaturverzeichnis	539
Register.....	563

Inhaltsverzeichnis

Einführung, Gegenstand der Arbeit, Themenabgrenzung, Gang der Untersuchung	1
Teil A: Systematische und dogmatische Vorüberlegungen: Schadensersatzrecht, Totalreparation und ihre Grenzen, Schadenstypologie, Mangelfolgeschaden	11
Kapitel 1: Struktur und Grundzüge des deutschen und des ungarischen Schadensersatzrechtes mit Rücksicht auf den Schadensersatzanspruch im Vertragsrecht aufgrund Schlechtleistung	11
§ 1 Wurzeln und Rechtfertigung des Schadensersatzes	12
§ 2 Strukturfragen des Schadensrechts	14
§ 3 Zielsetzungen und Funktionen des Schadensrechts im Überblick	20
I. Der bisweilen angegriffene Vorrang des Ausgleichsprinzips im deutschen Schadensrecht	20
II. Ideologisch geprägtes Verhältnis der Zielsetzungen im ungarischen Schadensrecht	31
§ 4 Ergänzende allgemeine Überlegungen, Sekundärprinzipien, Entscheidungsfaktoren des Schadensrechts	37
§ 5 Die Art und Weise der Ersatzleistung im Überblick	42
§ 6 Aktuelle Probleme des Schadensrechts und alternative Schadensregulierungsregime	52
§ 7 Die Anwendbarkeit und die Abwandlungen der schadensrechtlichen Prinzipien und Strukturelemente im Vertragsrecht mit Rücksicht auf die Pflichtverletzungen	63
Kapitel 2: Begriff und Grenzen der Totalreparation	72
§ 1 Herkunft, Begriff und die begriffsimmanenten Unsicherheiten der Totalreparation	72
§ 2 Argumente für die Begrenzung des Totalersatzes	78
§ 3 Konzepte für die Begrenzung des Totalersatzes in der Lehre – Auswahl	84
§ 4 Eigenes Modell für die Systematisierung der Grenzen – Stellungnahme	89

Kapitel 3: Systematisierung der Schäden, Schadenstypologie.....	102
§ 1 Primäre Schadenssystematisierungen	103
I. Schadenskategorisierungen, die sowohl im Vertrags- als auch im Deliktshaftungsrecht gelten	103
1. Systematisierung gemäß dem geschützten Rechtsgut	103
2. Aufteilung des Haftungsausfüllungsbereiches	109
II. Schadenskategorisierungen, die nur im Rahmen der vertraglichen Haftung gelten	117
§ 2 Sekundäre Schadenssystematisierungen	118
 Kapitel 4: Begriff und Bedeutung der Differenzierung zwischen dem Mangelschaden und dem Mangelfolgeschaden	121
§ 1 Die Mangelfolgeschadenproblematik im deutschen Recht.....	121
I. Begriff und Bedeutung vor der Schuldrechtsreform	121
1. Die Problemstellung: Erforderlichkeit der Differenzierung, sowie Lösungsansätze vor der Schuldrechtsreform	121
2. Theoretische Grundlagen der Einordnung	127
3. Katalog der Abgrenzungskriterien	132
4. Das Ergebnis der Abgrenzungsversuche: Mangelschäden, (enge und entfernte) Mangelfolgeschäden im deutschen Recht vor der Schuldrechtsreform.....	139
II. Umwandlung der Begrifflichkeiten und der Abgrenzung nach der Schuldrechtsreform.....	143
1. Die Zielsetzung der Schuldrechtsreform hinsichtlich der Mangelfolgeschäden und das erzielte Ergebnis	143
2. Die weiterhin aktuelle dogmatische Fragestellung, ob das Integritätsinteresse nur in dem Falle verletzt ist, wenn eine Schutzpflichtverletzung vorliegt	146
3. Abgrenzungskriterien nach der Schuldrechtsreform	149
4. Die Abgrenzung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform	151
§ 2 Mangelschäden und Mangelfolgeschäden im ungarischen Recht	154
I. Die ebenfalls „manipulierte“ Fragestellung und Abgrenzung im ungarischen Recht aufgrund des uBGB und der Rechtsprechung	154
II. Die rechtsdogmatische Vorfrage der Abgrenzung, Leistungs- und Schutzinteresse im ungarischen Recht in Bezug auf Mangelfolgeschäden.....	158
III. Begriffsverwechslung und die Abgrenzungskriterien im ungarischen Recht.....	162
IV. Ergebnis der Abgrenzung: die Zuordnung der einzelnen Schadensposten	165

§ 3 Folgerungen für den Begriff und die Bedeutung des Mangelfolgeschadens hinsichtlich der Begrenzung des Totalersatzes	167
Teil B: Begrenzung der Totalreparation durch Privatautonomie, Freizeichnungsklausel, Haftungsausschluss und -begrenzung.....	172
Kapitel 5: Bedeutung der Begrenzbarkeit der Totalreparation durch die privatautonome Vertragsgestaltung – allgemeine Fragen.....	172
§ 1 Begriff und Bedeutung der Begrenzbarkeit der Totalreparation durch Privatautonomie	172
§ 2 Allgemeine Vorfragen der privatautonomen Begrenzbarkeit	176
§ 3 Die die Grenzen der Begrenzbarkeit und den Privatautonomen Gestaltungsspielraum beeinflussenden Faktoren im Allgemeinen	181
Kapitel 6: Die Grenzen der Begrenzbarkeit der Totalreparation im Individualvertrag	191
§ 1 Die Grenzen der Begrenzbarkeit im deutschen Recht	191
§ 2 Die Grenzen der Begrenzbarkeit im ungarischen Recht.....	196
Kapitel 7: Die Begrenzbarkeit der Totalreparation in AGB	207
§ 1 Die Grenzen der Begrenzbarkeit durch AGB im deutschen Recht	207
I. Haftungsfreizeichnung in AGB im Verbrauchervertrag	207
II. Haftungsfreizeichnung in AGB im geschäftlichen Verkehr	211
1. Vorfragen hinsichtlich der AGB-rechtlichen Generalklausel - § 307....	211
2. Die Grenzen der privatautonomen Begrenzbarkeit der Haftung durch AGB im geschäftlichen Verkehr – die Rechtsprechung des § 307	218
a) Ausstrahlung des § 309 Nr. 7	218
b) Haftungsausschlussverbot und die Grenzen der Haftungs- begrenzung bei Verletzung vertragswesentlicher Pflichten	220
c) Mangelfreie Erfüllung als Kardinalpflicht? Die Freizeichnung für Mangelfolgeschäden im Kauf- und Werkvertragsrecht anhand § 307 II Nr. 2.....	229
§ 2 Die Grenzen der Begrenzbarkeit durch AGB im ungarischen Recht	236
I. Die Grenzen der Freizeichnung in Verbraucher-AGB bzw. in nicht einzeln ausgehandelten Verbraucherverträgen	240
II. Die Generalklausel des ungarischen AGB-Rechts, Freizeichnung in Nichtverbraucher-AGB	244
§ 3 Zusammenfassung und Zwischenergebnis: die privatautonome Begrenzbarkeit der Haftung für Mangelfolgeschäden und ihre Grenzen in den beiden untersuchten Rechtsordnungen	248

Teil C: Grenzen der Totalreparation im geltenden dispositiven Haftungs- und Schadensrecht	253
Kapitel 8: Die potentiellen uneigentlichen Grenzen des Schadensersatzes für Mangelfolgeschäden auf dem Gebiet der Schadenszurechnung	253
§ 1 Die subjektive Schadenszurechnung und die Mangelfolgeschäden, das Verschulden als potentielle Begrenzung der Haftung für Mangelfolgeschäden.....	253
I. Das Verschulden und seine Auswirkung auf die Mangelfolgeschäden im deutschen Recht	254
II. Das Verschulden und seine Auswirkung auf die Mangelfolgeschäden im ungarischen Recht.....	260
§ 2 Die Rolle der objektiven Zurechnung im Bereich der Haftungsausfüllung	270
I. Allgemeine Vorfragen	270
II. Die allgemeinen Theorien der objektiven Zurechnung	272
1. Zurechnungstheorien im deutschen Haftungs- und Schadensrecht, die Adäquanztheorie und die Schutzzwecklehre	272
a) Potentielle Begrenzung der Haftung für Mangelfolgeschäden anhand der Adäquanztheorie	272
b) Begrenzung des Schadensersatzes für Mangelfolgeschäden mittels der Schutzzwecklehre	277
aa) Die Vertragszwecklehre und deren Anwendbarkeit auf die Mangelfolgeschäden – allgemeine Vorfragen	277
bb) Die Funktionsweise der Vertragszwecklehre, Systematik und Bewertungskriterien.....	279
(1) Beurteilungskriterien der Schutzzwecklehre, die bei allen Verträgen in Frage kommen können	281
(2) Vertragstypusbedingte Beurteilungselemente der Vertragszwecklehre	286
(3) Beurteilung der Reichweite der (mangelfreien) Erfüllung als Schutzzweck anhand des konkreten Vertrages ..	290
cc) Ergebnisse der Vertragszwecksuntersuchung bezüglich Mangelfolgeschäden	292
2. Die ungarische Zurechnungstheorie: die modifizierte Adäquanzlehre	295
III. Die Anwendbarkeit spezieller Zurechnungsregeln auf dem Gebiet der Mangelfolgeschäden	303
1. Spezielle Zurechnungsregeln im deutschen Recht	303
2. Spezielle Zurechnungsregeln im ungarischen Recht.....	307
IV. Die Anwendbarkeit der Lehre der Reserveursachen bzw. Die hypothetische Kausalität auf dem Gebiet der Mangelfolgeschäden	310
1. Die hypothetische Kausalität im deutschen Recht	310
2. Die hypothetische Kausalität im ungarischen Recht	313

§ 3 Rechtsvergleichendes Zwischenergebnis 315

**Kapitel 9: Die potentiellen uneigentlichen Grenzen
des Schadensersatzes für Mangelfolgeschäden
auf dem Gebiet der Schadensberechnung 319**

§ 1 Schadensbegrenzung durch die Anwendung einer Schadensersatzart? 320

I. Auswahl der Schadensersatzart im deutschen Recht 320

1. Die Abgrenzung zwischen Wiederherstellung und
Geldersatz: die äußeren Grenzen der Schadensersatz-
arten als Grenzen der Totalreparation? 321

a) Die Möglichkeit der Wiederherstellung als Grenze? 321

b) Die Verhältnismäßigkeit der Wiederherstellung als Grenze? 324

2. Die Abgrenzung zwischen den Untertypen der
Wiederherstellung als Grenze der Totalreparation? 328

II. Schadensersatzarten und Schadensersatzmethoden im ungarischen
Recht und deren Auswirkung auf den Ersatzbetrag 331

§ 2 Die potentiellen Schadensgrenzen innerhalb der einzelnen
Schadens- und Schadensersatzarten 335

I. Grenzen im Bereich der Schadensberechnung für Sachschäden 337

1. Die Sachschäden im deutschen Schadensrecht 337

a) Grenzen im Rahmen der Wiederherstellung (§ 249) 337

b) Grenzen im Rahmen des Geldersatzes (§ 251) 343

2. Die Sachschäden und deren Berechnung
im ungarischen Schadensrecht 345

a) Die Erstattung der Wiederherstellungskosten 345

b) Der Geldersatz für Sachschäden 348

II. Grenzen im Bereich der Schadensberechnung für Personenschäden 351

1. Schadensberechnung der Personenschäden
im deutschen Schadensrecht 351

a) Heilungskosten, Regenerationsaufwand, vermehrte Bedürfnisse 351

b) Grenzen im Bereich des Ersatzes von immateriellen Schäden 355

2. Schadensberechnung der Personenschäden
im ungarischen Schadensrecht 359

a) Heilungskosten, Regenerationsaufwand, vermehrte Bedürfnisse 359

b) Nichtvermögensschäden im ungarischen Schadensrecht 365

III. Potentielle Grenzen im Bereich des entgangenen Gewinns 371

1. Der entgangene Gewinn im deutschen Schadensrecht 371

a) Die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns
und ihre Grenzen im Allgemeinen 371

b) Grenzen des entgangenen Gewinns
bei selbstständig und unselbstständig Beschäftigten? 375

2. Der entgangene Gewinn im ungarischen Schadensrecht	377
a) Allgemeine Fragen der Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns im ungarischen Schadensrecht	377
b) Entgangener Gewinn bei Unselbstständigen und Selbstständigen ..	380
IV. Grenzen im Bereich des abstrakten Nutzungsausfalls	387
1. Der Nutzungsausfall im deutschen Schadensrecht	387
2. Der Nutzungsausfall im ungarischen Schadensrecht	392
V. Grenzen im Bereich der Erstattung von Folgekosten	394
1. Die Ersatzfähigkeit von Folgekosten und ihre Grenzen im deutschen Schadensrecht	394
2. Die Ersatzfähigkeit von Folgekosten und ihre Grenzen im ungarischen Schadensrecht	402
VI. Grenzen hinsichtlich der Ersatzfähigkeit „neuer“ Schadensposten: Urlaub, Freizeit, Genüsse	405
1. Neue Schadensposten im deutschen Schadensrecht	405
2. Neue Schadensposten im ungarischen Recht	407
§ 3 Rechtsvergleichendes Zwischenergebnis	408

Kapitel 10: Grenzen des Schadensersatzes im Bereich des Geschädigten, die schuldhafte Mitverursachung sowie die Abwendungs-, Minderungs- und Warnobliegenheit	415
§ 1 Die (schuldhafte) Mitverursachung des Geschädigten	415
I. Die schuldhafte Mitverursachung im deutschen Recht (§ 254 I)	415
1. Die Grundsätze und Bedeutung der schuldhaften Mitverursachung	415
2. Elemente der schuldhaften Mitverursachung (Mitwirkung, Verschulden, Sach- und Betriebsgefahr)	417
3. Die Rolle und Bedeutung der schuldhaften Mitverursachung im Vertragsrecht in Bezug auf Mangelfolgeschäden	422
II. Die schuldhafte Mitverursachung im ungarischen Recht (§ 340 I uBGB analog)	425
1. Rechtsgrundlage und Grundsätze der schuldhaften Mitverursachung ..	425
2. Elemente der schuldhaften Mitverursachung	427
3. Schuldhafte Mitverursachung in Bezug auf Mangelfolgeschäden	429
§ 2 Die Verletzung der Schadensabwendungs- bzw. Minderungsobliegenheit	431
I. Die Verletzung der Schadensabwendungs- bzw. Minderungsobliegenheit im deutschen Recht (§ 254 II Alt. 2)	431
1. Die Grundsätze und Bedeutung der Schadensminderung	431
2. Die Fallgruppen der Schadensminderung bezüglich der einzelnen Schadensposten	433

II. Die Verletzung der Schadensverhütungs-, Schadensabwendungs- bzw. Minderungspflicht im ungarischen Recht (§ 340 I uBGB)	439
1. Die Grundsätze und Grundelemente der Schadensverhütungs-, Schadensabwendungs- und Schadensminderungspflicht	439
2. Die einzelnen Fallgruppen der Schadensminderung	440
§ 3 Die Warnobliegenheit in den Vergleichsländern.....	443
I. Die Verletzung der Warnobliegenheit im deutschen Recht (§ 254 II Alt. 1)	443
1. Die Grundsätze und Bedeutung der Warnobliegenheit – Vergleich mit dem Vorhersehbarkeitsprinzip	443
2. Die Komponenten der Warnobliegenheit	445
II. Gibt es eine Warnobliegenheit im ungarischen Schuldrecht?	447
§ 4 Rechtsvergleichendes Zwischenergebnis	449

Kapitel 11: Grenzen der Totalreparation bezüglich der Mangelfolgeschäden im Bereich des Vorteilsausgleichs.....

§ 1 Vorteilsausgleich im deutschen Recht.....	451
I. Begriff, Gründe und Bedeutung des Vorteilsausgleichs	451
II. Voraussetzungen und Ausschließungsgründe des Vorteilsausgleichs	455
III. Fallgruppen sowie kauf- und werkvertragsspezifische Aspekte des Vorteilsausgleichs.....	460
§ 2 Vorteilsausgleich im ungarischen Recht	464
I. Der Vorteilsausgleich im ungarischen Recht, dogmatische Einordnung, Grundzüge.....	464
II. Anwendungsvoraussetzungen der Fälle des Vorteilsausgleiches im ungarischen Recht: Kongruenzgebot, innerer Zusammenhang, logische Verknüpfung von Nach- und Vorteilen?	466
III. Fallgruppen und kauf- bzw. werkvertragsspezifische Aspekte des Vorteilsausgleichs im ungarischen Recht	467
§ 3 Rechtsvergleichendes Zwischenergebnis	469

Kapitel 12: Sonstige Regeln des Schuldrechts, die sich als Ausschluss oder Begrenzung der Haftung oder des Schadens auswirken können

§ 1 Sonstige Möglichkeiten für die Begrenzung der Haftung bzw. der Totalreparation im deutschen Recht.....	473
§ 2 Sonstige Möglichkeiten für den Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung bzw. der Totalreparation im ungarischen Recht.....	476
§ 3 Rechtsvergleichendes Zwischenergebnis	479

Teil D: Reformbestrebungen in Deutschland und in Ungarn für die Begrenzung der Totalreparation mit Rücksicht auf die Mangelfolgeschäden.....	481
Kapitel 13: Reformbestrebungen in Deutschland und in Ungarn.....	481
§ 1 Reformbestrebungen in Deutschland – die unterbliebene Modernisierung des Haftungs- und des Schadensrechts.....	481
I. Die allgemeine Charakterisierung und die Vorgeschichte der Reformbestrebungen.....	481
II. Der Vorschlag des Unterausschusses für Schadensersatzrecht der Akademie für Deutsches Recht (unter der Leitung von Nipperdey)...	483
III. Die Beratungen des 43. Deutschen Juristentages und der Vorschlag des BMJ im Jahre 1967 für die Einführung einer Reduktionsklausel („§ 255a“).....	483
IV. Die Gutachten und Vorschläge für die Überarbeitung des Schuldrechts im Jahre 1981 – Vorschläge in die Richtung einer Vorhersehbarkeitsklausel.....	486
V. Sonstige Reformbestrebungen.....	488
§ 2 Reformbestrebungen in Ungarn – auf dem Weg zu einem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch und zu einem modernen Haftungs- und Schadensrecht	490
I. Die allgemeine Charakterisierung der Reformbestrebungen.....	490
II. Die einzuführende verschuldensunabhängige Haftung im Vertragsrecht und die Vorhersehbarkeitsklausel gemäss Art. 74 CISG im neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch?	492
1. Vorgeschichte und Spuren der verschuldensunab- hängigen Haftung bzw. der Vorhersehbarkeitsklausel.....	492
2. Das neue Haftungskonzept von Lajos Vékás – die Lösung des künftigen neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches	495
3. Kritikpunkte und Alternativvorschläge, Ausblick, Wunderwaffe Vorhersehbarkeit?	497
III. Sonstige wichtige Änderungsvorschläge im Konzept des neuen uBGB auf dem Gebiet des Haftungs- bzw. Schadensrechts.....	501
§ 3 Rechtsvergleichende Schlussbemerkung.....	502
Zusammenfassung in Thesen	504
Anhänge	517
Anhang Nr. 1: Grenzen der Totalreparation (deutsches Recht als Vergleichsgrundlage).....	517
Anhang Nr. 2: Schadensarten, Schadenstypologien	518

Anhang Nr. 3: Rechtsvergleichende tabellarische Zusammenfassung der Grenzen des Einstehenmüssens für Mangelfolgeschäden bzw. für Schäden im Allgemeinen	519
Anhang Nr. 4: Gesetzestextauszug aus dem geltenden ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch	526
Anhang Nr. 5: Übersetzung der relevanten Vorschriften des Vorschlages für das neue ungarische Bürgerliche Gesetzbuch	534
Literaturverzeichnis.....	539
Register.....	563
Paragrafenregister.....	563
Namensregister	566
Sachregister.....	569

Einführung, Gegenstand der Arbeit, Themenabgrenzung, Gang der Untersuchung

“A patkószeg miatt a patkó elveszett, A patkó miatt a ló elveszett, A ló miatt a lovas elveszett, A lovas miatt a csata elveszett, A csata miatt az ország elveszett. Máskor verdd be jól a patkószeget!” Népköltés

„Weil der Hufnagel verloren ging, ging der Huf verloren. Weil der Huf verloren ging, ging das Pferd verloren. Weil das Pferd verloren ging, ging der Reiter verloren. Weil der Reiter verloren ging, ging die Meldung verloren. Weil die Meldung verloren ging, ging die Schlacht verloren. Weil die Schlacht verloren ging, ging der Krieg verloren. Weil der Krieg verloren ging, ging das Königreich verloren. So scheiterte ein gewaltiges Reich an einem einzigen Hufnagel.“ Volksdichtung

„Wir können nicht zweimal in denselben Fluss steigen“, hat *Heraklit*, der altgriechische Philosoph festgestellt, „weil weder du, noch der Fluss dieselben sind“, führte er weiter aus. Nach etwa 2500 Jahren sind die Leinwandhelden der Filmlegende *Matrix* sofort zur Folgerung gekommen, dass dieselbe Katze nicht zweimal nacheinander an demselben Ort dieselbe Pose annehmen kann, es muss sich ein Fehler in die Matrix eingeschlichen haben. Die Unwiederholbarkeit des Lebens und seiner Geschehnisse sind ständig Gegenstand der Theologie, der Philosophie, der anderen Wissenschaften und der Kunst sowie des tagtäglichen menschlichen Denkens gewesen. Diese Erkenntnis wird dadurch noch mysteriöser, ungreifbarer gemacht, dass man nur den ideell existierenden, fortschwebenden Moment der Gegenwart wahrnehmen kann – man kann weder die genaue Herkunft (Zusammenspiel der Ursachen) noch das Ende der Aufeinanderfolge der Geschehnisse verfolgen bzw. überblicken. Die Menschheit versucht seit jeher sich diesen Eigengesetzlichkeiten der Immanenz und der Transzendenz verzweifelt zu widersetzen; je mehr man diesen Eigengesetzlichkeiten näherkommt, desto mehr neue Fragen stellen sich, und eine „Restunsicherheit“, einige Basteien des Unerforschbaren bleiben immer bestehen. Im Königreich des Privatrechts spiegeln sich diese unausweichlichen Wahrheiten vor allem im Schadensersatzrecht wider. Die Ereignisse, die nach diesem oder jenem Gesichtspunkt als Ursachen oder Zurechnungsgründe getauft werden, führen zu einem Register von Folgen bis in die unabsehbare Zukunft hinein, die dann als ersatzfähiger Schaden im Rahmen und Laufe einer Schadensberechnung angenommen wird. Das Haf-

tungs- und das Schadensrecht versuchen das Unmögliche: Geschehenes ungeschehen zu machen, das mysteriöse, vielfältige Ursachegefüge mittels möglichst eindeutiger Kriterien zu ergreifen, sowie den Faden am Ende zu befestigen: den ersatzfähigen Schaden von den irrelevanten (vor allem sich auf die Zukunft gerichteten) Restrisiken des Lebens abzugrenzen. Dieser mutwillige Versuch hat den Verfasser dieser Arbeit angezogen.

Im modernen Vertragsrecht, das nicht mehr die moralische Bewertung des Verhaltens der Vertragsparteien, sondern vielmehr die ökonomisch effiziente und rationale *Verteilung der Risiken* und potentieller Beschädigungen zum Ziel hat und im Wesentlichen auf die Berechenbarkeit der Nutzen und Kosten, sowie des Ablaufs der Geschehnisse abstellt, blinkt der Kontrast dieser Erwartungen einerseits und den oben angedeuteten Eigenartigkeiten des Schadensrechtes andererseits wie ein rotes Ausrufezeichen. Die Problematik der Mangelfolgeschäden steht gerade eben im Brennpunkt dieses Kontrastes: Man möchte gern die Schäden aus der Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes vorhersehen, man möchte gern die so in Kauf genommenen Risiken vollständig der einen oder der anderen Partei auferlegen, man möchte einfach gern diese Problematik im Voraus regeln, aber es geht nicht. Die kritische *Restunsicherheit* wird nie eine vollständige Regelung im Voraus erlauben, weder im Vertrag, noch im Gesetz.

Über diese reizvollen theoretischen Problemstellungen hinaus darf man nicht die *praktische Relevanz* der Problematik vernachlässigen. Ein winziger Fehler oder Mangel kann zu riesigen, unüberschaubaren, enormen Schäden führen, wie es auch die als Motto ausgewählte Volksdichtung – die übrigens in beiden Ländern, sowohl in Deutschland als auch in Ungarn auffindbar ist – zeigt. Neben den oben geschilderten Überlegungen hat den Verfasser auch ein anderes Ereignis dazu bewegt, sich mit diesem Themenbereich zu befassen. Das deutsche Mutterunternehmen einer ungarischen Tochterfirma in der Installationstechnikbranche hat eine Anwaltskanzlei in Budapest ersucht (wo damals auch der Verfasser dieser Arbeit tätig war), um zu der folgenden Rechtsfrage ein Gutachten erteilt zu bekommen: ob und inwiefern man nach ungarischem Recht die Haftung für Mangelfolgeschäden in Individualverträgen und in den AGB ausschließen bzw. beschränken kann. Diese Fragestellung führte zur Methodik des funktionalen Rechtsvergleichs: Zunächst muss man erforschen, was im deutschen Recht unter Mangelfolgeschäden verstanden wird, ob und inwiefern die Haftung für diese Schadensposten ausgeschlossen bzw. beschränkt werden kann, und danach prüft man das ungarische Vertragsrecht, vor allem das Haftungs- und Schadensrecht, auf ähnliche Lösungen, und schließlich zieht man die (rechtsvergleichenden) Folgerungen. Eine andere Mandantin – Tochterunternehmen einer österreichischen Firma – hat eine ähnliche Frage gestellt: Sie verkauft elektronische Schalter und ähnliche

Geräte, die im Vergleich zu den Kosten eines Bauprojektes nicht besonders wertvoll sind, deren Mangelhaftigkeit aber – die bisweilen unausweichlich vorkommt – solche Schäden verursachen kann, deren Ersatz ggf. zur Insolvenz der Gesellschaft führt. Den denkbaren Kausalitätsketten setzt nur die Phantasie Grenzen, man kann sogar über die oben angeführten Volksdichtung hinausgehen und noch mehr übertreiben: Der mangelhafte Schalter wird in einem Kernkraftwerk montiert, dort verursacht der Mangel einen Kurzschluss, das Kraftwerk muss sofort abgestellt werden, es wird weniger Strom produziert, mehr Strom muss importiert werden, was Mehrkosten zur Folge hat, die Firmen müssen Kosten reduzieren und entlassen Arbeitnehmer, darunter auch den Herrn Schmidt, der aus Verzweiflung Selbstmord begeht. Ist der Unterhaltsausfall der Familienmitglieder von Herrn Schmidt kausal? Auf jeden Fall. Ob es zu einem Schadensersatz kommt, ist jedoch äußerst fraglich. Ein mangelhafter Schalter ist also nicht weniger gefährlich als ein mangelhaft eingeschlagener Hufnagel. Somit sind Gegenstand und Methodik dieser Arbeit entstanden: *Die Grenzen der Haftung bzw. des Schadensersatzes* für Mangelfolgeschäden im deutschen und im ungarischen Kauf- und Werkvertragsrecht, sowie im allgemeinen Schadensrecht werden anhand des funktionalen Rechtsvergleichs untersucht.

Wie es die oben angeführte Volksdichtung und die realistischen praktischen Beispiele zeigen, bleibt die „Schadenskette“ nicht unbedingt beim Vertragspartner stehen, auch andere Rechtssubjekte können Schäden wegen der Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes erleiden. Der Gegenstand dieser Arbeit wird aber auf die Schäden des „Erstgeschädigten“, d.h. des Käufers bzw. des Bestellers (Auftraggebers) beschränkt. Die Problematik der Drittschäden, der Drittschadensliquidation, wird vollständig ausgegrenzt, es werden lediglich einige unausweichliche Berührungspunkte angesprochen. Nicht einmal die Fallkonstellation wird behandelt, dass der Geschädigte im Schadensfall sterben könnte: Unterhaltsansprüche und ähnliche Fragen bleiben außer Betracht. Da die Untersuchung im Bereich des materiellen Privatrechts umfangreich genug geworden ist, wird auf die prozessrechtlichen und steuerrechtlichen Aspekte genauso wenig eingegangen wie auf die grundrechtlichen Zusammenhänge. Die „Anschlussstationen“, Anknüpfungspunkte zu diesen Themengebieten werden kurz angedeutet oder nur benannt; diese markieren den Weg der eventuellen weiteren Untersuchung. Nicht einmal alle privatrechtlichen Aspekte, die mit den Mangelfolgeschäden in Berührung kommen, können ausführlich behandelt werden: u.a. die Darlegung des Verhältnisses der Schadensersatzansprüche aus dem Vertrags- und aus dem Deliktsrecht zueinander wird auf das Notwendigste beschränkt, eine selbstständige Arbeit könnte dieses Problem zum Gegenstand haben.

Der Verfasser musste feststellen, dass das Thema sich selbst generiert. Vieles bezieht sich auf Mangelfolgeschäden, aber nicht nur darauf. Es tauchen zwangsläufig immer wieder neue Aspekte auf, ohne deren Behandlung die Untersuchung offensichtlich und verdrießlich unvollständig geblieben wäre, wobei es gerade Zielsetzung der Arbeit ist, über die Grenzen der Haftung und des Schadensersatzes eine Breitbildaufnahme, ein möglichst vollständiges Register anzufertigen. Dies hat seine Spuren in der Struktur, vor allem aber im Umfang der Arbeit hinterlassen. Selbstverständlich wurde die Redaktion der Arbeit nicht völlig der amöbenartigen Ausbreitung des Themas überlassen. Es war u.a. eine bewusste Entscheidung, dass nicht nur vertragliche, privatautonome Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse zu untersuchen, sondern auch diejenigen Rechtsinstitute der Vergleichsländer unter die Lupe zu nehmen, die im geschriebenen Recht oder in der Rechtsprechung dazu berufen sind, den Strom des Schadensersatzes im Interesse der Bewahrung der Realität „zurückzudeichen“. Die *vertraglichen* (Haftungsbeschränkung und -ausschluss im Vertrag) und die *gesetzlichen Grenzen* der Totalreparation (Verschulden, Zurechnungstheorien, Grenzen der Ersatzfähigkeit, etc.) – natürlich bezüglich der Mangelfolgeschäden – ergänzen sich gegenseitig und haben die gleiche Zielsetzung: zu einer vernünftigen, effizienten und gerechtfertigten Verteilung der vertraglichen Risiken beizutragen. Von daher werden beide Themenbereiche in dieser Arbeit selbstständig und gleichrangig nebeneinander gestellt und behandelt.

Funktionaler Rechtsvergleich als methodischer Grundsatz bedeutet, dass vom deutschen Recht als Vergleichsgrundlage ausgegangen wird: Die strukturellen Einheiten, d.h. der Aufbau der Arbeit, richten sich nach der internen systematischen und dogmatischen Aufgliederung des deutschen Rechts. Diejenigen Rechtsinstitute des ungarischen Rechts, die derselben Funktion Rechnung tragen, werden parallel danebengestellt, unabhängig davon, ob die dogmatische und systematische Einordnung des ungarischen Rechts in Bezug auf das behandelte Rechtsinstitut mit der des deutschen Rechts übereinstimmt. Dies stellt jedenfalls einen methodischen Kompromiss dar, es wird aber an jeder Stelle, bei jeder Abweichung von der inneren Logik des ungarischen Rechts, ausdrücklich darauf hingewiesen und die ursprüngliche dogmatische Stellung im Rahmen des ungarischen Schadensrechts angegeben. Die Rechtsvergleichung erfolgt in der Weise, dass bereits bei der Darlegung der ungarischen Teile auf die vorher behandelte deutsche Regelung Rücksicht genommen wird, und die offensichtlichen Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede werden aus deutscher Sicht unmittelbar erörtert. Um diese ausdrücklich zu wiederholen und zu unterstreichen, erfolgt am Ende jeder organisch zusammenhängenden Einheit (diese Einheiten stimmen nicht unbedingt mit den nummerierten Kapiteln oder mit

den Teilen der Arbeit überein) die Zusammenfassung des rechtsvergleichenden Zwischenergebnisses. Der Verfasser musste auch hier einen „methodischen Kompromiss“ hinnehmen: Wegen der dogmatischen und systematischen Unterschiede der beiden untersuchten Rechtssysteme, bzw. weil nicht einmal innerhalb eines Rechtssystems die Einordnung einiger Rechtsinstitute einheitlich angesehen wird, sind Wiederholungen in der Arbeit in einem gewissen Ausmaß nicht zu vermeiden. Zur Lösung dieser Schwierigkeit ergeben sich drei Methoden. Entweder beschreibt man alles umfassend an allen Stellen, an denen von dem betroffenen Rechtsinstitut die Rede ist. Dies würde aber den Umfang der Arbeit vervielfachen. Oder man beschreibt alles nur einmal, und im Weiteren wird darauf nur zurückverwiesen, wobei der Leser in diesem Falle immer wieder zurückblättern muss. Es wurde sich hier für eine Kompromisslösung entschieden: Alles wird nur einmal ausführlich dargelegt, aber an den anderen Stellen, wo das betroffene Rechtsinstitut erneut angesprochen wird, werden die wichtigsten Thesen wieder – wenn auch nur kurz – aufgeführt. Es war auch nicht einfach zu entscheiden, wo man die organische Struktur des deutschen Rechts abbrechen sollte, um das ungarische Recht gegenüberzustellen. Entweder nimmt man größere Einheiten, wie zum Beispiel die gesamte Zurechnungsproblematik: Zuerst beschreibt man die deutschen Regelungen und Rechtsprechung und geht dann über zu der ungarischen Rechtslage. Bei dieser Lösung wird die Einheit der Struktur bewahrt, aber die Rechtsvergleichung geht verloren: Es handelt sich nicht mehr um Rechtsvergleichung, sondern lediglich um parallele Darstellungen. Das andere Extrem wäre, allen deutschen Rechtsinstituten, Vorschriften und Rechtsprechungen das ungarische Pendant entgegenzustellen: Dann wäre den Gemeinsamkeiten und Unterschieden einfacher zu folgen, der Mehrertrag aus der Rechtsvergleichung ginge aber wegen der Unüberschaubarkeit und der zerteilten Struktur genauso verloren wie im ersten Falle. (Zumal nicht alle Überlegungen und Lösungen ein Äquivalent im ungarischen Recht haben. Diese Tatsache wirkt sich erst recht verwirrend aus, denn man könnte nicht mehr nachvollziehen, warum dieses oder jenes fehlt.) Daher wurde versucht, den goldenen Mittelweg zu finden und *die Rechtsvergleichung „stufenweise“* durchzuführen. Größere und organisch zusammengehörende Einheiten werden also rechtsvergleichend dargestellt, und zwar im Rahmen einer Systematik, die in Kapitel 2 § 4 beschrieben ist. Zum Beispiel wird innerhalb der Zurechnungsproblematik zunächst das Verschulden im Hinblick auf beide Rechtssysteme erörtert (Verschulden als subjektive Zurechnung im deutschen und anschließend im ungarischen Recht), dann kommt es zur Gegenüberstellung der allgemeinen Zurechnungstheorien (Adäquanz und Schutzzwecklehre im deutschen Recht, die herrschende Zurechnungstheorie: die modifizierte Adäquanzlehre im ungarischen Recht). Anschließend

werden die speziellen Zurechnungsregeln jeweils in Deutschland und in Ungarn dargestellt, und das Kapitel schließlich mit der hypothetischen Kausalität sowie mit dem rechtsvergleichenden Zwischenergebnis abgeschlossen. Das ist m.E. „die abgestufte Rechtsvergleichung“. Man könnte auch sagen, dass die Rechtsvergleichung weder auf der Abstraktionsstufe des Allgemeinen, noch auf der des Einzelnen, sondern auf der des Besonderen, Speziellen stattfindet. Der abgestufte funktionale Rechtsvergleich *auf der Abstraktionsebene des Besonderen* ergibt die *horizontale Untergliederung* der Arbeit.

Die *vertikale Untergliederung* der Arbeit ist nichts anderes, als der Gang und Aufbau der Untersuchung; die Struktur, die Aufeinanderfolge der einzelnen Teile und Kapitel. Nicht nur der Gegenstand der Arbeit wirkt sich auf die Methodik aus, sondern auch umgekehrt: Der funktionale Rechtsvergleich machte es erforderlich, dass die Arbeit mit einem „*Allgemeinen Teil*“ beginnt. Im Rahmen dieses einführenden Teils werden die Strukturfragen der beiden untersuchten Haftungs- und Schadensrechte dargelegt, da man ohne diese Grundlagen die Rechtsvergleichung der Einzelheiten nicht einordnen und ihr nicht folgen könnte, diese würden lediglich „in der Luft hängen“. Die Rechtsvergleichung braucht diesen Rahmen, anderenfalls wären die Ausgangspunkte und redaktionellen Überlegungen unverständlich. *Teil A* enthält also die systematischen und dogmatischen Vorüberlegungen: die Grundzüge des Schadensrechts (Kapitel 1), das Prinzip der Totalreparation (Kapitel 2), die allgemeine Schadenstypologie (Kapitel 3) sowie die Begriffsbestimmung und Charakterisierung der Mangelgeschäden (Kapitel 4). *Im ersten Kapitel* werden die Strukturelemente (Unterscheidung zwischen Haftungsbegründung und -ausfüllung, Differenzhypothese, Totalreparation und Bereicherungsverbot etc.), die Zielsetzungen des Schadensersatzrechtes und die Art und Weise der Ersatzleistung (Reihenfolge der Schadensersatzmethoden, konkrete und abstrakte Schadensberechnung) behandelt. Das Kapitel schließt mit den Herausforderungen der postmodernen Zeit sowie mit der Anwendbarkeit der allgemeinen Thesen auf dem Gebiet der vertraglichen Haftung ab. *Kapitel 2* hat die Totalreparation zum Gegenstand. Nach der Begriffsbestimmung kommt es zur Aufnahme der für und gegen die Begrenzung der Totalreparation angebrachten Argumente; nach dem Register der Begrenzungskonzepte in der Lehre wird die eigene Systematik der Begrenzung des Totalersatzes vorgetragen. Dieses Modell, das auch durch die graphische Abbildung im Anhang Nr. 1 verstärkt wird, dient im Weiteren als Struktur der Arbeit; Aufbau und Aufeinanderfolge der Kapitel richten sich nach dessen Logik. *Kapitel 3* befasst sich mit den Möglichkeiten der Systematisierung der Schadensarten, samt einer graphischen Abbildung im Anhang Nr. 2. Die Aufteilung des Haftungsausfüllungsbereiches kündigt schon die Abgren-

zungsprobleme in Bezug auf die Mangelfolgeschäden im *Kapitel 4* an. Hier wird die Mangelfolgeschadenproblematik systematisch erläutert: Sowohl vor als auch nach der Schuldrechtsreform werden die Beweggründe, die dogmatischen Grundlagen, die Kataloge der Abgrenzungskriterien, sowie die Ergebnisse der Abgrenzung in Bezug auf das Begriffspaar Mangelschaden und Mangelfolgeschaden dargestellt. Teil A endet mit der eigenen Begriffsbestimmung des Mangelfolgeschadens.

Im *Teil B* werden die Möglichkeiten und Grenzen der vertraglichen Begrenzbarkeit der Haftung und des Schadensersatzes behandelt, und zwar sowohl im Individualvertrag (*Kapitel 6*) als auch in AGB (*Kapitel 7*). Der Themenbereich Haftungsbegrenzung in AGB gliedert sich dann in Verbraucher- und Nichtverbraucherverträge. Die fehlende Rechtsprechung in Ungarn sowie die eventuelle Leitbildänderung hinsichtlich der vertragswesentlichen Pflichten nach der deutschen Schuldrechtsreform sind die Schwerpunkte dieser Überlegungen. Den beiden Kapiteln geht *Kapitel 5* voran, das die allgemeinen Vorfragen der vertraglichen Haftungsbegrenzung zum Gegenstand hat. All jene Faktoren werden in diesem Rahmen aufgefangen und aufgelistet, die im Allgemeinen die Möglichkeiten und Grenzen der vertraglichen Haftungsbegrenzung mitgestalten und zwar auf drei Abstraktionsebenen: auf der Stufe aller Verträge (allgemeine Faktoren, allgemeine Stufe), auf der Stufe des besonderen Vertragstypus (vertragstypuspezifische Gesichtspunkte, besondere Stufe) und schließlich auf der Stufe des konkreten Vertrages im Einzelfall (konkrete Elemente, konkrete Stufe). Diese Dreistufigkeit dient auch später als Modell und Struktur (im *Kapitel 8*) der Beschreibung und Analyse der Schutzzwecklehre. Teil B wird mit einem rechtsvergleichenden Zwischenergebnis abgeschlossen.

In *Teil C* wird allen solchen Rechtsinstituten Aufmerksamkeit geschenkt, die auf gesetzlicher Grundlage oder in der Rechtsprechung für die vernünftige Einschränkung der Totalreparation und der Uferlosigkeit von Schadensersatzansprüchen erarbeitet worden sind. Sie kommen auch dann – kraft Gesetzes – zur Anwendung, wenn die Parteien sie im Vertrag nicht vereinbart haben. Die erste große Einheit stellt die Schadenszurechnung dar (*Kapitel 8*), deren Gliederung oben als Beispiel des abgestuften funktionalen Rechtsvergleichs dargelegt wurde. Darauf folgen die Schadensbegrenzungen im Zuge der Schadensberechnung in *Kapitel 9*, welches wohl das längste Kapitel der Arbeit ist. Zunächst wird untersucht, ob und inwiefern sich die Auswahl der Schadensersatzart samt ihren Vorschriften und Gebundenheiten auf den Ersatzbetrag bzw. Ersatzwert auswirkt und bei welcher Schadensersatzmethode der Schädiger tiefer in seine Tasche greifen muss. Dementsprechend können alle Vorschriften, die die Wahlmöglichkeit des Geschädigten einschränken oder auf die „billigere“ Ersatzmethode beschränken, als Grenzen des Schadensersatzes angesehen werden.

Im zweiten Teil von Kapitel 9 sind dann die Schadensrechnungsarten in Bezug auf die einzelnen Schadenstypen rechtsvergleichend nebeneinander gestellt (Sachschäden – Wiederherstellungskosten und Geldersatz, Personenschäden – Heilungskosten und Ersatz der immateriellen Schäden, der entgangene Gewinn, der abstrakte Nutzungsausfall, Folgekosten). Anhand dieses Kapitels wird der erste methodische Kompromiss des funktionalen Rechtsvergleichs einmal mehr ersichtlich: Einige Schadensposten, die zwar gemäß dem ungarischen Schadensrecht der Kategorie der Schadensminderungskosten angehören, werden nicht bei den Schadensminderungskosten behandelt, sondern bereits bei der Wiederherstellung der Sachschäden oder zum Beispiel bei den Personenschäden, weil die vergleichende Analyse sich nach der Systematisierung des deutschen Schadensrechts richtet. *Kapitel 10* wird der Mitverursachung des Geschädigten, der Verletzung der Schadensminderungspflicht sowie der Warnobliegenheit gewidmet, während das sich daran anschließende *Kapitel 11* die rechtsvergleichende Analyse des Vorteilsausgleichs zum Inhalt hat. *Kapitel 12* fällt etwas aus dem bisherigen dogmatischen Rahmen: Hier wird nämlich erörtert, wie sich die Kenntnis (und ggf. die grob fahrlässige Unkenntnis) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Erfüllung auf den Schadensersatzanspruch auswirken. Dies hat weder mit der Schadenszurechnung noch mit der Schadensberechnung zu tun, sondern entzieht der Haftungsgrundlage die Existenzberechtigung.

Teil D besteht aus einem einzigen Kapitel, das die *de-lege-ferenda*-Überlegungen und Reformvorschläge beider Rechtsordnungen enthält. Dargelegt werden die gescheiterten Versuche, in das deutsche BGB eine Reduktionsklausel nach schweizerischem Modell oder eine Vorhersehbarkeitsklausel im normativen Sinne nach den Vorstellungen von Ulrich Huber aufzunehmen. Außerdem wird der Konzeptwechsel (Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung, ergänzt mit einer Vorhersehbarkeitsklausel nach Art. 74 CISG) in Bezug auf die vertragliche Haftung im neuen ungarischen BGB geschildert.

Zuallerletzt wird vom Leser mit der *Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen* Abschied genommen (die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede der untersuchten Rechtsordnungen werden im Anhang Nr. 3 auch tabellarisch dargestellt). Die behandelten Vorschriften des ungarischen BGB sind zwecks Überschaubarkeit im Anhang Nr. 4 auszugsweise abgedruckt. Der Text der betroffenen Teile des Gesetzesvorschlages für das zukünftige neue ungarische BGB sind ebenfalls (als Anhang Nr. 5) beigefügt.

Zwei weitere methodische Ansätze müssen noch kurz angesprochen werden. Der Verfasser, bedient sich – der angestrebten Transparenz und dogmatischen Klarheit zuliebe – öfter der Methodik der „dreistufigen

Analyse“: Wenn es sich um die Untersuchung und Katalogisierung der Elemente einer Begrifflichkeit, einer Vorschrift oder eines Rechtsinstituts handelt, werden diese auf drei Abstraktionsebenen aufgenommen. Das ist zum Beispiel bezüglich des Begriffs einer vertragswesentlichen Pflicht oder des Schutzzweckgedankens der Fall. Zunächst werden die Faktoren erörtert, welche die betroffene Begrifflichkeit bezüglich aller Verträge (Verträge aller Art) auszeichnen (Untersuchungsebene *des Allgemeinen*). Anschließend werden die Elemente unter die Lupe genommen, welche die oben untersuchten mit Rücksicht auf den betroffenen Vertragstypus ergänzen, kennzeichnen, eventuell umqualifizieren; hierbei werden die kauf- und werkvertragspezifischen Aspekte ins Spiel gebracht (Untersuchungsebene *des Besonderen*). Schließlich kommen noch diejenigen Komponenten hinzu, die sich auf den konkreten Vertrag, auf den konkreten Vertragsgegenstand beziehen (Untersuchungsebene *des Konkreten*). Die vorliegende Arbeit basiert auf den Ergebnissen der Zivilrechtswissenschaft der Vergleichsländer: Eine (Neu-)Kommentierung und detaillierte Analyse der einzelnen gerichtlichen Entscheidungen findet nicht statt, vielmehr setze ich mich mit den kritischen Würdigungen und Feststellungen der Lehre auseinander. Umso mehr wird an dieser methodischen Vereinfachung festgehalten, dass in Ungarn viele Entscheidungen nicht einmal veröffentlicht werden. Somit sind diese nur durch die Lektüre von Sekundärwerken zugänglich, die die Vertreter der Richterschaft geschrieben haben.

Nach der Lektüre von mehreren tausend Seiten und Anfertigung einer Doktorarbeit stellt man traurig fest, dass man nur einen sehr geringen Mehrwert – wenn überhaupt – erarbeiten und der universalen Zivilrechtswissenschaft beifügen konnte. Das mahnt einen – zu Recht – zur Bescheidenheit und Demut. Man muss sich jedoch mit wissenschaftlicher Strenge die Frage stellen: Woran liegt der persönliche Mehrwert, gibt es einen solchen Mehrwert überhaupt? Der Verfasser erhofft sich den Mehrwert von der rechtsvergleichenden Brille als methodischer Grundsatz der Problemstellung und der Untersuchung: Es wird nach den Grenzen der Haftung und des Schadens auf dem Gebiet der mangelhaften Erfüllung, und zwar mittels des funktionalen Rechtsvergleichs des deutschen und des ungarischen Rechts, geforscht. Ob die Untersuchung im Endergebnis einen Mehrwert mit sich gebracht hat, oder nicht, soll der Leser entscheiden. Dem Verfasser bleibt nichts anderes übrig, als sich die Gedanken von *Adam*, dem Helden des dramatischen Gedichtes „*Die Tragödie des Menschen*“ von *Imre Madách* zu merken. Adam, nachdem er alle Epochen der Weltgeschichte mit der Hilfe von Luzifer erlebt hat und einsam aus der Welt in den Weltraum gestoßen wird, stellt endlich das Ziel des menschlichen Lebens wie folgt fest:

„Verfehlt ich hundertmal das Ziel, / Was tut's? Was ist denn auch das Ziel? / Beenden eine heiße Schlacht. / Das Ziel – der Tod, der Kampf – das Leben, / Im Kampf selbst liegt des Menschen Ziel.“¹

Das Ziel ist der Kampf selbst. Hiermit werden die Leser herzlich eingeladen, die Kämpfe des Verfassers im Dschungel des Schadensrechts mitzuverfolgen.

Hamburg – Budapest, den 20. April 2007²

Ádám Fuglinszky

¹ *Imre Madách*: Die Tragödie des Menschen, Dreizehntes Bild, im Weltenraum; deutsche Übersetzung von Jenő Mohácsi – Géza Engl, Achte Auflage, Corvina Verlag, Budapest, 1994, S. 211 f.

² Die Arbeit und deren Aktualisierung wurden ebenfalls mit dem 20. April 2007 abgeschlossen.

Teil A: Systematische und dogmatische Vorüberlegungen: Schadensersatzrecht, Totalreparation und ihre Grenzen, Schadenstypologie, Mangelfolgeschaden

Kapitel 1

Struktur und Grundzüge des deutschen und des ungarischen Schadensersatzrechtes mit Rücksicht auf den Schadensersatzanspruch im Vertragsrecht aufgrund Schlechtleistung

„Das Nervenzentrum des Privatrechts bildet die Lehre vom Schadensersatz. Sie zeigt ein verworrenes Bild und ist zum Tummelplatz einander widerstreitender Ideen geworden“, charakterisiert Wilburg das Schadensrecht im Jahre 1950 in seiner Rektoratsrede.¹ Seitdem sind mehr als 50 Jahre vergangen, vieles hat sich geändert, hunderte von Büchern sind zum Schadensersatz geschrieben worden, und die wissenschaftlichen Debatten haben auch nicht nachgelassen - ganz im Gegenteil. Die Lehre des Schadensersatzes wurde im ungarischen Schrifttum seit jeher sehr ähnlich eingeschätzt. „Die Lehre des Schadensersatzes ist zweifellos der bunteste und mannigfachste Bereich der Zivilrechtswissenschaft. Es gibt keinen anderen Teil des Privatrechts, wo man sich mit dieser Vielfalt der Auffassungen, mit derartiger Zersplitterung der Meinungen, mit diesen endlosen Massen von Einzelproblemen, sowie mit derartigen Extremismen der Widersprüche auseinandersetzen müsste, als hier ...“ – schrieb ein bekannter ungarischer Zivilrechtler, Gyula Dezső, im Jahre 1937.² Heute kann man das Schadensersatzrecht anstatt mit den Nerven, sogar mit dem Gehirn vergleichen.

¹ *Wilburg* (1950), S. 11.

² *Dezső* (1937), S. 1.

Nicht nur weil es innerhalb des Zivilrechts eine zentrale Rolle spielt und sich sehr intensiv auf unser Alltagsleben auswirkt, sondern auch anhand jener, der Gehirnforschung ebenfalls nicht fremden Erkenntnis, dass die neueren Untersuchungen, die zwar einiges aufdecken und klarstellen, immer wieder zu neuen Detailproblemen führen. Rechtsprechung und Lehre erhalten dann und wann einen neuen Antrieb durch die Gesetzgebung oder einfach durch die raschen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Änderungen, und dies führt notwendigerweise zur Erarbeitung von Reformvorschlägen und von neuen wissenschaftlichen Auffassungen. Nicht nur der Inhalt, sondern auch die Tatsache, dass dieser Rechtsbereich dem ständigen Wandel unterworfen ist, erschwert die Aufgabe, die wichtigsten Elemente und die strukturellen Fragen zu erfassen. Dennoch wird dies hiermit versucht. Zunächst wird nach den Wurzeln und die Rechtfertigung, sowie nach der Legitimation des Schadensersatzes gefragt. Darauf folgend werden die strukturellen Fragen des Rechtsgebietes kurz behandelt. Es ist in der Rechtswissenschaft kaum noch ein Gebiet zu finden, bei dem der strukturelle Aufbau und die Systematik der Vorschriften so eine starke Auswirkung auf den Inhalt ausüben, wie es beim Schadensersatzrecht der Fall ist. Es werden auch die Zielsetzungen und die ergänzenden Grundsätze des Schadensrechtes dargestellt, und diesen Überlegungen wird eine kurze Beschreibung der Art und Weise der Ersatzleistung angeschlossen, mit Rücksicht auf die vorangegangenen behandelten Prinzipien. Dann wird auf den Problembereich eingegangen, inwiefern und mit welchen Abwandlungen die strukturellen und inhaltlichen Grundsätze des allgemeinen und einheitlichen Schadensrechtes im Vertragsrecht, insbesondere im Recht der Pflichtverletzungen, durchgreifen können. Anschließend werden die alternativen Schadensregulierungsvorschläge der neueren Lehre kurz dargelegt und schließlich wird versucht, die tatsächliche Funktionsweise des Schadensrechtes in der tagtäglichen Rechtsprechung, teilweise mit einem rechtssoziologischen Ansatz, unter die Lupe zu nehmen.

§ 1 Wurzeln und Rechtfertigung des Schadensersatzes

Um die strukturellen und dogmatischen Grundfragen des Schadensrechtes annähernd verstehen zu können, muss man die Wurzeln bzw. ihre Rechtfertigung hinterfragen. Dem alten Rechtsprinzip *casum sentit dominus* entsprechend trägt jeder sein Lebensrisiko (und somit auch sein Schadensrisiko) selbst, die Erstattung bzw. der Ersatz der erlittenen Schäden, im letzteren Falle die Haftung dafür, ist keine Selbstverständlichkeit, sondern vielmehr als Ausnahme anzusehen. Die Existenz dieser Ausnahme lässt sich durch das mindestens genauso wichtige Prinzip „*neminem laedere*“,

und auch dadurch rechtfertigen, dass der Geschädigte – nach der Formulierung von Deutsch – „Opfer einer zurechenbaren, weil vorhergesehenen oder vermeidbaren Verletzung geworden ist.“³ Die von Deutsch verwendeten Begrifflichkeiten sind aus juristischer Sicht ausnahmslos wertungs- bzw. auslegungsbedürftig und führen gleichzeitig zu der Grundfrage der Ersatzfähigkeit des erlittenen Schadens und zugleich zum rechtspolitischen Entscheidungskonflikt zwischen dem Güterfortbestandsinteresse durch Ersatzleistung einerseits und der allgemeinen Handlungsfreiheit andererseits; u.a. nach dem Motto: „Nicht wegen jeder Schadensgefahr soll ein sozialförderliches Tun unterbleiben oder mit weitreichender Vorsicht belastet werden“⁴. Nach welchen Kriterien kann derjenige, der einen Schaden erlitten hat, diesen auf einen anderen abwälzen, lautet die primäre rechtspolitische Frage. An diese Frage ist die sekundäre Grundfrage des Schadensrechtes anzuknüpfen: Nach welchen Prinzipien, Werturteilen und Denkweisen wählt der Gesetzgeber bzw. der Rechtsanwender diese Kriterien aus? Dieselben Fragestellungen hat in der ungarischen Lehre u.a. Sólyom formuliert: die Ausnahme von der Regel *casum sentit dominus* bedurfte schon immer eines schwerwiegenden Grundes – diese schwerwiegenden Gründe stellen die Grundlagen der Haftung, bzw. anderer Schadensallokationsmechanismen dar. Im Laufe der historischen Entwicklung ist aber die Regel immer mehr in den Hintergrund getreten.⁵ Im Sinne der Ausnahmekriterien – wohl aber sich auf das Vertragsrecht beschränkend – stellt Canaris vier potentielle Schadensträger dar. Er geht (ebenfalls) vom Grundsatz „*casum sentit dominus*“ aus, betont aber gleichzeitig die Bedeutung der eigenen Vorsorge bzw. Rücklagenbildung. Darauf folgen die Zahlung durch die andere Vertragspartei sowie die Umlage auf ein Kollektiv, in dieser Reihenfolge und am anderen Ende der Skala befindet sich die Übernahme der Kosten durch den Staat. Diese hierarchische Reihenfolge, der Schadenstragung bzw. Schadensabwälzung kennzeichnet sich dadurch, „dass die Argumentationslast von Stufe zu Stufe an Gewicht zunimmt“.⁶ M.E. ist die Schadensabwälzungstreppe von Canaris über die vertragsrechtliche Schadenszuweisung hinaus für das gesamte Schadensrecht verallgemeinerungsfähig, wenn man an zweiter Stelle die Vertragspartei durch die Person ersetzt, die gemäß rechtspolitischer Entscheidung für den Schaden aufgrund von Verursachung, Verschulden oder Gefährdung d.h. gemäß

³ Deutsch (1996), Rdnr. 1-2, 861, ähnlich Roussos (1992), S. 7, in der ungarischen Lehre vgl. Eörsi (1961), S. 416: Die Erfüllung des Reparationsanspruches setzt eine vorwerfbare Pflichtverletzung voraus, der Reparationsbedarf allein reicht für die Ersatzfähigkeit nicht aus, es kommt auf die Qualifizierung des Schädigerverhaltens an.

⁴ Deutsch (1996), Rdnr. 21-22.

⁵ Sólyom (1977), S. 41.

⁶ Canaris (1997), S. 91 f. Hervorhebung im Original.

einem juristischen Schadenszuordnungsprinzip eintreten muss. Als Begründung der möglichen Schadenszuweisung wird oft das bewegliche System von Wilburg zitiert, nachdem als Kriterien der Schadenstragung und -abwälzung (sowohl für das Bestehen als auch für die ersatzfähige Schadensgröße) die folgenden Überlegungen gelten sollen: erstens, die Inanspruchnahme des Rechtsgebietes durch Eingriff oder Gefährdung durch den Schädiger; zweitens, die Tatsache, dass die zur Verletzung führenden Umstände auf der Seite des Schädigers liegen und drittens, der Vorwurf eines Mangels bei der Verletzung.⁷ Wilburg hat dieses System später präzisiert und erweitert, und stellte auf die folgenden Elemente ab: ein für das Schadensereignis kausaler Mangel; Gefährdung durch ein Unternehmen oder durch den Besitz einer Sache, die zum Schadenseintritt geführt hat; die Nähe des Kausalzusammenhanges und schließlich – als neuer Aspekt – die soziale Abwägung der Vermögenslage des Beschädigten und des Schädigers.⁸ Die ähnliche Systematik der Verschuldenshaftung von Canaris besteht (nur) aus drei Elementen: aus dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes (nicht alle Rechtsgüter werden in gleichem Maße geschützt), aus dem Ausmaß des Unrechts in Verbindung mit dem Grad des Verschuldens, und schließlich aus einem zusätzlichen Haftungssystem aus Sonderverbindung.⁹ Zunächst ist zu untersuchen, wie das Schadensrecht die oben gestellten Grundfragen beantwortet und einen angemessenen Kompromiss in dem genannten Interessenkonflikt zu finden versucht.

§ 2 Strukturfragen des Schadensrechts

Die Struktur des deutschen Haftungs- bzw. Schadensrechtes ist durch die Dichotomie der Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung geprägt.¹⁰ Die Voraussetzungen der Haftung auf Schadensersatz werden in den verschiedenen Haftungsnormen des Haftungsrechts festgestellt. Diese konkreten Haftungsnormen haben eine ambivalente Doppelfunktion inne, da sie einerseits die Haftung begründen (und ermöglichen dadurch, dass die Ausnahme der Schadensabwälzung – vom *casum-sentit-dominus*-Grundsatz – zur Anwendung kommt), andererseits sind sie aber – mittels der einzelnen Tatbestandsmerkmale als Haftungsvoraussetzungen – für die Begrenzung

⁷ Wilburg (1941), S. 101 f.; Diese Faktoren werden hinsichtlich des Vertragsrechts mit anderen ergänzt und teilweise funktionieren sie abgeändert. Vgl. *ders.* (1941) S. 114-118.

⁸ Wilburg (1950) S. 12 f.

⁹ Vgl. Canaris (1983), S. 30 ff.

¹⁰ Nahezu Selbstverständlichkeit, vgl. z.B. die zwei Ebenen des Systems des Schadensersatzes bei Schlobach (2003), S. 5.

der Haftung oder vielmehr der als Verletzung angesehenen Handlungen zuständig.¹¹ Für den Umfang und für die Art und Weise der Ersatzleistung, anders formuliert für den ersatzfähigen Schaden, sind die Vorschriften des relativ selbstständigen Schadensrechts maßgebend. Selbstständig, weil diese Regeln von der einschlägigen Haftungsnorm unabhängig, für alle Haftungstatbestände einheitlich gelten¹²; jedoch (nur) relativ unabhängig, weil im Rahmen der konkreten Schadensfeststellung auf die Reichweite des Schutzzwecks der konkreten Haftungsvorschrift zurückgegriffen wird (diese Theorie bzw. schadensrechtliche Vervollständigung der teleologischen Auslegung ist die Schutz- oder Normzwecklehre, mit anderen Worten die Schutzbereichlehre oder der Rechtswidrigkeitszusammenhang).¹³ Dieser Aufbau des Schadensersatzes führt zu der beinahe evidenten Folgerung, die von Rüßmann formuliert wurde, dass die §§ 249-253 BGB das „Wie“ des Schadensersatzes regeln und die Anwendung dieser die positive Beantwortung des „Ob“ voraussetzt.¹⁴ Die Differenzierung zwischen Haftungsrecht und Schadensrecht oder „*die Trennung von Grund und Inhalt*“¹⁵ sowie die damit notwendigerweise verbundene relative Unabhängigkeit der Haftungsausfüllung ist nicht nur eine strukturelle, kodifikationstechnische und zugleich didaktische Frage, sondern hat auch eine der wichtigsten materiellen Prinzipien des Schadensersatzes zur Folge, nämlich den Grundsatz der *Totalreparation*. Wenn also bei der Feststellung der Ersatzleistung, von den oben erwähnten Schutzzwecküberlegungen abgesehen, nicht auf die Voraussetzungen der Haftung Rücksicht genommen wird, dann hat der Verschuldensgrad grundsätzlich keinen Einfluss auf den Betrag des Schadensersatzes. Anders formuliert, das deutsche Schadensrecht enthält keine

¹¹ *Schlobach* definiert diese Ambivalenz als den „funktionalen Gegensatz von Haftungsbegründung und Haftungsbegrenzung“, *Schlobach* (2003), S. 17.

¹² Vgl. die sog. prinzipielle Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit des Schadensrechts bei *Soergel-/Mertens* (1990) Vor § 249 Rz. 17, oder die „Einheitslösung der Haftungsfolgen“ bei *Schlobach* (2003), S. 6.

¹³ Vgl. *Lange/Schiemann/Lange* (2003) S. 9, *Schlobach* (2003), S. 12 f., *Münch-Komm/Oetker* Band 2a (2003) § 249 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/Grüneberg* (2003) Vor § 249 Rdnr. 4; „Trotz der Einheitlichkeit des Haftungsausfüllungsrechts kann aber schon die Art der Verpflichtung zu unterschiedlichen Betrachtungsweisen im einheitlichen Ausfüllungsmodell der Differenzhypothese führen.“ *Juris-PK/Rüßmann* (2004) § 249 Rz. 12; *Schiemann* sieht darin sogar „eine generelle Prägung der Ersatzpflicht durch den Schutzbereich der verletzten Norm“: *Staudinger/Schiemann* (2005) Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 4, ähnlich auch *Wagner* (2006), S. 457: das Schadensersatzrecht nehme keine eigenständigen Funktionen wahr, weil über das Maß der Haftung allein aufgrund des Haftungstatbestandes und dessen Funktionen entschieden werden kann. Folgerichtig müssen die Zwecke des Schadensersatzrechtes mit denen des Haftungsrechtes identisch sein.

¹⁴ *AK-BGB-Rüßmann* (1980) vor §§ 249-253 Rz. 1, *ders.* *Juris-PK/Rüßmann* (2004) § 249 Rz. 3; so auch *Staudinger/Schiemann* (2005) Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 4.

¹⁵ U. a. *Medicus* (2006) Rdnr. 583.

Abstufung der Schadensersatzhaftung nach der Schwere des Verschuldens¹⁶. Das heißt u.a., dass der Schädiger sogar bei leichtester Fahrlässigkeit den gesamten Schaden zu ersetzen hat, auch „wenn die Schadenshöhe die Grenze seiner Leistungsfähigkeit bei weitem überschreitet.“¹⁷ Dies wird als das schadensrechtliche Alles-oder-Nichts-Prinzip bezeichnet, da im Falle der Feststellbarkeit des Verschuldens (bzw. der Gefährdung) die volle Schadenshöhe zu ersetzen ist.¹⁸ Der ganze Schaden sollte aber – ähnlich wie die ambivalente Dichotomie der Begründung und der Begrenzung im Haftungsrecht – nicht nur die Untergrenze, sondern auch die Obergrenze des Schadensersatzes darstellen und dementsprechend ist der Grundsatz der Totalreparation mit dem Prinzip des *Bereicherungsverbot*es als Komplementär zu ergänzen. Demnach darf der Geschädigte nicht infolge des Schadensereignisses – und notwendigerweise auf Kosten des Schädigers – bereichert werden, z.B. dadurch, dass er nunmehr einen Lebensstil praktizieren kann, den er sich bisher selbst nicht leisten konnte.¹⁹ All diese Zu-

¹⁶ Wobei eine solche Abstufung nicht unbedingt mit dem Pönalgedanken verbunden sein muss. Vgl. Lange/Schiemann/Lange (2003) S. 13., zur Zusammenfassung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung von der graduieren Haftung bis zur Totalreparation vgl. u.a. Staudinger/Schiemann (2005) Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 24.

¹⁷ Palandt/Heinrichs (2005) Vorb v § 249 Rdnr. 6, auch die Unabhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit betonend Bamberger/Roth/Grüneberg (2003) Vor § 249 Rdnr. 3, ähnlich Jauernig/Teichmann (2004) Vor §§ 249 Rn 1.

¹⁸ Beinahe einheitliche Definition in der Lehre, vgl. z.B. AK-BGB-Rüßmann (1980) vor §§ 275 ff. Rz. 22, Schlobach (2003), S. 8, Medicus (2006) Rdnr. 585.

¹⁹ Vgl. z.B. Mook (1983) S. 1: Der Geschädigte darf weder ärmer noch reicher gestellt werden, als er ohne das schadensstiftende Ereignis gestanden hätte, wobei dieser Grundsatz durch präventive und ähnliche Überlegungen durchbrochen werden kann, ders. (1983) S. 110, 118; vgl. auch Soergel-/Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 23, ähnlich Schlobach (2003), S. 9; Münch-Komm/Oetker Band 2a (2003) § 249 Rdnr. 20. Es ist str. ob dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot die prinzipielle Selbstständigkeit unter den Schadensersatzzwecken zuerkannt werden kann. Stoll betrachtet es (nur) als ein Teilaspekt des Kompensationsprinzips (vgl. noch die kritische Stellungnahme Stolls zum Bereicherungsverbot), Stoll (1993) Rdnr. 158. Ohne explizite Stellungnahme aber im Ergebnis auch Mook (1983) 77: Es stelle lediglich den Ausdruck für den Vorrang des Ausgleichsgedankens dar. Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot gehöre laut Schieman (1999a), S. 42 den Elementen des Deutschen Ordre public im Schadensrecht an. Völlig a.A. ist Wagner (2006), S. 470, er nimmt nämlich die Aufgabe des schadensrechtlichen Bereicherungsverbot als Preis der Befürwortung der Prävention in Kauf: Ein einzelner Geschädigter kann ggf. mehr zugesprochen bekommen, als ihm persönlich Nachteile entstanden sind. In diesem Falle geht aber das Bereicherungsverbot nicht vollständig unter, sondern wird auf der Makro-Ebene wiederhergestellt: Die Nachteile höherer Schadenskosten in der Zukunft würden nämlich schwerer wiegen als die Nachteile durch die Duldung der Bereicherung des Geschädigten im Einzelfall. Letztendlich ist danach zu entscheiden, wer bereichert bleiben soll, der Geschädigte oder der Schädiger. Es sei offensichtlich, dass und warum man sich für den Geschädigten entscheiden soll. In einem anderen Aufsatz schlägt Wagner die Durchbrechung des Bereicherungsverbot

sammenhänge weisen darauf hin, dass der Gesetzgeber das Haftungsrecht und das Schadensrecht gleichrangig nebeneinander gestellt hat, dass ihnen gleich hohe Bedeutung beizumessen ist, dass sie sich gegenseitig ergänzen und voraussetzen. Dementsprechend ist es unzutreffend, dem Schadensrecht lediglich eine Hilfsfunktion zuzuweisen.

Das ungarische Schadensrecht zeigt in Bezug auf das oben genannte ein beinahe gleiches Bild. Die Unterscheidung zwischen Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung wird als notwendig angesehen. Bei Eörsi kommt der Grundsatz, terminologisch betrachtend, besonders betont und untermauert dadurch zum Ausdruck, dass er eindeutig zwischen Haftung und Reparation in diesem Zusammenhang differenziert. Er weist die Existenz des Einstehenmüssens der Haftung zu, währenddessen er das Ausmaß der Rechtsfolgen von den Gesichtspunkten der Reparation ableitet.²⁰ Kurz gefasst: Die Haftung hat das „Ob“, die Reparation das „Wie“ zum Gegenstand. Selbstverständlich muss er einsehen, dass sich die beiden Fragen nicht dermaßen klar voneinander trennen lassen. Sie stehen miteinander in Wechselbeziehung, sie beeinflussen einander und es werden sogar einige unzumutbare Folgen der Zweiteilung und andere ungewollte Konsequenzen des Schadensrechts durch diese versteckte Anknüpfung korrigiert. Anhand der genannten Untergliederung (und des Prinzips der Totalreparation) muss der volle Schaden ersetzt werden. Was aber in Bezug auf die konkrete Schadenszufügung als voller Schaden angesehen werden kann, hängt vom Kausalzusammenhang ab. Die Frage, welche Schäden als kausal betrachtet werden dürfen, lässt sich nur mittels des Verschuldens (Vorwerfbarkeit, Erwartung, Vorhersehbarkeit) beantworten. Somit entsteht – laut Eörsi – die Vermischung des „Ob“ und des „Wie“.²¹ Diese Abstufung lässt natürlich das Prinzip als solches unberührt und auch seine wichtigste Folge: die ausschlaggebende Dichotomie der Reparation. Im ungarischen Schadensrecht herrschen nämlich ebenfalls der Grundsatz der Totalreparation, der das Ausmaß des Ersatzes positiv feststellt, sowie sein „Zwillingsbruder“, das Bereicherungsverbot. Diese beiden Kategorien werden fast wortwörtlich genauso definiert wie im deutschen Recht.²² Die Herrschaft

aus der oben erwähnten Überlegung an mehreren Stellen des Schadensrechts vor: Bei vorsätzlich-lukrativen Delikten sei der erzielte Gewinn abzuschöpfen, im Immaterialgüterrecht und im Kartellrecht sei die Verdoppelung oder Vervielfältigung des Ersatzbetrages anzuordnen und dies sei auch im Bereich der Massen- bzw. Streuschäden zu überlegen, vgl. *Wagner* (2006a), S. 8.

²⁰ Eörsi (1961), S. 118 f., 417.

²¹ Eörsi (1961), S. 417, 419.

²² Kurz und eindeutig schon *Grosschmid* (1932), S. 655: „In Bezug auf den Umfang der Schadensersatzpflicht ist die Regel – mit einem Wort – der Totalersatz.“ Vgl. auch *ders.* S. 656. Die meist verwendete Umschreibung des Grundsatzes lautet wie folgt: Der Betrag des Schadensersatzes hängt (fast ausschließlich) nur vom verursachten Schaden

der Totalreparation lässt sich auch mit der primären Zielsetzung des Schadensrechts, nämlich mit dem Ausgleichsprinzip erklären: Wenn der Ersatz über den erlittenen Schaden hinausginge, hätte dies eine implizite Straffunktion als Nebeneffekt zur Folge.²³

Nicht weniger wichtig ist das andere tragende Strukturelement des Schadensrechts, nämlich die Individualität oder *Subjektsbezogenheit*. Nach Larenz dient es dazu, „einem individuellen Menschen die Folgen seiner Tat fühlbar zu machen, eine individuell verstandene Verantwortlichkeit zu verwirklichen.“²⁴ Später hat sich die Betonung von der individuellen Verantwortlichkeit (selbstverständlich neben Beibehaltung dieses Schuldelements) auf den ebenfalls individuellen Schadensausgleich verlagert.²⁵ Die neuere Literatur beschränkt sich darauf, diesen Grundsatz – die individuelle Gegenüberstellung des Schädigers und des Geschädigten – nur als den ursprünglichen Ausgangspunkt des BGB darzustellen, der längst überholt sei und nicht mehr der sozialen Wirklichkeit entspreche.²⁶ Eine zutreffende Beschreibung dieses Prinzips findet sich trotzdem bei Teichmann, demzufolge bei individuellem Schadensausgleich des BGB die sozialen Sicherungssysteme auf beiden Seiten (immer noch) nicht ins Blickfeld treten. Ob die Feststellung des Schadensersatzumfanges tatsächlich konsequent ohne Reflexion über die Verteilungsauswirkungen innerhalb der sozialen Sicherungssysteme geschieht, wie es Teichmann behauptet, ist äußerst

ab und nicht vom Verschuldensgrad oder von anderen Faktoren. Bei der Feststellung des Betrages spielt die Haftung so gut wie gar keine Rolle mehr, die Reparatur tritt in den Vordergrund. Vgl. *Eörsi* (1961), S. 214 f., 415 ff., insbesondere S. 417. Die Obligation muss den ganzen Schaden umfassen, andererseits darf es aber nicht darüber hinausgehen und darf keinen Gewinn für den Beschädigten bringen. *Marton* (1992), S. 162; *ders.* schon *Szladits/Marton* (1941), S. 384. Auf der Grundlage von *Marton* auch *Szászy* (1943), S. 84. Später ähnlich bei *Zoltán* (1961), S. 99, *Köles* (2004), S. 176. Bereits *Frigyes* (1932), S. 316 f. betrachtet das Bereicherungsverbot als eine Selbstverständlichkeit, deswegen ist es überflüssig, diesen Grundsatz gesetzlich festzulegen. Der Beschädigte darf nicht „demselben Fuchs das Fell zweimal abziehen.“ Völlig a.A. *Lábady* (2001), S. 45, der für die gesetzliche Feststellung des Bereicherungsverbotes und somit des Vorteilsausgleichs argumentiert. Beide Prinzipien finden sich auch in der Kommentarliteratur, vgl. *Gellért/Kemenes* (2004), § 339, S. 1229, sowie *Gellért/Benedek* (2004), § 355, S. 1364. Einige Werke deuten schon bei der Behandlung der Totalreparation und des Bereicherungsverbotes den Vorteilsausgleich an und somit die Pflicht zur Herausgabe bzw. Anrechnung des Residuum und des Surrogats. Vgl. *Eörsi* (2003), S. 308.

²³ Vgl. *Marton* (1992), S. 120.

²⁴ *Larenz* misst der Individualität keine selbstständige Bedeutung bei, betrachtet dies vielmehr als einen notwendigen Nebeneffekt des Verschuldensprinzips: *Larenz* (1937), S. 32.

²⁵ *Erman/Kuckuk*, BGB, 11. Aufl., Vor §§ 249-253 Rz 150, es wird auch Tatbestands- oder Relativitätsprinzip genannt, vgl. *HK-BGB/Schulze* (2005) Vor §§ 249-253 Rn 26.

²⁶ *Palandt/Heinrichs* (2005) Vorb v § 249 Rdnr. 3.

zweifelhaft.²⁷ Die Individualität als komplexe Erkenntnis des Schadensrechts umfasst alle seine Komponenten und tritt – so u.a. Stoll – auf drei Ebenen in Erscheinung: Zunächst geht es um ein individuelles (Schäden zufügendes) Verhalten, das gerade den individuellen Schaden beim individuellen Geschädigten verursacht hat und schließlich wird eben dieser Schaden nach den individuellen Verhältnissen des Betroffenen bemessen.²⁸ Eine vertiefte Erläuterung liefert Mertens, der den Begriff Subjektsbezogenheit benutzt. Seines Erachtens geht es nicht nur um das oben Erläuterte, sondern auch darum, dass der Schadensersatz letztlich auf die „Wiederherstellung des Rechtssubjekts“ gerichtet sei, über das Interesse an persönlicher und vermögensmäßiger Integrität hinausgehe und die Bewahrung der Handlungsfreiheit sowie die Verfolgung der autonomen Planung mit erfasse. Der Mensch reduziere sich nicht auf den homo oeconomicus.²⁹ Er benennt noch weitere Teilaspekte der Subjektsbezogenheit, wie zum Beispiel die Anerkennung, dass das Schadensrecht „auf eine soziale Normung der schadensrechtlich maßgeblichen Güterlage verzichtet“, der Geschädigte muss also grds. so hingenommen werden, wie er ist.³⁰ Aus der Subjektsbezogenheit lässt sich auch das Dogma vom Gläubigerinteresse herleiten.³¹ Ohne eine kritische Würdigung Mertens' Thesen an dieser Stelle vorzunehmen, ist zu bemerken, dass auch er selbst einige Grenzen bzw. Korrekturen erwähnt, wie z.B. die Neigung der Rechtsprechung zur Schadenspauschalisierung und -normativierung oder die in § 254 dem Geschädigten auferlegten Verpflichtungen.³² Als Einschränkungen der Subjektsbezogenheit können u.a. die Außerachtlassung des Affektionsinteresses einerseits und die Nichtersatzbarkeit immaterieller Einbußen hinsichtlich der zeitweiligen Entbehrung von Luxusgütern andererseits angesehen werden.³³ Zwar kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob der Geschädigte die „ihm zustehenden beschädigten Gegenstände tatsächlich benötigt oder sie überhaupt als Wert betrachtet hat“, bzw. diese für ihn subjektiv nutzlos waren oder ihren subjektiven Nutzen trotz der Verletzung eventuell nicht eingebüßt haben, er kann ihren (objektiven) Wert unabhängig von dem oben gesagten als Schadensersatz geltend machen. Die Subjektsbezogenheit

²⁷ Jauernig/Teichmann (2004) Vor §§ 249-253 Rn 2.

²⁸ Stoll (1993) Rdnr. 102.

²⁹ Die Qualifizierung dieser Einbußen als Vermögens- oder Nichtvermögensschaden war und ist str., Soergel-[Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 21, 35.

³⁰ Z.B. Verletzung eines Menschen mit enorm hohem Einkommen sowie Beschädigung eines Luxusguts, Soergel-[Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 22.

³¹ Soergel-[Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 20.

³² Soergel-[Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 15, 23-24.

³³ Staudinger/Schiemann (2005) § 253 Rdnr. 14, 18.

spielt jedoch bei den Nutzungsschädigungen wohl eine bedeutende Rolle.³⁴ (Selbst die Beschränkungen der Subjektsbezogenheit bedürfen der Prüfung subjektiver Elemente. Zum Beispiel bei der Fragestellung, ob der Geschädigte sich bei der Schadensbemessung im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes – vorausgesetzt, man betrachtet das Wirtschaftlichkeitsgebot als Grenze der subjektiven Schadensberechnung – gehalten hat, ist auch auf seine spezielle Situation, insbesondere auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten Rücksicht zu nehmen.)³⁵

Die subjektive und individuelle Annäherungsweise gilt auch im ungarischen Schadensrecht. Wie Marton es bezüglich des Geldersatzes erläutert, macht die konsequente Durchführung des Ausgleiches die subjektive Einschätzung der persönlichen Verhältnisse des Geschädigten erforderlich. Jedoch erreicht diese Methode dort ihre Grenzen, wo sie auf den falschen Weg des Unkontrollierbaren gerät. Man muss von den persönlichen Verhältnissen ausgehen, diese müssen aber objektiv gesehen hinreichend begründet und kontrollierbar vorliegen. Dementsprechend ist nicht nur der objektive Wert (*pretium commune*) zu ersetzen, sondern auch der konkrete Wert unter den objektiv begründeten konkreten Umständen des Geschädigten (*pretium singulare*).³⁶ Nicht ersatzfähig ist dagegen – genau wie im deutschen Recht – das *pretium affectionis*, das Affektionsinteresse.³⁷ Die Neigungen und Tendenzen, die sich vor allem aus praktischen Gründen gegen die Subjektsbezogenheit auswirken, sind auch im ungarischen Schadensrecht ersichtlich. Damit ist in erster Linie die Neigung zur abstrakten Schadensberechnung, d.h. zur Objektivierung, Normativierung des Schadens, gemeint, die im ungarischen ZGB in § 359 (allgemeiner Schadensersatz) auch einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat.

§ 3 Zielsetzungen und Funktionen des Schadensrechts im Überblick

I. Der bisweilen angegriffene Vorrang des Ausgleichsprinzips im deutschen Schadensrecht

Wenn man dem Schadensrecht lediglich eine Komplementärrolle beimisst, bezweifelt man auch gleichzeitig, dass das Recht der Haftungsausfüllung

³⁴ Vgl. AnwK-BGB/Magnus (2005) Vor §§ 249-255 Rn. 39, die Einzelheiten vgl. bei der Behandlung des abstrakten Nutzungsausfalles (Kapitel 9, § 2, IV.).

³⁵ Vgl. Greiner (2006), S. 64.

³⁶ Vgl. Marton (1992), S. 167, als Beispiele für das Letztere erwähnt er das Einzelstück einer Sammlung, die in den Betrieb eingestellte Maschine, Patente, Pläne etc.

³⁷ Statt vieler vgl. Szász (1943), S. 95.

über eigene Zielsetzungen verfügt. Eine solche Annäherung ist eindeutig abzulehnen. Nicht nur die gleichrangige Nebeneinanderstellung von Haftungsrecht und Schadensrecht, sondern auch die Einheitlichkeit des Schadensrechts sprechen dafür, dass der Haftungserfüllung selbständige Funktionen zugewiesen sind. Es erscheint weniger kompliziert, diese möglichen Funktionen zu benennen, als das Verhältnis der Zwecke zueinander innerhalb des Schadensrechtes festzustellen. Nicht einmal die Systematisierung der Zwecke bringt einen einer eindeutigen Lösung näher. Schlobach unterscheidet zwischen Mikro- und Makrofunktionen. Die Mikrofunktionen stellen die Zwecke des Schadensrechtes aus der Sicht der Einzelperson dar, demgegenüber beinhalten die Makrofunktionen die Zielsetzungen im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung.³⁸ Obwohl eine exakte Einordnung der Zielsetzungen in der erwähnten Arbeit fehlt, könnten z.B. die Ausgleichsfunktion und die Genugtuung den Mikrofunktionen, die Prävention auch den Makrofunktionen zugeordnet werden. Dieser Kategorisierung ist zuzustimmen, es sei denn, sie ist abschließend gemeint. M.E. üben alle Funktionen des Schadensrechtes ihre Auswirkungen auf beiden Ebenen aus. Dementsprechend kann eine Zuordnung der einen oder der anderen Funktionskategorie nur tendenziell erfolgen. Ferner sind die Funktionen des Schadensrechtes nicht hermetisch voneinander zu trennen, sondern geben gemeinsam die Zielrichtung der Wiedergutmachung an.³⁹

Damit wurden die meistzitierten Funktionen angesprochen und dies führt zu der anderen, viel umstritteneren Systematisierung. Die Frage stellt sich in die Richtung, ob sich unter den Zielsetzungen eine hierarchische Über- bzw. Unterordnung feststellen lässt. Konkreter formuliert, ob die Ausgleichsfunktion wirklich den Primärzweck und die anderen Zielsetzungen nur Sekundärzwecke darstellen. Die h.M. räumt dem Ausgleich die primäre,⁴⁰ tragende,⁴¹ herrschende⁴² bzw. vorrangige⁴³ Funktion unter den

³⁸ Schlobach (2003), S. 5.

³⁹ Dies wird durch das Zitat von Schiemann (1999a), S. 45 f. einmal mehr verständlich, bezogen auf die Frage, wozu der Schadensausgleich dient: „zur Gewährung von Ersatzleistungen, wo diese zur Wahrung der Lebensherstellung wie auch der konkreten Lebensziele des Geschädigten erforderlich, zugleich aber ohne Existenzverlust des Schädigers und ohne unverhältnismäßige Transaktionskosten zu Lasten der Allgemeinheit angemessen sind.“ Die Interessen des Geschädigten stehen selbstverständlich an erster Stelle, man muss aber einen Blick auch auf den Schädiger und sogar auf die Allgemeinheit werfen. Mit diesem zielstrebigem Ansatz sind zwangsläufig Funktionskollisionen verbunden.

⁴⁰ So auch Mertens (1967), S. 95.

⁴¹ Stoll (1993) Rdnr. 128.

⁴² Lange/Schiemann/Lange (2003), S. 9.

⁴³ AK-BGB-Rießmann (1980) vor §§ 249-253 Rz. 14. Der Ausgleichsgedanke dominiert den Schadensersatz dermaßen, dass die Sekundärfunktionen überhaupt nicht zur Anwendung kommen, wenn der Ersatz wegen der Unmöglichkeit des Ausgleichs schei-

Zwecken des Schadensersatzes ein.⁴⁴ Die anderen Zielsetzungen können lediglich eine ergänzende Rolle spielen und somit das schadensrechtliche Entstehenmüssen allein (d.h. ohne den Ausgleich) nicht konstituieren.⁴⁵ An anderen Stellen findet man lediglich eine lapidare Tatsachenbehauptung: Aufgabe des Schadensersatzrechtes sei es, Schäden auszugleichen; andere Funktionen werden nicht einmal erwähnt.⁴⁶ Wiederum anderswo wird die Existenz und die Anerkennung der sekundären Funktionen nicht in Zweifel gezogen, jedoch kritisiert, weil sie zur Verworrenheit und Widersprüchlichkeit des Schadensersatzrechtes führen.⁴⁷ Die rechtspolitische Dominanz des Ausgleichsgedankens wird hauptsächlich mit der konsequenten Trennung der zivilrechtlichen Wiedergutmachung einerseits und der strafrechtlichen Sanktion andererseits begründet. Darüber hinaus wird zutreffend festgestellt, dass allein der Ausgleichsgedanke unter den Ersatzzwecken frei von ideologischer Beeinflussung ist.⁴⁸ Es sind natürlich auch abgestufte Ansichten zu finden. Stoll meint, dass die Sekundärzwecke nicht nur tatsächliche Nebenwirkungen der Ersatzpflichten sind, sondern auch als rechtlich indizierte Ergänzungen dazu berufen sind, miteinander und mit dem Ausgleichsgedanken zusammen bei der Schadensbemessung eine legitimierte Richtschnur darzustellen. Sie sind unselbstständig, können aber auch eigene Bedeutung erlangen, wenn die Hauptfunktionen aus besonderen Gründen ihre Aufgaben nicht wahrnehmen können und somit die Rechtsverletzung ohne entsprechende Reaktion des Zivilrechts bliebe.⁴⁹

tert. Die Sekundärfunktionen werden also nicht als selbstständige Ersatzbegründungsfaktoren anerkannt. §§ 249 ff. sollen „vor allem einen Ausgleich für erlittene Nachteile schaffen. Dagegen soll die Ersatzpflicht den Schädiger nicht bestrafen“. MünchKomm/Oetker Band 2a (2003) § 249 Rdnr. 8; ähnlich: „Das Schadensersatzrecht des BGB beruht auf dem Gedanken, einen Ausgleich für erlittene Nachteile zu schaffen. Er hat keinen Strafcharakter.“ Bamberger/Roth/Grünberg (2003) Vor § 249 Rdnr. 2, *Spindler* betont in demselben Werk den Vorrang des Ausgleichsgedankens gegenüber der Genußnutzung sogar hinsichtlich der Doppelfunktion des Schmerzensgeldes! Vgl. Bamberger/Roth/Spindler (2003) § 253 Rdnr. 14.

⁴⁴ Vgl. auch die Zusammenfassung von *Möller* (2006), S. 73 f. Er benennt auch die Durchbrechungen der Priorität des Ausgleichsprinzips und ordnet hier die Normativierung des Schadensersatzes, die Normzwecklehre und auch die schadensrechtliche Reduktionsklausel ein. Vgl. *ders.* S. 92 f.

⁴⁵ Soergel-*[Mertens]* (1990) Vor § 249 Rz. 28, bzw. können diese Funktionen, wie zum Beispiel die Prävention und Schadensverhütung nicht in den Vordergrund gestellt werden, auch wenn sie im Einzelfall zu erreichen bzw. anzustreben sind, vgl. *Müller* (2005), S. 1461.

⁴⁶ Erman/*Kuckuk*, BGB, 11. Aufl., (2004) Vor § 249-253 Rz 1, oder „Schadensrecht ist Ausgleichsrecht“ *Juris-PK/Rießmann* (2004) § 249 Rdnr. 13.

⁴⁷ *Jauernig/Teichmann* (2004) Vor §§ 249-253 Rn 2.

⁴⁸ *Lange/Hagen/Lange* (1987), S. 49.

⁴⁹ *Stoll* (1993) Rdnr. 131. Es ist kein Wunder also, dass die Abwägung dieser Sekundärfunktionen Gegenstand der richterlichen Rechtsfortbildung und nicht der Gesetzge-

Die Auffassung von Stoll vertiefend, erscheint es plausibler zu sein, dies als die Subsidiarität der anderen Zielsetzungen zu bezeichnen, da diese nicht nur eine Orientierungsrolle neben dem Ausgleich innehaben, sondern bei der Untauglichkeit des Ausgleichsgedankens ggf. auch vollkommen an dessen Stelle treten können. Während also gemäß der ganz strikten Meinung der Ausgleichsgedanke sowohl die Grundlage als auch die Grenze der Anwendbarkeit anderer Prinzipien darstellt (d.h. ohne Ausgleich die anderen Funktionen auch nicht zur Anwendung kommen können), können diese nach Auffassung von Stoll ggf. ohne gleichzeitigen Ausgleich zur Erstattungspflicht führen. Diese These führt Gotthardt noch weiter aus und stellt einen umgekehrten Zusammenhang zwischen der Unersetzlichkeit des Schadens und der Bedeutung einer der Sekundärzwecke, nämlich der Prävention, dar. Je weniger der Ausgleich zur Anwendung kommen kann, desto mehr steige die Bedeutung der Schadensprävention, damit weitere Verletzungen des sonst schutzlosen Rechtsgutes verhindert werden können.⁵⁰ Wenn man auch die Rechtfertigung der komplementären Funktionen des Schadensrechts anerkennt, kommt man nicht unbedingt und immer zu einem solchen „friedlichen Zusammenleben“ wie oben. Als eklatantes Beispiel soll hier kurz der Konflikt des Ausgleichsprinzips mit einem anderen, oft angesprochenen Sekundärzweck, nämlich mit dem Sanktions- oder Genugtungsgedanken erwähnt werden. Der Vorrang des Ersteren bevorzuge ein reines Interessendenken, während er beim Zweiteren mit einer stärkeren ethischen Betonung verbunden ist.⁵¹ Bei Roussos findet sich schließlich eine allgemeine Kritik des Ausgleichsprinzips, und zwar unabhängig von seinem Verhältnis zu den anderen Schadensersatzzwecken. Obwohl es weder als Selbstzweck noch als Leerformel aufgefasst werden darf, bestehe die Gefahr, in seinem Namen sachfremde Ziele zu verfolgen. Die Sekundärfunktionen seien aber ebenfalls zu allgemein und daher ungeeignet, diesem unerwünschten Ergebnis entgegenzusteuern. Deswegen ist das Ausgleichsprinzip lediglich als eine Fairnessregel anzusehen.⁵² Viele umstrittene Detailfragen des Schadensrechts sind auf diese Konflikte der Zielsetzungen zurückzuführen, wie z.B. bei der Berücksichtigung oder Vernachlässigung der Reserveursachen.⁵³ Es kann sogar vorkommen, dass sich die

bung ist, so kommt tatsächlich ein bewegliches Zusammenspiel im Sinne von *Wilburg* zusammen, so *Stoll* (1993) Rdnr. 160.

⁵⁰ *Gotthardt* (1996), S. 16-17.

⁵¹ *Larenz* (1937) S. 93.

⁵² *Roussos* (1992), S.15-16.

⁵³ *Rother* (1965) S. 204-205, *Wagner* (2006), S. 464-469, stellt die Frage, was eigentlich so tragisch daran sei, wenn der Geschädigte im Einzelfall im Interesse der Steuerungsfunktion suprakompensatorischen Schadensersatz erwähnt, wenn sich nur so vermeiden lässt, dass der Schädiger zu billig davonkommt. Deswegen seien Kompensations-

auf die Sekundärzwecke basierenden Überlegungen gegen das grundsätzliche Schadenskonzept (d.h. auch gegen das Ausgleichsprinzip) durchsetzen können. Mit dieser judikativen Erscheinung ist insbesondere dann zu rechnen, wenn die konsequente Anwendung des Ausgleichsgedankens nach dem Rechtsempfinden des Richters zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Diese Art der Rückwärts-Rechtsprechung sei nicht per se unzulässig, bedürfe aber näherer Begründung sowie klarer Einschränkung und Abgrenzung der betroffenen Fallgruppen.⁵⁴ Wie Thüsing Selbstzweckartigkeit und Zirkelschluss der genannten Zielkonflikte und Anwendungsprobleme plausibel summiert: Der Ausgleichsgedanke und das damit verbundene anzustrebende wertungsfreie Schadensrecht seien dermaßen dominierend, dass man die in dieser Verengung (der Ausgleich allein sei das zu erreichende Ziel) versteckte Wertung, bzw. wertende und rechtspolitische Entscheidung nicht mehr erkennen kann.⁵⁵ Man kann natürlich alle Kollisionen dadurch entschärfen, dass man den Ausgleich selbst in einem etwas breiteren Kontext auffasst, und zwar nicht nur als Ausgleich des Schadens, sondern als „Ausgleich von gegensätzlichen Interessen“.⁵⁶ M.E. verliert dadurch der Begriff „Ausgleich“ selbst an Aussagekraft, da im bürgerlichen Recht immer über den Ausgleich von gegenläufigen Interessen die Rede ist.

Wie bereits oben angedeutet, wird oft betont, dass das Schadensersatzrecht keinen Strafcharakter hat. Nach überwiegender Meinung sollte der Pönalgedanke auch in der Zukunft dem Zivilrecht fremd bleiben.⁵⁷ Dessen abgemilderte Version, die *Genugtuung*, solle deswegen zurückgedrängt werden, da es zu einer dem Zivilrecht unbekanntem, „emotionalen Diffe-

lücken auch dort zu vermeiden, wo ihre Hinnahme unter Ausgleichsgesichtspunkten vertretbar sein mag.

⁵⁴ Soergel-/Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 29.

⁵⁵ Thüsing (2001), S. 15 f.

⁵⁶ Müller (2006), S. 1289 sowie 1295 f.

⁵⁷ Lange/Schiemann/Lange (2003), S. 13, so auch Dreier (2002) S. 42. Die Vereinbarkeit der Zubilligung von Strafschadensersatz oder „punitive damages“ mit dem geltenden deutschen Schadensrecht sei mindestens zweifelhaft. Vgl. Müller (2005), S. 1461. Wagner (2006), S. 359 zitiert ironisch diese Annäherungsweise, die Instrumentalisierung der Steuerungsfunktion werde als „Rückfall in die juristische Steinzeit diskreditiert“. Diese Denkweise ist nicht für alle Rechtsordnungen so prägend, wie es im deutschen Privatrecht der Fall ist. Stoll beweist in einer rechtsvergleichenden Skizze, dass der privatrechtliche Schadensersatz (wohl eher das Deliktsrecht) und das Strafrecht einander in gewissen Beziehungen entlasten können. Vgl. Stoll (1969), S. 569. Schadensersatz und Strafe seien nämlich zwei Formen der Unrechtsreaktion, die bis zu einem gewissen Grade entweder mit strafrechtlichen oder auch mit zivilrechtlichen Mitteln verwirklicht werden können. Die Grenzen zwischen den beiden werden in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich gezogen. (Ders. S. 590.)

renzhypothese“ führe.⁵⁸ Für die Ablehnung spricht auch die Verallgemeinerung des Schmerzensgeldanspruchs bzw. dessen Ersetzung durch den immateriellen Schadensersatz im Zuge der letzten Reform des Schadensersatzrechtes;⁵⁹ nach dem Motto „Genugtuung und Gefährdung haben nichts miteinander zu tun“. Dies ist insofern zu bejahen, als der Pönal- oder Genugtuungsgedanke auch mit gewissen Garantien, wie z.B. das Prinzip des „nulla poena sine culpa“, verbunden ist, die sich im Zivilrecht nicht unbedingt wiederfinden lassen, wenn man an den vertypten Verschuldensmaßstab oder an die Gefährdungshaftung denkt.⁶⁰ Es wird ja teilweise die Aufgabe des Genugtuungsprinzips prognostiziert.⁶¹ Jedoch taucht es im Schadensrecht immer wieder auf und, wie Stoll erläutert, wäre es eine Illusion zu denken, dass die privatrechtliche Haftung von solchen Erwägungen wie Sühne oder Genugtuung gänzlich frei sei.⁶² Nunmehr herrscht in der Lehre Einverständnis darüber, dass im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung (nunmehr: Bemessung des immateriellen Schadensersatzes) der Ausgleichs- und der Genugtuungsgedanke eng verbunden sind.⁶³ Oetker weist sogar jede Kritik mit der Argumentation ab, dass diese zwei sich ergänzenden Wirkungsweisen des einheitlichen Schmerzensgeldanspruchs nicht mehr pönale Elemente aufweisen als alle Ausgleichspflichten. Es ginge lediglich um die notwendige Erweiterung des Ausgleichsgedankens, die sich aus der Verletzung der Integrität solcher Rechtsgüter herleiten lässt, die mit der Person des Geschädigten untrennbar verknüpft sind. Somit habe die Genugtuung einen eigenen Stellenwert.⁶⁴ Larenz hat gemeint, dass der Geldersatz aufgrund eines Schmerzensgeldanspruches eigentlich nichts mit dem Ausgleich zu tun habe, sondern allein die Genugtuung, den „seeli-

⁵⁸ Bamberger/Roth/Spindler § 253 Rdnr. 16.

⁵⁹ Der terminologischen und dogmatischen Änderung wird auch in dieser Arbeit gefolgt, bis auf das Zitieren von Autoren, die ihre Thesen noch vor der Gesetzesänderung veröffentlicht haben. Bei ihnen wird bewusst der Begriff „Schmerzensgeld“ verwendet.

⁶⁰ Thüsing (2001), S. 19.

⁶¹ KompaktKomm-BGB/Willimgmann (2003), 253 Rdnr. 27. Müller (2006), S. 1292 betont, dass es sogar beim Schmerzensgeld in erster Linie um den Ausgleich und nicht um die Genugtuung geht, und zwar um den Ausgleich der durch das Schadensereignis verursachten immateriellen Beeinträchtigung des Geschädigten durch eine Entschädigung in Geld. Sie lehnt die pönale Funktion des Schmerzensgeldes ab.

⁶² Stoll (1993) Rdnr. 65.

⁶³ Dies ist auch richterrechtlich gefestigt, vgl. Thüsing (2001), S. 18, Erman/Kuckuk, BGB, 11. Aufl., (2004) § 253 Rz 17, trotzdem ist es bis heute sehr umstritten geblieben. Einige Autoren erblicken darin die Besänftigung und somit die mittelbare gesellschaftliche Anerkennung von Aggressionen des Verletzten. Zur Darstellung der kritischen Stellungnahmen vgl. Staudinger/Schiemann (2005) § 253 Rdnr. 30; für die Rechtfertigung des Genugtuungsgedankens im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung, wohl aber nur auf diese Anwendung beschränkend, vgl. schon Mertens (1967), S. 96.

⁶⁴ Münch-Komm/Oetker Band 2a (2003) § 253 Rdnr. 12-13.

schen Ausgleich“, zum Ausdruck bringe.⁶⁵ Die praktische Bedeutung dieser Anerkennung beschränkt sich aber überwiegend auf die Vorsatztaten und höchstens auf die grob fahrlässig begangenen Verletzungen⁶⁶, und damit wird der Genugtuungsgedanke insbesondere im Vertragsrecht kaum eine Rolle spielen. Erst recht nicht, wenn es sich um einen versicherten Schädiger handelt. In diesem Falle kommt der Genugtuungsgedanke überhaupt nicht zum Tragen.⁶⁷ Dieser Einschätzung stimmt Schlobach nicht zu, wenn er hinsichtlich der praktischen Auswirkung des Genugtuungsprinzips behauptet, dass die Anerkennung der Genugtuung im Bereich der immateriellen Schäden notwendigerweise zur Überkompensation und zum Durchbruch des Bereicherungsverbotese führe.⁶⁸ Neben dieser expliziten Anwendung der Genugtuung taucht auch eine implizite, versteckte Berufung darauf punktuell an verschiedenen Stellen des Schadensrechts auf. Dies ist immer dort der Fall, wo etwa formuliert wird, dass zwar ein Grund, der gegen einen Ausgleich spricht, vorliegt und die Zuerkennung des Ersatzes zur Bereicherung des Geschädigten führe, man jedoch den Schädiger nicht unbillig oder unangemessen entlasten sollte; deshalb werde trotz der oben genannten Überlegung für die Ersatzfähigkeit entschieden. Das ist u.a. typischerweise der Fall bei der Ablehnung des Vorteilsausgleichs oder bei der vollständigen Erstattung der Mietwagenkosten auch bei Anmietung eines preiswerteren Fahrzeugs.⁶⁹ Zutreffend wird dieser Zusammenhang von Schiemann – mit etwas skeptischem Beiklang – verallgemeinert, nämlich dahingehend, dass die Vermeidung der Bereicherung des Geschädigten zwangsläufig zur Entlastung des Schädigers führt.⁷⁰ Man sollte sich also entweder für die eine oder für die andere Lösung entscheiden, aber einer der oben erwähnten Nachteile muss in den betroffenen Fällen in Kauf genommen werden. Rüßmann erklärt anhand des Beispiels der Versagung des Vorteilsausgleichs, dass sich der Geschädigte am Schadensfall bereichert ebenso unbillig erscheint wie die Entlastung des Schädigers wegen der konsequenten Durchführung des Ausgleichsprinzips. Er gibt dem letzteren Grundsatz den Vorrang.⁷¹

⁶⁵ Larenz (1937), S.85.

⁶⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs (2005) § 253 Rdnr. 11.

⁶⁷ Thüsing (2001), S. 19.

⁶⁸ Schlobach (2003), S. 65.

⁶⁹ Münch-Komm/Oetker Band 2a (2003) § 249 Rdnr. 231 und 407.

⁷⁰ Schiemann (1981), S. 36. f.

⁷¹ Juris-PK/Rißmann (2004) § 251 Rdnr. 44, a.A. Wendehorst mit der Begründung, dass nicht ersichtlich ist, warum gerade der Geschädigte sein Glück mit irgendjemand teilen müsste, wenn grds. keiner dazu verpflichtet ist; und wenn er den Vorteil aus irgendeinem Grund jemandem doch überlassen sollte, warum dann gerade dem Schädiger? Wendehorst (1999), S. 139.

Wahrscheinlich noch umstrittener ist die Beurteilung der *Präventionsfunktion*. Lange zeigt sich sehr skeptisch, wenn er die Einengung dieses erwünschten Nebenproduktes des Schadensrechts durch die Versicherung betont, bzw. behauptet, dass der Inhalt der Schadensersatzverbindlichkeit durch diesen Gedanken im Allgemeinen nicht beeinflusst wird. Als vereinzelte Ausnahmen erwähnt er die Bemessung des Schmerzensgeldes, die Anwendung des § 254, die Persönlichkeits- und die Urheberrechtverletzungen sowie einige Detailspekte der Schadensberechnung (abstrakte Nutzungsentschädigung, vertaner Urlaub).⁷² Oetker ist der Auffassung, dass vielmehr ggf. das Haftungsrecht der Träger der Prävention ist, und wenn die Haftungsnorm diese Funktion innehat, strahlt dies auch auf die schadensrechtlichen Vorschriften aus. Anders liege es nur bei der Schmerzensgeldbemessung, die auch eine abschreckende Wirkung entfalten muss.⁷³ Ähnlich sieht es Grüneberg, dem zufolge die Prävention zu den Zielvorstellungen des Haftungsrechts gehöre.⁷⁴ In demselben Kommentarwerk wird, wenn auch nur vorsichtig, vertreten, dass, wenn das Geltungsbedürfnis der Prävention auf die materiellen Schäden bezogen versagt, der tatsächlich erlittenen Belastung nur noch mit Hilfe des Schmerzensgeldes Rechnung getragen werden kann.⁷⁵ Wenn man dieser These konsequent folgt, bedeutet das nichts anderes, als die allgemeine Befürwortung der Geltendmachung präventiver Überlegungen, die ihre Grenzen nur bei der Ablehnung eines Strafcharakters finden, da der Präventionsgedanke nicht einmal nach dem oben zitierten Autor zu einer Art punitive damages führen darf. Es gibt auch andere Stimmen in der Lehre, die die allgemeine Anerkennung und die konsequente Anwendung des Präventionsprinzips befürworten. Nach Magnus hält es sogar den Anforderungen der ökonomischen Denkweise stand: Auch das Schadensrecht (und nicht nur das Haftungsrecht) sei geeignet, das „Aktivitätsniveau“ potenzieller Schädiger zu steuern, wenn die zu erwartenden Schadensersatzlasten den erwarteten Gewinn aus der Tätigkeit erreichen oder übersteigen. Die bestehenden Versicherungen „mediatisieren“ zwar den präventiven Effekt,

⁷² Lange/Schiemann/Lange (2003), S. 11-12, noch zurückhaltender erklärt sich Schiemann, der die Tragfähigkeit der Prävention innerhalb des Schmerzensgeldanspruchs noch weiter auf die Persönlichkeitsverletzungen beschränkt und somit die allgemeine Selbstständigkeit des Präventionsgedankens sogar im Rahmen des Schadensersatzes für immaterielle Schäden ablehnt, Staudinger/Schiemann (2005) § 253 Rdnr. 33. In einem seiner früheren Werke hat er das Präventionsprinzip sogar als eine ausfüllungsbedürftige leere Form bezeichnet. Schiemann (1981), S. 191. Völlig a.A. ist Wagner (2006), S. 382, seiner Meinung nach lassen sich „wesentliche Züge der Schmerzensgeldpraxis durchaus im Sinne der Präventionsfunktion des Schadensrechts interpretieren.“

⁷³ Münch-Komm/Oetker Band 2a (2003) § 249 Rdnr. 9 und § 253 Rdnr. 14.

⁷⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg (2003) Vor § 249 Rdnr. 2.

⁷⁵ Bamberger/Roth/Spindler (2003) § 253 Rdnr. 17-19.

heben diesen aber nicht auf.⁷⁶ Roussos sieht in der Prävention sogar die Rechtfertigung der Totalreparation; diese ist aus dem uralten Prinzip des „nemini laedere“ herzuleiten, das neben der Sanktion auch präventive Merkmale enthält. Der an der Spitze des Schadensrechts stehende Ausgleich ist also auf die Prävention zurückzuführen und wird dadurch legitimiert.⁷⁷ Nach der Ansicht von Gotthard bestehe zwischen dem Strafrecht und dem Schadensrecht eine Lücke, denn im Falle der sog. Bagatellkriminalität greifen die Sanktionen des Strafrechts (noch) nicht, und in diesen Fällen kann man oft mit dem Ausgleichsgedanken allein nicht zur Ersatzfähigkeit des Schadens kommen. Die Lösung wäre – anstatt auf eine Reaktion auf das Unrecht zu verzichten – die Prävention in das Schadensrecht zurückzuführen. Der Autor bestreitet das Dogma der Beschränkung des Schadensrechts auf die Ausgleichsfunktion und hält eine Akzentverlagerung innerhalb des Schadenskonzepts für notwendig, die den persönlichen und subjektiven Gesichtspunkten (auch) aus dem Bereich des Schädigers stärkeres Gewicht verleiht.⁷⁸ Gotthard misst somit der Prävention eine zentrale Bedeutung bei, sogar zulasten des Ausgleichsgedankens. Dies kann auch als Entthronung des Ausgleichsgedankens angesehen werden.⁷⁹ In der neueren Literatur ist unbedingt noch Schlobach hervorzuheben, der

⁷⁶ AnwK-BGB/*Magnus* (2005) Vor §§ 249-255 Rn. 11 f., so auch *Wagner* (2006), S. 364, 455, es sei offensichtlich, dass die Verhaltenssteuerung auch dort möglich ist, wo es an schuldhaftem Verhalten fehlt. Die Haftpflichtversicherung schließe zwar aus, „dem Privatrecht eine vergeltende Funktion unterzuschieben, aber es steht seiner Inanspruchnahme für Steuerungszwecke nichts entgegen“. Außerdem haben die Versicherer die Mittel, den Präventionsaspekt in ihre Prämienbemessung einzubringen, u.a. die Erfahrungstarifizierung oder die Bonus/Malus-Programme.

⁷⁷ *Roussos* (1992), S. 10-11.

⁷⁸ *Gotthard* (1996) S. 20 ff., 33.

⁷⁹ Die vermutliche Entthronung des Ausgleichsprinzips lässt sich auch in den Argumentationen von *Wagner* (2006), S. 402 erblicken: Sogar im Europarecht handele es sich um Prävention durch Schadensausgleich. Wenn diese Beobachtung und Stellungnahme richtig sind, dann wird die traditionelle Auffassung auf den Kopf gestellt; die Prävention wird zur zentralen Zielsetzung des Schadensrechts und zwingt den Ausgleich in eine untergeordnete Rolle, als Mittel dieser Zielsetzung zu dienen. Dies begründet er auch damit (vgl. *ders.* S. 453 f. und 469 ff.), dass es gerade die Prävention ist, die diejenigen Fälle, in denen ein Ausgleich geboten ist, von den anderen trennt, in denen die Haftung abgelehnt werden muss! Die tatsächlich verursachten Nachteile, bzw. ihr Gesamtwert, bilden jedoch die Obergrenze des Schadensersatzes. Vgl. auch die ähnlichen – ökonomisch geprägten – Ausführungen von *Möller* (2006), S. 108. Er meint jedoch, dass weder das eine noch das andere Prinzip eine untergeordnete Rolle spielt, sondern dass sie gleichrangig sind, und die Präventionswirkung „die zweite Säule des Ausgleichsprinzips“ sei. Somit bedeute die Anerkennung des selbstständigen schadensrechtlichen Präventionsprinzips keine Abkehr vom Ausgleichsprinzip, sondern lediglich seine Ergänzung. Die beiden seien die gleichrangigen Unterprinzipien des haftungsrechtlichen Rechtsschutzprinzips! Vgl. *ders.* S. 259, 277.

in seiner Monographie für die vollständige Anerkennung der Prävention als zentral tragendes Element des Schadensrechts stimmt. Er erarbeitet ein vollständig neues Schadenskonzept, dessen Eckpunkt nichts anderes als die Prävention sein soll, mit all ihren Unterprinzipien und konkreten Bemessungsfaktoren.⁸⁰ Dieses Konzept sei auch zu dem Preis zu verwirklichen, dass das Schadensrecht dadurch zum Teil öffentlichrechtliche Zielsetzungen verfolgen wird.⁸¹ Nach einhelliger und traditioneller Rechtsauffassung ist dem Präventionsgrundsatz im Bereich der immateriellen Einbußen eine erhebliche Bedeutung beizumessen, da diese Schadensposten i.d.R. nicht restituiert, sondern nur kompensiert werden können, sich aber in Geld unsicher und unvollständig ausdrücken lassen. Deswegen „treten hier die Nebenzwecke des Schadensrechts deutlicher zu Tage.“⁸² Über die traditionelle Auffassung am weitesten geht wahrscheinlich Wagner hinaus, der aus Gründen der Prävention vorschlägt, die Tür zum suprakompensatorischen Schadensersatz nicht gänzlich zuzuschlagen! Er plädiert sogar für Zuschläge bei vorsätzlichen Eingriffen.⁸³ Das Privatrecht kann nämlich auch als ein System von Anreizen angesehen werden, „das das Verhalten der Individuen in teils subtiler Weise zu steuern vermag“, insbesondere im Bereich des Vertrages, des Deliktes und des Eigentums.⁸⁴ Ohne an dieser Stelle zu der allgemeinen Bewertung und Stellung des Präventionsprinzips Stellung zu nehmen, muss jedoch festgehalten werden, dass im Rahmen des Vertragsrechts, insbesondere hinsichtlich der Schadensersatzansprüche wegen Schlechtleistung, die Prävention bzw. die Steuerbarkeit des Verhaltens der Vertragsparteien wohl eine wichtige Rolle spielen kann, wie dies vor allem durch die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts immer wieder betont wird.⁸⁵ Die wirkungsvolle Prävention setzt nämlich die Kal-

⁸⁰ Besonders prägend an folgenden Stellen: Die Parameter des präventiven Konzepts sind das Schutzbedürfnis der Rechtsgüter, der Verschuldensgrad, der in Aussicht kommende Gewinn des Verletzers sowie beweisrechtliche Regelungen: *Schlobach* (2003), S. 265. Diese werden noch verfeinerter dargestellt und mit der Motivation, mit den persönlichen sowie Vermögensverhältnissen des Schädigers, und mit dem etwaigen Vorverhalten, schließlich mit der Gefahr der künftigen Rechtsverletzungen ergänzt. *Ders.* S. 460-461. Die Prävention beruht auch auf den folgenden Unterprinzipien: Rechtsgüterschutz, Proportionalität, Gewinnabschöpfung. S. 486-487. Das Konzept solle flexibel genug sein, damit sowohl eine Reduzierung als auch eine Erhöhung des Ersatzes ggf. ermöglicht wird. Zugunsten der Rechtssicherheit sollten absolute Ober- und Untergrenzen (!) und zwar als die gesetzliche Ergänzung des §§ 249 festgeschrieben werden. *Ders.* S. 455, 489. Durch ausführliche ökonomische Analysen wird dargestellt, dass eine Überkompensation nicht unbedingt zur gesamtwirtschaftlichen Ineffizienz führt. *Ders.* S. 387, 390.

⁸¹ *Schlobach* (2003), S. 462.

⁸² *Thüsing* (2001), S. 16 f.

⁸³ *Wagner* (2006), S. 383.

⁸⁴ Vgl. *Wagner* (2006), S. 425 f.

⁸⁵ *Thüsing* (2001), S. 16 f.

kulierbarkeit und somit die Vorhersehbarkeit des Schadens voraus und kann in diesem Zusammenhang als ein wichtiges Argument für die Begrenzbarkeit des Schadens auf das vorhersehbare Maß herangetragen werden.⁸⁶

Der *Rechtsverfolgungszweck* – der Gedanke also, dass das verletzte Recht in der Schadensersatzverbindlichkeit fortwirkt – wird auch oft als Sekundärzweck bezeichnet. Die Lehre wird von kritischen Stellungnahmen dominiert. Der Gedanke wird mal als trivial, mal als Selbstverständlichkeit und auch als unselbstständig charakterisiert.⁸⁷ Die damit verbundene und oft auch damit begründete Theorie des gemeinen Werts als Mindestschaden wird heute überwiegend abgelehnt.⁸⁸

Schließlich ist kurz auf das *Versorgungsprinzip* als eventuelle Funktion des Schadensrechts einzugehen. Schiemann hat in seiner schadensrechtlichen Monographie nach den allgemeinen Prinzipien – mit seiner Terminologie nach den Bewertungshypothesen – des Schadensrechts gesucht und diese im Versorgungsprinzip gefunden. Dieser Grundsatz verkörpert die neueren legitimen Trends der Rechtsprechung zur erhöhten Bewahrung solcher Werte und Rechtsgüter wie z.B. Gesundheit oder Arbeitsfähigkeit. Es geht nicht um eine Art von rechtspolitischer Verschmelzung des Sozialrechts und des Schadensrechts, sondern um eine funktionale Einheit und Zusammenwirkung dieser beiden Rechtsgebiete. In diesem Rahmen soll das Privatrecht die bestehenden Versorgungslücken anhand sozialrechtlich geprägter Gedanken ausfüllen.⁸⁹ Lange kann sich eine solche Funktionsweise nur hinsichtlich Personenschäden vorstellen, sogar hier auch nur mit Einschränkungen.⁹⁰ Die Versorgung sei ein Teilaspekt des Ausgleichs, die Aufgabenkreise der zwei Rechtsgebiete überschneiden sich, eine Verschmelzung sei aber nicht vorstellbar, da das Sozialrecht vielmehr am Ge-

⁸⁶ Aus ökonomischen Gründen wäre das Präventionsziel eindeutig an die Spitze der Zwecke des Haftungsrechts zu setzen, so zumindest *Wagner* (2006), S. 451 ff. Er führt ferner aus, dass das Haftungsrecht dementsprechend Anreize für das optimale Maß an Sorgfaltsaufwendungen setzt, und zwar mit der Zielsetzung, dass die Summe aus Schadens- und Vermeidungskosten minimal werde. Dies führe teilweise zur Anerkennung der Präventionsfunktion als gleichberechtigtes Ziel. Die Gerichte machen nichts anderes, als Signale an Akteure zu senden, die künftig in dieselbe Situation geraten können wie der Beklagte im konkreten Fall.

⁸⁷ Lange akzeptiert diesen Ansatz teilweise, *Lange/Schiemann/Lange* (2003), S. 12, kritisch: *AK-BGB-Rießmann* (1980) Vor §§ 249-253 Rz. 15, wenn die subjektive Handlungsfreiheit als ersatzfähiges Schutzgut anerkannt wird, wird die Rechtfortsetzung unselbstständig und geht im Ausgleichsprinzip auf: *Soergel-[Mertens]* (1990) Vor § 249 Rz. 26.

⁸⁸ Vgl. z.B. *Juris-PK/Rießmann* (2004) § 249 Rdnr. 9.

⁸⁹ *Schiemann* (1981), S. 234 ff., 275, 305-306.

⁹⁰ *Lange/Hagen/Lange* (1987), S. 50.

meinwohl orientiert ist.⁹¹ Roussos weist zutreffend darauf hin, dass in einem durch das Versorgungsprinzip bestimmten Schadenskonzept die anderen Zielsetzungen, darunter auch die Prävention, in den Hintergrund treten müssen. Er weist auch darauf hin, dass dieses System zwangsläufig zur Ent-Individualisierung und Ent-Kausalisierung des Schadens führen würde.⁹² Eine denkbare vernünftige Kompromisslösung formuliert Mertens, wonach es nicht zulässig und möglich sein soll, dass sich der Schaden nach dem Motto des Versorgungsprinzips bereits aus einer Versorgungslage des Verletzten ableiten ließe; demgegenüber ist im Rahmen eines haftungsrechtlich begründeten Ausgleichsanspruchs nach einem angemessenen Versorgungsstatus des Geschädigten zu streben.⁹³ Letzterer Ansatz kann auch im Falle von vertraglichen Schadensersatzverhältnissen vertreten werden, vorausgesetzt, dass die Verletzten natürliche Personen sind. Eine Versorgung von juristischen Personen und anderen Organisationen findet nicht einmal im Rahmen des Ausgleichsgedankens statt. Nach Magnus gehe in dem Kontext „der Zug vom Individualschadensrecht in Richtung auf ein Sozialschadensrecht“ und zwar mit dem Zweck, dass der Einzelne für jede Einbuße an solchen Gütern einen Ausgleich erhalten soll, die seinen elementaren Bedürfnissen dient und zwar unabhängig von der konkreten Schadenshöhe, wohl aber in einem angemessenen Umfang.⁹⁴

II. Ideologisch geprägtes Verhältnis der Zielsetzungen im ungarischen Schadensrecht

Petrik führt alle Zielsetzungen des Schadensersatzes auf drei Grundfunktionen zurück; diese sind: die Schutz-, die Präventions- und die Reparationsfunktion. Die jeweils herrschende Idee der Rechtspolitik betont mal die eine, mal die andere⁹⁵ Funktion unter unterschiedlichen historischen, gesellschaftlichen sowie geographischen Vorkenntnissen und Umständen. Diese Ansicht scheint wohl zuzutreffen, insbesondere im Lichte der Entwicklung des ungarischen Schadensrechts. Diese lässt sich nämlich durch die ideologische Beeinflussung der Zielsetzungen am besten charakterisieren. Aufgrund der sozialistischen Weltanschauung und Rechtsauffassung wurde die Dominanz des Ausgleichsprinzips (oder wie es in der ungarischen Lehre konsequent genannt wird: der Reparation) während der sozialistischen Zeiten abgelehnt und wird heute noch bestritten. Die Lehre zwischen 1947 und 1989 betonte überwiegend den *Vorrang der Prävention*. Diese Überzeugung wirkt noch bis heute fort und hat auch auf das neuere

⁹¹ Lange/Schiemann/Lange (2003), S. 10 f.

⁹² Roussos (1992), S. 13 f.

⁹³ Soergel-[Mertens] (1990) Vor § 249 Rz. 31.

⁹⁴ Vgl. Magnus (1987), S. 288.

⁹⁵ Petrik (2002a), S. 3.

Schrifttum in diesem Sinne abgefärbt. Diese Erkenntnis macht die historische Darstellung der Stellungnahmen in der Lehre in den drei unterschiedlichen Zeitphasen erforderlich (Stellungnahmen vor dem Zweiten Weltkrieg, die Lehre in den kommunistischen bzw. sozialistischen Zeiten und schließlich im neueren Schrifttum). In gleicher Weise ist im Hinblick auf die Existenzberechtigung des Pönal- bzw. des Genugtuungsgedankens vorzugehen, die in Ungarn nicht weniger umstritten ist als in dem als Vergleichsbasis dienenden Deutschland. Als andere (eventuell sekundären) Funktionen waren und sind die Erziehung (!), die Signalisierung, die Förderung der Sicherheit – im Vertragsrecht zusätzlich noch die Förderung der vertragsgemäßen Erfüllung – angesprochen, nicht dagegen die Rechtsverfolgung und die Versorgung wie im deutschen Recht.

Vor dem Zweiten Weltkrieg wurde vom Ausgleichsprinzip ausgegangen, es war jedoch eine sehr stark vertretene und damals im Vordringen befindliche Mindermeinung vorhanden, die sich immer mehr, vor allem in der ausschlaggebenden Literatur, durchsetzen konnte. Es handelte sich um das präventive Schadenskonzept von Géza Marton. Seines Erachtens ist es weit verfehlt, die Reparation in den Mittelpunkt zu stellen, als zentrale Zielsetzung anzusehen und somit die „Selbstzweckartigkeit“ des Schadensrechtes zu dulden. Anstatt dessen dient der Schadensersatz dem legitimen Zweck des Gesetzgebers, die Schadenszufügungen möglichst zurückzudrängen und zu mindern. Das Ergebnis, dass der Geschädigte auch zum Ersatz der erlittenen Schäden kommt, sei nur von sekundärer Bedeutung.⁹⁶ Dementsprechend hat er einen Vorschlag erarbeitet, nach dem der Umfang des Schadensersatzes (die Ersatzfähigkeit des Schadens im Bereich der Haftungsausfüllung) grundsätzlich durch die Prävention bestimmt worden wäre und dieser seine Grenzen nur bei dem *vis maior* erreicht hätte.⁹⁷

In der *sozialistischen Periode* ist die Theorie von Gyula Eörsi (der sich teilweise in Bezug auf die Prävention auch auf Marton stützte) eindeutig hervorzuheben. Anhand seiner Thesen lässt sich die ideologische Untermauerung des Haftungs- und des Schadensrechtes gut beobachten; andererseits war er derjenige, der das moderne Haftungs- und Schadensrecht in Ungarn verfasst hat. Einige seiner – von der Ideologie befreiten – Ergebnisse wirken bis heute fort oder finden zumindest in den wissenschaftlichen Debatten hinsichtlich der Zielsetzung des Schadensersatzes ihren

⁹⁶ Marton (1992), S. 58 f.

⁹⁷ Vgl. Marton (1992), S. 100 ff. Als Aushilfeprinzipien hat er noch das Prinzip des persönlichen und des sozialen Interesses sowie andere Schadensallokationsmechanismen, wie z.B. die Gewährleistung in die Systematik eingefügt. Diese haben aber das Ergebnis unberührt gelassen, dass er eigentlich das Konzept der einheitlichen objektiven Haftung entwickelt hat. Dies zeichnet Marton in der ungarischen Zivilrechtswissenschaft bis heute aus.

Niederschlag. Die Aufgabe des Schadensersatzes sei es, den Schutz der Gesellschaft vor den vorwerfbaren Pflichtverletzungen im Wege der Erziehung zu gewährleisten. Der Erziehungszweck sei mehr als die Prävention. Die Prävention diene nämlich allein als Abschreckung, und zwar damit, dass sie dem Schädiger Zwang und Angst anbietet und somit die Befolgung der Normen negativ zu erreichen bezweckt. Die Erziehung demgegenüber bewegt positiv zum recht- und ordnungsgemäßen Verhalten. Dementsprechend ist die Haftung nichts anderes als „der optimistische Vorwurf der Gesellschaft“, die Reaktion auf solche Tätigkeiten (oder Unterlassungen) die zu korrigieren, wieder gutzumachen sind und die mit der Haftung als Mittel oder Werkzeug auch korrigiert bzw. wiedergutmacht werden können. Im Bereich der Vertragsverletzungen gelte auch nichts anderes.⁹⁸ In demselben Buch an einer anderen Stelle erwähnt er auch die Reparation: Die unmittelbare Bestimmung des Schadensersatzes sei trotzdem die Aufhebung der Beschädigung, und dies hat der Grundsatz der Totalreparation zur Folge.⁹⁹ Er weist auf den potentiellen Konflikt dieser beiden Bestimmungen des Schadensrechts anhand des Beispiels der hypothetischen Kausalität hin. Wenn eine vorwerfbare Pflichtverletzung vorliegt, muss die Sanktion zwingend eintreten, unabhängig davon, ob ein anderes Ereignis dazwischengetreten ist (bzw. wäre) oder nicht – man kann mit dem Gesichtspunkt der Haftung argumentieren. Der Reparationsaspekt kann gerade gegen die Ersatzfähigkeit verwertet werden, da es sowieso zur Beschädigung gekommen wäre.¹⁰⁰ Bei Eörsi werden also Haftung und Reparation theoretisch einander gegenübergestellt, und die Reparation wird daher weniger als Teilaspekt oder Zielsetzung der Haftung angesehen, sondern vielmehr als ein quasi selbstständiger Schadensallokationsmechanismus. Daher kann er sogar den Widerspruch der beiden Aspekte feststellen: Die Reparation fordere die Erstattung aller Schäden, die Haftung dagegen nur derjenigen, die „vorwerfbar“ zugefügt worden sind.¹⁰¹ Später sieht er von der Abgrenzung zwischen Erziehung und Prävention ab und betrachtet die Letztere als die dominante Zielsetzung des Schadensersatzrechtes.¹⁰² Die Reparation muss sich der Prävention unterordnen, da in der sozialistischen Rechtsordnung die Bewahrung der Güter eine zentrale Rolle spielt und die Schadenszufügung sowie der Schaden selbst, wenn auch der Letztere im konkreten Verhältnis ersetzt wird, irgendwo innerhalb der Volkswirtschaft

⁹⁸ Vgl. Eörsi (1961), S. 35 ff., S. 50. Zur ausführlichen Behandlung der Erziehung und zur Beantwortung der Frage, wie diese Erziehungsfunktion u.a. zur Überflüssigkeit der Erzwingung in der sozialistischen Rechtsordnung schrittweise führen werde vgl. S. 167 f.

⁹⁹ Eörsi (1961), S. 214 f.

¹⁰⁰ Eörsi (1961), S. 459.

¹⁰¹ Eörsi (1976), S. 187, Eörsi (2003), S. 245 f.

¹⁰² Eörsi (1966), S. 20.

einen unvermeidbaren Verlust darstellt.¹⁰³ Noch später betont er weniger die Vorherrschaft des Präventionsprinzips, sondern stellt drei Funktionen scheinbar gleichrangig nebeneinander: Die Prävention-Erziehung, die Reparation und das Sicherheit-Sicherheitsgefühl.¹⁰⁴ Andere Autoren definieren sich und ihre Thesen grundsätzlich mit ihrem Verhältnis zu der Theorie von Eörsi. Es gibt ideologisch noch mehr geprägte Auffassungen, wie z.B. die von Benedek/Világhy: Die Erziehung soll der Gestaltung eines neuen, des sozialistischen Menschentypus zugute kommen, daneben scheint es eine nebensächliche Rolle zu spielen, dass der Schadensersatz auch Repression, Reparation und Prävention zur Folge hat.¹⁰⁵ Zoltán sah die wichtigste Zielsetzung des Schadensrechts im Schutz vor gesellschaftswidrigem Verhalten.¹⁰⁶ Nach alledem ist es nicht verwunderlich, dass die herrschende Lehre der Prävention entscheidende Bedeutung beigemessen hat und deren „primus inter pares“-Stelle kaum bezweifelt worden ist.¹⁰⁷ Die vermittelnden Meinungen, die zumindest keine hierarchische Rangfolge zwischen der Prävention und der Reparation aufgestellt haben, haben sich jedenfalls auf den Bereich des Vertragsrechts beschränkt.¹⁰⁸ Schließlich gab es eine Mindermeinung, deren Vertreter die primäre Rolle der Reparation innerhalb des Schadensrechts befürwortet hat: Von den zwei Seiten der Schadensersatzpflicht sei die Seite der Reparation die stärkere.¹⁰⁹

Nach der politischen und wirtschaftlichen Wende, mit dem Ausbau der Rechtsstaatlichkeit und eines modernen Privatrechts sind immer noch alle drei Auffassungen in der Zivilrechtswissenschaft vertreten, selbstverständlich mit anderen Begründungen, Betonungen und Gewichtungen. Bacsa leitet immer noch die versteckte Anerkennung des Primats der Haftungsseite, also der Erziehungs-Prävention davon ab, dass in Grenzfällen immer die Vorwerfbarkeit eine entscheidende Rolle spielt.¹¹⁰ Auch die vermittelnden

¹⁰³ Eörsi/Világhy/Eörsi (1965), S. 543 f. und auch Eörsi (2003), S. 245.

¹⁰⁴ Eörsi (1976), S. 186: Hier betont er – neben der Aufzählung der drei Funktionen – noch den Vorrang der Präventions-Erziehung und nennt die Reparation einen Fremdkörper in der Haftung. Später verschwindet diese hierarchische Rangordnung der Funktionen, vgl. etwa Eörsi/Gellért/Eörsi (1981) § 339 S. 1535 f.

¹⁰⁵ Benedek/Világhy (1965), S. 297.

¹⁰⁶ Zoltán (1961), S. 4. Wahrscheinlich anhand der Begründung zum Gesetz Nr. IV. aus dem Jahre 1959 (das ungarische Bürgerliche Gesetzbuch), vgl. *Begr.* (1960), S. 258 ff. Die Reparation ist (nur) die Hauptform der Wiedergutmachung, wodurch die Warenverhältnisse wieder ins Gleichgewicht gebracht werden können. Der Schadensersatz diene daher unmittelbar der Reparation, mittelbar aber wohl der Prävention.

¹⁰⁷ So, aber mit Abstand *Sólyom* (1977), S. 179 f.; Der Schadensersatz ist neben der Prävention auch reparativer Natur, vgl. *Zoltán* (1961), S. 18; grundsätzliche Zielsetzung der Haftung ist die Prävention: *Sárközy* (1983), S. 31.

¹⁰⁸ vgl. *Begr.* (1960), S. 223, und auch *Rózsa* (1963), S. 213.

¹⁰⁹ *Csanádi* (1969), S. 274.

¹¹⁰ *Bacsa* (2001), S. 126.

de Meinung lässt sich finden. Dementsprechend seien entweder nur die Reparation und die Prävention allein,¹¹¹ oder diese mit anderen ergänzenden Grundsätzen zusammen¹¹² die gleichrangig tragenden Prinzipien des Schadensrechts. Eine etwas detailliertere Analyse liefert Petrik, der samt der Benennung der drei Hauptfunktionen des Schadensersatzes (Schutzfunktion, Prävention und Reparation) in Bezug auf die Prävention zwischen deren spezieller (Auswirkung auf das Verhalten der Einzelperson, des potentiellen Schädigers) und genereller Auswirkung (Auswirkung auf die Gesellschaft bzw. auf die anderen Mitglieder der Gesellschaft) unterscheidet und somit dieser Funktion eine Art Doppelwirkung zuweist. Somit kommt er der von Schlobach erarbeiteten Unterscheidung von Mikro- und Makrofunktionen nahe.¹¹³ Heute wird die Meinung nunmehr mutiger vertreten und vorgetragen, dass unter den Zielsetzungen des Schadensersatzrechtes gerade eben die Reparation die wichtigste, wenn man so will, die primäre Rolle spielt. Szalma wendet diese These nur in Bezug auf die Vermögensschäden an.¹¹⁴ Die einzige Stimme in der Literatur, die für die Dominanz der Reparation (d.h. des Ausgleichsprinzips) eindeutig, konsequent und ohne irgendwelche Einschränkungen oder Vorbehalte die Lanze bricht, ist Bárdos. Er fügt hinzu, dass man sich umso mehr nur diese Zielsetzung vor Augen halten muss, als das bürgerliche Recht mit seinen bescheidenen Mitteln nur dazu geeignet ist, das verursachte Unrecht, den zugefügten Schaden möglichst zu reparieren.¹¹⁵

Die Beurteilung des Pönalgedankens oder seiner abgeschwächten Form, der *Genugtuung*, war ebenfalls von Zeit zu Zeit unterschiedlich. In der Rechtswissenschaft der Vorkriegszeit finden sich schon beide hier anknüpfenden Teilaspekte. Die Frage einerseits, ob der Ersatz von *immateriellen Schäden* einen Pönal- oder Genugtuungscharakter innehaben darf, wurde überwiegend bejaht.¹¹⁶ Andererseits wurde bereits zu dieser Zeit die These

¹¹¹ Vgl. Újváriné (2002), S. 18. Zurückhaltend: Gellért/Kemenes (2004) vor § 339 S. 1219 f.

¹¹² Primär sind die Reparation und die Prävention in Betracht zu ziehen; neben den beiden werden aber manchmal auch die Signalisierung, die Repression und die Schutzfunktion berücksichtigt. Vgl. Nagy/Pecze/Nagy (2004), S. 11 f. Jobbágyi erwähnt noch neben den beiden die Schutzfunktion vgl. Jobbágyi/Fazekas/Jobbágyi (2004), S. 143. Später plädiert er für den Vorrang der Reparation, und ordnet die Prävention als „weitere Zielsetzung“ neben bzw. nach der Reparation ein. *Ders.* S. 144.

¹¹³ Petrik (2002), S. 13 f., sowie Petrik (2002a), S. 3.

¹¹⁴ Szalma (2000), S. 177.

¹¹⁵ Samt kritischer Stellungnahme gegen das Präventionskonzept von Marton vgl. Bárdos (2001), S. 17 f. und auch Bárdos (2002), S. 4: Im Verhältnis zu der Wiedergutmachung sind alle anderen Gesichtspunkte sekundärer und rein theoretischer Natur.

¹¹⁶ Szladits (1933), S. 73 weist dem Ersatz von Nichtvermögensschäden eindeutig einen Strafcharakter zu und sieht ihre zentrale Bedeutung in der Genugtuung. Etwas abgestufter, auch mit rechtsvergleichender Stellungnahme, Szászy (1943), S. 84 f.

aufgestellt, die dann in allen Perioden mindestens einen Vertreter fand, dass die Pflicht zur Zahlung eines Schadensersatzes als solche allein für sich als eine Bestrafung, eine Repression anzusehen ist. Die restitutiven Sanktionen verfügen auch über einen Repressionsaspekt, zumindest dadurch, dass man den eventuellen Vermögenszuwachs zurückerstatten muss. Dementsprechend sei die starre Gegenüberstellung von Privatrecht und Strafrecht nicht wirklichkeitsgetreu und somit sachwidrig.¹¹⁷ Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens wurde im Kommunismus teilweise (zwischen 1953 und 1977) aberkannt, daher hat die erste Frage an Bedeutung verloren. Nicht dagegen die zweite Teilfrage: Auch in den sozialistischen Zeiten wurde die oben erwähnte These hingenommen, dass der Schadensersatz allein durch seine Funktion mindestens ein winziges Pönalelement in sich trägt. Dies wurde als ein unvermeidbarer, notwendiger Nebeneffekt angesehen.¹¹⁸ Das versteckte Pönalelement hat seine Existenzberechtigung nicht durch die politische Wende verloren, die oben beschriebene These findet sich auch in der heutigen Kommentarliteratur, und zwar als „eine sekundäre Reflexwirkung der privatrechtlichen Sanktion“.¹¹⁹ Sehr kritisch ist dagegen Bárdos, seines Erachtens hat der Pönalgedanke im Privatrecht nichts zu suchen, dessen Anerkennung sei ein Irrtum. Die Berücksichtigung der Genugtuung in einigen obergerichtlichen Entscheidungen führe auch zu dogmatisch und praktisch gesehen falschen Ergebnissen, weil es das Privatrecht (dessen Mittel grundsätzlich der materielle Gegenwert ist) dazu zwingt, das unmessbare – vergebens – messen zu wollen.¹²⁰ Die Beurteilung der Genugtuung beim Ersatz von immateriellen Schäden hängt überwiegend davon ab, ohne an dieser Stelle die Beschreibung der Ersatzfähigkeit dieser Schadensart vorangehend bis in die Einzelheiten zu behandeln, welcher der beiden miteinander konkurrierenden Theorien der neueren Lehre man sich anschließt. Die Kompensations- oder *Reparationstheorie* bedeutet, dass es sich dabei ebenso um Nachteile, um Schäden handelt wie bei den Vermögensschäden; der Geschädigte muss also den zu kompensierenden Nachteil nachweisen. Die Kompensation des nachgewiesenen Nachteils bedeutet in diesem Falle selbstverständlich niemals die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, da dies nicht mehr möglich ist, sondern die Zuerkennung einer Geldsumme, mit der sich der Geschädigte Vorteile anderer Art erlauben und finanzieren kann. Im

¹¹⁷ Marton (1992), S. 24 f.

¹¹⁸ Selbst die Begründung des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches, vgl. *Begr.* (1960), S. 260, neutral, Eörsi/Világhy/Eörsi (1965), S. 541, *Csanádi* (1969), S. 273; a.A.: *Sárközy* (1983), S. 118: Die Rechtsinstitute der bürgerlich-rechtlichen Haftung dürfen keinen Strafcharakter aufweisen.

¹¹⁹ Gellért/*Kemenes* (2004) vor § 339 S. 1223.

¹²⁰ Vgl. *Bárdos* (2001), S. 19.

Lichte dieser Theorie spielt der Genugtuungsgedanke keine größere Rolle als oben im Allgemeinen beschrieben; er ist und bleibt ein indirekter Nebeneffekt der Reparation.¹²¹ Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt man anhand der *Genugtuungstheorie*. Nach dieser Ansicht ist der Ersatz immaterieller Schäden nichts anderes als die direkte Ausprägung des Genugtuungsgedankens, der automatisch an die Persönlichkeitsrechtsverletzung anknüpft, ohne den Nachteil noch extra beweisen zu müssen. Die Verletzung ist der immaterielle Nachteil selbst.¹²² Die Vertreter dieser Theorie greifen schon die Terminologie „Ersatz immaterieller Schäden an“, da man den finanziellen Gegenwert dieser Nachteile nicht messen kann (sie haben ja gar keinen finanziellen Gegenwert), es handelt sich vielmehr um eine richterlich geschätzte Geldsumme, wenn man so will, um eine Privatstrafe.¹²³ Selbstverständlich stellt nach dieser Auffassung die Genugtuung die primäre Funktion des „Ersatzes“ dar.¹²⁴ Falls im neuen ungarischen BGB die Genugtuungstheorie verankert wird, gewinnt diese Funktion enorm an Bedeutung, und zwar auch im Bereich der vertraglichen Haftung.

§ 4 Ergänzende allgemeine Überlegungen, Sekundärprinzipien, Entscheidungsfaktoren des Schadensrechts

Neben den Zielsetzungen sind auch andere Leitgedanken anzusprechen, die die Anwendung des Schadensrechts, insbesondere die Schadensberechnung, enorm beeinflussen. Es wäre auch denkbar, sie bei der Art und Weise der Schadensersatzleistung zu behandeln, organisch knüpfen diese aber an die allgemeinen Zielsetzungen an und dienen der Kanalisierung der Zweckbestimmungen in die konkrete Schadensberechnung. Demzufolge sind diese sekundären Überlegungen vorangehend in Betracht zu ziehen.

Zunächst ist die sog. *Dispositionsfreiheit* des Geschädigten anzusprechen. Demnach kann der Geschädigte im Falle von Sachschäden frei über die Ersatzsumme verfügen. Teilweise wird aus dieser Denkweise die Erstattung fiktiver Reparaturkosten hergeleitet. Bei Körperschäden steht dem Geschädigten diese freie Verfügbarkeit nicht zu, die Wiederherstellung ist

¹²¹ So u.a. *Szalma* (2000), S. 175, *Havasi* (2002), S. 13. Der Genugtuung wird mit anderen Rechtsfolgen der Persönlichkeitsverletzung genüge getan, die zu diesem Zweck berufen sind.

¹²² Vgl. *Lábady* (1992), S. 10-11 mit scharfer Kritik gegen die Rechtsprechung, die damals noch auf die Kompensationstheorie bestanden hat. Er bejaht anhand der Genugtuung auch die Begünstigung von sich im Koma befindlichen Beschädigten; aus der Hinsicht der Genugtuung sei es nämlich gleichgültig, ob der Patient den zuerkannten Geldbetrag „genießen“ kann oder nicht.

¹²³ Diesen Ausdruck benutzt, wenn auch nur vorsichtig *Vékás* (2005), S. 199.

¹²⁴ Vgl. u.a. *Petrik* (1991), S. 337.

tatsächlich durchzuführen.¹²⁵ Die Dispositionsfreiheit über den Ersatzbetrag ist dem Inhalt nach auch im ungarischen Schadensrecht ein bekanntes und anerkanntes Prinzip,¹²⁶ selbst wenn es terminologisch nicht als Dispositionsfreiheitsprinzip bezeichnet wird. Es wird lediglich festgestellt, dass der Geschädigte über den Ersatzbetrag frei verfügen kann. Die Einschränkung auf Sachschäden wird ebenfalls nicht explizit erwähnt, es werden aber konsequent nur solche Beispiele zitiert, bei denen es sich um den Ersatz von Sachschäden handelt. Daraus kann man m.E. schließen, dass die Ausgrenzung der Personenschäden als Evidenz angesehen wird. Es ist eine Tendenz in der Rechtsprechung ersichtlich, die die Dispositionsfreiheit mittels der Schadensminderungspflicht zu begrenzen bezweckt, bzw. die strenge Anwendung der Schadensminderung zur Einschränkung der Dispositionsfreiheit (oder zur Minderung des Schadensersatzbetrages) führt. In einer Entscheidung des Obersten Gerichtes wurde der entgangene Gewinn nur für ein Jahr mit der folgenden Begründung zuerkannt: Wenn der Geschädigte die Ersatzsumme zum Einkauf eines neuen Eiswagens verwendet hätte, wäre dieser Schadensposten überhaupt nicht eingetreten.¹²⁷

An diversen Stellen begegnet man im deutschen Schadensrecht dem eher für das Verfassungsrecht bekannten *Gleichbehandlungsgrundsatz*. Dieser Grundsatz wird meist bezüglich des § 254 herangezogen, der hinsichtlich der Verursachung und des Verschuldens die Gleichbehandlung des Schädigers und des Geschädigten, anders formuliert: des Selbstverschuldens und des Fremdverschuldens, zum Ausdruck bringt.¹²⁸ Roussos mag Recht haben, wenn er behauptet, dass die Gleichbehandlung sowohl zur Erweiterung als auch zur Einschränkung der Ersatzpflicht herangezogen

¹²⁵ *Looschelders* (2004) Rdnr. 955-957, *Palandt/Heinrichs* (2005) § 249 Rdnr. 6; hinsichtlich der fiktiven Reparaturkosten sehr kritisch *Staudinger/Schiemann* (2005) § 249 Rdnr. 226 f. *Köhler* (1983), S. 364 ff. lehnt die Dispositionsfreiheit des Geschädigten gänzlich ab. Der Gesetzgeber hat einen Normtext verabschiedet, in dem von dem erforderlichen Geldbetrag die Rede ist, nicht von einem Geldbetrag, der zur Wiederherstellung erforderlich wäre, bzw. sein könnte. Die systematische und funktionelle Interpretation ergebe dasselbe. Die drei oft zitierten Argumente für die Dispositionsfreiheit (mangelndes Schuldnerinteresse an tatsächlicher Herstellung, schutzwürdiges Gläubigerinteresse an freier Verwendung, Praktikabilität) sind trotz des ersten Anscheins nicht zutreffend. Der Wiederherstellungsbetrag sei zweckgebunden.

¹²⁶ Vgl. schon *Dezső* (1932), S. 252: „Wozu der Beschädigte dann den Ersatzbetrag verwendet, da hat keiner etwas mitzureden.“ Er kann ihn beliebig für die Ersetzung des vernichteten oder beschädigten Gegenstandes einsetzen, aber auch auf ganz andere Weise nutzen, z.B. in sein Unternehmen investieren. Später genauso vgl. *Eörsi* (1966), S. 184 f., *Petrik* (1991), S. 185: Er kann es sogar beim Pferderennen verspielen. In der Kommentarliteratur vgl. *Gellért/Benedek* (2004) § 355 S. 1353.

¹²⁷ Vgl. BH/1996/332, behandelt auch bei *Bárdos* (2001), S. 172, *Petrik* (2002), S. 224 f.

¹²⁸ Vgl. z.B. *Deutsch* (1996) Rdnr. 563, 583, *Looschelders* (2004) Rdnr. 1014.

und so beliebig benutzt werden kann.¹²⁹ Im ungarischen Schadensrecht ist die Regelung der schuldhaften Mitverursachung und der Schadensminderungspflicht ebenfalls zu finden, und zwar im § 340 I uBGB. Diese wird jedoch nicht als Ausprägung des Gleichbehandlungsprinzips definiert und wird auch nicht vom Gleichbehandlungsgedanken abgeleitet.

Fraglich ist weiterhin, inwiefern *die wirtschaftlichen Verhältnisse* des Schädigers bzw. des Geschädigten im Rahmen der Feststellung des Ersatzes berücksichtigt werden können. Lange stellt die Anerkennung dieses Gesichtspunktes mit einigen Beispielen fest (u.a. die Bemessung des Schmerzensgeldes, die Rechtsprechung zum Nutzungsausfall etc.), befürchtet aber, dass dadurch dem Schadensrecht solche Aufgaben zugeteilt werden, für die es nicht geschaffen ist, und nicht zuletzt, dass die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dem Ausgleichsprinzip zuwiderläuft. Schließlich ist im Rahmen des Ausgleichs „nur“ in Betracht zu ziehen, um wie viel der Berechtigte geschädigt ist und nicht, wie viel er besitzt oder verdient.¹³⁰ Nach anderen Ansichten sind diese Überlegungen verschleiert, aber ohnehin im „Gebrauch“ und die offizielle Anerkennung dieser im Rahmen des Schadensrechtes würde sogar zu einer vernünftigen Begrenzungsmethode führen.¹³¹ Davon ungefähr 600 Kilometer weit entfernt, in Ungarn, stellt Bárdos ebenfalls die versteckte Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte fest. Als Beispiele zitiert er die schadensrechtliche Anerkennung des entgangenen Einkommens aus Schwarzarbeit sowie die Zuerkennung von Schadensersatz auch in dem Falle, wenn der Geschädigte seit Jahren arbeitslos war, da man nicht ausschließen könne, dass er in kurzer Zeit eine Arbeit gefunden hätte, wenn es nicht zu seiner Beschädigung gekommen wäre.¹³² Angesehene Autoren lenken die Aufmerksamkeit auf das Belastungsvermögen des Schädigers, denn dieser solle nicht durch die Ersatzpflicht zugrunde gerichtet werden.¹³³ Bei der Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden werden die finanziellen Umstände des Verantwortlichen i.d.R. mit berücksichtigt. Es wirkt sich zum Beispiel mindernd auf den Betrag aus, wenn die finanzielle Lage des Schädigers schlecht ist – dies umso mehr, wenn er ein niedriges Einkommen hat und

¹²⁹ Vgl. Roussos (1992) S. 11. Neben der kritischen Feststellung erwähnt Roussos auch andere Schadenskonstellationen, wo die Diskriminierung innerhalb des Kreises der potentiellen Beschädigten vermieden werden sollte, z.B. bei der Erstattung der Schadensbearbeitungsaufwendungen zwischen Unternehmen und Privatgeschädigten, bei der abstrakten Nutzungsentschädigung hinsichtlich der sparsamen oder weniger wohlhabenden Geschädigten etc. M.E. kann der Gleichbehandlungsgrundsatz in den oben genannten Fällen mit dem Ausgleichsgedanken in Konflikt geraten.

¹³⁰ Lange/Schiemann/Lange (2003), S. 15.

¹³¹ Vgl. Rother (1965), S. 290-291.

¹³² Bárdos (2001), S. 36.

¹³³ Eörsi (1983), S. 37.

auch noch Kinder erzieht.¹³⁴ Andere Autoren schlagen vor, die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten in das neue uBGB aufzunehmen, anstatt diese verschleiert gelten zu lassen.¹³⁵ Selbstverständlich muss dieser Aspekt auch im Rahmen der Billigkeit noch einmal angesprochen werden.

Von der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse ist die Wirtschaftlichkeit des Schadensersatzes deutlich zu unterscheiden. Die *ökonomischen Gesichtspunkte* fließen in das Schadensrecht immer mehr ein¹³⁶, haben aber bisher noch nicht zu einer kompletten Umstellung auf Basis der gesamtwirtschaftlichen Effizienz geführt. Des Weiteren sollen die *Billigkeitsgesichtspunkte* hervorgehoben werden, die gewollt oder ungewollt, jedoch unvermeidbar, neben der durch den Gesetzgeber tatsächlich angestrebten Anwendung im Laufe der Schmerzensgeldbemessung – sogar zulasten der Rechtssicherheit und manchmal auch des Ausgleichsgedankens – in die schadensrechtliche Rechtsprechung einfließen. Sie verkörpern den irrationalen Rest des Schadensersatzrechtes.¹³⁷ Jedoch sei hierbei betont, dass gerade die Billigkeit geeignet ist, unerwünschten generalisierenden Wirkungen entgegenzusteuern oder diese zumindest abzumildern.¹³⁸ Im ungarischen Schadensrecht spielt die Billigkeit eine etwas größere Rolle als in Deutschland, und zwar sowohl als Haftungs begründungs- als auch als Haftungsbegrenzungsfaktor. Vor dem Zweiten Weltkrieg haben mehrere Autoren die Berücksichtigung der Billigkeit im Rahmen des Schadensrechts einer kritischen Würdigung unterzogen, mit der Begrün-

¹³⁴ Im Ergebnis bejahend, aber gegenüber der Begründung dieser Entscheidungen kritisch *Török* (1984), S. 574, Neutral: *Lábady* (1992a), S. 66. Die Rechtsprechung sehr befürwortend Gellért/*Benedek* (2004), § 354 S. 1334: Man könne die rechtspolitischen Zielsetzungen nicht unabhängig von der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes und von der Belastbarkeit der Gesellschaft festsetzen. Dementsprechend dürfe man keine solchen Ersatzsummen im Bereich des Nichtvermögensschadens zuerkennen, die den Schädiger für sein ganzes Leben unzumutbar belasten. Dies führe auch zur Steigerung der Versicherungspreise.

¹³⁵ Vorausgesetzt, dass die Totalreparation eine unerträgliche Belastung für den Schädiger darstellt. *Bárdos* (2004), S. 5. *Zlinszky* setzt für die Minderung der Ersatzpflicht die leichte Fahrlässigkeit, die unverschuldete Verursachung, sowie den bedeutenden sozialen Nachteil voraus, wobei sich nicht ganz klar feststellen lässt, ob diese Bedingungen disjunktiv oder konjunktiv zu verstehen sind. Vgl. § 12 seines Gesetzesvorschlages, *Zlinszky* (2001), S. 451. *Benkő* (1955), S. 250 wollte sogar – noch im Laufe der Kodifikationsarbeiten des noch geltenden uBGB – den Schadensersatzbetrag, wie im Arbeitsrecht, in bestimmten Fällen auf das mehrfache des monatlichen Einkommens beschränken, wenn der Schädiger ein armer Angestellter ist. Die Geschädigten hätten den Restbetrag von einer Versicherung verlangen können. Er hat sich mit dieser These nicht durchsetzen können.

¹³⁶ KompaktKom-BGB/*Willingmann* (2003), § 249 Rdnr. 3.

¹³⁷ *Lange/Schiemann/Lange* (2003) S. 16 f.

¹³⁸ *Soergel-/Mertens*] (1990) Vor § 249 Rz. 39.

dung, dass man diesem Element gerade eben eine noch größere Rolle beimessen sollte.¹³⁹ Diese Befürwortungen sind nicht ohne Ergebnis geblieben. In das im Jahre 1959 verabschiedete (heute nach enorm vielen Modifizierungen immer noch geltende) Bürgerliche Gesetzbuch wurde eine allgemeine Billigkeits- oder Reduktionsklausel in § 339 II aufgenommen, die aber nur im Deliktsrecht, nicht dagegen im Bereich der vertraglichen Haftung (§ 318) anzuwenden ist. Demnach kann das Gericht die für den Schaden verantwortliche Person aufgrund von Umständen, die außerordentliche Billigkeit verdienen, von der Haftung teilweise befreien. Diese Umstände sind in der Rechtsprechung eine unerträgliche soziale und finanzielle Belastung des Schädigers und dessen geringes Verschulden.¹⁴⁰ Im Verhältnis zu den begeisterten Befürwortern in der Lehre¹⁴¹ ist die Praxis dieser richterlichen Begrenzungsmöglichkeit eher gering, insbesondere seit der Umstellung auf die Marktwirtschaft.¹⁴² Schließlich seien noch zwei früher sehr

¹³⁹ Vgl. u.a. *Szászy* (1943), S. 97. Die umfassendste Bewertung und Würdigung der Billigkeit als tragendes Prinzip des Schadensrechtes befindet sich im Posthumwerk von *Marton* (1992), S. 104 f., 111, 143, 177 ff.: Es handelt sich nur um eine Ausnahme, um das außerordentliche Mittel der Rechtsprechung zur Verhinderung enormer sozialer Ungerechtigkeiten. Die Verpflichtung zu vollem Schadensersatz führe in gewissen Fällen zu unvermeidbaren Konsequenzen bei Menschen in besonders schlimmer wirtschaftlicher Lage. Die Billigkeit (und ihre Ausprägung, die finanzielle Belastbarkeit der Parteien) darf nur mit anderen Faktoren zusammen angewendet werden und nur in solchen Fällen, in denen der Schädiger aufgrund einer schlechten sozialen Situation (und geringerem Verschulden) schützenswert ist, und der Geschädigte die Belastung durch den Schaden ohne wirtschaftliche Erschütterung selber tragen kann. In der Tat konterkariert die Berücksichtigung von Billigkeit Gesichtspunkten die konsequente Geltung der Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit der Rechtsfolgen, jedoch muss der Gesetzgeber dem Richter im Interesse der genannten Zielsetzung die notwendige Entscheidungsfreiheit gewährleisten und die erforderlichen Fähigkeiten vertrauensvoll zuerkennen. Vgl. auch § 20 seines Gesetzesvorschlages, *Marton* (1992), S. 301 f.

¹⁴⁰ Der Schaden muss aber die (mit vernünftigen Methoden eingeschätzten) finanziellen Möglichkeiten des Schädigers um ein vielfaches überschreiten! Vgl. *Eörsi* (1961), S. 427, S. 445. Vgl. auch *Gellért/Kemenes* (2004), vor § 339, S. 1222 f. Bei *Petrik* (1991), S. 34 befinden sich auch andere Gesichtspunkte, wie z.B. die schwere Krankheit des Schädigers, dass er selbst auch Schäden (sowohl Sach- als auch Gesundheitsschäden) erlitten hat, etc.

¹⁴¹ Vgl. u.a. *Petrik* (1991), S. 33 f.: Er weist auf die positive Anknüpfung der Billigkeit und des Präventionsgedankens hin. Wenn der Schädiger die Folgen seiner Schadenszufügung während seines ganzen Lebens tragen muss, geht die Präventionswirkung der zivilrechtlichen Haftung zwangsläufig verloren.

¹⁴² Das Konzept des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches bezieht trotzdem für die Beibehaltung dieser Vorschrift Stellung. Vgl. *Konzept* (2003), S. 116 f. So auch der *Vorschlag* (2006), § 5:544 III, S. 495. In Bezug auf das – ebenso mit dem neuen Gesetzbuch einzuführende und anstelle des Ersatzes von immateriellen Schäden tretende – Schmerzensgeld wäre gerade die Billigkeit das umfassendste Prinzip, das die verschiedensten – in die Feststellung des Schmerzensgeldbetrages einfließenden – Faktoren und Gesichtspunkte