

MARTIN GEBAUER

Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund

Jus Privatum

127

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 127



Martin Gebauer

Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund

Mohr Siebeck

Martin Gebauer, geboren 1963; Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen und Ferrara; Erstes Staatsexamen in Tübingen (1992), Referendariat und Promotion (1996) in Heidelberg; Joseph Story Research Fellow in Private International Law, Harvard Law School (1996–1997); ab 1998 Wiss. Mitarbeiter, seit 2000 Wiss. Assistent am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; 2003–2004 Stipendiat der Kalkhof-Rose-Stiftung; Habilitation in Heidelberg (2006); Lehrstuhlvertretungen in Jena, Heidelberg und Frankfurt (Oder).

e-ISBN PDF 978-3-16-151204-9
ISBN 978-3-16-149322-5
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Mei

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen. Sie konnte für die Drucklegung im Wesentlichen auf den Stand von Sommer 2007 gebracht werden.

An erster Stelle danke ich meinem Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Erik Jayme. Er hat in mir den Wunsch geweckt, zu habilitieren, hat mir große Freiheiten eingeräumt und war doch stets präsent. Herrn Prof. Dr. Christian Baldus danke ich herzlich für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens, den Direktoren des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Prof. Dr. Burkhard Hess, Prof. Dr. Dr.h.c. Herbert Kronke und Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, für vielfältige Förderung und Unterstützung. Der Kalkhof-Rose-Stiftung schulde ich Dank für die Förderung durch ein Habilitationsstipendium, dem Verein der Freunde und Förderer des Instituts für einen großzügigen Druckkostenzuschuss. Schließlich sei auch den Freunden aus dem Institut selbst gedankt. Für zahllose Diskussionen, aber vor allem für die besondere Institutsatmosphäre, in der sich kritischer wissenschaftlicher Austausch und Freundschaft verbanden.

Die Arbeit ist während meiner Heidelberger Assistentenzeit in der Augustinergasse 9 entstanden. Ohne ihre Entstehung zu dieser Zeit an diesem Ort hätten sich die Wege meiner Frau und meine eigenen vermutlich nicht getroffen. Sie trafen sich, und dafür bin ich dankbar.

Heidelberg, im Oktober 2007

Martin Gebauer

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>Kapitel 1: Die historische Entfaltung der hypothetischen Ursache zum entlastenden Argument</i>	<i>17</i>
§ 1. Römisches Recht	17
§ 2. Gemeines Recht: Hypothetische Kausalität und die Grenzen der perpetuatio obligationis beim Verzug des Schuldners	25
§ 3. Interessebegriff und hypothetische Kausalität in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts	61
<i>Kapitel 2: Der Schaden und seine Gliederung</i>	<i>81</i>
§ 4. Schadensbegriffliche Prägung der Relevanz von Reserveursachen	81
§ 5 Schadensbegriffliche Emanzipierung der Relevanz von Reserveursachen	88
§ 6. Schadensbegriffliche Alternativen zur Differenztheorie: Die Rückkehr des gegliederten Schadens	95
§ 7. Beschränkte Rezeption der Lehre Neuners und alternative Gliederungskonzepte	110
§ 8. Nachwirkende Differenzen bei der Abgrenzung des unmittelbaren Schadens – die Überlegenheit der Lehre Neuners	129
§ 9. Schadensgliederung in der Rechtsprechung des BGH	137
§ 10. Die drei Formen der Schadensgliederung: zeitlich, gegenständlich, haftungsgrundbezogen	202
§ 11. Formenspezifische Argumente und begrenzte Kompatibilitäten der verschiedenen Schadensgliederungen	212
<i>Kapitel 3: Schadensgliederung und Rechtsfortsetzung</i>	<i>221</i>
§ 12. Schadensgliederung und Schutzzwecklehre	221
§ 13. Rechtsfortsetzung, entgangener Gewinn und abstrakte Bemessung beim Schadensersatz statt der Leistung	245

§ 14. Der Rechtsfortsetzungsgedanke im System schadensrechtlicher Prinzipien	256
§ 15. Naturalrestitution und Rechtsfortsetzung	275
<i>Kapitel 4: Haftung für Zufall und Risiko</i>	<i>299</i>
§ 16. Zufallshaftung nach Verzugseintritt gemäß §§ 287 Satz 2, 848 BGB ..	299
§ 17. Weitere Formen der Zufalls- und Risikohaftung	330
§ 18. Die Bildung einer Gesamtanalogie für die Relevanz von Reserveursachen	355
<i>Kapitel 5: Vermutung und Entlastung</i>	<i>359</i>
§ 19. Einführung	359
§ 20. Aufwendungsersatz und hypothetische Zweckverfehlung	360
§ 21. Kausalitätsvermutungen in den §§ 831 ff.BGB	368
§ 22. Beweislastumkehr bei groben ärztlichen Behandlungsfehlern	372
§ 23. Die Vermutung aufklärungs- und beratungsrichtigen Verhaltens	375
<i>Kapitel 6: Hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten</i>	<i>385</i>
§ 24. Einleitung	385
§ 25. Zur Reichweite der Entlastung durch die hypothetische Verantwortlichkeit	386
§ 26. Zur Verantwortlichkeit des Dritten	389
Wesentliche Ergebnisse	403
Literaturverzeichnis	411
Sachregister	421

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
I. Die Bedeutung hypothetischen Geschehens	1
II. Der zivilrechtliche Begriff der hypothetischen Kausalität	3
1. Eingriffs- und Reserveursache	4
2. Überholende und überholte Ursache	4
3. Überholende und hypothetische Kausalität	5
4. Hypothetische Kausalität und rechtmäßiges Alternativverhalten ..	6
5. Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung	7
III. Das Wertungsproblem der hypothetischen Kausalität	8
1. Kausalität und hypothetische Kausalität	8
2. Hypothetische Kausalität und Schadensbegriff	9
3. Historische Wurzeln der Fragestellung	10
IV. Das Programm der Untersuchung und der gewählte methodische Ansatz	11
1. Die Betonung des Haftungsgrundes	12
2. Die Suche nach dem System	12
3. Die haftungsgrundbezogene Relativität der Argumente	13
4. Rechtsvergleichung und europäische Rechtsquellen	14
V. Gang der Untersuchung	15

Kapitel 1

Die historische Entfaltung der hypothetischen Ursache
zum entlastenden Argument

§ 1. Römisches Recht	17
I. Der getötete Sklave	17
1. D. 9, 2, 11, 3; Ulpian im 18. Buch zum Edikt	19
2. D. 9, 2, 15, 1; Ulpian im 18. Buch zum Edikt	19
3. D. 9, 2, 51 pr. und 9, 2, 51, 1; Julian im 86. Buch seiner Digesten ...	21
II. Das gesunkene Schiff: D. 14, 2, 10, 1; Labeo im 1. Buch der von Paulus ausgewählten Überzeugenden Rechtssätze	23
§ 2. Gemeines Recht: Hypothetische Kausalität und die Grenzen der perpetuatio obligationis beim Verzug des Schuldners	25
I. Gefahr im Verzug	25
II. Grundlagen des Römischen Rechts und gemeinrechtliche Entwicklung	27
III. Älteres Gemeines Recht	30
1. Glossatoren, insbesondere Johannes und Martinus	30
2. Kommentatoren, insbesondere Bartolus und Baldus	30
3. Humanistische Rechtswissenschaft	32
IV. Deutsche Pandektistik	33
1. Zur grundsätzlichen Relevanz von Reserveursachen	34
a) Strenge Sicht	34
b) Milde Sicht	35
c) Mora, Schadensbegriff und Kausalzusammenhang	37
2. Kreis der durch Reserveursachen entlastbaren Schuldner	41
3. Hypothetischer Untergang und hypothetische Veräußerung: das Zusammenspiel der verschiedenen Reserveursachen	42
4. Zwischenergebnis	44
5. Identität oder Vergleichbarkeit zwischen realem und hypothetischem Zufall	47
a) Ursache des zufälligen Untergangs	48
b) Allgemeines Schadensrecht	49
c) Maßgebende Zeitpunkte	49
6. Hypothetische Veräußerung oder hypothetische Veräußerungsmöglichkeit	53
7. Verteilung der Beweislast	54
a) Hypothetischer Untergang	54

b) Hypothetischer Verkauf	55
aa) Gemeinrechtliche Entwicklung	56
bb) Die Gegenposition des Preußischen Landrechts	57
cc) Der deutsche Gesetzgeber	60
§ 3. Interessebegriff und hypothetische Kausalität in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts	61
I. Der römischrechtliche Interessebegriff	62
II. Die Lehre Mommsens	64
1. Begriff des Interesse	64
2. Theoretischer Umfang des Interesse	65
3. Kausalität und Berechnung des Interesse	66
a) Interesse, Schaden und Kausalität	66
b) Der Kausalnexus und die Zurechnung	67
c) Ausgleichsfunktion und Totalreparation	69
4. Hypothetische Kausalität	70
a) Maßgeblicher Zeitpunkt der Interesseberechnung bei Mommsen und Windscheids Kritik	71
b) Hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten	73
c) Beweislast	74
III. Rezeption der Lehren Mommsens in der Pandektistik des neunzehnten Jahrhunderts und die Folgen für die Behandlung hypothetischer Kausalverläufe	74
1. Der fruchtbare Boden zeitgenössischer Rechtswissenschaft	74
2. Zeitgenössische Kritik	76
3. Die Position Windscheids	77
4. Nachwirkende Irritationen	78

Kapitel 2

Der Schaden und seine Gliederung

§ 4. Schadensbegriffliche Prägung der Relevanz von Reserveursachen	81
I. Bedeutung der Differenztheorie für die kausale Qualifikation von Reserveursachen	83
II. Dogmatische Folgerungen für die Formulierung eines Grundsatzes ...	85
III. Verursachung einer Differenz?	86
IV. Ausscheidung von Reserveursachen als Korrektur des in der Differenztheorie angelegten Ursachenbegriffs	88

§ 5 Schadensbegriffliche Emanzipierung der Relevanz von Reserveursachen	88
I. Schaden und Schädigung	89
II. Zweistufige Betrachtung des Haftungstatbestands	90
III. Notwendigkeit einer mehrstufigen Betrachtung innerhalb der Bewertung des ausgleichspflichtigen Interesses	91
IV. Trennung von Schadensberechnung und Schadenszurechnung	93
§ 6. Schadensbegriffliche Alternativen zur Differenztheorie: Die Rückkehr des gegliederten Schadens	95
I. Konstante Kritik an der Differenztheorie	95
1. Die Schwierigkeiten des Reichsgerichts im Umgang mit Reserveursachen	95
2. Der „konkrete“ Schaden, insbesondere bei Oertmann	96
3. Fundamentale Kritik in der Lehre	97
a) Der Begriff des Vermögensschadens bei Keuk	97
b) Der reale Schadensbegriff bei Wendehorst	99
c) Die Kritik des Interessebegriffs bei Honsell	100
II. Die Wiederbelebung des gegliederten Schadens durch Neuner	101
1. Gemeinrechtlich gegliederter Schaden	101
2. Positionierung des deutschen Gesetzgebers	105
3. Neuners begrenzte Kritik an der Differenztheorie	105
a) Objektiver Wert als Mindestschaden	106
b) Mittelbarer Schaden und Differenzbetrachtung	108
c) Die Zäsur bei der Behandlung hypothetischer Kausalverläufe	109
§ 7. Beschränkte Rezeption der Lehre Neuners und alternative Gliederungskonzepte	110
I. Die Löschteichentscheidung des OGH	111
II. Die akzeptierte dogmatische Kurskorrektur und ihre Gefahren	114
III. Erneute Wiederbelebung des gegliederten Schadens als Antwort auf die Löschteichentscheidung des OGH	115
IV. Schadensgliederung bei Larenz und Coing	118
1. Der Sanktionsgedanke bei Coing	119
2. Die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden bei Larenz	121
V. Abweichungen in der Schadensgliederung gegenüber Neuner und die Ausblendung der rechtsverfolgenden Funktion von Erfüllungs- und Herausgabeansprüchen bei Larenz	125

§ 8. Nachwirkende Differenzen bei der Abgrenzung des unmittelbaren Schadens – die Überlegenheit der Lehre Neuners	129
I. Einwände gegenüber Larenz in der Lehre	129
II. Unterschiedliche Kompatibilität mit dem Gesetz	130
III. Die historische Wurzel der perpetuatio obligationis bei Neuner und im Gesetz	131
IV. Zwischenergebnis	135
§ 9. Schadensgliederung in der Rechtsprechung des BGH	137
I. Vom obiter dictum bis zum ausdrücklichen Kriterium des Sachschadens	137
1. Distanzierung vom Reichsgericht und Öffnung für Wertungen ..	139
2. Das obiter dictum zum Sachschaden im Direktorenfall	141
3. Von der Brandgassenaktion bis zur Prachtstraße: Über die Schadensanlage zur Herausbildung des gegliederten Schadens ...	142
4. Der Prachtstraßenfall und das Kriterium des Sachschadens	145
II. Sachzerstörung und objektiver Wert als Mindestschaden: Der Sprengungsfall	147
1. Manifestierung der Schadensgliederung	149
2. Interne und externe Schadensanlagen	150
3. Schadensanlage und objektiver Wert	151
III. Die Schadensanlage, die Schadensgliederung und das Kriterium der Zeit	153
1. Der Zusammenhang zwischen Schadensanlage und Sachschaden	153
2. Reale und hypothetische Kausalität in den Anlagefällen	154
3. Das Zeitmoment	158
a) Der zeitliche Aspekt in der Schadensgliederung	158
b) Der zeitliche Aspekt in den Anlagefällen	161
c) Kritik im Schrifttum am Argument der Schadensanlage	163
d) Wertungsgrundlagen und eigene Stellungnahme zur Kritik	167
IV. Abgrenzungsfragen, das Argument der hypothetischen Veräußerungsmöglichkeit und die zeitliche Beurteilungs- perspektive in den Anlagefällen	170
1. Zeitliches Nähekriterium	170
2. Zeitliche Fixierung der Anlage vor der Schädigung	171
3. Erkennbarkeit der Schadensanlage ex ante und die Bedeutung einer möglichen Veräußerung des anlagebehafteten Gegenstands .	172

4. Keine Festlegung der zeitlichen Beurteilungsperspektive durch das Veräußerungsargument	173
5. Maßgebliche Beurteilung der Schadensanlage ex post	175
6. Schadensanlage und Gesundheitsschädigung	177
a) Der Wertungsunterschied gegenüber Sachschäden	178
b) Nicht kongruente Anlageschäden – Injektion des Rückenmarkskanals	179
c) Kongruente Anlageschäden – Injektion der Radialschlagader	181
d) Zusammenfassung zur Schadensanlage bei Gesundheitsschädigungen	183
7. Schadensanlage und „Schadensanfälligkeit“	183
8. Schadensanlage und Dauerschäden	185
V. Schadensgliederung im System der Fallgruppen	186
VI. Schadensgliederung und Akzentverschiebungen in der jüngeren Rechtsprechung des BGH	189
1. Kabelschädigung und Kabelbeseitigungsanspruch als Reserveursache	191
2. Pflichtverletzung eines Notars und Bürgschaftsverpflichtung als Reserveursache	193
3. Bedeutung des zeitlichen Einschnitts für die Berücksichtigung hypothetischer Ursachen und für die sonstige Schadensbestimmung	197
4. Reine Vermögensschäden und Reserveursachen	200
5. Zusammenfassung der Akzentverschiebungen in der jüngeren Rechtsprechung	201
§ 10. Die drei Formen der Schadensgliederung: zeitlich, gegenständlich, haftungsgrundbezogen	202
I. Zeitliche Zäsur und zeitliche Schadensgliederung	202
II. Zeitliche Schadensgliederung und fragliche Absehbarkeit der Höhe des Ersatzanspruchs	204
III. Drei Gliederungsformen und verschiedene formenübergreifende Argumente	205
IV. Argumente für die zeitliche Zäsur bei Keuk	206
V. Die Tradition der zeitlichen Zäsur: „non ex post facto sed ex praesenti statu“	208

§ 11. Formenspezifische Argumente und begrenzte Kompatibilitäten der verschiedenen Schadensgliederungen	212
I. Das Beispiel der dressierten Hunde	214
II. Die Kontroverse um die dressierten Hunde	215
III. Der Gesamtschaden als unmittelbarer Schaden	217

Kapitel 3

Schadensgliederung und Rechtsfortsetzung

§ 12. Schadensgliederung und Schutzzwecklehre	221
I. Entwicklung einer Verbindung zur Schutzzwecklehre bei Walter Wilburg und Ernst Rabel	222
II. Fortentwicklung durch Franz Bydlinski und Hans Stoll	225
III. Folgerungen: Der gestufte Schutzzweck	227
IV. Terminologie: Die forderungszweckbezogene Schadensgliederung ..	229
V. Schadensgliederung und Geltungsbereich der Differenztheorie	230
VI. Zur Konkretisierung des Forderungszwecks bei der Schadensgliederung	232
1. Die Kriterien der herrschenden Meinung als Faustformeln	232
2. Herausgabeansprüche	233
3. Vertragliche Erfüllungsansprüche	234
4. Sonstige vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflichten und ihre Verletzung	236
5. Schadensersatzansprüche „neben“ der Leistung	238
6. Deliktische Ansprüche wegen der Verletzung eines Rechts und ihr Zusammenhang mit vertraglichen Ansprüchen	240
7. Ansprüche auf Ersatz eines zufälligen Schadens und die begrenzte Reichweite der Rechtsfortsetzung	243
§ 13. Rechtsfortsetzung, entgangener Gewinn und abstrakte Bemessung beim Schadensersatz statt der Leistung	245
I. Die Beurteilung hypothetischer Kausalverläufe nach § 252 BGB	245
II. Abstrakte Schadensberechnung und entgangener Gewinn	247
III. Abstrakte Schadensberechnung und objektiver Wert als Mindestschaden	250
IV. Schadensersatz statt der Leistung und hypothetische Kausalverläufe	253

§ 14. Der Rechtsfortsetzungsgedanke im System schadensrechtlicher Prinzipien	256
I. Ausgleichsprinzip und Rechtsfortsetzung	257
1. Totalreparation und Obergrenzen	259
2. Totalreparation und Untergrenzen	262
3. Zur Wirkungsweise von Prinzipien	263
4. Optimierung der Ausgleichsfunktion durch den Rechts- fortsetzungsgedanken	266
II. Rechtsfortsetzung als Prinzip oder Wert?	268
1. Rechtsfortsetzung zwischen Ausgleich und Prävention	268
2. Zur Unterscheidung zwischen Werten und Prinzipien	270
3. Die Regel der Rechtsfortsetzung bei der hypothetischen Kausalität	271
III. Zusammenfassung	274
§ 15. Naturalrestitution und Rechtsfortsetzung	275
I. Schadensrechtliche Bedeutung der Naturalrestitution	275
II. Der Rechtsfortsetzungsgedanke in der Restitution	278
III. Naturalrestitution und negative Vermögensdifferenz	279
IV. Schadensrechtliche Rückabwicklung von Verträgen am Beispiel des Kapitalanlageschadens	281
1. Negatives Interesse im Wege der Naturalrestitution versus Kursdifferenz	283
2. Die Position des BGH	285
3. Naturalrestitution und Risikoverteilung	288
4. Risikoverteilung und hypothetische Kausalität	290
a) Alternativgeschäft	291
b) Negatives Interesse und Berechnung des entgangenen Gewinns	293
c) Erleichterungen beim Kausalitätsbeweis und gegenläufige Reserveursachen	293
d) Zwischenergebnis	297

Kapitel 4

Haftung für Zufall und Risiko

§ 16. Unfallshaftung nach Verzugseintritt gemäß §§ 287 Satz 2, 848 BGB	299
I. Ursprung und Verbreitung der Norm, ihre gesetzgeberische Anpassung und Bedeutung	299
1. Historisches und rechtsvergleichendes Normverständnis	299
2. Gesetzgeberische Modifikation und Klarstellung zum 1.1.2002 ..	300
3. Der Anwendungsbereich und die unterschätzte Bedeutung des § 287 Satz 2 BGB	302
II. Das systematische Verhältnis zu § 287 Satz 1 BGB	306
1. Die marginale Bedeutung des § 287 Satz 1 BGB in seiner unmittelbaren Aussage	306
2. Ein möglicher Umkehrschluss	307
a) Die ratio des Umkehrschlusses	308
b) Der Wille des historischen Gesetzgebers	310
c) Das Verhältnis des § 287 Satz 1 BGB zu den sonstigen Fällen der Verschuldenshaftung und das argumentum a fortiori	311
III. Reserveursachen im Rahmen des § 287 Satz 2 BGB	312
1. Der Zufall und die Kausalität	312
a) Zufallsidentität und die <i>Conditio sine qua non</i>	313
b) Die schadensrechtliche Perspektive	315
c) Kausale Relativität	316
2. Die Zeit und ihre Zäsuren	317
3. Die dogmatisch verfehlte Übertragung der zeitlichen Schadensgliederung auf Reserveursachen im Rahmen des § 287 Satz 2 BGB	320
a) Verankerung der Schadensgliederung im Forderungszweck	321
b) Keine Rechtsfortsetzung bei der Unfallshaftung	322
c) Der fehlende Wertungsgrund für eine zeitliche Zäsur	323
d) Die Unfallshaftung im Anwendungsbereich der Differenztheorie ...	324
4. Die hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten und die Reichweite der Beweislast	328
§ 17. Weitere Formen der Zufalls- und Risikohaftung	330
I. Die Haftung bei Gebrauchsüberschreitung	330
1. Die fragliche Regelungslücke, insbesondere bei der Leihe	330
2. Die Unvollständigkeit des Gesetzes	332
3. Die Planwidrigkeit dieser Unvollständigkeit	333
4. Zur Reichweite der Analogie: die Relevanz von Reserveursachen	335

II. Die Haftung des Verkäufers bei Abweichungen von Versandungsanweisungen des Käufers	336
1. Anweisungswidriges Verhalten, Gefahrübergang und Zufallshaftung	337
2. Die Relevanz hypothetischer Ursachen	339
III. Die Risikohaftung des Arztes bei Aufklärungsmängeln	341
1. Hypothetische Einwilligung	342
2. Haftungsgrund, rechtmäßiges Alternativverhalten und sonstiges hypothetisches Geschehen	343
3. Begrenzte Reichweite der Rechtsfortsetzung	344
IV. Die Haftung bei Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn	347
1. Die Zufallshaftung bei der unberechtigten GoA	347
2. Die Entlastung durch ein hypothetisches Geschehen	348
3. Die Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers und ihre nachwirkende Überzeugungskraft	350
V. Die Haftung des Auftraggebers bzw. Geschäftsherrn bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse	352
1. Besonderheiten des Haftungsgrundes	352
2. Die Berücksichtigung hypothetischen Geschehens	353
§ 18. Die Bildung einer Gesamtanalogie für die Relevanz von Reserveursachen	355
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	355
II. Die Abgrenzung der Zufalls- und Risikohaftung von der Notstands- und Gefährdungshaftung	356

Kapitel 5

Vermutung und Entlastung

§ 19. Einführung	359
§ 20. Aufwendungsersatz und hypothetische Zweckverfehlung	360
I. Die Relevanz hypothetischer Ursachen in § 284 BGB	360
II. Inhalt und Regelungszweck des § 284 BGB	360
III. Zur dogmatischen Einordnung der Zweckvereitelung aus anderem Grund	362

1. Gegenstand und Wertungsgrund der Entlastungsmöglichkeit ...	362
2. Die fragliche Abgrenzbarkeit von realer und hypothetischer Kausalität bei einer Zweckverfehlung – die „überholte Zweckursache“ bei vermuteter Zweckerreichung	363
3. Unterschiedliche Aufwendungszwecke	365
4. Die hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten	365
IV. Die Gleichstellung der realen Zweckerreichung trotz Pflichtverletzung	366
V. Die Frage der Beweiserleichterung	367
§ 21. Kausalitätsvermutungen in den §§ 831 ff.BGB	368
I. Inhalt der Vermutung	369
II. Entlastung durch die fehlende haftungsbegründende Auswirkung eines bestimmten Verhaltens auf hypothetischer Ebene	370
III. Die Entlastungsmöglichkeit als Konsequenz der Belastung	370
§ 22. Beweislastumkehr bei groben ärztlichen Behandlungsfehlern	372
§ 23. Die Vermutung aufklärungs- und beratungsrichtigen Verhaltens	375
I. Vermutung auf hypothetischer Ebene	375
II. Relativierung der ursprünglichen Rechtsfigur	376
III. Die hypothetische Entscheidung bei Entscheidungsalternativen	378
IV. Relevanz hypothetischer Kausalität nach Maßgabe der Vermutungsreichweite	379
V. Ein von der Vermutungsfigur abweichender Ansatz	380
VI. Konsequenzen für die Dogmatik der hypothetischen Kausalität	381

Kapitel 6

Hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten

§ 24. Einleitung	385
§ 25. Zur Reichweite der Entlastung durch die hypothetische Verantwortlichkeit	386

I. Das anerkannte Resultat: Keine vollständige Schädigerentlastung ..	386
II. Gründe der Anspruchsstabilisierung	387
III. Reichweite der Anspruchsstabilisierung	388
§ 26. Zur Verantwortlichkeit des Dritten	389
I. Grundsatz: Keine Haftung des hypothetischen Verursachers	390
1. Die grundlegende Unterscheidung nach Verantwortlichkeit und Zufall bei Philipp Heck	391
2. Die fehlende Überzeugungskraft der Zäsur	392
3. Zwischenergebnis	393
II. Ausnahme: Die „reale“ Verantwortlichkeit des Dritten bei doppelter Kausalität, insbesondere bei Schadensanlagen und bei Dauerschäden	393
1. Schadensanlagen	394
2. Andere Konstellationen doppelter Kausalität, insbesondere bei zeitlich gestreckten Haftungstatbeständen	396
a) Unzureichende Erklärungsversuche durch hypothetische Kausalität ..	397
b) Die Haftung aufgrund doppelter Kausalität	398
c) Ein Beispiel zur Abgrenzung	400
d) Der Zeitfaktor	401
Wesentliche Ergebnisse	403
Literaturverzeichnis	411
Sachregister	421

Einleitung

Kann sich der Schädiger gegenüber dem Geschädigten entlastend darauf berufen, dass der gleiche Schaden ohnehin eingetreten wäre? Kann ein Arzt etwa, der die gebotene Aufklärung des Patienten über Risiken der Behandlung unterlassen hat, im Falle einer Risikoverwirklichung dem Schadensersatzanspruch des Patienten entgegenhalten, dieser hätte auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung der Behandlung zugestimmt? Oder steht dem Vorstand einer Aktiengesellschaft, wegen falscher Ad-hoc-Mitteilungen vom Kapitalanleger nach § 826 BGB auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises gegen Übertragung der erworbenen und nunmehr wertlosen Aktien gemäß § 249 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen¹, der Nachweis offen, dass der Geschädigte ohne die fehlerhafte Information zwar nicht in das konkrete Geschäft, wohl aber in ein anderes und ähnlich spekulatives wie verlustbringendes investiert hätte? In solchen und ähnlichen Fällen kann ein Geschehen relevant werden, das unbestreitbar nicht stattgefunden hat (I). Welche Bedeutung haben hypothetische Geschehensabläufe insbesondere für das Zivilrecht (II.)? Wo sind sie dogmatisch zu lokalisieren und welche Wertungen sind betroffen (III.)? Gibt es übergreifende Wertungskriterien zur Bewältigung der zivilrechtlichen Probleme, die durch die Existenz hypothetischer Ursachen auftreten (IV. und V.)?

I. Die Bedeutung hypothetischen Geschehens

Menschliches Denken bezieht hypothetische Kausalverläufe immer mit ein. Dabei kann das hypothetische Geschehen in der Vergangenheit liegen und mit der wahrgenommenen Realität verglichen werden, so etwa wenn gefragt wird: „Was wäre heute, wenn ich damals nicht so gehandelt hätte, wie ich gehandelt habe, sondern anders?“ Die Antwort auf eine solche hypothetische Frage lautet etwa: „Hätte ich damals nicht das Wort ergriffen, dann wäre mir gewiss ein Problem erspart geblieben“. Denkt man in dieser Weise eine in Wirklichkeit eingetretene Tatsache hinweg (das Ergreifen des Wortes), so kann man von einer

¹ Vgl. etwa BGH, 4.6.2007, ZIP 2007, 1560; BGH, 9.5.2005, NJW 2005, 2450; BGH, 19.7.2004, BGHZ 160, 149 = ZIP 2004, 1593.

Abstraktionshypothese sprechen; denkt man hingegen eine in Wirklichkeit nicht eingetretene Tatsache hinzu, lässt sich dies als eine *Additionshypothese* bezeichnen². Das hypothetische Urteil lautet bei einer solchen Additionshypothese zum Beispiel: „Hätte ich damals noch länger gesprochen, als ich wirklich gesprochen habe, dann wäre alles noch viel schlimmer gekommen“.

Das philosophische Problem irrealer Konditionalsätze besteht vor allem darin, die Wahrheitsbedingung für solche Sätze anzugeben³. Trotz der damit verbundenen Unsicherheiten bewegt sich das alltägliche Denken doch fortwährend in diesen Bahnen und sammelt dabei Erfahrungen. Nicht nur retrospektiv, sondern auch in die Zukunft gerichtet können mehrere hypothetische Geschehensabläufe miteinander verglichen werden. Das Ergebnis eines solchen prospektiven Vergleichs kann dann als Grundlage für zielgerichtete Entscheidungen herangezogen werden, von denen wir annehmen, dass ihre Umsetzung den Lauf der Dinge beeinflusst und etwas bewirkt.

Wie sehr hypothetisches Denken auch im Recht die Beurteilung eines Kausalzusammenhangs prägt, zeigt bereits die weite Verbreitung⁴ der sog. *Conditio sine qua non*-Formel⁵ sowie im *Common law* des entsprechenden „but-for test“⁶ und das mit ihrer Anwendung verbundene „hypothetische Eliminationsverfahren“, von dem *Max Rümelin*⁷ und *Ludwig Traeger*⁸ schon vor über hundert Jahren sprachen⁹. Ursache, so besagt die Formel in ihrer klassischen Gestalt, sei jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfele. Mit dieser Faustregel¹⁰ wird versucht, ein logisches Bedingungsverhältnis zwischen

² Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 11, Nr. 4 (S. 37).

³ Vgl. hierzu etwa *Stegmüller*, Erklärung – Begründung – Kausalität, 2. Auflage 1983, S. 329 ff.

⁴ Vgl. *Hart/Honoré*, Causation in the Law, 2. Auflage 1985, S. 109 ff.

⁵ Vgl. auch Art. 3:101 der „Principles of European Tort Law“ (hierzu *Koziol*, ZEuP 2004, 234 ff.), abgedruckt etwa in ZEuP 2004, 427 ff.: „An act or omission (hereafter: activity) is a cause of the victim’s damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred“. Zur unterschiedlichen Akzeptanz dieser Formel im Zivil- und im Strafrecht vgl. *Rothenfußer*, Kausalität und Nachteil (2003), S. 5, mit zahlreichen Nachweisen.

⁶ Dazu etwa *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 5. Auflage 2003, S. 185 ff.

⁷ *Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), 171, 282.

⁸ *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (1904), S. 39 f.: „Was zunächst die Verfahrensweise bei der Festsstellung des Bedingungscharakters eines Antecedens betrifft, so erkennen wir diesen Bedingungscharakter durch ein in Gedanken auszuführendes Eliminationsverfahren, indem wir durch Vergleichung mit anderen Ereignissen feststellen, was geschehen wäre, wenn jenes eine Antecedens gefehlt hätte, all übrigen aber genau in gleicher Weise vorhanden gewesen wären. Wäre dann derselbe Erfolg eingetreten, so fehlt jenem Umstande der Bedingungscharakter, es ist ein für den Erfolg gleichgültiges Antecedens“.

⁹ Vgl. zu diesem Eliminationsverfahren und den Missverständnissen, zu denen es gelegentlich verführt: *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004), S. 15 f.; *Rothenfußer*, Kausalität und Nachteil (2003), S. 6 ff., 14 f., 19 ff.

¹⁰ So etwa die Bezeichnung bei *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 III a) (S. 433) sowie bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 79.

Einzelbedingung und Erfolg zu definieren. Hinter ihr mag der Blickwinkel der Vermeidbarkeit stehen, unter dem im Straf- und Haftungsrecht die Kausalitätsfrage gestellt wird¹¹. Eine erschöpfende Definition von Kausalität ist mit dieser Formel freilich nicht möglich¹², dafür fehlt es schon an der Berücksichtigung kau-saler Zwischenglieder¹³. Zur Feststellung von Kausalität versagt ihre unkorri-gierte Anwendung insbesondere auch dort, wo ein hypothetisches Ursachener-ignis bereitstand, den gleichen Erfolg herbeizuführen.

II. Der zivilrechtliche Begriff der hypothetischen Kausalität

Die Grenzen der *Conditio*-Formel und die Begrifflichkeiten, um die es hier geht, mögen an dem folgenden, klassischen Beispiel¹⁴ veranschaulicht werden: B vergiftet einen Hund. Bevor das sicher tödliche Gift gewirkt hat, wird der Hund von A erschossen¹⁵. Die Intuition sträubt sich dagegen, dass hier niemand etwas verursacht haben soll. Eine notwendige Bedingung für den Tod des Hundes im Sinne der (unkorrigierten) *Conditio*-Formel ist freilich weder in dem Verhalten des A noch des B zu sehen¹⁶.

Der Schütze A könnte etwa einem Schadensersatzanspruch des Hundeeigen-tümers entgegenhalten, dass seine Handlung für den tatbestandlichen Erfolg in Form des Todes, also für den haftungsbegründenden Tatbestand keine notwen-dige Bedingung bildete, oder doch jedenfalls nicht für den daraus resultierenden Schaden. Denn die Vergiftung durch B stand als hypothetisches Ursachener-ignis bereit, um je nach dem gewählten Abstraktionsgrad den gleichen tatbestand-lichen Erfolg (Tod des Hundes) oder doch einen ähnlichen Erfolg (Vergiftung statt Erschießung) sowie den gleichen Schaden für den Eigentümer herbeizu-führen. Der Giftgeber B seinerseits könnte einwenden, dass seine Tat erstens

¹¹ Vgl. Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004), S. 8, 238.

¹² Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 27 III a) (S. 433).

¹³ Vgl. Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004), S. 23, der die For-mel dennoch (a.a.O. S. 238) für „nicht entbehrlich“ hält; sehr kritisch gegenüber der Formel Schulin, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht (1976), S. 105 ff., 114 ff.

¹⁴ In deutlicher Anlehnung an verschiedene Digestenstellen, etwa an D. 9, 2, 11, 3 (*Ul-pian*): *Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius* (Übersetzung, nach Beh-rends u. a. (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Band 2 (Digesten 1–10)*, 1995, S. 739 f.: *Celsus schreibt: Hat der eine dem Sklaven eine tödliche Verletzung zugefügt, der an-dere ihm darauf getötet, so haftet der erste zwar nicht, weil er getötet, sondern weil er verletzt hat, da der Sklave an der anderen Verletzung gestorben ist; der zweite aber haftet, weil er getötet hat. Dies erscheint auch Marcellus richtig und ist auch einleuchtender*).

¹⁵ Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 14, Nr. 5 (S. 48).

¹⁶ Zu den unterschiedlichen Erklärungen, hier dennoch eine Verursachung zu begrün-den, vgl. Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004), S. 20 ff.

keine notwendige Bedingung darstelle und dass es zweitens auf der Hand liege, dass der Hund offensichtlich nicht vergiftet, sondern erschossen worden sei.

Das BGB regelt nur vereinzelt die entlastende Berücksichtigung eines hypothetischen Geschehens, etwa in den §§ 287 Satz 2, 848 BGB, in § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB oder auch in den §§ 831 bis 834 BGB. Auf eine allgemeine Regelung hypothetischer Ursachen wurde jedoch bewusst verzichtet¹⁷. Die Gesetzesmaterialien erwägen bei den unerlaubten Handlungen eine Haftung des hypothetischen Verursachers und legen sich ausdrücklich hierzu nicht fest. Qualifiziert wird die Frage aber als eine solche des Kausalzusammenhangs, und sie sei „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden“¹⁸.

Nimmt man einmal an, dass der Tod des Hundes und der daraus resultierende Schaden vom Schützen A, nicht aber vom Giftgeber B verursacht wurde, so lassen sich an diesem Beispiel verschiedene hier verwendete Bezeichnungen erklären.

1. Eingriffs- und Reserveursache

Man kann die Handlung des Schützen A als „reale Ursache“ und die Handlung des B als „hypothetische Ursache“ bezeichnen. Gebräuchlich sind seit *Philipp Heck* hierfür auch die Ausdrücke „Eingriffsursache“ und „Reserveursache“¹⁹. Die Bezeichnungen „Reserveursache“ und „hypothetische Ursache“ werden in dieser Untersuchung synonym und in einer denkbar weiten Bedeutung verstanden. Umfasst werden damit sämtliche Ereignisse, die sich im Ergebnis ausgewirkt hätten, aber nicht ausgewirkt haben, unabhängig von jeder zeitlichen Komponente.

2. Überholende und überholte Ursache

Etwas enger werden hier dagegen die Bezeichnungen „überholende“ und „überholte“ Kausalität verstanden. Sie setzen bereits eine zeitliche Relation voraus, die sich an dem genannten Beispiel demonstrieren lässt. Die von dem Schützen A gesetzte Eingriffsursache ist eine „überholende“ insofern, als sie sich verwirklichte, bevor die von B gesetzte Reserveursache sich verwirklichen konnte. Die Giftgabe als Reserveursache ist also eine „überholte“ Ursache. Daran wird

¹⁷ Vgl. Staudinger-Schiemann (2005), Vor § 249, Rn. 2.

¹⁸ Motive II, S. 739 (*Mugdan* II, S. 412 f.) zum Inhalt des Schadensersatzes: „Die namentlich nach dem röm. Rechte bestrittene Frage über die Haftung des Urhebers einer rechtswidrigen Handlung, welche einen bestimmten schädlichen Erfolg nothwendiger Weise herbeiführt haben würde, wenn nicht schon früher durch ein anderes dazwischen gekommenes Ereigniß, sei dies ein Zufall oder die rechtswidrige That eines Dritten, jener Erfolg eingetreten wäre, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden; es ist eine Frage des Kausalzusammenhangs [...]“.

¹⁹ Vgl. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 14, Nr. 5 (S. 48).

deutlich, dass von überholender Kausalität nur dort zu sprechen ist, wo eine hypothetische Kausalkette bereits lief, als sich die reale Ursache im Erfolg verwirklichte²⁰. Entscheidend für diese zeitliche Relation ist der Eintritt des Erfolges, nicht das Setzen der jeweiligen Ursache. So kann auch der Ablauf einer Kausalreihe „überholt“ werden, obwohl das Ursachenergebnis dieser hypothetischen Kausalreihe später gesetzt wurde als dasjenige, welches sich im Erfolg zur realen Ursache entwickelte: A gibt dem Hund ein tödlich wirkendes Gift, etwas später gibt B unabhängig davon dem Hund ein anderes, ebenfalls tödliches Gift; der Hund stirbt an dem Gift des A, bevor das Gift des B wirken kann.

3. Überholende und hypothetische Kausalität

Nur von hypothetischer, nicht auch von überholender Kausalität ist dann zu sprechen, wenn lediglich die Aussage getroffen wird, dass sich später, das heißt nach der Verwirklichung der Eingriffsursache, eine Reserveursache entwickelt und verwirklicht hätte, die im Zeitpunkt des realen Erfolges noch nicht angelegt war: B „erschießt“ einen Hund, den er für schlafend hielt, ohne zu erkennen, dass der Hund bereits an den Folgen des Giftes gestorben war, das ihm der A ins Futter beigemischt hatte. Die Handlung des Schützen B ist hier weder als überholende noch als überholte Ursache anzusehen, sondern nur als hypothetische Ursache für den Tod des Hundes im Hinblick auf die Giftgabe des A.

Für die normative Qualifikation als „hypothetische Ursache“ ist es unschädlich, wenn einzelne Elemente der Reserveursache „real“ in das tatsächliche und beobachtbare Geschehen auftauchen. Die als „hypothetisch“ betrachtete Ursache kann äußerlich sogar alle Elemente einer „realen“ Ursache aufweisen. Denkbar ist etwa, dass sich ein einheitliches Geschehen nur durch den jeweils betrachteten normativen Zusammenhang als ein reales und ein hypothetisches beschreiben und auch unterscheiden lässt. Man stelle sich etwa vor, der Käufer eines Autos habe sich ein vertragliches Rücktrittsrecht vorbehalten. Das Auto steht auf dem gleichen Platz, auf dem es auch der Verkäufer abzustellen pflegte. Der Käufer übt sein Rücktrittsrecht aus, nachdem der zufällig abgebrochene Ast eines Baumes den abgestellten Wagen beschädigt hat. Dem Wertersatzanspruch des Rückgewährgläubigers hält er gemäß § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. BGB entgegen, dass „der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre“. Unterstellt sei dabei, dass der Wagen auch im Besitz des Verkäufers zur gleichen Zeit

²⁰ Ähnlich Staudinger-*Medicus*, 12. Auflage 1983, § 249 BGB, Rn. 98 und 103 sowie Staudinger-*Schiemann* (2005), § 249, Rn. 93: Die Bezeichnung „überholende Kausalität“ decke Fälle, „bei denen die hypothetisch gebliebene Kausalreihe bereits lief, als die real gewordene einsetzte“. Mit dem hier verwendeten Wort „verwirklichte“ statt „einsetzte“ soll verdeutlicht werden, dass es nicht darauf ankommen kann, wann das reale Ursachenergebnis „gesetzt“, also in welchem Zeitpunkt gehandelt wurde. Hierzu sofort im Text.

am gleichen Ort gestanden hätte. In ähnlicher Weise könnte auch ein Entleiher, der sich im Verzug mit der Rückgabe des Wagens befindet, als der Ast abbricht, dem Ersatzanspruch des Verleihers aus § 287 Satz 2 BGB entgegenhalten, „dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre“. In beiden Fällen ist die Beschädigung des Wagens durch den abbrechenden Ast real eingetreten, wäre der Wagen aber auch (zur gleichen Zeit am selben Ort) in einem anderen normativen Kontext, nämlich im Besitz des Gläubigers hypothetisch beschädigt worden. Auch in diesen Fällen einer manifesten Reserveursache geht es nicht um überholende, wohl aber um hypothetische Kausalität.

4. *Hypothetische Kausalität und rechtmäßiges Alternativverhalten*

Die verschiedenen Konstellationen umfassend lässt sich für das zivile Schadensersatzrecht die allgemeine, eingangs gestellte Frage nach der entlastenden Wirkung hypothetischer Kausalität nochmals in dieser Formulierung wiederholen: Kann sich der als Schädiger in Anspruch Genommene gegenüber dem Geschädigten darauf berufen, dass der gleiche Schaden auch ohne das in Frage stehende Verhalten entstanden wäre?²¹ Für das häufig als ein Unter- oder Sonderfall der hypothetischen Kausalität angesehene²² sog. rechtmäßige Alternativverhalten wird die Frage regelmäßig auch ein wenig dahingehend umformuliert, ob der Schaden auch bei *rechtmäßigem* Verhalten der in Anspruch genommenen Person entstanden wäre oder eben auch in rechtmäßiger Weise hätte herbeigeführt werden können²³. Nach dem in dieser Untersuchung verfolgten Ansatz, der insgesamt den Haftungsgrund in den Mittelpunkt stellt, wird allerdings der Unterscheidung zwischen hypothetischer Kausalität im Allgemeinen und rechtmäßigem Alternativverhalten im Besonderen eine geringere Bedeutung beigemessen werden, als dies üblicherweise getan wird.

5. *Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung*

Ein Verwandtschaftsverhältnis besteht zwischen den Rechtsinstituten der hypothetischen Kausalität und der Vorteilsausgleichung²⁴. Ein schädigendes Ereignis muss dem Geschädigten nicht nur Nachteile, es kann ihm auch Vorteile

²¹ Vgl. auch die Formulierung bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 181: „Es geht um das Problem, ob es dem Ersatzpflichtigen gestattet ist, sich darauf zu berufen, daß der von ihm angerichtete Schaden bei Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses den Ersatzberechtigten auch anderweit getroffen hätte“.

²² *Hermann Lange* spricht hier von zwei sich schneidenden Kreisen: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 199; vgl. auch (offen lassend) BGH, 20.7.2006, NJW 2006, 2767, 2769.

²³ Vgl. die Formulierung bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 199: „Das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens entsteht, wenn der im übrigen Ersatzpflichtige den gleichen Schaden auch auf rechtmäßige Weise hätte herbeiführen können“.

²⁴ Vgl. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung (2001), S. 26 f.

bringen. Bei der Vorteilsausgleichung geht es entsprechend um die Entscheidung der Frage, ob kausal durch das schädigende Ereignis bedingte Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind²⁵, etwa ersparte Aufwendungen des Geschädigten in Form von Wegekosten für die Fahrt zur Arbeit während der Zeit einer Dienstunfähigkeit²⁶. Die Verwandtschaft beider Institute wird deutlich, wenn man vergleichend in Betracht zieht, ob der Schädigung eine Vermögensmehrung gegenübersteht, oder ob die Schädigung eine sonst eintretende Vermögenminderung verhindert hat²⁷.

Auf der Basis eines solchen Vergleichs wurde verschiedentlich vorgeschlagen, die beiden Rechtsinstitute miteinander zu vereinheitlichen bzw. die hypothetische Kausalität vollständig in die Lehre von der Vorteilsausgleichung zu integrieren²⁸. So könnte man etwa argumentieren, das Erschießen des Hundes in dem genannten Beispiel verschaffe dem Eigentümer einen Vorteil insofern, als der Eigentümer dadurch vor dem Vergiftungstod des Hundes bewahrt bleibe. Überwiegend und zu Recht wird jedoch die Eigenständigkeit der beiden Institute vertreten und betont, dass bei der hypothetischen Kausalität der „Vorteil“, der nur in der Verhinderung der hypothetischen Vermögenminderung liegt, ein irrealer, bei der Vorteilsausgleichung hingegen ein realer ist²⁹. Damit hängt auch zusammen, dass sich die Vorteilsausgleichung nur auf ein einziges schadensstiftendes Ereignis bezieht, während die hypothetische Kausalität neben dem realen Ereignis an ein weiteres, eben das hypothetisch gebliebene Ereignis anknüpft³⁰.

Hinzu kommt die verschiedene dogmengeschichtliche Entwicklung der beiden Institute³¹. Erst vergleichsweise spät, nämlich seit dem neunzehnten Jahrhundert, wurden beide Institute auf die Differenztheorie bezogen³². Auch dieses *tertium comparationis*, welches das Verwandtschaftsverhältnis wohl begründete, rechtfertigt nicht die Aufgabe des einen Rechtsinstituts gegenüber

²⁵ Vgl. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung (2001), S. 26; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 486.

²⁶ Vgl. BGH, 22.1.1980, NJW 1980, 1787.

²⁷ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 182.

²⁸ Vgl. etwa *v. Godin*, Anmerkung zu RG. 13.7.1933, JW 1933, 2898 f.; *Isele*, Anmerkung zu RG, 6.10.1933 (RGZ 142, 8), JW 1934, 89; besonders deutlich *Veith*, Anmerkung zu RG, 13.7.1933 (RGZ 141, 365), JW 1933, 2641 f.; *ders.*, Anmerkung zu RG, 3.3.1934 (RGZ 144, 80), JW 1934, 1904 f.; aus neuerer Zeit siehe vor allem *Grunsky*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in Festschrift für Hermann Lange (1992), S. 469 ff.; vgl. auch *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), S. 104 f., 131; MünchKomm-*Grunsky*, 3. Auflage 1994, Vor § 249, Rn. 83; ebenso MünchKomm-*Oetker*, 5. Auflage 2007, § 249, Rn. 207.

²⁹ Vgl. *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage 1960, § 63, 1. (S. 268); *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 182.

³⁰ Vgl. *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage 1960, § 63, 1. (S. 268).

³¹ Zur Vorteilsausgleichung vgl. insoweit *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung (2001), S. 115 ff.

³² Vgl. zur Vorteilsausgleichung *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung (2001), S. 115.