

## § 5 Schadensgrundbegriff und §§ 249 ff. BGB

Wenn sich aber der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht nicht aus den §§ 249 ff. BGB, sondern aus der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung selbst ergibt, so stellen sich automatisch zwei Fragen: Einmal ist fraglich, ob es (A.) überhaupt einen einheitlichen Schadensbegriff gibt. Weiter stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang (B.) §§ 249 ff. BGB zur Ermittlung eines Schadens herangezogen werden können und dürfen.

### A. *Einheitlicher Schadens(grund)begriff*

Die Antwort auf die erste dieser Fragen kann und soll hier nur cursorisch und skizzenhaft angedeutet werden. Einmal würde eine redliche Antwort eine weitaus intensivere Befassung erfordern, als sie im Rahmen dieser Untersuchung geleistet werden könnte. Zum anderen aber kommt es auf die Frage nach einem einheitlichen oder einem gegliederten Schadensbegriff für die hier noch anzustellenden Überlegungen nicht wesentlich an – jedenfalls bei Beachtung einer mit dem Leser sogleich zu treffenden Übereinkunft.

I. Auf den ersten Blick droht das Schadensrecht (im eigentlichen Sinne)<sup>1</sup> durch das Ergebnis des vorangegangenen Kapitels in heillosem Chaos zu versinken. Wer – wie bisher – die *Haftungs begründung* von der *Haftungs ausfüllung* trennt und den Schaden letzterer zuordnet, kann (scheinbar) für die gesamte Zivilrechtsordnung auf einen (vermeintlich) einheitlichen Schadensbegriff zurückgreifen. Ist der Schaden jedoch eine Voraussetzung der Ersatzpflicht(anordnung),<sup>2</sup> so enthielte die Rechtsordnung (scheinbar) so viele eigenständige Schadensbegriffe, wie es Ersatzpflichtanordnungen gibt. Das wäre gerade im Hinblick auf diese Untersuchung äußerst misslich: Denn die Frage nach der Zulässigkeit des Geldbußenregresses müsste für jede in Betracht kommende Ersatzpflichtanordnung<sup>3</sup> isoliert beantwortet werden.

---

1 Das meint die Frage, ob ein eingetretener Nachteil rechtlich als Schaden i. S. d. jew. Ersatzpflichtanordnung zu verstehen ist. Sie ist Teil des – hier so bezeichneten – Ersatzpflichtrechts als Gegenstück zu dem in §§ 249 ff. BGB geregelten Ersatzleistungsrecht.

2 Mithin Vorfrage u. nicht Gegenstand der §§ 249 ff. BGB.

Schon auf den zweiten Blick entpuppt sich diese Bedrohung jedoch als Scheinriese. Weder zwingt das bisherige Untersuchungsergebnis dazu, Myriaden an völlig eigenständigen Schadensbegriffen anzuerkennen, noch stürzt die „Herauslösung“<sup>4</sup> des Schadensbegriffs aus den §§ 249 ff. BGB das Schadensrecht in heillooses Chaos – jedenfalls in keines, in dem es sich nicht schon befände. Denn bei Lichte betrachtet kennt schon das heute gelebte Schadensrecht keinen einheitlichen Schadensbegriff. Die als Errungenschaft auf dem Schilde getragene Trennung von *Haftungsbegründung* und *Haftungsausfüllung* wird stets und ständig durchbrochen. Auf der Ebene der Schadenszurechnung werden über die Lehre vom Schutzzweck der Norm wertungsmäßige Korrekturen nach Maßgabe der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung vorgenommen.<sup>5</sup> Das soll gewährleisten, dass eine jede Ersatzpflichtanordnung Ersatz nur für solche Schäden gewährt, zu deren Abwendung sie erlassen wurde. Dann aber sind – wenn auch unausgesprochen – schon heute so viele Schadensbegriffe anerkannt, wie es Ersatzpflichtanordnungen gibt.

II. Wie der Spagat zwischen einheitlichem und gegliedertem – oder gar *zergliedertem* – Schadensbegriff gelingen kann und soll, lässt sich im Rahmen dieser Untersuchung nur vermuten: Zunächst bleibt festzuhalten, dass Literatur und Rechtsprechung im Ausgangspunkt bisher exakt richtig vorgegangen sind.<sup>6</sup> Richtig ist, dass es einen allgemeingültigen Schadensgrundbegriff gibt.<sup>7</sup> Mag dieser auch nicht in §§ 249 ff. BGB geregelt sein, so gilt er doch für alle Ersatzpflichtanordnungen gleichermaßen.<sup>8</sup> Mit diesem Schadensgrundbegriff lassen sich all jene eingetretenen Nachteile aus dem Schadensbegriff ausklammern, die Gegenstand keiner einzigen Ersatzpflichtanordnung sein sollen.<sup>9</sup> Fehlt danach die Voraussetzung einer

---

3 Etwa § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG für das Vorstandsmitglied, § 43 Abs. 2 GmbHG für den Geschäftsführer oder § 280 BGB für Steuerberater u. Rechtsanwälte.

4 Eine Herauslösung im eigentlichen Sinne ist dies freilich nicht, weil der Schaden nie Gegenstand der §§ 249 ff. BGB gewesen ist.

5 Ausf. zur Lehre vom Schutzzweck der Norm *H. Lange*, in: *Lange/Schiemann*,<sup>3</sup> § 3 IX (S. 101 ff.). Lesenswert die Kritik dieser Lehre bei *Keuk*, S. 224 ff.

6 Zu deren Vorgehen bereits § 4 B. II. 2. (S. 120).

7 Zu dessen Mindestanforderungen, wie sie sich im Rückschluss aus § 249 Abs. 1 BGB ermitteln lassen, siehe B. III. (S. 155).

8 Aus dieser Perspektive scheinen jene Kommentatoren richtig zu liegen, die den Schaden in den Vorbemerkungen zu § 249 ff. BGB behandeln. Siehe hierzu die Zusammenstellung in den Fußnoten zu B. III. (S. 155).

9 Als triviales Bsp.: Wer durch einen vom eigenen Taxifahrer (rechtswidrig) verschuldeten Unfall verletzt wird, erleidet durch die für die Dauer eines Krankenhausaufenthaltes entgangene Nutzungsmöglichkeit seiner häuslichen Spielekonsole keinen als

jeden Ersatzpflichtanordnung, so sind diese Nachteile der zivilrechtlichen Ausgleichsordnung überhaupt entzogen.

Dieser Schadensgrundbegriff – und nicht etwa die Differenzhypothese – ist nun Ausgangspunkt der Schadensermittlung. Auch er macht wertende Korrekturen erforderlich. Dazu ist im nächsten Schritt zu untersuchen, ob es sich bei einem solchen grundsätzlich als Schaden zu qualifizierenden Nachteil auch um einen Schaden im Sinne der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung handelt. Auf die Verrenkungen der Lehre vom Schutzzweck der Norm – die insoweit mit einer Schadens-„Zurechnung“ ohnehin nichts zu tun hat – kann ohne Weiteres verzichtet werden. Als Tatbestandsmerkmal der Ersatzpflichtanordnung kann der Schaden selbst und aus sich heraus nach den spezifischen Bedürfnissen, dem Telos der jeweiligen Vorschrift ausgeformt werden.<sup>10</sup> Ganz zwanglos lässt sich dadurch sicherstellen, dass die Ersatzpflichtanordnung den Ersatz nur solcher Nachteile gewährt, zu deren Abwendung die spezifische Vorschrift erlassen worden ist.

III. Im Rahmen dieser Untersuchung hat das Vorstehende vor allem eine Konsequenz: Für einen rigorosen Beweis müssten alle für den Bußgeldregress in Betracht kommenden Ersatzpflichtanordnung ausgiebig danach untersucht werden, ob der Gesetzgeber in ihnen einen Entscheidungsmaßstab zum Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht aufgestellt hat. Soll der Umfang dieser Untersuchung nicht jeden vertretbaren Rahmen sprengen, ist dies nachgerade ausgeschlossen. Der Versuch wird deshalb schon nicht unternommen. Statt dessen operiert die weitere Untersuchung mit einer Vermutung im mathematischen Sinne<sup>11</sup>, die ein solches Vorgehen obsolet macht. Dadurch verbleibt in der Beweisführung freilich eine Lücke, die an dieser Stelle nicht verschwiegen werden soll.

Die nicht hinterfragte Vermutung geht dahin, dass es den Schadensgrundbegriff im hier verstandenen Sinne gibt.<sup>12</sup> Der nächste Abschnitt wird insoweit

---

Schaden zu qualifizierenden Nachteil – gleichviel, ob er ein solches Verlangen auf § 280 Abs. 1, auf § 823 Abs. 1 BGB oder auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 229 StGB stützen will.

10 Das folgende Kapitel (§ 6) wird zeigen, dass es sich hierbei methodisch nicht um Auslegung, sondern um Rechtsfortbildung *praeter legem* handelt.

11 Sprich: einer für richtig gehaltenen Annahme, deren Beweisbarkeit und/oder Widerlegbarkeit (noch) nicht bekannt ist.

12 Was – von der Zuordnung zu den § 249 ff. BGB abgesehen u. bei Lichte betrachtet – auch dem Standpunkt der ganz allg. Auff. entsprechen dürfte. Treffend in diesem Sinne etwa *Oetker*, in: MünchKomm-BGB<sup>8</sup> § 249 Rn. 22 m. w. N. (in Fn. 77): „Teleologisch stringente und mit der jeweiligen Haftungsnorm kompatible Ergebnisse

– en passant – in Erinnerung rufen, dass auch der historische Gesetzgeber einen solchen Schadensgrundbegriff vorausgesetzt und ihn bei Schaffung des BGB ganz bewusst offen und ungeregelt gelassen hat.<sup>13</sup> Auf dieser Grundlage – dem Fehlen eines gesetzgeberischen Entscheidungsmaßstabs – wird im nächsten Kapitel (§ 6) aufgedeckt, dass es sich bei der Arbeit am Schadensbegriff methodisch nicht um Auslegung, sondern um Rechtsfortbildung *praeter legem* handelt. Daraus wiederum wird sich eine äußer(st)e Grenze dessen festlegen lassen, was der Rechtsanwender als Schaden qualifizieren darf. Ausgerüstet mit dieser äußer(st)en Grenze des Schadensgrundbegriffes wird schließlich der Nachweis gelingen, dass der durch eine Geldbuße verursachte Vermögensnachteil kein Schaden und deshalb nicht Gegenstand eines Schadenersatzanspruches sein kann. Genügt dieser Nachteil schon nicht den Anforderungen des Schadensgrundbegriffes, so kommt es auf die wertenden Korrekturen nach Maßgabe der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung gar nicht an. Die intensive Auseinandersetzung mit diesen Vorschriften kann und wird deshalb unterbleiben.

IV. Das führt zu der oben angekündigten Übereinkunft: Der weitere Gedankengang sei im Wissen gelesen, dass er auf der Vermutung eines einheitlichen und vom Gesetzgeber – bis heute! – offengelassenen Schadensgrundbegriffes ruht. Wengleich viel für die Richtigkeit dieser Vermutung streitet, muss der – sehr aufwändige – Beweis hierfür späteren oder den Untersuchungen anderer vorbehalten bleiben. Wer die Vermutung falsifizieren wollte, müsste letztlich zweierlei leisten: Einmal wäre nachzuweisen, dass es diesen einheitlichen Schadensgrundbegriff nicht gibt, sondern der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht für jede denkbare Ersatzpflichtanordnung eigenständig zu entwickeln sei. Darauf aufbauend müsste für die jeweils in Rede stehende Ersatzpflichtanordnung der Beweis geführt werden, dass

---

lassen sich nur durch Wertungen erzielen, die zwangsläufig zu Differenzierungen und Ausfransungen an den Rändern eines ‚einheitlichen‘ Schadensbegriffes führen.“

13 Im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung heißt es in den Motiven der Ersten Kommission zu § 218 E<sub>1</sub>: Die Lösung dieser Fälle hänge „wesentlich mit der Feststellung *des Schadensbegriffes* zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen“ könne. Die Praxis werde, „uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden.“ Siehe *Mugdan*, Bd. II, S. 10. Herv. nur hier. Wer erklärt, *den Schadensbegriff* nicht gesetzlich regeln zu wollen, damit die Praxis sich im Einzelfall zurechtfinde, geht augenscheinlich davon aus, dass es – jedenfalls theoretisch – *einen* Schadensbegriff gibt.

der Gesetzgeber insoweit einen Entscheidungsmaßstab für das Merkmal des Schadens aufgestellt hat.

### B. Funktion der §§ 249 ff. BGB

Weiter stellt sich die Frage, ob den §§ 249 ff. BGB eine Aussage zu diesem Schadensgrundbegriff zu entnehmen ist. Der (historische) Gesetzgeber hat – was allgemein bekannt ist<sup>14</sup> – den Schadensbegriff bei Schaffung des BGB offengelassen.<sup>15</sup> Dessen Ausgestaltung wurde bewusst und ausdrücklich Wissenschaft und Praxis überantwortet.<sup>16</sup> Gegenstand der §§ 249 ff. BGB ist hingegen – auch dies zählt zum schadenersatzrechtlichen Allgemeingut – die Bestimmung von Art und Umfang der *Ersatzleistung*, sprich: jener Leistung des Ersatzpflichtigen, die zur Umkehrung oder Ausgleichung des eingetretenen *Schadens* erforderlich ist. Dann aber müsste aus der – ebenfalls unbestrittenen – Voraussetzungs-Qualität des Schadens eines zwingend folgen: Der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht kann sich nicht nach den §§ 249 ff. BGB bemessen.<sup>17</sup> Und doch ist es gerade der Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB der ganz allgemein<sup>18</sup> und geradezu selbstverständlich auch für die Frage herangezogen wird, ob ein Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht vorliegt.<sup>19</sup>

---

14 Statt aller *Ebert*, in: Erman,<sup>16</sup> Vor § 249 Rn. 14: „Das BGB enthält keine Definition oder Umschreibung dessen, was als Schaden anzusehen ist.“

15 Siehe *Mugdan*, Bd. II, S. 10: Die Lösung der Fälle der Vorteilsanrechnung „hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann.“

16 *Mugdan*, Bd. II, S. 10: „Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden.“ Dazu noch ausf. II. 2. b) (S. 143).

17 Dazu bereits oben § 4 A. II. 4. (S. 106).

18 Siehe aus der Diskussion um den Geldbußenregress *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); *Bayreuther*, NZA 2015,<sup>20</sup> S. 1239 (1240); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 247; *Hack*, S. 73; *Hoffmann*, NJW 2012,<sup>20</sup> S. 1393 (1393); *Hölters*, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 252; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG,<sup>5</sup> § 93 Rn. 406; *Kaulich*, S. 91 u. 272; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 47; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter,<sup>4</sup> § 93 Rn. 36; *H. Lange*, in: Lange/Schiemann,<sup>3</sup> § 1 I (S. 26 f.); *Magnus*, in: NomosKomm-BGB,<sup>3</sup> Vor §§ 249–255 Rn. 2; *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 29; *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

**Anm. 5.1:** Die offene Anlehnung an den Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB zur Ermittlung eines Schadens sei an einem Beispiel verdeutlicht: *Ina Ebert* leitet in ihrer Kommentierung<sup>20</sup> den Abschnitt zum Schadensbegriff damit ein (Rn. 14), dass das BGB „keine Definition oder Umschreibung dessen“ enthalte, „was als Schaden anzusehen ist.“ Unter der Überschrift „Differenzhypothese als Grundsatz der Schadensermittlung“ (Rn. 24) hält sie zutreffend fest, dass sich das Vorliegen eines Schadens „nur mittelbar aus § 249 I“ ergebe.<sup>21</sup> Aus dieser Vorschrift folge die Notwendigkeit, die dort genannten Zustände zu vergleichen. „Nur dann, wenn dieser *Zustandsvergleich* eine Differenz aufweist, stellt sich die Schadensfrage.“

Ziel dieses Abschnitts ist nicht etwa die vermeintliche „Neu-Entdeckung“ dieser schadenersatzrechtlichen Wahrheiten. Das wäre nicht mehr als der Versuch, mit viel Getöse offene Türen einzurennen. Angriffsobjekt ist vielmehr die mehr oder weniger bewusste Heranziehung des in § 249 Abs. 1 BGB angeordneten Zustandsvergleichs zur Bestimmung des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht. Dazu ist letztlich zweierlei zu leisten: Einmal sind die allgemein bekannten, selten aber präzise hergeleiteten Wahrheiten durch – die im Rahmen dieser Untersuchung mögliche und notwendige – Text-interne (I.) und Text-externe (II.) Auslegung<sup>22</sup> der §§ 249 ff. BGB auf ein methodisch überzeugendes Fundament zu stellen. Ist das Regelungsprogramm dieser Vorschriften herausgestellt, lassen sich (III.) immerhin Rückschlüsse auf den Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht ziehen. Diese Rückschlüsse führen zum eigentlichen Ziel des Abschnitts: Mit ihnen lässt sich zeigen, dass eine jede offene oder verdeckte Anlehnung an den Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB *contra legem* erfolgt und sich deshalb völlig verbietet.

Diese Erkenntnis ist ihrerseits kein Selbstzweck. Sie bereitet den Boden für die im folgenden Kapitel (§ 6) anzustellenden methodischen Erwägungen. Der den Schaden ausformende Rechtsanwender vollzieht keine Wertungsentscheidung nach, die der Gesetzgeber bereits getroffen hätte. Er tut dies vor allem dann nicht, wenn er insoweit die in § 249 Abs. 1 BGB enthaltene und für eine völlig andere Aufgabe vorgesehene Differenzhypothese anzuwenden versucht. Vielmehr enthalten die §§ 249 ff. BGB keine (!) gesetzgeberische Wertungsentscheidung, die der Rechtsanwender bei der Ermittlung eines

19 Besonders deutlich *Magnus*, in: *NomosKomm-BGB*<sup>3</sup> Vor §§ 249–255 Rn. 2, für den die §§ 249 ff. BGB „zugleich festlegen, ob das für die Haftungsbegründung erforderliche Tatbestandsmerkmal eines ersatzfähigen Schadens erfüllt ist.“

20 *Ebert*, in: *Erman*,<sup>16</sup> Vor § 249 Rn. 14 ff. Herv. im Original durch Fettdruck.

21 Zu den tatsächlich möglichen Rückschlüssen aus dieser Vorschrift auf den Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht unten III. (S. 155).

22 Die Unterscheidung von Text-interner u. Text-externer Auslegung folgt *Looschelders/W. Roth*, S. 130 ff.

Schadens zu beachten hätte. Die methodische Operation, die zu bestimmen Gegenstand des folgenden Kapitels sein soll, ist eine völlig andere.

## I. Text-interne Auslegung

Für die eben genannten Zwecke würde es an sich genügen, den §§ 249 ff. BGB im Wege der Text-internen Auslegung nachzuspüren. Schon Wortlaut (1.) und Systematik (2.) der Vorschriften belegen ausreichend deutlich, dass die amtliche Überschrift gut gewählt ist: Die §§ 249 ff. BGB befassen sich nicht mit dem Schaden, sondern mit „Art und Umfang des Schadenersatzes“.<sup>23</sup> Wortlaut und Systematik lassen bereits den Schluss zu, dass (III.) der Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB nicht bereits auf Tatbestandsseite zur Ermittlung eines Schadens herangezogen werden darf.

Gleichwohl soll im nächsten Abschnitt (II.) darüber hinaus gezeigt werden, dass auch der historische Gesetzgeber und der Gesetzgeber unter Geltung des Grundgesetzes den §§ 249 ff. BGB (nur) die Aufgabe zugeordnet haben, wie sie auch hier verstanden wird. Dabei wird sich auch zeigen lassen, dass die Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB zu keiner Zeit als Instrument zur Schadensermittlung konzipiert war.

### 1. Wortlaut

Unter Wortlautgesichtspunkten fällt auf, dass der gesamte Regelungskomplex der §§ 249 ff. BGB quasi ohne den Begriff „Schaden“ auskommt. In § 249 Abs. 1 BGB – der Grundnorm des unglücklich<sup>24</sup> so bezeichneten Schadensrechts – kommt der Begriff des Schadens gar nicht vor.<sup>25</sup> Vielmehr ist dort von der Verpflichtung zum Schadenersatz die Rede.<sup>26</sup> Der *Schadenersatz*

---

23 So die amtliche Überschrift zu § 249 BGB, die durch Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001 (SchuldRModG), BGBl. I<sup>61</sup> S. 3170 (3170) eingefügt worden ist. Siehe auch die Anlage zu Art. 1 Abs. 2 auf S. 3191. Herv. nur hier.

24 Die Gegenüberstellung von Haftungs- u. Schadensrecht suggeriert, dass der Schaden in letzterem geregelt sei. Treffender u. weniger missverständlich erscheint die Unterscheidung zwischen Ersatzpflichtrecht u. Ersatzleistungsrecht.

25 Darauf weist auch *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 35 hin.

26 Siehe § 249 Abs. 1 BGB: „Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat [...]“. Herv. nur hier.

selbst meint freilich die Leistung des Schädigers, die zur Ausgleichung oder Umkehrung des Schadens erforderlich ist.

In den übrigen Vorschriften kommt der Begriff „Schaden“ namentlich in § 252 Satz 1, § 253 Abs. 1 u. 2 sowie § 254 Abs. 1 u. 2 BGB vor. Abgesehen von § 252 Satz 1 BGB verwenden diese Vorschriften den Begriff als Voraussetzung, an die bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Eine sprachliche Umschreibung des Schadens enthalten sie nicht – auch nicht im Falle der vermeintlichen Ausnahme des § 252 Satz 1 BGB.

a) Nach § 252 Satz 1 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Sprachlich könnte die Regelung als konstitutive Erweiterung des Schadensbegriffes um den entgangenen Gewinn verstanden werden. Tatsächlich geht eine eigenständige Erklärung dessen, was als Schaden anzusehen ist, daraus nicht hervor. Dass auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist, soll sich nach ganz allgemeiner Auffassung schon unmittelbar aus § 249 Abs. 1 BGB ergeben,<sup>27</sup> ergibt sich tatsächlich jedoch aus dem Schadensverständnis als solchem.

Die Formulierung hat historische Gründe.<sup>28</sup> Der heutige Satz 1 ist das Überbleibsel des für entbehrlich gehaltenen § 218 Abs. 1 E<sub>1</sub>.<sup>29</sup> § 218 E<sub>1</sub> war ursprünglich vor den späteren §§ 249–251 BGB einsortiert. Nach Umstellung und Überarbeitung wurde § 252 Satz 1 BGB beibehalten, um den Zusammenhang für die folgende Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB herzustellen.

---

27 Dafür etwa BGH (GrS), Beschl. v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 – BGHZ 98, 212 ff. (219); *Larenz*, SchuldR I,<sup>14</sup> § 29 II (S. 492); *Oetker*, in: MünchKomm-BGB,<sup>8</sup> § 252 Rn. 1 m. w. N.

28 Zur Entstehungsgeschichte des § 252 BGB sogleich, II. 2. a) aa) (S. 141).

29 Die Vorschrift sollte lauten: „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn.“ — Abs. 2: „Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen [...] mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“ Siehe Erste Kommission, S. 50. Für die verschiedenen Stellungnahmen zu § 218 E<sub>1</sub> siehe Reichsjustizamt, S. 17 ff. Der dem heutigen § 252 Satz 2 BGB weitgehend entsprechende § 218 Abs. 2 E<sub>1</sub> war nach Auffassung der Ersten Kommission dagegen „nicht zu entbehren.“ Siehe hierzu die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10, sowie unten II. 2. a) (S. 140).



len.<sup>30</sup> Die Bestimmung ist bezogen auf die Reichweite des Schadensbegriffes rein deklaratorisch.

b) Gemäß § 253 Abs. 1 BGB kann für Schäden, die nicht Vermögensschäden sind, eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz genannten Fällen gefordert werden. Die Vorschrift erläutert ihrem Wortlaut nach nicht, was ein Schaden ist. Dieser ist vielmehr Voraussetzung für die angeordnete Einschränkung der Ersatzleistung. Unter der Prämisse, dass ein Schaden besteht, der kein Vermögensschaden ist, bestimmt § 253 Abs. 1 BGB, dass die Ersatzleistung grundsätzlich nicht in Geld bestehen kann.

Sprachlich bezieht sich die Regelung deshalb auf die Umkehrung dessen, was andernorts als Schaden identifiziert wurde. Zur Frage, was ein Schaden ist, trägt die Vorschrift ebensowenig bei wie zur Unterscheidung von Vermögens- und Nichtvermögensschäden. Auch diese Unterscheidung vollzieht sich außerhalb des § 253 Abs. 1 BGB – genauer: vor diesem. § 253 Abs. 2 BGB verwendet das Wort Schaden in gleicher Weise wie Abs. 1. Zur begrifflichen Klärung trägt deshalb auch § 253 Abs. 2 BGB nichts bei.

c) § 254 Abs. 1 BGB knüpft schließlich bestimmte Rechtsfolgen an die Tatsache, dass bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat. Zu berücksichtigen ist, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

Auch diese Vorschrift setzt sprachlich voraus, dass das Bestehen eines Schadens bereits feststeht. Wer aber Rechtsfolgen an bestimmte Umstände bei der Entstehung eines Schadens knüpfen möchte, muss im Vorfeld die Frage entschieden haben, dass ein Schaden besteht. Sprachlich ist das Vorliegen eines Schadens auch hier Voraussetzung und nicht Gegenstand der Vorschrift. Der Schadensbegriff wird durch sie weder umschrieben, noch präzisiert. Das gilt für die Verwendung des Wortes Schaden in § 254 Abs. 2 BGB in gleicher Weise.

d) Die Auslegung nach dem Wortlaut zeigt, dass sich der Regelungskomplex der §§ 249 ff. BGB nicht mit dem Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht, sondern mit dem Schadenersatz befasst. Sie legen Art und Umfang der Leistung fest, die der Ersatzpflichtige zur Ausgleichung des Schadens zu erbringen hat. Wo der Begriff des „Schadens“ überhaupt Verwendung findet, ist er schon sprachlich nicht Gegenstand, sondern stets Voraussetzung der jeweiligen Regelung.

---

30 Schiemann, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 1 hat sie als „kaum nennenswerte Nuance zu § 287 ZPO“ bezeichnet.

## 2. Systematik

Die systematische Auslegung bestätigt diesen Befund. Insoweit genügt es, sich mit der externen Systematik<sup>31</sup> des Regelungskomplexes zu befassen. Für sie gilt der oben<sup>32</sup> entwickelte Gedanke spiegelbildlich: Der Schaden ist eine Voraussetzung der Ersatzpflicht. Nach § 249 Abs. 1 BGB – der Eingangsvorschrift des Regelungskomplexes – hat den dort bezeichneten Zustand nur herzustellen, wer *zum Schadenersatz verpflichtet* ist. Zum Ersatz ist jedoch nur verpflichtet, wer durch die Erfüllung des Verletzungstatbestands<sup>33</sup> zurechenbar einen Schaden verursacht hat. Über das Vorliegen eines Schadens ist mithin schon entschieden, bevor der Rechtsanwender dem in § 249 Abs. 1 BGB normierten Zustandsvergleich eine Anweisung entnehmen darf.

**Anm. 5.2:** Bildlich gesprochen<sup>34</sup> geht die Vorschrift des § 249 Abs. 1 BGB erst „ins Rennen“, wenn ihr etwa von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG quasi als „Staffelstab“ das Vorliegen einer Ersatzpflicht übergeben worden ist. Über das Vorliegen eines Schadens ist zu diesem Zeitpunkt schon entschieden, sodass § 249 Abs. 1 BGB sich nicht abermals mit dieser Frage befassen kann.

Das Vorliegen einer Ersatzpflicht ist danach Voraussetzung und nicht Gegenstand der §§ 249 ff. BGB. Sie befassen sich vielmehr mit „Art und Umfang des Schadenersatzes“,<sup>35</sup> spricht: der *Ersatzleistung*. Das ist die Leistung des Schädigers, die zur Umkehrung oder Ausgleichung des *Schadens* erforderlich ist.

## II. Text-externe Auslegung

Auch mit der Entstehungs- und Änderungsgeschichte lässt sich belegen, dass die §§ 249 ff. BGB sich allein mit der *Ersatzleistung* und nicht mit dem *Scha-*

---

31 Das meint das Zusammenspiel der §§ 249 ff. BGB mit einer beliebigen Ersatzpflichtanordnung, etwa mit § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG.

32 Siehe § 4 A. II. 4. (S. 106).

33 Oder durch Schaffung einer Gefährdung, durch wissentliche Aufopferung eines fremden Gutes u. dgl. mehr, vgl. den Überblick bei *Deutsch*, HaftungsR<sup>2</sup> Rn. 2.

34 Solche Bilder haben freilich keine eigene Beweiskraft, vermögen aber den bereits erfolgten Beweis zu veranschaulichen, vgl. *Engisch*, Einführung,<sup>12</sup> Kap. V (S. 138). Nur in diesem Sinne ist das folgende Bild gemeint.

35 So die amtliche Überschrift zu § 249 BGB, die durch Art. 1 Abs. 2 des SchuldRModG, BGBl. I 2001,<sup>61</sup> S. 3170 (3170) eingefügt worden ist. Siehe auch die Anlage zu Art. 1 Abs. 2 auf S. 3191.

den als Voraussetzung der Ersatzpflicht befassen. Von wenigen Änderungen (1.) abgesehen, entsprechen die Vorschriften noch heute weitgehend ihrer ursprünglichen Fassung bei Inkrafttreten des BGB.<sup>1</sup> Deshalb soll zunächst (2.) nachgezeichnet werden, dass auch der historische Gesetzgeber im Sinne der hier vertretenen Auffassung zwischen dem *Schaden* und der *Ersatzleistung* unterschieden hat und die späteren §§ 249 ff. BGB sich allein mit letzterer befassen sollten. Dieser Nachweis ist sodann (3.) für die Gesetzesänderungen unter Geltung des Grundgesetzes zu erbringen.

### 1. Änderungshistorie

Bis zur Einfügung des § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>2</sup> im Jahre 1990 sind die §§ 249 ff. BGB unverändert geblieben.<sup>3</sup> Die Aufnahme des heutigen § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>4</sup> machte eine „ausschließlich redaktionelle Änderung“<sup>5</sup> des ursprünglichen § 249 BGB erforderlich: Die bis dahin aus zwei Sätzen bestehende Vorschrift wurde in zwei eigenständige Absätze aufgespalten.<sup>6</sup> Zugleich wurde § 253 BGB „grundlegend neu geordnet.“<sup>7</sup> Der ursprüngliche Wortlaut der Vorschrift wurde zum heutigen Abs. 1.<sup>8</sup> Die Regelung des § 847 BGB a. F.<sup>9</sup> wurde aufgehoben und ging im neuen § 253 Abs. 2 BGB<sup>10</sup> auf, der nunmehr unabhängig von einer bestimmten Anspruchsgrundlage bzw. Ersatzpflichtanordnung ausgestaltet war. Was der Gesetzgeber mit diesen Änderungen inhaltlich bezweckt hat und ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind, soll weiter unten<sup>11</sup> untersucht werden.

---

1 Siehe die Urfassung der Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch v. 18. 8. 1896, RGBL.<sup>21</sup> S. 195 (238 f.).

2 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht v. 20. 8. 1990 (TierVerbG), BGBl. I.<sup>43</sup> S. 1762 (1762).

3 Auch das (erste) Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 16. 8. 1977, BGBl. I.<sup>57</sup> S. 1577 ff. ließ die Vorschriften unberührt.

4 Angefügt durch Art. 2 Nr. 1 lit. c) des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19. 7. 2002 (2. SchadÄndG), BGBl. I.<sup>50</sup> S. 2674 (2675).  
Ausf. zum 2. SchadÄndG *Wagner*, NJW 2002;<sup>29</sup> S. 2049 ff.

5 Begr. zum RegE für das 2. SchadÄndG, BT-Drs. 14/7752, S. 22 (re. Sp.).

6 Geändert durch Art. 2 Nr. 1 lit. a) u. b) des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002;<sup>50</sup> S. 2674 (2675).

7 BT-Drs. 14/7752, S. 14 (re. Sp.).

8 Geändert durch Art. 2 Nr. 2 lit. a) des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002;<sup>50</sup> S. 2674 (2675).

9 Aufgehoben durch Art. 2 Nr. 7 des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002;<sup>50</sup> S. 2674 (2675).

10 Angefügt durch Art. 2 Nr. 2 lit. b) des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002;<sup>50</sup> S. 2674 (2675).

## 2. Historischer Gesetzgeber

Der heutige Normbestand der §§ 249 ff. BGB entspricht danach weitgehend seinem Urzustand vom 1. Januar 1900. Deshalb können die Materialien des historischen Gesetzgebers Anhaltspunkte für den heutigen Gehalt der Vorschriften aufzeigen. Die zentralen Aussagen zu Aufgabe und Reichweite der späteren §§ 249 ff. BGB erfolgten zum Ersten Entwurf und dort zur Vorschrift des § 218 E<sub>I</sub>. Zur besseren Nachvollziehbarkeit ist deshalb zuerst – und in aller Kürze<sup>12</sup> – der Weg der hier relevanten Vorschriften vom Ersten Entwurf bis zum fertigen BGB nachzuzeichnen. Sodann sollen die maßgebenden Aussagen des historischen Gesetzgebers zusammengestellt und gewürdigt werden. Schließlich wird das hierin bereits gefundene Ergebnis durch weitere Belegstellen aus den Materialien abgesichert.

### a) Der Weg der Gesetzgebung

Im Ersten Entwurf<sup>13</sup> enthielten die §§ 218 ff. E<sub>I</sub> das Pendant zu den heutigen §§ 249 ff. BGB. Aus diesem Regelungskomplex wurde die Vorschrift des § 220 E<sub>I</sub><sup>14</sup> sowohl von der Vorkommission des Reichsjustizamtes<sup>15</sup> als auch von der Zweiten Kommission<sup>16</sup> für entbehrlich gehalten und deshalb gestrichen. § 221 E<sub>I</sub><sup>17</sup> enthielt die Vorgängerregelung zum späteren § 253

11 Siehe unten 3. (S. 150).

12 Ausf. zum Entstehungsprozess der §§ 249 ff. BGB *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 80 ff. Zum Entstehungsprozess des BGB insgesamt *Schulte-Nölke*, S. 77 ff.

13 Ausf. zu den dahin führenden Regelungsentwürfen *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 80 ff. Siehe auch *Bartelt*, S. 30 f., der jedoch nicht zwischen Schaden u. Ersatzleistung unterscheidet. Seine Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte führt deshalb zu völlig anderen Ergebnissen als hier.

14 Im Wortlaut lautete sie: „Ist als Schadensersatz der Werth eines Gegenstandes zu ersetzen, so ist nicht blos der gemeine Verkehrswerth, sondern auch derjenige Werth maßgebend, welchen der Gegenstand für den Gläubiger nach den besonderen Verhältnissen hatte (außerordentlicher Werth).“ Siehe Erste Kommission, S. 50.

15 Siehe die entsprechenden Anträge von *Struckmann*, *Planck* u. *Jacubezky* sowie den Beschluss der Vorkommission in deren 39. Sitzung v. 3. September 1891, wiedergegeben bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 97 f.

16 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 515. Siehe auch *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 101. Monographisch u. lesenswert – nicht nur – zur oft unterschätzten Rolle des Reichsjustizamtes bei der „Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs“, *Schulte-Nölke*, passim.

BGB; § 222 E<sub>I</sub><sup>18</sup> jene zu § 254 BGB. Die Materialien zu diesen Vorschriften tragen zur hier interessierenden Frage nichts bei und sollen im Folgenden deshalb ausgeklammert bleiben. Wichtig sind dagegen die Materialien zu § 218 und § 219 E<sub>I</sub>.

aa) Die Vorschrift des § 218 E<sub>I</sub><sup>19</sup> entspricht in etwa dem späteren § 252 BGB und war in der ursprünglichen Fassung als Eingangsvorschrift des Regelungskomplexes vor den späteren §§ 249–251 BGB (sprich: § 219 E<sub>I</sub>) einsortiert. In der Vorkommission des Reichsjustizamtes war beantragt, diese Reihenfolge umzukehren,<sup>20</sup> was redaktionelle Anpassungen erforderlich machte.<sup>21</sup> Die Zweite Kommission ist dem im Wesentlichen gefolgt.<sup>22</sup> Die sachlichen Anträge zu § 218 E<sub>I</sub> wurden angenommen und die Vorschrift an

---

17 Im Wortlaut: „Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden.“ Siehe Erste Kommission, S. 51.

18 Im Wortlaut: „Hat bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens, mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermitteln, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatz verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.“ Siehe Erste Kommission, S. 51.

19 Im Wortlaut: „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Einbuße als auch den entgangenen Gewinn. [Absatz] Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“ Siehe Erste Kommission, S. 50.

20 *Mataja* meinte, die Unterscheidung zwischen wirklichem Schaden u. entgangenem Gewinn komme für die in § 219 E<sub>I</sub> angeordnete Naturalrestitution nicht in Frage, siehe Reichsjustizamt, S. 20.

21 Siehe die jew. Anträge von *Planck* u. *Stuckmann* sowie den Beschluss der Vorkommission in deren 39. Sitzung v. 3. September 1891 bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 97 f. Auch der Wortlaut der redigierten Vorschriften ist dort wiedergegeben.

22 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 510. Siehe auch *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldR I, S. 98 f.

die Redaktionskommission überwiesen.<sup>23</sup> Dort wurde aus § 218 E<sub>I</sub> der § 214 E<sub>II</sub>, der in seiner endgültigen Fassung dem heutigen § 252 BGB entspricht.<sup>24</sup>

bb) Der Weg des § 219 E<sub>I</sub><sup>25</sup> war etwas weniger geradlinig. Die Zweite Kommission hatte, nachdem die Vorschrift nunmehr vor den ursprünglichen § 218 E<sub>I</sub> versetzt war, mit einigen inhaltlichen Anträgen zu ringen.<sup>26</sup> Sieben der acht Anträge<sup>27</sup> sahen in verschiedenen Nuancen vor, das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz umzukehren. Unter Ablehnung der übrigen Anträge wurde der Vorrang der Naturalrestitution beibehalten.<sup>28</sup>

Nach weiterer inhaltlicher Präzisierung<sup>29</sup> wurde die Vorschrift an die Redaktionskommission überwiesen.<sup>30</sup> § 219 E<sub>I</sub> wurde dort zu § 213 E<sub>II</sub> und entsprach – nach letztmaliger redaktioneller Überarbeitung – in der dann beschlossenen Form durch Aufspaltung der Absätze in eigenständige Paragraphen den späteren §§ 249–251 BGB.<sup>31</sup>

cc) Eine in der Vorkommission des Reichsjustizamtes erwogene Einschränkung der Ersatzpflicht für unwahrscheinliche Schadenspositionen ist letztlich nicht Gesetz geworden. Der in der Vorkommission<sup>32</sup> beantragte und beschlossene § 218 a E<sub>I</sub>-RJA<sup>33</sup> wurde von der Zweiten Kommission angenommen,

---

23 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 514.

24 Siehe *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 102.

25 Im Wortlaut: „Der Schuldner hat den Schadensersatz dadurch zu leisten, daß er denjenigen Zustand herstellt, welcher vorhanden sein würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und daß er, soweit diese Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, den Gläubiger in Geld entschädigt.“ Siehe Erste Kommission, S. 50.

26 Die Anträge sind abgedruckt bei *Mugdan*, Bd. II, S. 511 f. u. – unter teilw. Nennung der Antragsteller – bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 99 f.

27 Der achte Antrag, den v. *Mandry* gestellt hatte, ist nur bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 100, nicht aber bei *Mugdan*, Bd. II, S. 511 f. wiedergegeben.

28 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 512 mit Erläuterungen zu den einzelnen Anträgen auf den folgenden Seiten.

29 Siehe die Anträge von *Jacubezky* u. v. *Mandry*, die sowohl bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 101 f. als auch bei *Mugdan*, Bd. II, S. 514 f. wiedergegeben sind.

30 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 514.

31 Siehe *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 102.

32 Der entsprechende Antrag von *Jacubezky* u. der Beschluss der Vorkommission in deren 41. Sitzung v. 5. September 1891 sind bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, *SchuldR I*, S. 103 abgedruckt.

33 Im Wortlaut: „Die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit erstreckt sich nicht auf denjenigen Schaden, dessen Entstehung nach der

die sich vorbehielt, den beschränkten Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf andere Fälle des Schadenersatzes auszudehnen.<sup>34</sup> Nach kleineren inhaltlichen Überarbeitungen gelangte die Regelung<sup>35</sup> zur Abstimmung in den Bundesrat. Wegen der als *misslich empfundenen Differenz zwischen dem gemeinen und dem Handelsrecht*<sup>36</sup> wurde die Vorschrift gegen den Widerstand der Vertreter Bayerns und Sachsens gestrichen.<sup>37</sup> In der XII. Kommission des Reichstags<sup>38</sup> gelang es abermals, eine Vorschrift mit ähnlichem Anliegen einzustellen,<sup>39</sup> die aber im Plenum des Reichstags endgültig gestrichen wurde.<sup>40</sup>

b) Der historische Gesetzgeber zu § 218 E<sub>I</sub>

Vor diesem Hintergrund lassen sich die zentralen Aussagen des historischen Gesetzgebers zu Aufgabe und Reichweite der §§ 218 ff. E<sub>I</sub> einordnen. Die Aussagen erfolgten ausschließlich zu § 218 E<sub>I</sub><sup>41</sup> – der damals noch vor den heutigen §§ 249–251 BGB einsortierten Vorschrift, die teilweise § 252 BGB

---

Kenntniß der Umstände, welche der Schuldner hatte oder haben mußte, außerhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit lag.“ Wiedergegeben nach *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 103.

34 Siehe die Protokolle der Zweiten Kommission bei *Mugdan*, Bd. II, S. 510.

35 Nunmehr mit folgendem Wortlaut: „Die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit erstreckt sich nicht auf einen Schaden, dessen Entstehung außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit lag oder nach den Umständen, die der Schuldner kannte oder kennen mußte, als außerhalb dieses Bereichs liegend angesehen werden durfte.“ Wiedergegeben nach *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 104.

36 So die Begründung im Bericht von *Schicker* v. 26. November 1895, abgedruckt bei *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 106.

37 Siehe den Bericht von *Schicker* v. 15. Dezember 1895, abgedruckt bei *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 107.

38 Diese wurde vom Reichstag speziell „zur Vorberathung des bürgerlichen Gesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes zu demselben“ eingesetzt. Dass sie sich konstituiert habe, wurde am 8. Februar 1896 im Plenum des Reichstags verlesen, siehe Reichstag-PlenProt. 35/IX, S. 821. Ausf. zur XII. Kommission, *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, Einführung, S. 64 ff. u. S. 377 ff. jew. m. w. N.

39 Siehe die Anträge von *Gröber* u. *Ennecerus* bei *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 107.

40 Siehe *Schubert*, in: Jakobs/*Schubert*, SchuldR I, S. 108.

41 Im Wortlaut: „Ist Schadenersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Einbuße als auch den entgangenen Gewinn. [Absatz] Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffene-

entspricht. Sie machen auch deutlich, dass sich der Regelungskomplex zu keinem Zeitpunkt mit dem Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht befassen sollte.

aa) Die Aussagen im Zusammenhang

Der Regelungskomplex der §§ 218–223 E<sub>1</sub> beschäftigte sich nach der Vorstellung der Ersten Kommission<sup>42</sup> mit Fragen, die „insbes. den Inhalt und Umfang des zu leistenden Schadensersatzes“ betreffen. Gerade § 218 E<sub>1</sub> entscheide, „wie weit *im Falle der Verpflichtung zum Ersatze* eines Vermögensschadens (§ 221) die Verpflichtung sich erstrecke. Das Prinzip ist, daß die positive Vermögenseinbuße und der entgangene Gewinn zu ersetzen sind, daß also unter der Schadensersatzpflicht durchgehends *die Verpflichtung zur Leistung des ganzen Interesses* zu verstehen“ sei. Eine „Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflicht je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens“ wurde verworfen, weil die Hereinziehung derart „moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte [...] bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden“ müsse. Juristisch „allein haltbar“ und dem „Schadensersatzberechtigten allein gerecht“ werde der Grundsatz des gemeinen Rechts, „wonach lediglich *der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes*“ bestimme. Mit diesem Prinzip sei ferner „ausgesprochen, daß der Schadensersatzpflichtige *für alle*, nicht bloß für die vor auszusehenden *Folgen der von ihm zu vertretenden Handlung*“ hafte und dass der Eintritt der Haftpflicht nicht davon abhängе, „ob die Handlung [...] mittelbar oder unmittelbar den Schaden bewirkt“ habe. Die „*selbstverständliche Voraussetzung*“ sei allerdings, „daß *der Schaden*, dessen Ersatz verlangt wird, *im Kausalzusammenhange* mit derjenigen Handlung [...] *steht*, welche den Anspruch begründet. Das Zutreffen *dieser Voraussetzung* ist im gegebenen Falle nach den besonderen Umständen“ zu prüfen. Im Zusammenhang mit der Vorteilsanrechnung erklärten die Väter des BGB schließlich, dass die Lösung dieser Fälle „wesentlich mit der *Feststellung des*

---

nen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“  
Siehe Erste Kommission, S. 50.

42 Dieser Absatz gibt den Gedankengang der Ersten Kommission im nur minimal bereinigten Zusammenhang wieder. Die wörtlichen Zitate sind – unter Beibehaltung der Reihenfolge – den Motiven zu § 218 E<sub>1</sub> entnommen u. bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10 abgedruckt. Herv. jew. nur hier.



*Schadensbegriffes*“ zusammenhänge, „welche *nicht* für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin *durch das Gesetz erfolgen kann*. [...] Die Praxis wird, *uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift*, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden.“

Zusammen genommen belegen diese Aussagen, dass auch der historische Gesetzgeber zwischen dem *Schaden* und dem Schadenersatz als der *Ersatzleistung* unterschieden hat. Der Regelungskomplex der §§ 218 ff. E<sub>1</sub> sollte sich nach seiner Auffassung darüber hinaus nur mit letzterer befassen. Zwar enthält der zitierte Auszug aus den Motiven Passagen, die sich (scheinbar) für das Gegenteil fruchtbar machen ließen. Sofern man diese Passagen aber im jeweiligen Kontext sieht, zeigt sich, dass auch damit der hier vertretene Standpunkt nicht entkräftet werden kann.

#### bb) Vermeintliche Aussagen zum Umfang des Schadens

So hat der historische Gesetzgeber geäußert, dass der Schadenersatzpflichtige für alle – auch unvorhersehbaren – Folgen der von ihm zu vertretenden Handlungen hafte, gleichviel, ob sie den Schaden mittelbar oder unmittelbar bewirkt haben.<sup>43</sup> Unter der Schadenersatzpflicht sei ferner durchgehend die Leistung des ganzen Interesses zu verstehen.<sup>44</sup> Das Interesse hatte *Mommsen* als „die Differenz zwischen dem Betrag des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde“ definiert.<sup>45</sup>

In der Zusammenschau ließe sich aus diesen Aussagen – vermeintlich – begründen, dass der Gesetzgeber eine nur durch die Kausalität begrenzte Ersatzpflicht vor Augen hatte: Wenn das Interesse jede Differenz bei dem Zustandsvergleich erfasst und der Ersatzpflichtige zum Ersatz des ganzen Interesses verpflichtet ist, dann besteht eine Ersatzpflicht hinsichtlich jeder einzelnen Position, die sich in diesem Vergleich als nachteilige Zustandsveränderung darstellt.<sup>46</sup> In dieser Hinsicht würden die §§ 218 ff. E<sub>1</sub> den Umfang des Schadens festlegen.

---

43 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

44 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

45 So im Jahre 1855 *Mommsen*, S. 3. Im Original gesperrt. Das heute geläufige Schlagwort der Differenzhypothese geht auf *Heck*, SchuldR, S. 3 zurück. Sehr krit. zur Leistung *Mommsens* etwa *Honsell*, JuS 1973<sup>2</sup> S. 69 ff. Lesenswert die auf. u. überzeugende Kritik an der „*Mommsen'sche[n]* Großtat“ bei *Keuk*, S. 15 ff.

Ein solcher Schluss ist jedoch doppelt unzulässig. Einerseits übergeht er die Tatsache, dass die Aussage unter dem Vorbehalt des Bestehens einer Ersatzpflicht steht. Der Gesetzgeber spricht durchweg von dem Schadenersatzpflichtigen, der dies jedoch nur ist, wenn alle Voraussetzungen der Ersatzpflichtanordnung erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen zählte der historische Gesetzgeber – dazu sogleich – auch das Vorliegen eines Schadens und dessen Zurechnung zum Verletzungstatbestand.

Außerdem bezweckte die Äußerung, der Ersatzpflichtige sei zum Ersatz des ganzen Interesses verpflichtet, eine ganz bestimmte Abgrenzung: Es sollte deutlich werden, dass mit der Verpflichtung zum Ersatz des ganzen Interesses die in mehreren Kodifikationen aufgestellte Abstufung des Umfangs der Schadenersatzpflicht nach der Art oder dem Grad des Verschuldens verworfen wurde.<sup>47</sup> Soweit ein *Schaden* eine Ersatzpflicht auslöst, soll die *Ersatzleistung* nicht unter Berufung auf ein nur geringes Verschulden eingeschränkt werden. In dieser Hinsicht ist auch die Aufnahme der unvorhersehbaren Schäden zu sehen. Soweit eine Verletzungshandlung einen *Schaden* zurechenbar verursacht hat, ist die *Ersatzleistung* nicht deshalb zu kürzen, weil der eingetretene *Schaden*, für den *Ersatz* begehrt wird, unvorhersehbar war. Im Kontext gelesen wird deutlich, dass sich auch diese Passagen auf den Umfang der *Ersatzleistung* beziehen und nicht etwa umschreiben, was als ein die Ersatzpflicht auslösender *Schaden* zu verstehen ist.

### cc) Schaden als Vorfrage des Ersatzleistungsrechts

Der historische Gesetzgeber hatte mithin vorgesehen, dass durch die *Ersatzleistung* ein bestimmter (gesetzlich normierter Ideal-)Zustand (wieder-)hergestellt werden solle. Insbesondere sollte die Ersatzleistung nicht nach Art und Grad des Verschuldens beschränkt oder für ihren Umfang nach mittelbaren und unmittelbaren sowie vorhersehbaren und unvorhersehbaren Schäden unterschieden werden. Insoweit ist das Prinzip zutreffend mit dem Grundsatz der Totalreparation umschrieben.

Diese Totalreparation steht allerdings unter dem Vorbehalt der *Verpflichtung zum Ersatz*. Für diese Haftpflicht ist der Kausalzusammenhang zwischen

46 In diesem Sinne etwa *Bartelt*, S. 29, der wertende Korrekturen über den Begriff „Zustand“ in § 249 Abs. 1 BGB vornehmen möchte. Überzeugend gegen die „sprachliche und gedankliche Verwirrung“ der „Gleichsetzung des Begriffs des Interesses mit dem des Schadens“ *Keuk*, S. 15 ff.

47 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

Schaden und Verletzungshandlung *selbstverständliche Voraussetzung*.<sup>48</sup> Als Voraussetzung der Haftung, die ihrerseits Voraussetzung für das Eingreifen des Grundsatzes der Totalreparation ist, kann der Kausalzusammenhang nicht in § 218 E<sub>I</sub> geregelt sein. Das Vorliegen des Kausalzusammenhanges sei im gegebenen Falle nach den besonderen Umständen zu prüfen.<sup>49</sup> Damit hatte der historische Gesetzgeber die Schadenszurechnung – nichts anderes ist die wertend korrigierte Feststellung des Kausalzusammenhanges im gegebenen Fall – als Voraussetzung und deshalb als Vorfrage der ersten Vorschrift des Regelungskomplexes gesehen. Erst recht muss die Schadenszurechnung hiernach als dem § 219 E<sub>I</sub> (≅ §§ 249–251 BGB) vorgelagerte Frage gesehen werden, zu der sich dieser dann denklogisch nicht äußern konnte.

Die aus dieser Aussage abgeleitete Einordnung der Schadenszurechnung als Vorfrage des § 218 E<sub>I</sub> hat eine weitere Konsequenz: Ein Kausalzusammenhang zwischen einem Schaden und der Verletzungshandlung kann denklogisch nur untersucht werden, wenn der Schaden bereits festgestellt ist. Gelangen die §§ 218 f. E<sub>I</sub> erst bei Vorliegen eines Kausalzusammenhanges zur Anwendung, so muss dies erst recht für das Vorliegen eines Schadens gelten. Damit muss das Vorliegen eines Schadens vom historischen Gesetzgeber als – noch weiter vorgelagerte – Vorfrage zu § 218 und § 219 E<sub>I</sub> angesehen worden sein und ist deshalb nicht seinerseits Gegenstand dieser Vorschriften. Der oben<sup>50</sup> aus der externen Systematik entwickelte Gedanke lässt sich mithin auch mit den Äußerungen des historischen Gesetzgebers zu § 218 E<sub>I</sub> in Einklang bringen.

#### dd) Zwischenergebnis

Der historische Gesetzgeber hat mit den § 218 und § 219 E<sub>I</sub> den *Schaden* und dessen Zurechnung weder geregelt noch hatte er ihn dort regeln wollen. Der dort normierte Grundsatz der Totalreparation sollte vielmehr den Umfang der *Ersatzleistung* bei einer bestehenden Ersatzpflicht festlegen. Eine dem vorgreifende Anordnung, welche Schadenspositionen zu einer solchen Ersatzpflicht führen, lässt sich den Aussagen hingegen nicht entnehmen und war vom historischen Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt gewollt.

---

48 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

49 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

50 Siehe oben I. 2. (S. 138) sowie bereits zuvor § 4 A. II. 3. (S. 103).

**Ann. 5.3:** Für diese Einschätzung spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass der historische Gesetzgeber den Schadensbegriff nicht gesetzlich hatte festlegen wollen.<sup>51</sup> Vielmehr sollte der Praxis die Zurechtfindung im Einzelfalle ohne Einengung durch eine gesetzliche Vorschrift möglich bleiben.<sup>52</sup> Dann aber setzt sich über den erklärten gesetzgeberischen Willen hinweg, wer zur Bestimmung eines solchen Schadens – contra legem – den im späteren § 249 BGB normierten Grundsatz der Totalreparation heranzieht und meint, in jeder nachteiligen Zustandsveränderung einen zur Haftpflicht führenden Schaden erkennen zu müssen.

c) Weitere Gesichtspunkte

Im Übrigen lässt sich den Materialien des historischen Gesetzgebers kaum Wesentliches entnehmen. Der Vollständigkeit halber sei auf die folgenden Aspekte noch hingewiesen.

aa) Vertauschung der §§ 218 f. E<sub>1</sub>

Wie oben<sup>53</sup> beschrieben wurde von der Vorkommission des Reichsjustizamtes beantragt, die Reihenfolge der § 218 und § 219 E<sub>1</sub> zu vertauschen. Dem ist die Zweite Kommission gefolgt. Aus dieser Umstellung ist gefolgert worden, dass der – im späteren § 249 Abs. 1 BGB normierte – Grundsatz der Totalreparation eine neue normative Verankerung erhalten habe, aus der sich nunmehr umso mehr ergebe, dass stets der volle Schaden zu ersetzen sei.<sup>54</sup>

Soweit damit gemeint ist, dass die Ersatzleistung nicht hinter dem zurückbleiben dürfe, was zur Beseitigung eines ersatzpflichtig machenden Schadens erforderlich ist, lässt sich dem nichts entgegenhalten. Soweit damit allerdings gemeint ist, dass jede nachteilige Zustandsveränderung die Ersatzpflicht auslösen soll, vermag dies nicht zu überzeugen. Der Grundsatz der Totalreparation stand auch nach Versetzung der Vorschriften unter dem Vorbehalt, dass eine Verpflichtung zum Ersatz besteht.<sup>55</sup> Diese setzt weiterhin das Vorliegen eines zurechenbaren Schadens voraus. Die Änderung der

51 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10: Die Lösung der Fälle der Vorteilsanrechnung „hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffs zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Fälle hin durch das Gesetz erfolgen kann.“

52 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

53 Siehe a) aa) (S. 141).

54 So *Bartelt*, S. 32.

Reihenfolge innerhalb des Regelungskomplexes hat keine Auswirkung auf dessen Anwendungsvoraussetzungen. Mit der Aufgabe des letztlich unerheblichen § 218 Abs. 1 E<sub>I</sub> und dessen Versetzung hinter § 219 E<sub>I</sub> ist an der Vorrage-Qualität von Schadensfeststellung und -zurechnung nichts geändert worden. Die Umkehr der Reihenfolge wurde schließlich damit begründet, dass die Naturalrestitution des § 219 E<sub>I</sub> auch für immaterielle Schäden vorgesehen war, für welche die Unterscheidung von erlittener Vermögenseinbuße und entgangenem Gewinn keinen Sinn ergebe.<sup>56</sup> Zur Reichweite dessen, was unter einem Schaden zu verstehen ist, lässt sich hieraus nichts ableiten.

bb) Der Weg des § 219 E<sub>I</sub>

Die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 219 E<sub>I</sub> befasste sich – vor und nach dessen Versetzung vor den § 218 E<sub>I</sub> – ausschließlich mit der Art der Ersatzleistung. Der von der Ersten Kommission vorgesehene Vorrang der Naturalrestitution<sup>57</sup> wurde auch von der Zweiten Kommission gegen anderslautende Anträge verteidigt.<sup>58</sup> Eine Befassung damit, wann ein Schaden gegeben und wann dieser durch den Verletzungstatbestand hervorgerufen sei, spricht: mit den Voraussetzungen der Ersatzpflicht, ist den entsprechenden Materialien nicht zu entnehmen.

cc) Denkschrift zum Schadensersatz

Schließlich sei noch auf den Abschnitt zum Schadensersatz aus der ebenfalls bei *Mugdan*<sup>59</sup> abgedruckten Denkschrift verwiesen. Dort heißt es, dass „die §§ 243–245 [scil.: die späteren §§ 249 ff. BGB] in Ergänzung der zahlreichen Vorschriften, welche eine Verpflichtung zum Schadensersatz vorsehen, [...] die Art der Ersatzleistung im Allgemeinen“ regeln.<sup>60</sup> Der Entwurf gehe „von

55 Siehe den Wortlaut des § 219 E<sub>I</sub> bei *Schubert*, in: Jakobs/Schubert, SchuldRI, S. 97: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, [...].“ Das übersieht *Bartelt*, S. 32.

56 So die Einschätzung *Matajas* in der Vorkommission des Reichsjustizamtes, wiedergegeben in Reichsjustizamt, S. 20.

57 Siehe die Ausführungen in den Motiven bei *Mugdan*, Bd. II, S. 11.

58 Siehe dazu oben a) cc) (S. 142).

59 Siehe Bd. II, S. 1235.

60 Alle wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind unter Beibehaltung der Reihenfolge der Denkschrift zum BGB entnommen, die bei *Mugdan*, Bd. II, S. 1235 abgedruckt ist. Herv. u. Anmerkungen jew. nur hier.

dem Grundsatz aus, daß der Ersatzpflichtige in erster Linie“ zur Naturalrestitution verpflichtet sei, „daß er aber Entschädigung in Geld zu leisten“ habe, „soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend“ sei. Es folgen weitere Ausführungen, die sich mit dem Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz befassen und den wesentlichen Teil des Abschnitts einnehmen. Dieser schließt mit der Feststellung, dass die Schadenersatzpflicht „entsprechend dem gemeinen Rechte [...] den gesamten Vermögensschaden, sowohl die erlittene Vermögenseinbuße, als auch den entgangenen Gewinn“ umfasst und der Ersatzpflichtige auch „für die nicht vorauszusehenden Folgen seines Verhaltens“ zu haften habe.

Auch hieran wird deutlich, dass sich die Regelungen nur mit dem Inhalt der *Ersatzleistung* befassen. Die „Verpflichtung zum Schadenersatz“ – und mit ihr der *Schaden* als Voraussetzung der Ersatzpflicht – sei in zahlreichen anderen Vorschriften vorgesehen. Hinsichtlich der Hinweise auf den weitreichenden Umfang der Ersatzpflicht gilt das oben<sup>61</sup> Gesagte entsprechend.

#### d) Zwischenergebnis

Die Auseinandersetzung mit den Erwägungen des historischen Gesetzgebers hat gezeigt, dass auch dieser den *Schaden* und die Schadenszurechnung als Vorfragen der späteren §§ 249 ff. BGB aufgefasst hat. In diesen hat er Art und Umfang nur der *Ersatzleistung* geregelt. Sie sollten sich allein mit der Umkehrung bzw. der Ausgleichung des Schadens befassen.

### 3. Gesetzgeber unter Geltung des Grundgesetzes

Wenn auch der Normbestand der §§ 249 ff. BGB weitgehend seinem Urzustand v. 1. Januar 1900 entspricht,<sup>1</sup> hat es kleinere Änderungen gegeben. Im Folgenden muss deshalb untersucht werden, ob sich aus den Materialien zu diesen Gesetzesänderungen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die §§ 249 ff. BGB weiterhin nur den Umfang der *Ersatzleistung* festlegen oder nunmehr auch den Umfang des *Schadens* als Voraussetzung der Ersatzpflicht umschreiben.

---

<sup>61</sup> Siehe oben b) bb) (S. 145).

<sup>1</sup> Siehe oben I. (S. 139).

a) Anfügung des § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB

Die erste Änderung der §§ 249 ff. BGB erfolgte durch Anfügung des § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB.<sup>2</sup> Dadurch sollte die Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht verbessert werden. Ausgangspunkt war die Erwägung, dass § 251 Abs. 2 BGB a. F. dem Schädiger bei Verletzung eines Tieres das Recht gewährte, statt der Kosten für die (unverhältnismäßige) Herstellung nur das Wertinteresse zu ersetzen. Weil dieses maßgeblich „vom Sachwert des Wirtschaftsguts“ abhängig sei, habe bei „konsequenter Rechtsanwendung“ die Gefahr gedroht, dass „der Eigentümer des Tieres den Teil der Heilbehandlungskosten, [der] den Wert des Tieres übersteig[t], selbst tragen“ müsse.<sup>3</sup> Bei Tieren, die gar keinen Marktwert haben, könnte das sogar die gesamten Heilbehandlungskosten umfassen.<sup>4</sup> Befürchtet war wohl, dass der Eigentümer des verletzten Tieres eher zu dessen Einschläferung neigen könnte, statt selbst die erheblichen Kosten einer Heilbehandlung aufzubringen. Der eingefügte § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB sollte dies dergestalt lösen, dass es „für die Verhältnismäßigkeit der Aufwendungen für die Heilbehandlung nicht auf den Sachwert des Tieres ankommen“<sup>5</sup> solle.

Ob diese Vorschrift tatsächlich überflüssig ist,<sup>6</sup> weil die Frage schon vorher von der Rechtsprechung gelöst worden war,<sup>7</sup> oder gerade die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung eine gesetzgeberische Entscheidung erforderlich machte,<sup>8</sup> braucht nicht entschieden werden. Für das hier interessierende Verhältnis der §§ 249 ff. BGB zu den Fragen der Schadensfeststellung und -zurechnung genügt eine wesentliche Aussage aus den Gesetzgebungsmaterialien: „Die vorgeschlagene Ergänzung des § 251 Abs. 2 BGB setzt *wie alle schadensrechtlichen Bestimmungen das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs voraus* [...]“.<sup>9</sup> Die angedachte und später Gesetz gewordene Vorschrift befasst sich deshalb für die Fälle des Bestehens einer Ersatzpflicht mit dem Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz. Genau genommen ist damit die Grenze

2 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 3 des TierVerbG, BGBl. I 1990;<sup>43</sup> S. 1762 (1762).

3 Begr. zum RegE, BT-Drs. 11/5463, S. 5 (li. Sp.).

4 BT-Drs. 11/5463, S. 5 (li. Sp.).

5 BT-Drs. 11/5463, S. 6 (re. Sp.).

6 So wörtlich *Oetker*, in: MünchKomm-BGB<sup>8</sup> § 251 Rn. 53.

7 So wird die Fraktion der SPD in der Beschlussempfehlung des RechtsA wiedergegeben, BT-Drs. 11/7369, S. 7 (li. Sp.).

8 Dafür etwa BT-Drs. 11/5463, S. 6 (re. Sp.) m. w. N. aus der Rspr. sowie die in der Beschlussempfehlung des RechtsA wiedergegebene Aussage der „Koalitionsfraktionen“, BT-Drs. 11/7369, S. 7 (li. Sp.).

9 BT-Drs. 11/5463, S. 6 (re. Sp.). Herv. nur hier.

zwischen den Kosten der Herstellung nach § 249 Satz 2 BGB a. F. und dem (bloßen) Ersatz des Wertinteresses nach § 251 Abs. 2 BGB a. F. verschoben worden.

Der Schaden, der zur Ersatzpflicht führt und durch die Ersatzleistung auszugleichen ist, besteht in der nachteiligen Veränderung des Eigentums durch Verletzung eines Tieres. Das war vor und nach Einführung des § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB der Fall und ist von der Änderung unberührt geblieben. Eine Neuausrichtung der §§ 249 ff. BGB ist mit dieser Gesetzesänderung deshalb nicht erfolgt.

b) Aufnahme des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB

Ähnlich steht es mit der Aufnahme § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB.<sup>10</sup> Dieser enthält eine Modifikation des Geldbetrages, den der Geschädigte gem. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB<sup>11</sup> an Stelle der Herstellung verlangen kann, wenn der zur Ersatzpflicht führende Schaden in der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache besteht. Mit der neu gefassten Vorschrift umfasst dieser Geldbetrag die Umsatzsteuer nur, wenn und soweit diese tatsächlich angefallen ist.

Auf den Bußgeldregress hat diese Regelung keine unmittelbare Auswirkung. Weder wird durch die Verpflichtung zur Zahlung des Geldbetrages der Buße eine Sache beschädigt noch wird eine Person verletzt. Auch in der hier interessierenden Frage nach Aussagen der §§ 249 ff. BGB zu dem Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht ergeben sich keine Konsequenzen. Der Gesetzgeber reagierte mit der Regelung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>12</sup> zur Möglichkeit einer – so denkbar missverständlich bezeichneten<sup>13</sup> –

---

10 Angefügt durch Art. 2 Nr. 1 lit. c) des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002<sup>50</sup> S. 2674 (2765). Ausf. zum 2. SchadÄndG *Wagner*, NJW 2002<sup>29</sup> S. 2049 ff.

11 § 249 Satz 2 BGB a. F. wurde durch Art. 2 Nr. 1 lit. b) des 2. SchadÄndG, BGBl. I 2002<sup>50</sup> S. 2674 (2765) zum eigenständigen zweiten Absatz, dem durch lit. c) der neue Satz 2 angefügt wurde.

12 Siehe etwa BGH, Urt. v. 26. 5. 1970 – VIZR 168/68 – BGHZ **54**, 82 ff. (84 ff.); Urt. v. 19. 6. 1973 – VIZR 46/72 – BGHZ **61**, 56 ff. (57 ff.); Urt. v. 6. 11. 1973 – VIZR 27/73 – BGHZ **61**, 346 ff. (347 ff.); Urt. v. 29. 10. 1974 – VIZR 42/73 – BGHZ **63**, 182 ff. (184 ff.); Urt. v. 23. 3. 1976 – VIZR 41/74 – BGHZ **66**, 239 ff. (241 ff.).

13 Der Schaden – etwa am Fahrzeug des Geschädigten – ist tatsächlich eingetreten. Die zur Beseitigung des Schadens erforderlichen Reparaturkosten (= Ersatzleistung) lassen sich auf Gutachtenbasis auch tatsächlich errechnen. Fiktiv ist allein die Frage,



*fiktiven Schadensabrechnung* bei Sachschäden.<sup>14</sup> Diese ermöglicht es dem Geschädigten auch heute noch,<sup>15</sup> einen Sachschaden auf Gutachtenbasis abzurechnen. Er kann die Kosten, die bei einer Reparatur in einer Fachwerkstatt anfallen würden, unabhängig davon verlangen, ob er die Reparatur billiger durchführen lässt, die Sache selbst repariert oder auf eine Behebung des Schadens verzichtet.<sup>16</sup> Zu diesen Kosten gehörte bis zur Einfügung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB auch die Mehrwertsteuer.<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber fürchtete, dass die *abstrakte Schadensabrechnung* den Geschädigten privilegieren könne, weil *Schadensposten*<sup>18</sup> ersetzt würden, die tatsächlich gar nicht anfallen.<sup>19</sup> Die von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Bezugsgröße der „für die Behebung des Schadens üblicherweise erforderlichen Reparaturkosten“ beinhalte zu einem erheblichen Teil auch solche Faktoren, die den am Reparaturvorgang unmittelbar Beteiligten in keiner Weise zugute kämen<sup>20</sup> und auch in der wiederhergestellten Sachen keinen Gegenwert fänden.<sup>21</sup> Mit der Neuregelung wurde die *abstrakte Schadensabrechnung* nicht abgeschafft, sondern in maßvoller Weise eingeschränkt.<sup>22</sup> Die befürchtete Überkompensation des Geschädigten sollte dadurch verhindert werden, dass die Umsatzsteuer als größter dieser „durchlaufende[n] Posten“<sup>23</sup> dem Geschädigten nur mehr ersetzt wird, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.<sup>24</sup>

---

ob der Geschädigte die ihm zustehende Ersatzleistung auch zur Reparatur seines Fahrzeuges verwenden wird.

14 Begr. zum RegE für das 2. SchadÄndG, BT-Drs. 14/7752, S. 13 (li. Sp.).

15 Siehe aus jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 3. 12. 2013 – VI ZR 24/13 – NJW 2014,<sup>8</sup> S. 535 f. (Rn. 8 ff.). Zuletzt aber gegen eine *fiktive Schadensabrechnung* im Werkvertragsrecht BGH, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17 – NJW 2018,<sup>20</sup> S. 1463 ff. Der für das Kaufrecht zuständige V. Senat hat mit Beschl. v. 13. 3. 2020 – V ZR 33/19 – ZIP 2020,<sup>22</sup> S. 1073 ff. angefragt, ob der VII. Senat an dieser Rechtsauffassung festhalten will.

16 So die Zusammenfassung in BT-Drs. 14/7752, S. 13 (li. Sp.).

17 So ausdr. BGH, Urt. v. 19. 6. 1973 – VI ZR 46/72 – BGHZ 61, 56 ff. (58 f.).

18 Auch insoweit: *Schaden* u. *Schadenersatz* sind nicht dasselbe. Die Erstattung der Reparaturkosten ist die *Ersatzleistung* zur Umkehrung des eingetretenen *Schadens* u. nicht selbst ein zur Ersatzpflicht führender *Schaden*.

19 BT-Drs. 14/7752, S. 13 (li. Sp. f.).

20 BT-Drs. 14/7752, S. 13 (re. Sp.).

21 BT-Drs. 14/7752, S. 23 (li. Sp.).

22 So *Wagner*, NJW 2002,<sup>29</sup> S. 2049 (2057), der von einem interessengerechten u. in normativer Hinsicht überzeugenden Kompromiss spricht.

23 BT-Drs. 14/7752, S. 13 (re. Sp.), auch dort in Anführungszeichen.

24 BT-Drs. 14/7752, S. 13 (re. Sp.).

Als Anknüpfungspunkt wählte der Gesetzgeber den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag und damit die Rechtsfolgende. Der Umfang der Ersatzleistung wurde dadurch beschränkt, dass der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mehr enthält, wenn sie tatsächlich angefallen ist. Damit hat der Gesetzgeber auch bei Einführung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB zwischen dem *Schaden* als Voraussetzung der Ersatzpflicht und der *Ersatzleistung* als Reaktion hierauf unterschieden.

c) Überarbeitung des § 253 BGB

Die ebenfalls durch das 2. SchadÄndG erfolgte Überarbeitung des § 253 BGB soll hier nicht vertieft werden.<sup>25</sup> Einerseits ist die Vorschrift für den Bußgeldregress nicht anwendbar, da dieser in seiner pekuniären Dimension nur ein Vermögensschaden sein kann.<sup>26</sup> Ferner hat der Gesetzgeber auch in den diesbezüglichen Materialien keine Äußerungen getätigt, die das Untersuchungsprogramm fördern könnten.

4. Zwischenergebnis

Die intensive Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte belegt die bekannte schadenersatzrechtliche Wahrheit: Die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB sind vom Gesetzgeber bislang immer als Regelungen zur Bestimmung der *Ersatzleistung* angesehen worden. Der historische Gesetzgeber hat das Merkmal des *Schadens* und dessen Zurechnung zum Verletzungstatbestand als Vorfrage des Ersatzleistungsrechts der §§ 249 ff. BGB angesehen. Der Gesetzgeber unter Geltung des Grundgesetzes hat das teilweise bekräftigt, jedenfalls aber an keiner Stelle Anlass dafür gegeben, dieses Verständnis zu überdenken.

---

25 Ausf. dazu etwa *Wagner*, NJW 2002,<sup>29</sup> S. 2049 (2053 ff.).

26 Vgl. *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 47: „Durchweg wird es um Vermögensschäden gehen.“

### III. (Un-)Zulässige Rückschlüsse auf den Schaden

Das führt zurück zum Ausgangspunkt dieses Abschnitts. Der gesetzlich nicht geregelte und deshalb vom Rechtsanwender selbst auszuformende Schaden kann sich als Voraussetzung der Ersatzpflicht nicht aus § 249 Abs. 1 BGB ergeben, der seinerseits eine bestehende Ersatzpflicht voraussetzt.<sup>27</sup> Allerdings lassen sich aus § 249 Abs. 1 BGB Rückschlüsse auf die Mindestanforderungen an einen Schaden ziehen.<sup>28</sup> Denn Schadenersatz ist grundsätzlich dadurch zu bewirken, dass der Ersatzpflichtige „den Zustand herstell[t], der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Daraus folgt immerhin, dass der zum Ersatz verpflichtende Umstand einen Zustand herbeigeführt hat, der gegenüber dem in § 249 Abs. 1 BGB angeordneten (Ideal-)Zustand als nachteilig empfunden wird. Anderenfalls hätte der *Geschädigte* an der Ersatzleistung des Schädigers kein Interesse. Das wiederum bedeutet, dass ein Schaden *eine* nachteilige Zustandsveränderung in der Güterwelt des Geschädigten sein muss.<sup>29</sup> Die nachteilige Zustandsveränderung ist insoweit notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für einen Schaden. Zu weit geht deshalb, wer aus § 249 Abs. 1 BGB ohne Weiteres den Rückschluss ziehen will, dass *jede* nachteilige Zustandsveränderung ein zum Ersatz verpflichtender Schaden sei.<sup>30</sup>

1. Selbstverständlich kann eine solche Zustandsveränderung nur durch den Vergleich zweier Zustände ermittelt werden. Fraglich ist nur, welche Zustände insoweit zu vergleichen sind. Nach der ganz allgemeinen Auf-

---

27 § 249 Abs. 1 BGB: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat [...] herzustellen [...]“

28 Insoweit zutr. *Ebert*, in: Erman,<sup>6</sup> Vor § 249 Rn. 24, für die sich das Vorliegen eines Schadens „nur mittelbar aus § 249 I BGB“ ergibt. Gleichwohl ist auch für sie die Differenzhypothese der „Grundsatz der Schadensermittlung“ und „stellt sich die Schadensfrage“ nur, wenn deren „Zustandsvergleich eine Differenz“ aufweist.

29 Das deckt sich auch mit der allgemeinsprachlichen Bedeutung des Wortes. Siehe nur Duden,<sup>6</sup> Schaden, Bedeutungsübersicht zu 1.: „etwas, was die Gegebenheiten, die bestehende Situation in einer negativen, nicht wünschenswerten Weise verändert“ — bzw. zu 3.: „durch Verlust oder [teilweise] Zerstörung eines Guts entstandene Einbuße“. Klammereinschub im Original.

30 So aber etwa *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 29. Ähnlich *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG<sup>3</sup> § 93 Rn. 406 u. 409; *Hölters*, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 252.

fassung in Rechtsprechung<sup>31</sup> und Literatur<sup>32</sup> sollen dies jene des § 249 Abs. 1 BGB sein.<sup>33</sup> Diese mehr<sup>34</sup> oder weniger<sup>35</sup> offene Anlehnung an die §§ 249 ff. BGB zur Ermittlung des Schadens ist jedoch unzutreffend und unzulässig.<sup>36</sup>

Der Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB kommt erst auf der Rechtsfolgenrechte zum Tragen. Über das Vorliegen eines Schadens ist deshalb bereits entschieden, bevor der Rechtsanwender den §§ 249 ff. und mit ihnen dem § 249 Abs. 1 BGB eine Anweisung entnehmen darf. Das alleine hat nicht zur Folge, dass dieser einzig im Gesetz geregelte Zustandsvergleich nicht schon auf Tatbestandsseite zur Ermittlung des Schadens herangezogen werden dürfte. Der Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB kann auf Rechtsfolgenrechte eine Regelungswirkung jedoch nur entfalten, wenn noch potentielle

---

31 Ausdr. Anknüpfung an die §§ 249 ff. BGB zur Schadensberechnung etwa bei BGH, Urt. v. 5. 2. 2015 – IX ZR 167/13 – NJW 2015,<sup>19</sup> S. 1373 ff. (Rn. 7) m. w. N.; BAG, Urt. v. 15. 9. 2011 – 8 AZR 846/09 – NZA 2012,<sup>7</sup> S. 377 ff. (Rn. 47) m. w. N.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 11. 1996 – 6 U 11/95 („ARAG-Garmenbeck“) – ZIP 1997,<sup>1</sup> 27 ff. (36); LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienskartell I“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (830); LG München I, Urt. v. 10. 12. 2013 – 5 HK O 1387/10 („Siemens-Neubürger“) – ZIP 2014,<sup>12</sup> S. 570 ff. (576). Zuvor bereits das RG, Urt. v. 4. 10. 1911 – Rep. III 492/10 – RGZ 77, 99 ff. (101). Von einem „Schaden im Sinne des § 249 BGB“ spricht etwa das BVerfG, Beschl. v. 12. 11. 1997 – 1 BvR 479/92 u. a. („Kind als Schaden“) – BVerfGE 96, 375 ff. (395).

32 Siehe nur Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); Bayreuther, NZA 2015,<sup>20</sup> S. 1239 (1240); Hack, S. 73; Hoffmann, NJW 2012,<sup>20</sup> S. 1393 (1393); Hölters, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 252; Hopt/Roth, in: GroßKomm-AktG,<sup>5</sup> § 93 Rn. 406; Kaulich, S. 91 u. 272; J. Koch, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 47; Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter,<sup>4</sup> § 93 Rn. 36; H. Lange, in: Lange/Schiemann,<sup>3</sup> § 1 I (S. 26 f.); Magnus, in: NomosKomm-BGB,<sup>3</sup> Vor §§ 249–255 Rn. 2; Wilsing, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 29; M. Zimmermann, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

33 Dort ist der tatsächliche Zustand des Geschädigten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mit jenem zu vergleichen, wie er hypothetisch ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand wäre. Für einen möglichen Zweck u. eine mögliche Rechtfertigung gerade dieses Vergleichs zur Ermittlung von Art u. Umfang der Ersatzpflicht, siehe unten § 6 D. II. 3. (S. 182).

34 Siehe statt vieler Fleischer, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 247; § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setze voraus, „dass der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Maßgebend ist der Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB, der auf der sog. Differenzhypothese fußt.“ Fußnoten entfernt.

35 Siehe insoweit etwa Ebert, in: Erman,<sup>16</sup> Vor § 249 Rn. 14 ff., deren Argumentation oben in Anm. 5.1 unter B. (S. 134) wiedergegeben worden ist.

36 Zutr. Keuk, S. 16: Das „aus der Formulierung des § 249 S. 1“ abgeleitete „Verständnis des Schadens als rechnerischer Differenz zwischen der gegenwärtigen realen und hypothetischen Vermögenslage“ sei „ein Mißverständnis“.

Anwendungskandidaten verbleiben, die durch ihn von der Rechtsfolge ausgeschlossen werden können. Dazu kann es aber nicht kommen, wenn diese Zustände schon auf Tatbestandsebene bei der Frage nach dem Schaden verglichen werden. Denn damit sind zwangsläufig alle negativen Kandidaten des § 249 Abs. 1 BGB aussortiert, bevor der Rechtsanwender der Regelung eine Anweisung entnehmen darf.

Mit anderen Worten: Aus § 249 Abs. 1 BGB ergibt sich mittelbar, dass zur Ermittlung eines Schadens zwei Zustände zu vergleichen sind. Aus der Regelung selbst ergibt sich jedoch nicht, welche Zustände dies sind. Die – nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte contra legem erfolgende – Heranziehung des Zustandsvergleiches aus § 249 Abs. 1 BGB schon auf Tatbestandsseite hätte seine Funktionslosigkeit auf Rechtsfolgenseite zur Folge. Daraus lässt sich wiederum ableiten, dass es jedenfalls nicht die Zustände des § 249 Abs. 1 BGB sein können und dürfen, die zur Ermittlung eines Schadens auf Tatbestandsseite zu vergleichen sind.

**Anm. 5.4:** Auch insoweit sei daran erinnert, dass der historische Gesetzgeber den Schadensbegriff nicht gesetzlich hatte festlegen und der Praxis auch fernerhin die Zurechtfindung im Einzelfalle ohne Einengung durch eine gesetzliche Vorschrift hatte ermöglichen wollen.<sup>37</sup> Hierzu stünde es in eklatantem Widerspruch, wenn der im späteren § 249 BGB normierte Grundsatz der Totalreparation zugleich bedeuten sollte, dass jede nachteilige Zustandsveränderung einen zur Haftpflicht führenden Schaden darstelle.

2. Das aber führt zwangsläufig zu der Frage, welche Zustände dann zur Ermittlung eines Schadens zu vergleichen sind. Auch diese Frage liegt jenseits des hier gesteckten Themas und soll deshalb nur cursorisch und nur im Überblick angesprochen sein. Intuitiv richtig und naheliegend scheint der Vergleich des Zustands (zeitlich unmittelbar) vor dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand mit jenem (zeitlich unmittelbar) danach.<sup>38</sup> Damit begäbe man sich jedoch in einen Zirkelschluss: Denn der zum Ersatz verpflichtende Umstand – an den man zur Ermittlung des Schadens anknüpfen wollte – verpflichtet zum Ersatz

<sup>37</sup> Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

<sup>38</sup> So wohl *Keuk*, S. 16 f., 20 u. ö. Mit dem Vergleich dieser beiden Zustände bereits das RG, Urt. v. 4. 10. 1911 – Rep. III 492/10 – RGZ 77, 99 ff. (101): „Es ist die wirtschaftliche Lage des Ersatzberechtigten, wie sie vor dem schädigenden Ereignis bestand, mit der zu vergleichen, wie sie sich infolge des Ereignisses gestaltet hat.“ u. im Urt. v. 23. 3. 1917 – Rep. III 436/16 – RGZ 90, 82 ff. (84): „Der Eintritt eines Schadens ist zu bejahen, wenn die Vermögenslage des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses im Vergleich mit dem früheren Vermögensstande eine schlechtere geworden ist.“

nur, wenn er zurechenbar einen Schaden hervorgerufen hat.<sup>39</sup> Darüber hinaus würde dieser Vergleich schon beim Merkmal des Schadens alle nachteiligen Zustandsveränderungen aus dem Schadensbegriff ausklammern, die sich nicht auf eine Verletzungshandlung eines Dritten – sprich: den zum Ersatz verpflichtenden Umstand – zurückführen ließen.<sup>40</sup> Dadurch würde die Frage, worauf der Schaden beruht (Schadenszurechnung), mit der Frage nach dem Schaden selbst vermengt.

Tatsächlich wird man zur Ermittlung eines Schadens im Ausgangspunkt den Vergleich zweier beliebiger Zustände zulassen müssen. Jede nachteilige Zustandsveränderung kann potentiell ein Schaden sein. Ob und unter welchen Voraussetzungen sie als „Schaden“ im Sinne des Schadensgrundbegriffes oder gar im Sinne einer spezifischen Ersatzpflichtanordnung anerkannt werden kann oder muss, ist eine andere Frage<sup>41</sup> – ebenso ob dieser Schaden bejahendenfalls der Erfüllung des Verletzungstatbestands zugerechnet werden kann oder muss.<sup>42</sup> Große Verwerfungen sind dadurch nicht zu befürchten: Die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast sowie das Eigeninteresse der Parteien an einem Mindestmaß an Prozessökonomie führt von selbst dazu, dass völlig untaugliche Vergleichszustände kaum vorgetragen werden. Vielmehr werden die Vergleichszustände auch künftig möglichst so gewählt, dass sie sehr präzise um die Verhaltensweise des Beklagten angelegt sind, auf die das Ersatzverlangen gestützt wird. Mit diesen kursorischen Gedanken zu den Mindestanforderungen zum Schadensgrundbegriff soll es an dieser Stelle sein Bewenden haben.

---

39 Mit anderen Worten: Ohne das Wissen, dass ein Schaden vorliegt, wüsste man nicht, ob ein zum Ersatz verpflichtender Umstand vorliegt. Man wüsste folglich nicht, welchen Umstand man hinwegdenken sollte, um das Vorliegen eines Schadens zu ermitteln.

40 Wer fahrlässig u. rechtswidrig fremdes Eigentum zerstört, verursacht zweifellos einen Schaden, den er nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat. Zerstört der Eigentümer sein Eigentum hingegen aus eigener Unachtsamkeit u. ohne Einwirkung eines Dritten selbst, so entsteht auch ihm ein Schaden, obwohl es keinen ersatzpflichtigen Dritten u. deshalb auch keinen zum Ersatz verpflichtenden Umstand gibt.

41 Dieser soll im folgenden Kapitel (§ 6) in sehr beschränktem Umfang nachgegangen werden.

42 Diese Frage muss im Rahmen dieser Untersuchung vollends ausgeklammert bleiben.

#### IV. Zwischenergebnis

Die Auslegung der §§ 249 ff. BGB belegt, dass sich diese Vorschriften ausschließlich mit der Bestimmung von Art und Umfang der Ersatzleistung befassen. Aussagen darüber, was ein Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht ist, gehen aus ihnen hingegen nicht hervor. Zulässig und richtig ist der Rückschluss aus § 249 Abs. 1 BGB, dass der Schaden durch den Vergleich zweier Zustände zu ermitteln ist. Unzulässig ist es jedoch, den in § 249 Abs. 1 BGB normierten Zustandsvergleich zur Ermittlung eines Schadens heranzuziehen. Aus dessen sonst drohender Funktionslosigkeit auf Rechtsfolgenseite folgt vielmehr, dass gerade die Zustände des § 249 Abs. 1 BGB nicht bereits auf Tatbestandsseite verglichen werden dürfen, um einen Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht festzustellen. Nach alledem ist die These, der nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zu ersetzende Schaden bemesse sich nach den §§ 249 ff. BGB<sup>43</sup> – jedenfalls in ihrer wörtlich genommenen Bedeutung – widerlegt. Zutreffend ist vielmehr die Aussage *Spindlers*:

Die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Pflichtverletzung setzt voraus, dass dadurch der Gesellschaft *ein Schaden entstanden ist*. Dann ist nach § 249 BGB der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, einschließlich des entgangenen Gewinns.<sup>44</sup>

Damit erklärt sich anhand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auf eigentümliche Weise die Schiefelage im deutschen Schadenersatzrecht. Wer bei Vorliegen des Verletzungstatbestands den Ersatzanspruch für *begründet* hält und die *Ausfüllung* des Anspruchs insgesamt an die §§ 249 ff. BGB delegiert, hat weder das Vorliegen eines Schadens noch dessen Zurechnung zum Verletzungstatbestand untersucht. Dadurch wird die Prüfung eines ganz wesentlichen Teils der Ersatzpflichtanordnung schlicht unterschlagen. Den spärlichen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB, die sich (ausschließlich) mit der Ersatzleistung als Umkehrung des Schadens befassen, wird eine Aufgabe aufoktroiert, die sie zu leisten nicht bestimmt und nicht im Stande sind. Vielmehr bedürfen diese der Übergabe eines feststehenden Schadens, damit sie festlegen können, welcher Art die Ersatzleistung zu erfolgen hat und welchen Umfang

43 So etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 11. 1996 – 6 U 11/95 („ARAG-Garmenbeck“) – ZIP 1997; 27 ff. (36). Aus der Lit. statt vieler nur *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (S. 93 f.); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 247; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 406; *Kaulich*, S. 91; *Koch*, in: Hüffer/Koch!<sup>14</sup> § 93 Rn. 47 jew. m. w. N.

44 *Spindler*, in: MünchKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 192. Im Original ist nur das Wort „Schaden“ durch Fettdruck hervorgehoben.

sie bezogen auf die einzelne Schadensposition haben soll. Insofern ist auch die Aussage *Schiemanns* richtig, wonach „die Suche nach dem ‚richtigen‘ Schadensbegriff zur Lösung der Probleme des Allgemeinen Schadensrechts“ der §§ 249 ff. BGB wenig beiträgt.<sup>45</sup> Das liegt jedoch daran, dass die §§ 249 ff. BGB sich ausschließlich mit der Ersatzleistung und nicht mit dem Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht befassen. Nicht die Suche nach dem Schadensbegriff ist die vielzitierte Jugendsünde.<sup>46</sup> Diese besteht vielmehr in dem Versuch, dem Schadensbegriff mit den §§ 249 ff. BGB beizukommen.

### C. Ergebnis

Zwar sind in diesem Kapitel viele lohnende und äußerst spannende Fragen offen geblieben. Gleichwohl sind zahlreiche Argumente dargetan, die für die Richtigkeit der oben aufgestellten Vermutung streiten. Für die Zwecke der weiteren Untersuchung, die auf diese nicht weiter überprüfte Vermutung aufbaut, sei der wesentliche Gedanke noch einmal zusammengefasst:

§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG<sup>47</sup> macht die Ersatzpflicht vom Vorliegen eines Schadens abhängig. Die Vorschrift enthält keinen eigenen Entscheidungsmaßstab für die Frage, was ein Schaden ist. Diese Frage ist vielmehr an den nach Maßgabe der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung auszugestaltenden Schadensgrundbegriff delegiert. Dieser Schadensgrundbegriff ist seinerseits nicht gesetzlich geregelt. Von einer Festlegung des Schadensbegriffs wurde bei der Fassung des BGB abgesehen, um der Praxis die Zurechtfindung im Einzelfalle ohne Einengung durch eine gesetzliche Vorschrift zu ermöglichen.<sup>48</sup> Die zur Schadensumschreibung vielfach herangezogenen §§ 249 ff. BGB befassen sich mit der Ersatzleistung als Umkehrung des Schadens. Sie knüpfen an das Vorliegen eines Schadens an und können deshalb nicht ihrerseits positiv festlegen, was ein Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht ist. Damit fehlt für die Frage, was ein Schaden im Sinne des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG<sup>49</sup> ist, ein gesetzlicher Entscheidungsmaßstab.

---

45 So *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 41.

46 *Selb*, AcP 173<sup>4</sup> (1973), S. 366 (367); zitiert etwa von *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 42 m. w. N.

47 Stellvertretend für die übrigen denkbaren Ersatzpflichtanordnungen.

48 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

49 Pars pro toto für alle Ersatzpflichtanordnungen.