

# Differenztheorie und normativer Schadensbegriff

HEINRICH HONSELL

## Zusammenfassung

Die Differenztheorie stellt nicht auf den Zustand vor und nach der Schädigung ab, sondern auf die Differenz zwischen tatsächlichem und hypothetischem Zustand, wie er sich ohne das schädigende Ereignis ergeben hätte. Nur so lassen sich nämlich Schaden und entgangener Gewinn in einem Begriff zusammenfassen. Die Differenztheorie wurde aus dem Interessebegriff des römisch-gemeinen Rechts entwickelt, der ein einfacher Rechtsbegriff war für den aus positivem Schaden und entgangenem Gewinn bestehenden Schadenersatz: *interesse est damnum emergens et lucrum cessans*. Demgegenüber ist die Vorstellung des Schadens als einer Vermögensdifferenz wertlos. Sie verkennt den römischen Interessebegriff und geht auf einen Übersetzungsfehler von Friedrich Mommsen zurück. Verfehlt ist der Bezug auf das ganze Vermögen und die Ermittlung des Schadens durch Vermögensvergleich. Die Formel ist operational und heuristisch nicht brauchbar. Man rechnet nicht so und man kann so gar nicht rechnen. Man zieht nämlich nicht vom hypothetischen Gesamtvermögen, das reale ab, findet den rechnerischen Schaden nicht quasi wie in einer Bilanz durch Vergleich zweier Grössen, sondern durch Addition der einzelnen Schadensposten. Auch zum quasi automatischen Auffinden von Vermögensfolgeschäden benötigt man sie nicht. Denn diese finden wir, indem wir, vom Schadensereignis ausgehend, untersuchen, wo es sich überall ausgewirkt hat. Das Vorgehen ist, wenn man so will, induktiv und nicht deduktiv. In Wahrheit kann man also den Schadenersatz nicht einfach nach der Differenzhypothese errechnen. Das mit ihr verbundene Alles-oder-Nichts-Prinzip (Totalreparation) widerspricht Art. 43 Abs. 1 OR. Der dortige Hinweis auf die Umstände führt zu Art. 4 ZGB und zu der Befugnis des Gerichts, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass der Schadenersatz i.d.R. nicht mit rechnerischer Exaktheit ermittelt, sondern nur nach billigem Ermessen bestimmt werden kann. Der sog. normative Schadensbegriff ist einerseits nur die Korrektur eines Fehlers, der durch den scheinbaren Glanz der Logik und dem rechnerischen Optimismus der Pandektistik verursacht worden ist. Andererseits missachtet er das Kommerzialisierungsverbot. Es ist kein Mangel der Differenztheorie, dass sie den Ersatz für Nachteile ausschliesst, die nicht durch die Schädigung verursacht worden

sind (z.B. nutzlos gewordene Aufwendungen, Vorhaltekosten, Fangprämien usw.), oder für Nachteile, die sich nicht im Vermögen manifestiert haben (entgangener Gebrauchsvorteil, Bedarfsschaden, Haushaltsschaden usw.).

## Résumé

La théorie de la différence ne compare pas la situation avant et après l'événement dommageable; elle s'appuie sur la différence entre l'état effectif et l'état hypothétique tel qu'il se présenterait si l'événement n'était pas survenu. C'est la condition pour inclure le dommage et le gain perdu en une seule et même notion. Le théorie de la différence est issue de la notion d'intérêt du droit romain, notion juridique simple pour l'indemnisation du dommage positif et du gain perdu; l'intérêt est le *damnus emergens* et le *lucrum cessans*. Cependant le dommage ne saurait être compris comme une différence patrimoniale. Cette conception méconnaît la notion romaine de l'intérêt et est due à une erreur de traduction de Friedrich Mommsen. Ce qui est erroné c'est la référence à l'entier patrimoine et la détermination du dommage par une comparaison patrimoniale. Cette formule est inutilisable, tant sur plan opérationnel que heuristique. On ne calcule pas ainsi et on ne peut pas du tout calculer ainsi. On ne déduit pas du patrimoine global hypothétique ce qui est et on ne calcule pas le dommage comptable comme dans un bilan en comparant deux montants mais en additionnant les postes individuels du dommage. Cette formule n'est pas non plus nécessaire à la fixation du dommage patrimonial. On détermine le dommage en partant de l'événement dommageable et en regardant quels sont ses effets. En quelque sorte, le procédé est inductif et non déductif. En réalité on ne peut pas calculer la réparation selon l'hypothèse de la différence. Le principe du tout ou rien (réparation intégrale) qui lui est lié est contraire à l'art. 43 al. 1 CO. La référence aux circonstances de l'art. 43 al. 1 CO conduit à l'art. 4 CC et au pouvoir du juge de statuer en droit et en équité. La loi permet ainsi de tenir compte du fait que le dommage ne peut en règle générale pas être calculé exactement mais doit être fixé équitablement. La notion normative du dommage est issue du besoin de corriger cette erreur due au brillant apparent de la logique et à l'optimisme arithmétique pandectique. De plus elle heurte l'interdiction de la commercialisation. Dès lors la théorie de la différence ne présente pas de défaut lorsqu'elle exclut l'indemnisation d'inconvénients qui ne sont pas dus à l'événement dommageable (p. ex. les dépenses devenues inutiles, le dommage de frustration, les primes de «capture») ou les inconvénients qui ne traduisent pas par une perte patrimoniale (le dommage résultant de la perte d'usage d'une chose, le dommage domestique etc.).

## Inhaltsübersicht

1.	<b>Einleitung, historischer Überblick</b> .....	257
2.	<b>Differenztheorie</b> .....	260
	A. Schaden und entgangener Gewinn .....	260
	B. Vermögensdifferenz .....	261
3.	<b>Subjektives Interesse und abstrakte Schadensberechnung</b> .....	263
	A. Subjektives Interesse und objektiver Wert .....	263
	B. Verkehrswert als Mindestschaden .....	264
	C. Vorteilsanrechnung .....	265
4.	<b>Normativer Schadensbegriff</b> .....	265
	A. Der abstrakte Gebrauchsvorteil .....	266
	B. Nutzlos gewordene Aufwendungen .....	267
	C. Anteilige Vorhaltekosten und vorsorgliche Aufwendungen .....	268
	D. Bedarfschaden .....	269
	E. Verlust der Arbeitskraft .....	269
	F. Haushaltsschaden .....	270
5.	<b>Ausblick</b> .....	271

## 1. Einleitung, historischer Überblick

Im Gesetz wird der Schadensbegriff nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Auszugehen ist zunächst von einem natürlichen Schadensverständnis. Schaden ist danach die unfreiwillige Einbusse, die jemand an seinem Vermögen erleidet. Von einem natürlichen Schadensbegriff lässt sich nur beim *damnum emergens* reden: die zerstörte Porzellanvase, das Loch im Kleid sind Schäden. Dagegen ist die Frage, wie weit der Ersatz geht, also der Schritt vom Schaden zum Schadenersatz, keine natürliche, sondern eine rechtliche, die in komplexeren Fällen ohne wertende Zurechnung nicht beantwortet werden kann. Nach einer Definition des BGer<sup>1</sup> ist Schaden im Rechtssinne eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Ersatzfähig sind nur Vermögensschäden. Bei Verletzung immaterieller Interessen kommt allenfalls ein Genugtuungsanspruch nach OR 49 in Betracht.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BGE 115 II 474, 481.

<sup>2</sup> BGE 115 II 474, 481; 87 II 290 ff.

Die h.L. in Literatur<sup>3</sup> und Judikatur<sup>4</sup> verwendet neben dem natürlichen Schadensbegriff im Anschluss an die gemeinrechtliche Theorie die sog. Differenztheorie (auch Differenzhypothese). Schaden ist danach die Differenz im Vermögen des Geschädigten zwischen zwei Vermögenslagen, der einen, wie sie jetzt ist, und der anderen, hypothetischen, wie sie ohne das schädigende Ereignis bestünde<sup>5</sup>. Man fragt also nicht einfach nach der Lage vor und nach oder mit und ohne Schädigung, sondern nach einer hypothetischen Entwicklung. Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die Schädigung stünde. Der Schadensbegriff im Sinne dieser Differenzhypothese wurde im römisch-gemeinen Recht aus dem Interessebegriff entwickelt. Das verkennt die h.L., die den Interessebegriff auf den speziellen Kontext des vertraglichen positiven oder negativen Interesses beschränkt.<sup>6</sup> Im Folgenden ist daher der Entwicklungszusammenhang kurz darzustellen.

Im römischen Recht gab es die Begriffe *damnum* für Schaden und *lucrum* für Gewinn. Hinzu kommt der beides umfassende Oberbegriff des Interesses. Freilich kannte damals das Lateinische das Substantiv *Interesse* noch nicht, das sich erst seit dem Mittelalter findet.<sup>7</sup> Die Römer sprachen nur von *quod interest*, z.B. *quod emptoris interest, rem traditam esse*<sup>8</sup>, was dem Käufer daran liegt, die Sache zu erhalten oder *deceptum non esse*, nicht getäuscht worden zu sein usw.

Das Interesse daran, nicht verletzt worden zu sein, in Geld ausgedrückt, stellt den Ersatz dar für alle Vermögenseinbussen, aber auch für das Ausbleiben eines sicher erwarteten Gewinnes.

Im römisch-gemeinen Recht hat man also das Interesse als Oberbegriff entwickelt für positiven Schaden und entgangenen Gewinn: *interesse est damnum emer-*

<sup>3</sup> OFTINGER/STARK I (5. Aufl.1995) § 2 N 9; BSK OR I-SCHNYDER OR 41 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2652 ff.; MERZ SPR VI (1985) 187; BK-BREHM Art. 41 N 70b. REY Ausservertragliches Haftpflichtrecht (4. Aufl. 2008) N 169; KELLER/GABI 8 f. – Zum dt. Recht s. LANGE/SCHIE-MANN Schadensersatz (3. Aufl. 2003) § 1 I 27 f.; 6 I 249 ff. mit zahlreichen Nw. in 27 Fn. 13; HONSELL, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, Jus 1973, 69 ff.; KEUK, Vermögensschaden und Interesse (1972) 16 ff.

<sup>4</sup> BGE 115 II 474, 481; 116 441, 444; 127 III, 73, 76; 127 III 543, 546.

<sup>5</sup> S. etwa BGE 115 II 474, 481; 104 II 198, 199 und die in Fn. 3 Genannten.

<sup>6</sup> So kommt der Interessebegriff in den meisten Darstellungen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ausweislich der Sachregister überhaupt nicht vor, vgl. etwa BK-Brehm Art. 41 ff.; BasK OR I-SCHNYDER Art. 41 ff. GUHL/MERZ/KOLLER OR (8. Aufl. 1991) 169 ff. SCHWENZER OR. AT (4. Aufl. 2006); eine Ausnahme macht nur ROBERTO Schadensrecht (1997) 11.

<sup>7</sup> Dazu HERMANN LANGE Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie (1955).

<sup>8</sup> Ulp. Dig. 19,1,1 pr.: *Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest quam res valet empti est.* – Wenn die verkaufte Sache nicht übergeben werden sollte, so wird auf das Interesse geklagt, das heisst darauf, was dem Käufer daran liegt, die Sache zu haben; das übersteigt manchmal den Preis, wenn ihm mehr daran gelegen ist, als die Sache wert ist oder als der Preis, den er bezahlt hat; näher zu der Stelle, HONSELL, Quod interest im bonae fidei iudicium (1969) 13 ff.

gens et lucrum cessans. Diese Zweiteilung des Interessebegriffs ist faktisch vorgegeben und findet sich deshalb in vielen Rechtsordnungen, z.B. auch im französischen und im angelsächsischen Recht (actual loss or damage – loss of profit, dommage positif – perte d'une chance).

Hingegen beruht das Verständnis des Interesses als Differenz auf einem Missverständnis von Friedrich Mommsen.<sup>9</sup> Diese fehlerhafte Deutung beruht auf einer irrigen Übersetzung: Id quod interest heisst nicht das, was dazwischen liegt, sondern das, was einem daran liegt. Die zentrale Digestenstelle für Mommsens Theorie ist:

Ulp. D. 21, 2, 31: sed ego puto verius hanc stipulationem «furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse», utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse.

Ich dagegen halte es für richtig, dass die Stipulation «dass er kein Dieb und kein Totengräber sei und dass er gesund sei» gültig ist; sie ist darauf gerichtet, was (dem Käufer) daran liegt, dass diese Eigenschaften vorhanden sind oder nicht vorhanden sind.

Die Formulierung *quod interest horum quid esse vel horum quid non esse* hat das Missverständnis hervorgerufen, das Interesse (im Sinne des Schadensbegriffs) sei der Unterschied oder die Differenz zweier Lagen: Der mit dem Schaden und der wie sie ohne den Schaden wäre. Auch in der vorliegenden Stelle bedeutet Interesse nicht, was dazwischen liegt, sondern was daran liegt. *Horum quid esse vel horum quid non esse* bezeichnet nicht den Zustand des Sklaven mit und ohne Mangel, bedeutet also nicht etwa eine Differenz. Es bezieht sich vielmehr auf die in der Stipulation genannten positiven und negativen Eigenschaften des Sklaven (*sanum esse, furem non esse*), heisst also, was dem Käufer daran liegt, dass der Sklave gesund sei, dass er kein Dieb sei (usw.). *quod interest* bedeutet keine Differenz und heisst nicht «was dazwischen liegt», oder «was einen Unterschied macht», sondern ganz wie der moderne Begriff Interesse, «was einem daran liegt». Es ist – wie das häufige Possessivpronomen *mea, tua interest* noch zeigt – durch eine Verschleifung aus *in re est* entstanden<sup>10</sup>. Die heute immer noch herrschende Differenzhypothese beruht also auf einem Übersetzungsfehler.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> S. F. MOMMSEN, Zur Lehre vom Interesse (1855) 3; ebenso MEDICUS, Id quod interest (1962) 110; krit. dazu HONSELL JuS 1973, 69 ff.; s. auch KEUK, Vermögensschaden und Interesse (1972) 16 ff.

<sup>10</sup> S. HONSELL, Quod interest (1969) 63 f.; gegen diese Deutung zu Unrecht ROGGE, Philologische Wochenschrift 1921, 762 ff.

<sup>11</sup> S. dazu HONSELL JuS 1973, 69 ff.

## 2. Differenztheorie

### A. Schaden und entgangener Gewinn

Richtig an der Differenzhypothese ist – wie gesagt – das Abstellen auf den hypothetischen Zustand, wie er sich ohne das schädigende Ereignis ergeben hätte, denn nur so lassen sich Schaden und entgangener Gewinn in einem Begriff zusammenfassen. Würde man nicht auf den hypothetischen Sollzustand abstellen, sondern schlicht auf den jetzigen Zustand nach dem schädigenden Ereignis, so könnte man damit zwar den Schaden, nicht aber den entgangenen Gewinn erfassen.

Der positive Schaden ist die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache, z.B. eines Wagens, Fotoapparats usw. Sie bewirkt eine Vermögensminderung. Entgangener Gewinn kommt meist, aber nicht nur im Vertragsrecht vor, er besteht in einer sicheren Erwerbssaussicht, einem Gewinn, der ohne das schädigende Ereignis mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erzielt worden wäre. Um entgangenen Gewinn handelt es sich also, wenn durch das schädigende Ereignis eine Vermögensvermehrung ausbleibt (*lucrum cessans*). Voraussetzung für den Ersatz entgangenen Gewinns ist es, dass er mit Wahrscheinlichkeit gemacht worden wäre. Freilich bleibt die Antwort mehr oder weniger ungewiss, weil eine hypothetische Entwicklung niemals mit letzter Sicherheit festgestellt werden kann. Im Anschluss an das französische Recht spricht man auch von einer *perte d'une chance*.<sup>12</sup>

Diese abstrakte Einteilung des Interesses soll an einem Beispiel erläutert werden:

Durch In-Verkehr-Bringen einer nicht ausgereiften Maschine kommt es in einer Fabrik zu einem Brand; dabei werden Arbeitnehmer verletzt, eine Halle wird zerstört, der Betrieb für die Dauer von sechs Wochen unterbrochen. Es entstehen Liefer Schwierigkeiten; die Abnehmer suchen sich einen neuen Lieferanten.

Das Beispiel zeigt, dass der Schadensbegriff nicht einfach auf die Lage *vor* und *nach* dem Schadensereignis abstellen kann, weil dann der zukünftige entgangene Gewinn nicht berücksichtigt würde. Abzustellen ist also auf die Lage, wie sie *jetzt ist* und wie sie ohne das schädigende Ereignis *jetzt wäre*; nicht dagegen, wie sie jetzt ist und wie sie vorher war.

Mit der Perte d'une chance ist eine gewisse Tendenz verbunden, bei geringer statistischer Wahrscheinlichkeit wenigstens prozentuellen Ersatz zu leisten: So hat etwa der englische Court of Appeal Ersatz für den vertragswidrigen Ausschluss von einem Schönheitswettbewerb bei 60 Bewerbern zugebilligt,<sup>13</sup> während der deutsche

---

<sup>12</sup> ROBERTO, Schadensrecht, 158 ff. m.Nw.; STARK, Die perte d'une chance, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht (hrsgg. v. Guillod, 1991) 101, 108; CHR. MÜLLER, La perte d'une chance, Diss. Neuchâtel/Bern 2002.

<sup>13</sup> Chaplin v. Hicks, King's, Bench Division 1911/2, 786, 796; s. dazu ROBERTO a.a.O.

BGH einen Anspruch wegen rechtswidrigen Ausschlusses von einem Architektenwettbewerb bei 42 Bewerbern verneint hat.<sup>14</sup> Art. 56d Abs. 2 HS 2 VE-OR sah vor, dass das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit bemessen kann. Es kann indes nicht sein, dass es für geringe Gewinnchancen (einen wenn auch nur kleineren) Ersatz gibt. Die Schwelle einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Gewinnrealisierung darf nicht unterschritten werden. Auch wenn es zutrifft, dass die kleine Chance eines grossen Gewinns und die grosse Chance eines kleinen Gewinns mathematisch gleichwertig sind, bleibt die juristische Wertung richtig, dass nur bei hinreichender Wahrscheinlichkeit Ersatz zu gewähren ist.<sup>15</sup>

## B. Vermögensdifferenz

Verfehlt ist dagegen der Bezug auf das ganze Vermögen und die Ermittlung des Schadens durch Vermögensvergleich; denn dieser Begriff ist operational und heuristisch nicht brauchbar. Man rechnet nicht so und man kann so auch gar nicht rechnen. Man vergleicht nämlich nicht das ganze Vermögen, findet den rechnerischen Schaden nicht quasi wie in einer Bilanz durch Vergleich zweier Grössen, sondern durch Addition der einzelnen Schadensposten.<sup>16</sup> Das obige Beispiel zeigt, dass man den ganzen Schaden nicht automatisch durch die Differenz (also Subtraktion) zweier Vermögensbilanzen erhält, sondern durch Addition der einzelnen Schadensposten. Nach der Differenzhypothese dagegen wäre das ganze Vermögen des Fabrikanten einzubeziehen, also auch seine Villa, sein Ferienhaus, sein Bankkonto usw. Dies soll notwendig sein, um auch möglicherweise, entferntere, ebenfalls betroffene Vermögensgegenstände zu erfassen. Alles, was nicht betroffen ist, erschiene dann sowohl im Minuend als auch im Subtrahend, fiel also gleichsam von selbst wieder heraus. Die Einbeziehung des ganzen Vermögens ist so gesehen unschädlich, aber zum Auffinden möglicher weiterer Schäden ungeeignet; denn ein quasi automatisches Auffinden gibt es nicht. Auch Vermögensfolgeschäden finden wir, indem wir vom Schadensereignis ausgehend fragen, wo es sich überall ausgewirkt hat. Das Vorgehen ist, wenn man so will, induktiv und nicht deduktiv. Wer die Tageseinnahmen seines Geschäftes ermitteln will, zieht auch nicht sein gestriges Gesamtvermögen vom heutigen ab, sondern addiert die einzelnen Einnahmen. Derartige Selbstverständlichkeiten müssten hier nicht ausgeführt werden, wenn nicht die ganze h.L. das Gegenteil behaupten würde. Die Differenztheorie ist weder nötig noch geeignet, um die vollständige Berücksichtigung aller Schäden zu

<sup>14</sup> BGH NJW 1983, 442.

<sup>15</sup> So schon FISCHER, Der Schaden – nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich [1903] 54.

<sup>16</sup> Zur Kritik des Interessebegriffes vgl. HONSELL JuS 1973, 69 ff.; KEUK, Vermögensschaden und Interesse (1972) 236 ff., 260; kritisch jetzt auch FELLMANN HAVE Forum 2005, 13 ff.

gewährleisten. Sie ist operational unbrauchbar und man verfährt bei der Schadensermittlung auch nicht so, wie man vorgibt. Es trifft auch nicht zu, wenn gesagt wird, (lediglich) aus praktischen Gründen werde nicht der Stand des Gesamtvermögens mit dem hypothetischen Stand verglichen, sondern nur untersucht, welche Aktiven weggefallen sind.<sup>17</sup>

Die h.L. hält gleichwohl an der Differenztheorie fest, aus der sich auch ergeben soll, dass immer die ganze Differenz zwischen Sollvermögen und Istvermögen zu ersetzen ist (Alles-oder-Nichts-Prinzip, Totalreparation). Zusammen mit der Äquivalenztheorie, der *condicio sine qua non*, ergab sich so ein quasi mathematischer Schadensbegriff, eine Rechenformel, die eine wertende Zurechnung unnötig machen sollte. Dies war ein typisches Produkt pandektistischer Begriffsjurisprudenz.

Herkömmlich unterscheidet man zwischen Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung. Bei der *Schadensberechnung* geht es um die ziffernmässige Bestimmung der Höhe des Schadens, für den Ersatz gefordert wird. Bei der *Schadenersatzbemessung* dagegen wird festgelegt, welchen Teil des errechneten Schadens der Haftpflichtige dem Geschädigten zu ersetzen hat. Diese Unterscheidung geht davon aus, dass man zunächst nach der Differenzhypothese den rechnerischen Schaden wertungsfrei ermittelt und erst in einem zweiten Schritt die Frage prüft, ob der Schädiger diesen Schaden ganz oder nur teilweise ersetzen muss. In Wahrheit kann man aber den Schadenersatz nicht einfach nach der Differenzhypothese errechnen. Man kommt schon bei der sog. Schadensberechnung ohne Wertung nicht aus. Dies ist auch der Standpunkt des Gesetzes, das in OR 43 I bestimmt, dass der Richter Art und Grösse des Schadenersatzes bestimmt und dabei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Der Hinweis auf die Umstände führt ebenso wie derjenige auf das Ermessen des Gerichts zu ZGB 4 und zu der dort verankerten Befugnis, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Damit trägt das Gesetz auch dem Umstand Rechnung, dass der Schadenersatz oft nicht mit rechnerischer Exaktheit, sondern nur nach Billigkeit und wertender Zurechnung bestimmt werden kann.

Entgegen der h.L. stellt die Grösse des Verschuldens keinen Reduktionsgrund dar, sondern die Berücksichtigung der Verschuldensgrösse ergibt sich a priori, wenn man erkannt hat, dass sich der (ganze) Schaden nicht einfach nach der Differenzhypothese und dem Alles-oder-Nichts-Prinzip errechnen lässt. Dieser Aspekt von Art. 43 OR wird in der Schweiz (beeinflusst durch das deutsche Recht) zu wenig beachtet.<sup>18</sup> Wenn der Richter den Umfang des Ersatzes nach dem Grade des Verschuldens zu bestimmen hat, so gehört die Grösse des Verschuldens nicht zu einer von der Schadensberechnung zu trennenden Schadenersatzbemessung (so aber die h.L.).

---

<sup>17</sup> So z.B. BK-BREHM Art. 41 N 70b.

<sup>18</sup> So auch FELLMANN ZSR 1987 I 339, 343 ff.

### 3. Subjektives Interesse und abstrakte Schadensberechnung

#### A. Subjektives Interesse und objektiver Wert

Bei der Zerstörung oder Beschädigung von Sachwerten lässt sich der Schaden auch abstrakt nach dem objektiven Wert (Verkehrswert) berechnen. Die subjektiv-konkrete Betrachtung des Interesses (Differenztheorie) kommt erst ins Spiel, wenn der Geschädigte einen höheren Schaden geltend macht, z.B. als entgangenen Verkaufsgewinn oder weil er die Sache einem Dritten unter Vertragsstrafe versprochen hat.<sup>19</sup> Auch kann der Zusammenhang mit anderen Sachen des Geschädigten einen höheren Schaden ergeben. Ein alter Band der amtlichen Sammlung des BGer, der für sich betrachtet wenig wert ist, hat einen höheren Wert, wenn er zu einer vollständigen Sammlung gehörte und diese nun eine Lücke hat. Schon das Röm. Recht<sup>20</sup> kannte solche Beispiele:

Ulp. D. 9, 2, 21, 2: *sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.* Schätzen wir aber nur den Wert des Körpers, welchen er besass, als er getötet wurde, oder eher unser Interesse daran, dass er nicht getötet worden wäre? Und es ist anerkannt, dass sich die Schätzung auf das Interesse bezieht. Paul. D. 9, 2, 22: *proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. (1) item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniaciis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.*- Wenn du also einen Sklaven getötet hast, den ich unter einer Vertragsstrafe zu übergeben versprochen habe, so wird in dem Verfahren mein Interesse berücksichtigt. (1) Ebenso werden Nutzungen, die mit dem Körper zusammenhängen, in die Schätzung einbezogen, wenn etwa jemand einen aus einer Schauspielertruppe oder aus einem Symphonieorchester oder von Zwillingen oder aus einem Viergespann oder aus einem Maultierpaar getötet hat: Hier ist nämlich nicht nur der Wert des zerstörten Körpers zu schätzen, sondern es muss auch berücksichtigt werden, um wie viel die übrigen Körper entwertet worden sind.

Auch bei der Sachbeschädigung sollten, soweit möglich, die konkreten Verhältnisse beachtet werden. Es leistet der Kommerzialisierung des Schadens Vorschub, wenn Reparaturkosten der Fachwerkstätten abstrakt ermittelt und ersetzt werden und der Geschädigte sodann den Wagen viel billiger, aber technisch vollkommen

<sup>19</sup> Paul. D. 9, 2, 22 *proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.*

<sup>20</sup> S. etwa HONSELL, Römisches Recht (6. Aufl. 2006) 174 f.; ders. *Quod interest im bonae fidei iudicium* (1969) 154 f.

einwandfrei reparieren lässt. Die angebliche Dispositionsfreiheit des Geschädigten über den Einsatz abstrakt zugesprochener Mittel vernachlässigt das Interessesprinzip und das Kommerzialisierungsverbot.<sup>21</sup>

Bei der abstrakten Schadensberechnung von Waren oder Effekten mit Markt- oder Börsenpreisen nach Art. 191, 215 OR ist für eine konkrete Interessenberechnung von vornherein kein Raum, weil sich der Geschädigte am Markt oder an der Börse jederzeit Ersatz beschaffen kann. Die Frage, die dann auftaucht, ist die, welcher Zeitpunkt der Ersatzbeschaffung zugrunde gelegt werden soll. Hierbei gilt, dass der Geschädigte zeitgerecht Ersatz erlangen soll; unzulässig ist es aber, wenn er bei steigenden Preisen versucht, einen späteren Zeitpunkt zu wählen und so zu Lasten des Schädigers zu spekulieren.

Die öffentliche Invalidenversicherung kennt eine abstrakte Invalidität in Höhe bestimmter Prozentsätze für den Verlust von Gliedmassen, Hör- und Sehfähigkeit usw., die durch den Sachverständigen festgelegt werden. Aus verschiedenen Beeinträchtigungen kann sich dann eine Erwerbsunfähigkeit zu einem bestimmten Prozentsatz ergeben, ohne dass sich tatsächlich eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (in diesem Umfang) ergibt. Für das Haftpflichtrecht ist aber soweit möglich auf konkrete Verhältnisse abzustellen; der abstrakte Invalidisierungsgrad des Sozialversicherungsrechts ist auch nach der Judikatur nur heranzuziehen, wenn sich die konkrete Ermittlung des entgangenen Arbeitserwerbs als zu schwierig erweist.<sup>22</sup>

## B. Verkehrswert als Mindestschaden

Kontrovers ist weiter die Frage, ob der Geschädigte den objektiven, gemeinen Wert (Verkehrswert) des beschädigten oder zerstörten Vermögensgutes als *Mindestschaden* fordern kann, also auch dann, wenn er in seinem Vermögen keinen Schaden erlitten hat.<sup>23</sup>

Beispiele:

Ein Braumeister lässt fahrlässig 32 Fass Bier auslaufen, gleicht den Verlust später aber dadurch aus, dass er dünneres Bier braut.<sup>24</sup> Der Brauerei entsteht kein Schaden.

---

<sup>21</sup> Näher HONSELL/HARRER, Schadensbegriff und Schadensberechnung JuS 1991, 441 ff.

<sup>22</sup> S. etwa BGer Semjud 1994, 275, 283.

<sup>23</sup> Vgl. NEUNER AcP 133 [1931] 277, 293 ff.; RABEL, Recht des Warenkaufs I [1936] 449 ff.; s. dazu LANGE/SCHIEHMANN, Schadensersatz (3. Aufl. 2003) § 6 I 249 ff. mit weit. Lit. in Fn. 3.

<sup>24</sup> RGZ 34, 222; s. auch den ähnlich gelagerten Fall OLG Braunschweig SeuffA 46 Nr. 173.

In Deutschland ist seit Langem strittig, ob der gemeine Wert stets den zu ersetzenden Mindestschaden darstellt; diese Auffassung ist weit verbreitet.<sup>25</sup> Dies bedeutet, dass dem Schuldner der Nachweis abgeschnitten wird, dass das Vermögensinteresse des Gläubigers unter dem Wert der Sache liegt.<sup>26</sup>

### C. Vorteilsanrechnung

Ein Problem, das mit der Differenzhypothese nicht sachgerecht gelöst werden kann, ist namentlich die Vorteilsanrechnung,<sup>27</sup> denn bei der Differenzhypothese mit dem Vermögensvergleich wären automatisch alle Vorteile, die das Unglück neben dem Schaden gebracht hat, vom Schadenersatz abzuziehen. Danach würde nicht haften, wer fahrlässig ein denkmalgeschütztes Haus abbrennt, wenn das jetzt wieder überbaubare Grundstück durch den Brand viel wertvoller geworden ist. Andere Beispiele sind der Erbschaftsanfall beim Tod des Versorgers oder Zuwendungen des Publikums oder von Care-Organisationen bei Unglücksfällen (usw.).<sup>28</sup>

Auch in der Schweiz setzt eine neuere Lehre<sup>29</sup> mit der Kritik ein, dass die starre Differenzhypothese einer Korrektur, einer «wertenden Überformung» bedarf (normativer Schadensbegriff).

## 4. Normativer Schadensbegriff

Die neuere Lehre<sup>30</sup> plädiert im Anschluss an das deutsche Schrifttum<sup>31</sup> dafür, die Differenzhypothese einer «wertenden Überformung» einer «normativen Korrektur» zu unterziehen. Von der irrigen Vorstellung ausgehend, man könne mit der Differenzformel nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip den ganzen Schadenersatz errechnen, will man dann doch Abstriche oder Ergänzungen machen und nennt dies normativ. In Wahrheit ist die Bemessung des Schadenersatzes immer ein Vor-

<sup>25</sup> Z.B. LARENZ § 29 I b; Palandt/HEINRICHS Vorbem. vor § 249 N 53.

<sup>26</sup> S. z.B. HONSELL/HARRER JuS 1991, 444.

<sup>27</sup> Grundlegend dazu WALSMANN, Die compensatio lucri cum damno (1900) 10 ff.

<sup>28</sup> In einem alten Beispiel von Otto Lenel erschlägt ein Rohling den Affen eines schaustellernden Savoyarden. Die spontane Sammlung bei den Zuschauern erbringt mehr, als der Affe wert ist.

<sup>29</sup> Z.B. ROBERTO, Schadensrecht, 18; FELLMANN HAVE Forum 2005, 13 ff., 17 ff., 28 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2663 ff.

<sup>30</sup> Z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2660 ff.; REY Ausservertragliches Haftpflichtrecht.

<sup>31</sup> Zuerst verwendet wurde der Begriff von SELB, Schadensbegriff und Regressmethoden (1963) 20 ff.; s. daneben etwa LARENZ Schuldrecht I (14. Aufl. 1987) 426 ff.; etwa MEDICUS, Normativer Schaden, JuS 1979, 233 ff.; MAGNUS, Schaden und Ersatz (1987); krit. HONSELL, Jus 1973, 69 ff.; FELLMANN HAVE Forum a.a.O.

gang wertenden Ermessens. So gesehen ist jeder Schadenersatz normativ und der «normative Schadensbegriff» nur die Korrektur eines Fehlers, der auf dem rechnerischen Optimismus und dem «Glanz der Logik» der Pandektistik beruht, der sich als Katzengold erwiesen hat. Dem der Differenzhypothese zugrunde liegenden «natürlichen» Schadensbegriff wird der «normative Schadensbegriff»<sup>32</sup> gegenübergestellt. Danach ist unter dem Blickwinkel normativer Wertungsgesichtspunkte ein Nachteil auch dann ersatzwürdig, wenn er sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert, oder ein Aufwand, der durch das schadenersatzbegründende Ereignis nicht verursacht worden, sondern nutzlos geworden ist. In beiden Fällen drängt sich Schadenersatz nicht auf. Im Vordergrund stehen die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten (z.B. Nutzungsausfall an einem Hallenschwimmbad oder eines Wagens infolge Beschädigung) und nutzlose Aufwendungen (z.B. Nichtbenutzung eines Theaterbilletts infolge eines Autounfalls).

Entgegen einer verbreiteten Meinung ist es kein Mangel der Differenzhypothese, dass sie einen Ersatz ausschliesst, wenn keine Minderung des Vermögens eingetreten ist oder wenn die Aufwendungen schadensunabhängig getätigt worden sind, wenn sie nutzlos geworden sind (usw.). Der Zweck des Schadenersatzes ist der Ausgleich für zugefügten Schaden. Das Ausgleichsprinzip ist die wichtigste Maxime des Haftpflichtrechts. Der Geschädigte soll durch den Schaden nicht ärmer werden, aber auch nicht reicher. Das ist das Kommerzialisierungsverbot, das verhindert, dass aus dem Schadensfall ein Glücksfall wird.

Paradigmatisch für Schadenersatz jenseits der Differenzhypothese sind folgende Fälle:

## A. Der abstrakte Gebrauchsvorteil

Bei Beschädigung von Autos kann Ersatz der Mietwagenkosten für die Dauer der Reparaturzeit (bzw. bei Totalschaden während der Zeit bis zur Beschaffung eines anderen Fahrzeugs) nur verlangt werden, wenn tatsächlich ein Ersatzfahrzeug gemietet wurde.<sup>33</sup> Nach einer strengeren Mindermeinung besteht ein Anspruch sogar nur, wenn die beschädigte Sache zu Erwerbszwecken verwendet wird oder

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu HONSELL, Haftpflichtrecht § 8 kritisch zu diesem Begriff auch FELLMANN HAVE Forum 2005, 24 ff. m.Nw., 28 ff.

<sup>33</sup> H.L., der abstrakte Nutzungsausfall wird allerdings in der Westschweiz ersetzt (vgl. FUHRER, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, in: Koller A. (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung (1993). Eine Mindermeinung gewährt allerdings anteiligen Ersatz der temporär leer laufenden Generalunkosten (Versicherung, Steuern, Garagenmiete usw.), also Ersatz für frustrierte Aufwendungen (dazu sogleich), so OFTINGER I 257 f. in Anlehnung an VON TUHR Krit. Vierteljahresschrift 47 (1907) 65 und unter Berufung auf LARENZ FS Oftinger (1969) 151 ff., der aber später diese Ansicht aufgegeben hat (Schuldrecht I 409); ablehnend etwa OFTINGER/STARK I § 2 N 57 f.; BK-BREHM N 84a ff. zu Art. 41.

für die Lebensführung unerlässlich ist.<sup>34</sup> Dies ist vielleicht zu eng. Wer aber tatsächlich keinen Ersatzwagen benötigt, weil er zumutbar auf öffentliche Verkehrsmittel ausweichen oder kürzere Strecken mit dem Taxi fahren kann, hat schon nach den Grundsätzen der Schadensminderungspflicht keinen Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten. Viel weiter gehend und nicht beifallswert praktiziert die deutsche Rsp. eine abstrakte Nutzungsentschädigung. Der Geschädigte erhält einen Betrag von ca. 35% der Mietwagenkosten als Nutzungsentschädigung, auch wenn er gar keinen Ersatzwagen gemietet hat.<sup>35</sup> Dazu gibt es Tabellen mit Tagesgebrauchswerten für alle Autos, vom Trabi bis zum Ferrari. Der abstrakte Ersatz für den entbehrten Gebrauchsvorteil (sofern nur die Bereitstellung des Gutes etwas gekostet hat) läuft auf die Entschädigung eines Nichtvermögensschadens hinaus. Die Vertreter dieses sog. Kommerzialisierungsgedankens halten *cum grano salis* für entscheidend, dass ein Gebrauchsvorteil, dessen Bereitstellung etwas gekostet hat, einen Vermögenswert besitzt, und daher zu ersetzen ist. Der deutsche Bundesgerichtshof<sup>36</sup> beschränkt heute diesen systemwidrigen Schadenersatz auf solche Güter, «deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebensführung von zentraler Bedeutung ist», das soll wohl heißen, dass sie zum objektiv notwendigen Lebensbedarf gehören, wie das Auto oder die Wohnung.<sup>37</sup> Für ein beschädigtes Flugzeug, einen Campingcar oder einen Swimmingpool erhält man keine abstrakte Gebrauchsentschädigung; das ist inkonsequent. In Wahrheit ist aber die ganze Richtung verfehlt, weil sie gegen das Kommerzialisierungsverbot verstößt. Das BGer<sup>38</sup> lehnt für das Vertragsrecht den Ersatz für die Unbenutzbarkeit einzelner Teile einer Villa ab.

## B. Nutzlos gewordene Aufwendungen

Hier stellt sich das grundsätzliche Problem: Aufwendungen sind *freiwillige Vermögensopfer*, Schäden hingegen unfreiwillige. Der Ersatz für sog. frustrierte (das sind nutzlos gewordene) Aufwendungen wird daher überwiegend abgelehnt,<sup>39</sup> weil sie durch den Schaden nicht verursacht, sondern nur gegenstandslos geworden sind. Die Frustrationsthese führt zu einer weitgehenden Aushöhlung des Grundsatzes,

<sup>34</sup> So OFTINGER/STARK I § 6 N 371 ff., DESCHENAUX/TERCIER § 24 N 10 f.

<sup>35</sup> BGHZ 40, 345; 45, 212; 56, 214; 66, 249; 98, 212 u. öfter.

<sup>36</sup> BGHZ 98, 212.

<sup>37</sup> S. dazu auch MEDICUS NJW 1989, 1892.

<sup>38</sup> BGE 126 III 388, 393 E. 11.

<sup>39</sup> Etwa OFTINGER/STARK I § 2 N 57 f.; BK-BREHM Art. 41 N 84a ff.; KELLER/GABI 9; REY N 393; ebenso die h.L. in Deutschland: BGHZ 55, 151; 114, 196; BGH NJW 1991, 2708; Staudinger/SCHIEMANN § 249 N 125; LANGE/SCHIEMANN, Schadenersatz 255 ff.; LARENZ § 29 II c; Palandt/HEINRICHS Vorbem. vor § 249 N 33. Ersetzt werden fehlgeschlagene Aufwendungen im Rahmen des (vertraglichen) Vertrauensschadens.

dass Nichtvermögensschäden nicht in Geld ersetzt werden. Nach ihr käme es allein darauf an, ob der Geschädigte Aufwendungen gemacht hat, z.B. bei Zerstörung einer Jagdtrophäe: Der Eigentümer verlangt die nun angeblich nutzlos gewordenen Aufwendungen für die Jagdreise nach China, wo er den Tiger geschossen hat. In Wahrheit handelt es sich jenseits des objektiven Wertes um ein nicht ersatzfähiges Affektionsinteresse. Wer verletzt im Krankenhaus liegt und die gepachtete Jagd nicht ausüben kann, könnte Ersatz der Pachtkosten geltend machen,<sup>40</sup> aber auch die Aufwendungen für sein Haus usw. Der Frustrationslehre fehlt jede vernünftige Begrenzung. Sie ist daher abzulehnen. Dass Investitionen, die man für private Zwecke getätigt hat, wegen eines Unfalls oder einer Erkrankung vorübergehend leer laufen, gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, das jeder selbst tragen muss.<sup>41</sup>

Etwas anders liegen die Fälle, in denen ganz konkrete Aufwendungen für einmalige Veranstaltungen, z.B. für Theater- und Konzertbesuche oder Sportveranstaltungen, für Tennisstunden, für eine Urlaubsreise usw. gemacht worden sind, die nun infolge Verletzung verfallen. Die Frage, ob insoweit eine Ausnahme zu machen ist, wird mit unterschiedlicher Begründung überwiegend bejaht.<sup>42</sup> Sowohl der Frustrierungs- als auch der Kommerzialisierungsgedanke helfen aber nicht darüber hinweg, dass die Aufwendungen durch das schädigende Ereignis nicht verursacht, sondern nur vergeblich geworden sind. Eine Haftung lässt sich jedoch mit einer anderen Begründung bejahen: Ist der Urlaub infolge Verletzung entfallen, so kann ihn der Verletzte nachholen, sobald er wieder gesund ist. Diese erneuten Aufwendungen sind kausal verursacht und daher zu ersetzen. Allerdings nur, wenn der Urlaub tatsächlich nachgeholt wird.

### C. Anteilige Vorhaltekosten und vorsorgliche Aufwendungen

Anteilige Vorhaltekosten und vorsorgliche Aufwendungen, z.B. Reserveauto oder Kosten eines Warenhauses für den Hausdetektiv und die Fernsehüberwachung bzw. Fangprämien, dienen der Schadensminderung.

Auch vorsorgliche Aufwendungen sind jedoch nicht vom Schädiger verursacht, sondern nur nachträgliche Aufwendungen zur Schadensbeseitigung. Man kann vom Brandstifter Ersatz für das zerstörte Gebäude verlangen, auch die tatsächlich angefallenen Löschkosten, nicht aber anteilige Vorhaltekosten des Feuerwehrautos.

Dagegen hat der deutsche Bundesgerichtshof Ersatz der Vorhaltekosten für einen Strassenbahnwagen zugesprochen, den die geschädigte Stadt als Reserve gehalten

---

<sup>40</sup> Ablehnend zu Recht BGHZ 55, 151.

<sup>41</sup> Vgl. etwa MÄDRICH, Das allgemeine Lebensrisiko (1980).

<sup>42</sup> Z.B. ESSER/SCHMIDT § 31 III und KÖNDGEN AcP 177 [1977] 1 ff. unter Hinweis auf den Frustrierungsgedanken; LANGE/SCHIEMANN, Schadensersatz 255 ff. unter Heranziehung der Kommerzialisierungslehre.

hatte.<sup>43</sup> Auch der Ersatz von Fangprämien wird in der deutschen Rechtsprechung bejaht;<sup>44</sup> allerdings nur soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zum Wert der gestohlenen Sache stehen. Kein Ersatz wird dagegen geleistet für Bearbeitungskosten beim Ladendiebstahl.<sup>45</sup> Das ist folgerichtig, denn der Geschädigte erhält auch sonst keinen Ersatz für Umtriebe.

## D. Bedarfschaden

Ein blosser Bedarf, der infolge der Schädigung an sich eingetreten ist, vom Geschädigten aber nicht durch entsprechende Aufwendungen befriedigt worden ist (z.B. abstrakte Heilungskosten usw.) kann nicht als Schaden anerkannt werden, z.B. Ersatz der Kosten eines ärztlich verordneten Stärkungsmittels, das sich der Geschädigte nicht gekauft hat.<sup>46</sup> Zwar braucht der Geschädigte jenseits der Schadensminderungspflicht nicht in die fremde Tasche zu sparen. Er soll aber auch aus dem Schadensfall keinen Cash Event machen. Wer nach einer Verletzung ohne die an sich gebotene Krankenhausbehandlung von selbst wieder gesund wird, kann nicht die hohen fiktiven Kosten eines Spitalaufenthaltes verlangen. Dies Beispiel ist eine *deductio ad absurdum*. Bei den Ausweitungstendenzen im Haftpflichtrecht kann indes morgen schon Realität sein, was heute noch eine *deductio ad absurdum* ist.

## E. Verlust der Arbeitskraft

Die Körperverletzung kann zu einer vorübergehenden oder dauernden, teilweisen oder gänzlichen Arbeitsunfähigkeit führen. Es erfolgt keine Entschädigung für den Verlust der Arbeitskraft als solcher, also nicht abstrakt, sondern nur für die konkrete individuelle Einbusse (Interesse). Dies ist v.a. dann von Bedeutung, wenn ein privater Unternehmer geschädigt wird, sein Betrieb aber auch ohne Einstellung einer Ersatzkraft genauso weiterläuft. Es stellt sich zudem die Frage, ob auf das Erfordernis der konkreten individuellen Vermögensverminderung auch in anderen Fällen verzichtet werden darf, namentlich beim verletzten Unternehmer.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> BGHZ 32, 280, 284 f.

<sup>44</sup> BGHZ 75, 238.

<sup>45</sup> BGHZ 75, 234.

<sup>46</sup> Entgegen BGH NJW 1958, 627.

<sup>47</sup> Vgl. kritisch zum abstrakten Ersatz FELLMANN AJP 1995, 882 m.w.Nw.

## F. Haushaltsschaden

Auch der Ersatz des sog. Haushaltsschadens<sup>48</sup>, der nicht zu einer Vermögensminderung führt, ist zweifelhaft. Das BGer berechnet bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau den sog. Haushaltsschaden abstrakt. So geht es für einen Vierpersonenhaushalt von etwas mehr als 40 Arbeitsstunden einer Hausfrau pro Woche aus. Beim Tod der Hausfrau nimmt das Gericht allerdings eine Ausgabenersparnis von 30% an; danach sind 70% des bisherigen Familieneinkommens erforderlich, um die Lebenshaltung beizubehalten.<sup>49</sup> Die Arbeit einer Hausfrau dürfe nicht einfach mit derjenigen einer angestellten Haushaltshilfe gleichgesetzt werden, weil eine Hausfrau wesentlich mehr Entschlusskraft, Aufmerksamkeit und Verfügbarkeit mitbringe. Zu ersetzen sei auch der Qualitätsverlust, der durch eine Haushaltshilfe hingenommen werden muss.<sup>50</sup> «Die Besonderheit des Hausfrauenschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen, der sich nicht konkret, sondern nur abstrakt berechnen lässt».<sup>51</sup> Rsp. und h.L. gewähren also Ersatz auch dann, wenn keine Aushilfe eingestellt wird, sondern sich die Familienangehörigen selbst behelfen.<sup>52</sup> BGE 127 III 403 ff., 406 rechtfertigt den abstrakten Schadensersatz beim Haushaltsschaden erstmals damit, «dass der Bezug einer aussenstehenden Person für Arbeiten im privaten Rahmen eines (Familien-)Haushaltes nicht durchwegs zumutbar erscheine und die Beeinträchtigung üblicherweise durch unentgeltlichen Mehraufwand, sei es durch die geschädigte Person selbst oder andere Mitglieder der Familie bzw. des Haushalts, ausgeglichen werde». Die Zweifelhaftigkeit dieses Arguments zeigt der Vergleichsfall entgangener Mithilfe im Betrieb, für den diese Überlegung nicht gelten soll; weshalb dort nur der tatsächliche Aufwand ersetzt wird.<sup>53</sup> Der mit dem normativen Schadensbegriff begründete abstrakte Haushaltsschaden suspendiert das Erfordernis eines durch das schädigende Ereignis begründeten geldwerten Nachteils und verstösst gegen das Kommerzialisierungsverbot. Freilich besteht kaum eine Chance, dass das BGer seine st. Rsp. ändert. Jedenfalls sollte der abstrakte Ersatz nicht in Höhe des fiktiven Aufwands von 40 Wochenstunden zu einem Stundenlohn von 30 Fr. brutto (inkl.

---

<sup>48</sup> Hans Peter WALTER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Haushaltsschaden, in: Ileri (Hrsg.) Die Ermittlung des Haushaltsschadens nach Hirnverletzung (1995) 104 ff.

<sup>49</sup> Vgl. HAUSHEER / KOCHER ZBJV 1996, 386 f.; zur Berechnung des Hausfrauenlohnes vgl. auch BGE 117 II 609, 623 f.; 113 II 323, 332 ff.; 108 II 434 ff.; 99 II 221 ff.

<sup>50</sup> BGE 108 II 434, 439 sowie Pra 1995, 548.

<sup>51</sup> BGer Pra 1995, 548.

<sup>52</sup> BGE 99 II 221, 223; 108 II 434 ff.; 113 II 350 ff., 117 II 609, 623 f. BGE 132 III 321 E.3; zustimmend REY Aussservertragliches Haftpflichtrecht N 259 und 305.

<sup>53</sup> BGE 127 III 03, 406; krit. dazu FELLMANN HAVE Forum 2005, 13 ff.

Sozialabgaben) einschliesslich Ferien und dreizehnter Monatslohn bei einer Jahresarbeitszeit von 52 Wochen,<sup>54</sup> festgelegt werden, sondern erheblich niedriger, um so die Kommerzialisierung in Grenzen zu halten.

## 5. Ausblick

Die Differenztheorie und das Prinzip der Totalreparation beruhen auf der in der Pandektistik entstandenen irrigen Vorstellung, man könne den Schaden nach der Differenzhypothese quasi errechnen. Dies widerspricht Art. 43 Abs. 1 OR. Der dortige Hinweis auf die Umstände führt zu Art. 4 ZGB und zu der Befugnis des Gerichts, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass der Schadenersatz i.d.R. nicht mit rechnerischer Exaktheit ermittelt, sondern nur nach billigem Ermessen bestimmt werden kann. Der sog. normative Schadensbegriff ist einerseits nur die Korrektur eines Fehlers, der durch den scheinbaren Glanz der Logik und dem rechnerischen Optimismus der Pandektistik verursacht worden ist. Andererseits missachtet er das Kommerzialisierungsverbot. Es ist kein Mangel der Differenztheorie, dass sie den Ersatz für Nachteile ausschliesst, die nicht durch die Schädigung verursacht worden sind (z.B. nutzlos gewordene Aufwendungen, Vorhaltekosten, Fangprämien usw.) oder für Nachteile, die sich nicht im Vermögen manifestiert haben (entgangener Gebrauchsvorteil, Bedarfsschaden, Haushaltsschaden usw.).

---

<sup>54</sup> BGer 4C.383/2004.