

## § 6 Der Schaden als Lücke

*Die Gerichte sprechen oft dort von Rechtsfindung, wo nichts zu finden ist, sondern wo sie selbst das Recht schaffen.\* Die eigene Normsetzung wird von den Gerichten ungenügend eingestanden. In Wissenschaft und Justiz besteht eine verbreitete Neigung, den [...] Normsetzungscharakter der richterlichen Entscheidung im Lückenbereich begrifflich zu leugnen oder zu verdrängen, indem von „objektiver Auslegung“ oder von Zwischenstufen zwischen reiner Gesetzesanwendung [...] und reiner Rechtsschöpfung [...] geredet wird. Das bedeutet die Verkenntung einer zwingenden Alternative. Wo gesetzliche Wertungen fehlen, ist die richterliche Wertung unvermeidbar.*

---

Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 825

Dieser Befund führt zu der zentralen Weichenstellung in dem zivilrechtlich-methodischen Teil dieser Arbeit. Denn die Tatsache, dass der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht gesetzlich gar nicht geregelt ist, hat weitreichende Auswirkungen auf die Art und Weise, wie – bzw. mit welcher Methodik juristischen Denkens<sup>1</sup> – diesem Merkmal nachzugehen ist.<sup>2</sup> Insofern wird sich zeigen, dass es sich – jedenfalls im sogleich zu entwickelnden Verständnis – um Lückenausfüllung als ergänzende Rechtsfortbildung praeter legem handelt. Dazu sind zunächst (A.) deren methodische Voraussetzungen aufzuzeigen und auch beim Problem des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht nachzuweisen. Anschließend ist (B.) der Frage nachzugehen, welche Instrumente zur Lückenausfüllung zur Verfügung stehen und welche davon für die Arbeit am Schadensbegriff relevant sind. Das kann und muss nur in einem ganz grundlegenden Überblick geschehen. Denn für die Zwecke dieser Untersuchung wird es vor allem darum gehen, (C.) eine äußere Grenze der zulässigen Rechtsfortbildung festzulegen, mit deren Hilfe sich später der

---

\* Im Original sind „-findung“ u. „schaffen“ durch Fettdruck hervorgehoben.

1 Als eine solche bezeichnet *Engisch*, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII I. 1 (S. 196 f.) die „Rechtsergänzung“.

2 Mit Recht bemängeln *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451 in Fn. 20), dass die methodischen Anforderungen an die Annahme eines Regressausschlusses weithin nicht thematisiert würden. Anders als hier gehen sie jedoch davon aus, dass ein Regressausschluss sich nur im Wege einer teleologischen Reduktion begründen ließe, deren Voraussetzungen aber nicht vorlägen.

Kernfrage dieser Arbeit nachgehen lassen wird: der „Schadens“-Qualität von Geldbußen.

### A. Voraussetzungen der Lückenausfüllung

In einem ersten Schritt ist der Nachweis dafür zu erbringen, dass es sich bei der Arbeit am Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht methodisch nicht um Auslegung, sondern um Rechtsfortbildung handelt. Dazu sind (I.) die oben<sup>3</sup> ausgesparten Stufen der Rechtsanwendung herauszustellen und voneinander abzugrenzen. Sodann ist (II.) das für die Berechtigung zur Rechtsfortbildung zentrale Konzept der Lücke – bzw. für die Zwecke dieser Arbeit dessen unstreitiger Kern – greifbar zu machen. Das ermöglicht es schließlich (III.), das Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht an dem so formulierten Lückenkernbegriff zu messen.

### I. Stufen der Rechtsanwendung

Methodisch lassen sich bei der Rechtsanwendung<sup>4</sup> verschiedene Stufen unterscheiden.<sup>5</sup> Den Ausgangspunkt bildet die Auslegung, deren Ziel es ist, den Inhalt des gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs zu ermitteln.<sup>6</sup> Dazu muss in einem ebenfalls mehrstufigen Prozess<sup>7</sup> versucht werden, die – mitunter verdeckte – gesetzgeberische Interessenbewertung, sprich: die vom (historischen)<sup>8</sup> Gesetzgeber (ursprünglich) festgelegten Ziele und Wertungen zu

---

3 Siehe oben § 4 A. I. (S. 99).

4 Die Terminologie ist insoweit sehr uneinheitlich. Vielfach wird – ohne dass damit ersichtlich etwas anderes gemeint ist – von Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, Rechtsgewinnung u. dgl. mehr gesprochen.

5 Zu den verschiedenen traditionellen Modellen *Chr. Fischer*, *ZfA* 2002<sup>2</sup>, S. 215 (228 ff.) u. in: *Topoi*, S. 87 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 730b ff.

6 *Looschelders/W. Roth*, S. 21 u. 119. Ähnlich auch *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. IV I. (S. 104).

7 *Ausf. zu dem mehrstufigen Prozess der Auslegung als gedankliche Umkehrung des Gesetzgebungsverfahrens Looschelders/W. Roth*, S. 120 ff.

8 *Ausf. zu der Maßgeblichkeit des Willens des Gesetzgebers als Maßstab der Auslegung die Ausführungen von Looschelders/W. Roth*, S. 119 ff., denen nichts hinzuzufügen ist. Zum Streit zwischen subjektiver u. objektiver Auslegung ferner *Bydlinski*, *Methodenlehre*,<sup>2</sup> S. 428 ff.; *Kramer*, *Methodenlehre*,<sup>5</sup> II 2 d) (S. 125 ff.); *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 796 ff. jew. m. w. N.

ermitteln.<sup>9</sup> Sofern sich durch Auslegung ein solcher Entscheidungsmaßstab ermitteln lässt, an dessen Fortgeltung im Anwendungszeitpunkt keine Zweifel bestehen,<sup>10</sup> erschöpft sich die Rechtsanwendung im schlichten Vollzug der gesetzlichen Anordnung. Der zu entscheidende Sachverhalt wird unter die gesetzliche Anordnung subsumiert. Die Anwendung der abstrakten Rechtsfolgenanordnung auf den konkreten Einzelfall ist als schlichter Gesetzesvollzug Rechtsanwendung *secundum legem*.

**Anm. 6.1:** Wenigstens unglücklich erscheint es, die Rechtsanwendung *secundum legem* als Auslegung zu bezeichnen.<sup>11</sup> Die Auslegung ist der vorgelagerte Prozess zur Herausarbeitung des Entscheidungsmaßstabs. Erst die Festlegung, dass die abstrakte Rechtsfolgenanordnung auch im Einzelfall gelte, ist die eigentliche *Anwendung*.<sup>12</sup>

Die Auslegung mündet jedoch nicht notwendig in der schlichten Ausführungsphase der Rechtsanwendung.<sup>13</sup> Denkbar ist es, dass sich der gesuchte gesetzliche Entscheidungsmaßstab durch Auslegung nicht finden lässt. Ebenso kann es vorkommen, dass ein Entscheidungsmaßstab zwar gefunden wurde, dessen Fortgeltung im Anwendungszeitpunkt jedoch zweifelhaft erscheint.<sup>14</sup> In beiden Fällen kann<sup>15</sup> der Rechtsanwender aufgerufen sein,<sup>16</sup>

---

9 Chr. Fischer, Topoi, S. 559; Looschelders/W. Roth, S. 120 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 160.

10 Dies scheint das Einfallstor für die geltungszeitliche Interpretation des Gesetzes zu sein, die vielfach als objektive Auslegung bezeichnet wird. Die bewusste Abweichung von dem Willen des historischen Gesetzgebers setzt aber stets voraus, dass dieser Willen zunächst ermittelt worden ist. Siehe nur Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 730c.

11 So etwa *Canaris*, Lückenfeststellung in der Überschrift zum ersten Abschnitt vor §§ 6 ff. (S. 19).

12 Zwischen Auslegung u. Anwendung unterscheiden etwa auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> u. a. in Rn. 828.

13 Siehe nur Looschelders/W. Roth, S. 220.

14 In diesem Sinne etwa BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („*Soraya*“) – BVerfGE 34, 269 ff. (288 f.), wonach sich der Richter einem Konflikt zwischen Norm u. gewandelter Gerechtigkeitsvorstellung nicht durch Verweis auf den unverändert gebliebenen Wortlaut entziehen kann.

15 Das Fehlen eines Entscheidungsmaßstabes kann auch einem maßgeblichen Plan des Gesetzgebers entsprechen u. wäre vom Rechtsanwender dann grds. zu akzeptieren. Dazu noch II. 2. (S. 169).

16 Das BVerfG hat wiederholt klargestellt, dass die Rechtsfortbildung von Verfassungen wegen nicht grundsätzlich zu beanstanden ist, sondern zu den Befugnissen u. Aufgaben der Gerichte gehört. So ausdr. im Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („*Soraya*“) – BVerfGE 34, 269 ff. (286 ff.). Seither st. Rspr., siehe nur den Beschl.

durch Vornahme einer eigenen Interessenbewertung den (tatsächlich) relevanten Entscheidungsmaßstab herauszubilden und damit das Gesetzesrecht fortzubilden. Insoweit wird von Rechtsfortbildung gesprochen.

Dementsprechend begegnet uns die Rechtsfortbildung ihrerseits in – wenigstens<sup>17</sup> – zwei Spielarten.<sup>18</sup> In beiden Fällen geht es darum, Mängel im Recht zu beheben.<sup>19</sup> Dabei verlaufen die Grenzen zwischen den einzelnen Stufen keineswegs trennscharf.<sup>20</sup> Sie hängen ganz wesentlich mit dem Konzept zusammen, das die Methodenlehre mit dem schillernden und facettenreichen Begriff der Lücke zu erfassen versucht.<sup>21</sup> Von „Rechtsergänzung“ (praeter legem) wird gesprochen, wenn der Richter das Fehlen eines gesetzgeberischen Entscheidungsmaßstabs feststellt und die vom Gesetzgeber so gelassene Lücke durch einen eigenen Entscheidungsmaßstab ausfüllt. Dort, wo für die zu entscheidende Rechtsfrage ein Entscheidungsmaßstab vorgefunden wird, ist dieser grundsätzlich zu befolgen.<sup>22</sup> Der Rechtsanwender hat das vom Gesetzgeber inhaltlich Vorentschiedene seiner Entscheidung grundsätzlich zugrunde zu legen.<sup>23</sup> Behebt der Richter dagegen (vermeintlich) erkannte Fehler des Gesetzes, indem er den durch Auslegung ermittelten Entscheidungsmaßstab unangewandt lässt und dem insoweit lückenlosen Gesetz die

v. 11. 10. 1978 – 1 BvR 84/74 („Sachverständigenhaftung“) – BVerfGE 49, 304 ff. (318); Beschl. v. 19. 10. 1983 – 2 BvR 485/80 u. a. („Sozialplan“) – BVerfGE 65, 182 ff. (190); Beschl. v. 12. 11. 1997 – 1 BvR 479/92 u. a. („Kind als Schaden“) – BVerfGE 96, 375 ff. (394 f.); Beschl. d. 1. Kammer des Ersten Senats v. 17. 9. 2013 – 1 BvR 1928/12 – ZIP 2013,<sup>44</sup> S. 2105 ff. (Rn. 33).

17 Siehe etwa Chr. Fischer, ZfA 2002<sup>2</sup>, S. 215 (233 ff.), der mit gesetzsergänzender, gesetzestretender u. gesetzberichtigender Rechtsfindung schon drei Fälle unterscheidet. Siehe auch Zippelius, Methodenlehre,<sup>11</sup> § 13 (S. 63 f.), der die Wahl zwischen möglichen Auslegungsalternativen zur fortbildenden Präzisierung des Gesetzes rechnet u. insoweit von Rechtsfortbildung secundum legem spricht.

18 Zusammen mit der Auslegung (secundum legem) ergibt sich hieraus das auf Kramer, Methodenlehre<sup>5</sup>, III 1 c) (S. 187) zurückgehende „3-Phasen-Modell“. Darauf verweisen etwa Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 829. Vgl. auch Engisch, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII (S. 193).

19 So Engisch, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII (S. 193), der Lücken u. Fehler im Recht unter dem Begriff des Mangels zusammenfasst. Mit übereinstimmender Terminologie auch Canaris, Lückenfeststellung<sup>2</sup>, § 21 (S. 33 f.).

20 Vgl. Engisch, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII (S. 193).

21 Vgl. Chr. Fischer, ZfA 2002<sup>2</sup>, S. 215 (228). Siehe auch Engisch, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII I. (S. 194 ff.) m. w. N.

22 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1983 – 2 BvR 485/80 u. a. („Sozialplan“) – BVerfGE 65, 182 ff. (191 ff.); ähnlich Zippelius, Methodenlehre,<sup>11</sup> § 3 I a) (S. 9) u. § 13 III (S. 67).

23 So Chr. Fischer, Topoi, S. 488.

Gefolgschaft verweigert, wird von „Gesetzesberichtigung“ (contra legem) gesprochen.<sup>24</sup> Deren Zulässigkeit hängt nach zutreffender Ansicht wesentlich davon ab, wogegen genau die Rechtsfortbildung erfolgt.<sup>25</sup>

## II. Das Konzept der Lücke

Die Berechtigung des Rechtsanwenders zur ergänzenden Rechtsfortbildung hängt hiernach von dem Vorliegen einer Lücke ab.<sup>26</sup> Dieses wichtige Konzept ist weder terminologisch noch in der Sache vollends durchdrungen. Während es konzeptionell einen einigermaßen unstrittigen Kern gibt, sind die Grenzen und Kriterien des *Lückenbegriffs*<sup>27</sup> vielfach unklar.<sup>28</sup> Eine ausführliche Ausleuchtung der verschiedenen Dimensionen des Lückenkonzepts kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen.<sup>29</sup> Vielmehr soll hier der Versuch unternommen werden, den unstrittigen konzeptionellen Kern freizulegen. An diesem ist das das Merkmal des Schadens im nächsten Abschnitt (III.) zu messen.

Zur sprachlichen Greifbarmachung dessen, was eine Lücke ist, empfiehlt sich ein schrittweises Vorgehen.<sup>30</sup> Dabei darf das theoretische Ziel<sup>31</sup> bzw. die Aufgabe<sup>32</sup> des Lückenkonzepts nicht aus den Augen verloren werden:

---

24 Siehe – auch zum Vorstehenden – nur *Engisch*, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII (S. 193) u. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 828.

25 Zutr. *Looschelders/W. Roth*, S. 258, die einerseits die fehlende Differenzierung kritisieren u. ihrerseits zwischen der Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut des Gesetzes, gegen die Regelungsentscheidung des Gesetzgebers oder seine Wertentscheidung unterscheiden.

26 Siehe nur *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> S. 472 f. m. w. N. (in Fn. 144).

27 Besonders deutlich etwa *Engisch*, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 198): „Letztlich ist es gewiss eine terminologische Frage, wie weit man den Lückenbegriff ausdehnt.“ Ähnlich *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 1 (S. 15): Bei der Bildung juristischer Begriffe handele es sich „um nichts weniger als um eine Frage bloßen Beliebens.“

28 Ausf. zum Lückenbegriff etwa *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 1 ff. (S. 15 ff.) u. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 832 ff. Siehe auch *Engisch*, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. (S. 194 ff.) u. dessen zahlr. Nachw. zum „Lückenproblem“ (in Fn. 3).

29 Insoweit sei auf die ausf. Darstellungen bei *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> S. 472 ff.; *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 1 ff. (S. 15 ff.) u. passim; sowie bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 832 ff. verwiesen.

30 Allgemein zur Methode der juristischen Begriffsbildung *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> S. 300 ff. zum Begriff des „Rechts“ u. *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 1 ff. (S. 15 ff.) zum Begriff der „Lücke“.

31 *Engisch*, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 196).

Mit dem Konzept der Lücke soll der Bereich abgesteckt werden, in dem der Rechtsanwender zur Rechtsergänzung *praeter legem* berechtigt und berufen ist.<sup>33</sup> Dieser Bereich ist zur einen Seite hin von der schlichten Subsumtion unter das lückenlose Gesetz und zur anderen Seite hin von der Gesetzesberichtigung abzugrenzen.

*Engisch* wählt als Ausgangspunkt eine Art Lückengrundbegriff: Danach ist die Lücke eine unbefriedigende Unvollständigkeit innerhalb des Rechtsganzen.<sup>34</sup> Über die Unvollständigkeit innerhalb des Rechtsganzen gelingt die Abgrenzung zur schlichten Subsumtion,<sup>35</sup> weil eine Ergänzung schon begrifflich nur dort in Betracht kommt, wo eine Unvollständigkeit besteht.<sup>36</sup> Darüber hinaus erlaubt die Unvollständigkeit ebenfalls eine erste Abgrenzung zu den Fällen der Gesetzesberichtigung, weil ein gesetzlicher Entscheidungsmaßstab nur dort missachtet werden kann, wo er besteht. Die weitere Abgrenzung zur Gesetzesberichtigung wird dadurch ermöglicht, dass eine etwaig gefundene Unvollständigkeit auch unbefriedigend sein muss,<sup>37</sup> weil die gewollte Unvollständigkeit ihrerseits gesetzlicher Entscheidungsmaßstab sein kann. Beide Aspekte bedürfen einer am Ziel des Konzeptes ausgerichteten Präzisierung.

## 1. Unvollständigkeit im Rechtsganzen

In einem ersten Schritt ist zu klären, welches „Material“ oder „Substrat“ mit dem Rechtsganzen gemeint ist, dessen Unvollständigkeit eine Lücke darstellen soll.<sup>38</sup> Das Rechtsganze, in dem die Unvollständigkeit festgestellt werden muss, ist dabei das positive Recht als Gesamtheit des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts.<sup>39</sup>

---

32 *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 5 (S. 17).

33 *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 9 (S. 21). Auch *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 196 f.) verfolgt mit dem Lückenbegriff das theoretische Ziel, die als Rechtsergänzung bezeichnete Methode juristischen Denkens zu umschreiben.

34 *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. (S. 194).

35 So bereits die Abschnittsüberschrift bei *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> vor §§ 6 ff. (S. 19 ff.), der aber statt von „Subsumtion“ von „Auslegung“ spricht. Siehe auch *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 196 f.).

36 *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 196 f.).

37 Siehe die Abschnittsüberschrift bei *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> vor §§ 20 ff. (S. 31 ff.), der jedoch von „Planwidrigkeit“ spricht.

38 Ausf. zu den vielfältigen Deutungsmöglichkeit *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 195 ff.), der (S. 196) von einem „Begriffsgestrüpp“ spricht. Ausf. zur Unvollständigkeit auch *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 6 ff. (S. 19 ff.).

Weiter stellt sich die Frage, wann dieses Rechtsganze unvollständig ist. Die gängige Formulierung in der Methodenlehre geht dahin, dass eine Unvollständigkeit als Teil des Lückenkonzeptes vorliege, wenn das positive Recht eine Antwort auf eine Rechtsfrage nicht vorsieht, obwohl bestimmte Sachverhalte eine solche Antwort erwarten.<sup>40</sup> Geben dagegen das Gesetz oder das Gewohnheitsrecht eine durch Auslegung ermittelbare Antwort auf die Rechtsfrage, ist das positive Recht nicht unvollständig und eine Rechtsergänzung praeter legem kommt nicht in Betracht.<sup>41</sup>

Diese Formulierung ist in einer ganz wesentlichen Hinsicht zu ungenau. Denn sie lässt offen, was mit einer Antwort des positiven Rechts gemeint ist. In einer normenhierarchisch strukturierten Rechtsordnung führt das sogenannte „Rechtsverweigerungsverbot“<sup>42</sup> dazu, dass es unbeantwortete Rechtsfragen als solche gar nicht geben kann. Der angerufene Richter muss stets eine Entscheidung fällen und darf die Rechtslage nicht im Unklaren lassen.<sup>43</sup> Wann immer die Rechtsordnung auf einer bestimmten Hierarchieebene keine (ausformulierte) Regelung vorsieht, ist der Rechtsanwender gezwungen,<sup>44</sup> die erforderliche Antwort aus der übergeordneten Hierarchieebene abzuleiten. Dann aber gäbe es im deutschen Recht keine Lücken und wäre der Rechtsanwender nie zur Rechtsfortbildung berufen.<sup>45</sup>

---

39 Bydlinski, Methodenlehre;<sup>2</sup> S. 473; Canaris, Lückenfeststellung;<sup>2</sup> § 19 (S. 30); Engisch, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 196 f.).

40 Siehe nur Engisch, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 197).

41 Canaris, Lückenfeststellung;<sup>2</sup> § 18 (S. 29 f.); Engisch, Einführung;<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 197).

42 Ausf. zum Rechtsverweigerungsverbot, auf das i. R. d. Untersuchung nicht vertieft eingegangen werden kann, nur Klappstein, in: Bäcker/Baufeld (2005), S. 111 (116 f.); Maultzsch, S. 90 ff. u. Schumann, ZZP 81<sup>1</sup> (1968), S. 79 ff.

43 Schumann, ZZP 81<sup>1</sup> (1968), S. 79 (80). Vgl. auch Canaris, Lückenfeststellung;<sup>2</sup> § 47 (S. 55 f.) u. Zippelius, Methodenlehre;<sup>11</sup> § 13 III (S. 67).

44 Siehe BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („Soraya“) – BVerfGE 34, 269 ff. (291), das von dem „unter Entscheidungszwang stehenden Richter“ spricht.

45 Schon die Rspr. des BVerfG belegt, dass diese Lesart nicht richtig sein kann. Denn die Rechtsfortbildung gehöre von Verfassungs wegen zu den Befugnissen u. Aufgaben der Gerichte. So bereits im Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („Soraya“) – BVerfGE 34, 269 ff. (286 ff.). Seither st. Rspr., siehe nur den Beschl. v. 11. 10. 1978 – 1 BvR 84/74 („Sachverständigenhaftung“) – BVerfGE 49, 304 ff. (318); Beschl. v. 19. 10. 1983 – 2 BvR 485/80 u. a. („Sozialplan“) – BVerfGE 65, 182 ff. (190); Beschl. v. 12. 11. 1997 – 1 BvR 479/92 u. a. („Kind als Schaden“) – BVerfGE 96, 375 ff. (394 f.); Beschl. d. 1. Kammer des Ersten Senats v. 17. 9. 2013 – 1 BvR 1928/12 – ZIP 2013;<sup>44</sup> S. 2105 ff. (Rn. 33).

Mit der fehlenden Antwort des Rechtsganzen auf eine Rechtsfrage ist indes nicht gemeint, dass die Rechtsordnung als Ganze für den Einzelfall keine Rechtsfolge bereit hielte. Vielmehr geht es darum, dass sich der nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebundene Rechtsanwender gegenwärtigt, ob und in welchem Umfang er bei seiner Entscheidung den demokratisch legitimierten Gesetzgeber hinter sich wähen darf oder er ohne dessen Rückendeckung selbst als Not-Ersatz-Gesetzgeber tätig werden muss. Solche Methodenfragen sind letztlich Verfassungsfragen,<sup>46</sup> bei denen es im Kern um nicht weniger als die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip geht.<sup>47</sup> In diesem Sinne ist das *Fehlen einer Antwort des Rechtsganzen auf eine Rechtsfrage* aus verfassungsrechtlicher Perspektive und im Lichte der Gesetzesbindung zu präzisieren. Dabei ist Gegenstand der Gesetzesbindung nicht der Wortlaut, der Text als Zeichenfolge, sondern der Sinn und die Bedeutung des Textes.<sup>48</sup> Bezugspunkt ist damit der Inhalt des Gesetzes, sprich: „die in der jeweiligen Norm getroffene gesetzgeberische Wertentscheidung.“<sup>49</sup>

Wo der Gesetzgeber eine solche – ggf. erst im Wege der Auslegung ermittelbare – Interessenbewertung und Wertentscheidung vor(weg)genommen hat, liefert das Rechtsganze eine gesetzgeberische Antwort und ist das Gesetz lückenlos. Der Rechtsanwender hat als „(denkend) gehorsame[r] Diener des demokratisch erlassenen Gesetzes“<sup>50</sup> das vom Gesetzgeber inhaltlich Vorentschiedene seiner Entscheidung im Regelfall zugrunde zu legen (Rechtsanwendung *secundum legem*).<sup>51</sup> Hier kommt allenfalls Gesetzesberichtigung (*contra legem*), niemals aber Rechtsergänzung (*praeter legem*) in Betracht. Wo der Gesetzgeber hingegen eine solche Entscheidung nicht getroffen hat, kann der Rechtsanwender das vom Gesetzgeber inhaltlich (nicht) Vorentschiedene seiner Entscheidung nicht zugrunde legen. Der „unter Entscheidungszwang stehende Richter“<sup>52</sup> ist selbst und an Stelle des Gesetzgebers zur Vornahme der Interessenbewertung berechtigt und verpflichtet.<sup>53</sup> Schon

46 So ausdr. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!<sup>1</sup> Rn. 706.

47 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!<sup>1</sup> Rn. 649 ff. u. 706 ff. Siehe auch *Looschelders/W. Roth*, S. 15 u. 50.

48 *Chr. Fischer*, Topoi, S. 487 f. u. in: *ZfA* 2002<sup>2</sup> S. 215 (221).

49 *Chr. Fischer*, *ZfA* 2002<sup>2</sup> S. 215 (221) u. ähnlich in: Topoi, S. 488. Ganz in diesem Sinne auch *Looschelders/W. Roth*, S. 51 m. zahlr. Nw. (in Fn. 128).

50 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!<sup>1</sup> Rn. 708.

51 Vgl. *Chr. Fischer*, Topoi, S. 487 f.

52 BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („*Soraya*“) – BVerfGE 34, 269 ff. (291).

53 Vgl. auch hier das Eingangszitat von *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!<sup>1</sup> Rn. 825: „Wo gesetzliche Wertungen fehlen, ist die richterliche Wertung unvermeidbar.“

weil der Rechtsanwender bei dieser Tätigkeit – wie sogleich zu zeigen sein wird<sup>54</sup> – völlig anderen Beschränkungen unterliegt, sollte diese ihm aufgenötigte „Usurpation normsetzender Funktionen“ aufgedeckt und nicht „im Tarnmantel der ‚Auslegung‘ präsentiert“ werden.<sup>55</sup>

**Anm. 6.2:** Zur Verdeutlichung: Die Rechtsordnung wird auf der höheren – und deshalb stets abstrakteren – Hierarchieebene kaum je eine eindeutige Antwort auf die spezifische Rechtsfrage bereithalten. Sie wird dem Rechtsanwender vielmehr die äußeren Grenzen eines Entscheidungskorridors setzen, der stets verschiedene Antwortmöglichkeiten enthält, aus denen eine ausgewählt werden muss. Die selbständige Auswahl aus verschiedenen, selbst hergeleiteten Entscheidungsvarianten ist methodisch – und im Hinblick auf Gesetzesbindung, Gewaltenteilung und Demokratieprinzip – freilich etwas völlig anderes, als die Anwendung einer vom Gesetzgeber vorausentschiedenen Interessenbewertung auf den Einzelfall.

Kurzum: Das *Fehlen einer Antwort des Rechtsganzen* meint nicht das Fehlen einer – auf welchem Wege auch immer ermittelten – Rechtsfolge, das es im deutschen Recht tatsächlich nicht geben kann. Gemeint ist vielmehr das Fehlen einer von dem Gesetzgeber vorab vorgenommenen Interessenbewertung, die der Rechtsanwender als „(denkend) gehorsame[r] Diener des demokratisch erlassenen Gesetzes“<sup>56</sup> seiner Entscheidung zugrunde legen kann. Wo eine solche Vorabentscheidung des Gesetzgebers fehlt, ist das Rechtsganze in diesem Sinne unvollständig und kann eine zur Rechtsfortbildung berechtigende und verpflichtende Lücke vorliegen.

## 2. Unbefriedigende Unvollständigkeit

Allerdings berechtigt nicht jede festgestellte Unvollständigkeit des positiven Rechts zur ergänzenden Rechtsfortbildung. Vielmehr ist zu fordern, dass das positive Recht eine Frage nicht beantwortet, obwohl es eine Antwort zwingend fordert.<sup>57</sup> Das Schweigen des Rechtsganzen zu einer Rechtsfrage kann auch einem maßgeblichen Plan des Gesetzgebers entsprechen.<sup>58</sup> Diesem steht es frei, gewisse Tatbestände und Verhaltensweisen nicht mit einer Rechtsfolge

---

54 Siehe unten C. (S. 178).

55 Vgl. die entsprechende Kritik bei *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 649.

56 Abermals *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 708.

57 Siehe etwa *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 198), der verlangt, dass die fehlende Regelung „vermisst“ werden muss. Ähnlich auch *Canaris*, *Lückenfeststellung*<sup>2</sup> § 29 (S. 39).

zu versehen, obwohl der Rechtsanwender eine solche Verknüpfung erwarten würde.

Eine dergestalt „unbeantwortete“ Rechtsfrage stellt jedoch keine Lücke dar. Das planvolle und bewusste Schweigen des Gesetzes ist als Nichtanknüpfung von Rechtsfolgen vielmehr selbst eine Interessenbewertung und damit Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage. Genau genommen ist das Rechtsganze in einem solchen Fall schon nicht unvollständig.<sup>59</sup> Die „Unvollständigkeit“ ist jedenfalls nicht unbefriedigend oder planwidrig.<sup>60</sup> Eine Ergänzung im Rahmen dieser planvollen „Unvollständigkeit“ wäre dann nicht Rechtsergänzung praeter legem, sondern Korrektur einer missfallenden Regelung und deshalb Gesetzesberichtigung contra legem.

### 3. Lückenkernbegriff als Arbeitshypothese

Werden die komplizierten und umstrittenen Randbereiche des Lückenkernbegriffs dergestalt beiseite geschoben, kann der verbleibende und weitgehend unstrittige Rest des Konzepts als Lückenkernbegriff formuliert werden: Danach bedarf es für die Annahme einer Lücke jedenfalls einer Unvollständigkeit im Rechtsganze, die vorliegt, wenn weder Gesetz noch Gewohnheitsrecht die Antwort auf eine Rechtsfrage geben, die der Rechtsanwender stellen muss. Das Schweigen des Gesetzes muss dabei insofern unbefriedigend sein, als die Rechtsordnung eine solche Antwort zwingend fordert und das Schweigen des Gesetzes nicht selbst Antwort auf die Rechtsfrage ist.

## III. Der Schaden als Lücke

An diesem Lückenkernbegriff lässt sich das Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht messen. Wird ein Gericht mit einem Schadenersatzverlangen konfrontiert, hat es den vorgetragenen Sachverhalt an den Vorgaben der Rechtsordnung zu messen. Soweit der unstrittige und der bewiesene Vortrag zusammengenommen alle Voraussetzungen einer Ersatz-

58 *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 198). *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 30 (S. 40) spricht von qualifiziertem, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!<sup>1</sup> Rn. 838 sprechen von beredtem Schweigen.

59 Ähnlich *Looschelders/W. Roth*, S. 281.

60 So *Engisch*, Einführung<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 198). Ausf. zu den weiteren Problemen des Merkmals der Planwidrigkeit *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 20 ff. S. 31 ff.

pflichtanordnung erfüllen, ohne dass gleichzeitig auch die Voraussetzungen einer Gegennorm vorliegen, ist dem klägerischen Antrag stattzugeben. Anderenfalls ist die Klage abzuweisen.

Eine Voraussetzung einer jeden Ersatzpflichtanordnung ist das Vorliegen eines Schadens.<sup>61</sup> Die Entscheidung über das Schadenersatzverlangen wirft deshalb unweigerlich die Rechtsfrage auf, ob sich in dem vorgetragenen Sachverhalt Umstände finden, die rechtlich als Schaden zu qualifizieren sind. Das ist, sieht man von den Fällen evidenter Schäden<sup>62</sup> ab, eine ergebnisoffene, wertende Entscheidung. Der Aufruf des historischen Gesetzgebers, die Praxis möge sich „uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift [...] auch fernerhin im Einzelfalle [...] zurechtfinden“,<sup>63</sup> impliziert immerhin die Möglichkeit, eingetretene Nachteile nicht als Schaden einzuordnen, obwohl sie ein solcher sein könnten. Die Qualifikation als Schaden ist deshalb eine Rechtsfrage, die der mit einem Schadenersatzverlangen befasste Rechtsanwender stellen muss.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass weder der historische noch der Gesetzgeber des Grundgesetzes die insoweit erforderliche Interessenbewertung vor(weg)genommen hat. Das positive Recht gibt auf diese Frage keine Antwort. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG enthält insoweit keinen eigenen Entscheidungsmaßstab. Vielmehr liegt dieser Vorschrift der allgemeine zivilrechtliche Schadensbegriff zugrunde. Das Gesetz enthält indessen keine Definition des Schadens. Die §§ 249 ff. BGB befassen sich mit der Ersatzleistung als Reaktion auf den Schaden und legen deshalb nicht ihrerseits fest, was ein Schaden ist. Der lange gepflegten Übung, den Schaden durch mehr oder weniger ausdrückliche Anknüpfung an den Zustandsvergleich des § 249 Abs. 1 BGB zu bestimmen, kann kein entsprechendes, die Rechtsfrage beantwortendes Gewohnheitsrecht entnommen werden. Denn auch die noch so lange Übung kann nicht darüber hinweg helfen, dass die §§ 249 ff. BGB erst dann zur Anwendung gelangen, wenn das Vorliegen eines Schadens schon feststeht. Ein von den §§ 249 ff. BGB losgelöstes Gewohnheitsrecht, dass die Schadensfeststellung von einer strengen Differenzhypothese abhängig macht, gibt es nicht. Zu zahlreich sind die entsprechenden Ausnahmen.<sup>64</sup> Das

---

61 Siehe zur Einordnung des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflichtanordnung bereits oben § 4 A. II. (S. 100).

62 Bspw. die Einbuße im Eigentum durch Zerstörung einer Fensterscheibe oder die Einbuße in der körperlichen Unversehrtheit durch einen Schnitt in der Wange.

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

64 Insoweit sei nur auf *Medicus*, in: FS Nobbe (2009), S. 995 verwiesen, dessen Beitrag schon im Titel die Frage stellt: „Was ist von der Differenzhypothese noch übrig?“

Rechtsganze enthält deshalb keine Antwort auf die Frage, was ein Schaden ist. Es ist insoweit unvollständig.

Diese Unvollständigkeit ist auch unbefriedigend. Die im Gesetz vorgesehenen Ersatzpflichtanordnungen machen deutlich, dass entsprechende Sachverhalte durchaus mit einer Rechtsfolge verknüpft sein sollen. Das Schweigen des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers zum Merkmal des Schadens ist deshalb kein „beredtes Schweigen“. Vielmehr ging der historische Gesetzgeber davon aus, dass eine Festlegung des Schadensbegriffs durch das Gesetz (noch) nicht erfolgen könne.<sup>65</sup> Der Gesetzgeber hatte die Interessenbewertung nicht – auch nicht teilweise<sup>66</sup> – vornehmen wollen, damit die Praxis sich auch fernerhin im Einzelfall zurecht finde.<sup>67</sup> Eine solche bewusste Offenlassung einer Rechtsfrage verbunden mit der Delegation an die Praxis kommt einem „Auftrag“ zur Rechtsergänzung gleich.<sup>68</sup>

**Anm. 6.3:** Die Planwidrigkeit lässt sich jedoch auch jenseits dieses „Auftrags“ positiv feststellen.<sup>69</sup> Denn das Unbefriedigende an der festgestellten Unvollständigkeit wird deutlich, wenn wiederum das sogenannte „Rechtsverweigerungsverbot“<sup>70</sup> hinzugenommen wird. Der mit dem Ersatzverlangen konfrontierte Richter muss eine Entscheidung fällen und darf die Rechtslage nicht im Unklaren lassen.<sup>71</sup> Wenn auch das positive Recht keine Antwort auf die Frage nach dem Schaden bereithält,

---

— „Fast nichts!“ scheint die Zusammenfassung am Ende des Beitrags (S. 1007 f.) zu antworten.

65 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10. Siehe dazu ausf. oben § 5 B. II. 2. b) (S. 143).

66 Deshalb lässt sich auch schwerlich vertreten, dass der Rechtsanwender eine nur unvollständige Wertentscheidung des Gesetzgebers konkretisierte.

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

68 Von einem „gesetzgeberische[n] Auftrag zur ergänzenden Rechtsfortbildung“ sprechen auch *Looschelders/W. Roth*, S. 289. Für eine Befugnis zur Rechtsfortbildung bei offener Delegation etwa *Diedrichsen*, in: FS Klingmüller (1974), S. 65 (83) u. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 851 jew. zur Vorteilsanrechnung. Ähnlich *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. VII I. 1. (S. 197), der bei Vorliegen einer solchen Delegation von einer „gewollten Lücke“ spricht. Siehe aus der Zeit vor Geltung des Grundgesetzes das RG (Vereinigte Strafsenate), *Beschl. v. 2. 5. 1934 – 1 D 1096/33 – RGSt 68*, 257 ff. (259), das aus der bewussten Offenlassung des Gesetzgebers zur Wahlfeststellung ohne Weiteres die Kompetenz zur Lückenausfüllung entnahm.

69 Das verlangt *Canaris*, *Lückenfeststellung*,<sup>2</sup> § 124 (S. 134 f.) auch in den Fällen offener Delegation in ausdr. Opposition zum RG. Seine Kritik, § 148 (S. 154 f.), stellt jedoch nicht das Vorliegen einer Lücke in Frage. Die „schwerwiegenden Folgen“ beziehen sich mehr auf die Art u. Weise, in der die Lücke geschlossen wurde.

70 Ausf. zum Rechtsverweigerungsverbot, auf das i. R. d. Untersuchung nicht vertieft eingegangen werden kann, nur *Klappstein*, in: *Bäcker/Baufeld* (2005), S. 111 (116 f.); *Maultzsch*, S. 90 ff. u. *Schumann*, *ZZP* 81<sup>1</sup> (1968), S. 79 ff.

zwingt es den Richter,<sup>72</sup> im gegebenen Fall – auch – hierüber eine Entscheidung zu treffen. Die Rechtsordnung als ganze fordert mithin die Antwort auf eine Rechtsfrage, die das positive Recht selbst nicht gibt. Das Rechtsganze enthält deshalb eine unbefriedigende Unvollständigkeit, sprich: eine zur ergänzenden Rechtsfortbildung berechtigende Lücke.

#### IV. Zwischenergebnis

Das positive Recht enthält hinsichtlich der Frage, was Schaden ist, eine Lücke. Der Gesetzgeber hat einen verbindlichen Entscheidungsmaßstab nicht aufgestellt und die erforderliche Interessenbewertung selbst nicht vorgenommen. Im Wege der Auslegung – verstanden als das Instrument zur Ermittlung einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenbewertung – wird sich der nicht vorhandene Entscheidungsmaßstab nicht finden lassen. Erst recht muss dieser Versuch scheitern, wenn mit den §§ 249 ff. BGB Regelungen befragt werden, die sich mit dem Schaden gar nicht befassen. Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung muss deshalb sein, dass die Arbeit am Schadensbegriff ergänzende Rechtsfortbildung ist. Der Rechtsanwender ist, weil er das vom Gesetzgeber inhaltlich nicht Vorentschiedene seiner Entscheidung nicht zugrunde legen kann,<sup>73</sup> zur Rechtsfortbildung *praeter legem* berechtigt und berufen.<sup>74</sup>

#### B. Methoden der Lückenausfüllung

Die bloße Feststellung einer Lücke führt freilich nicht notwendig und jedenfalls nicht von selbst zu deren Schließung.<sup>1</sup> Vielmehr gilt es in einem nächsten Schritt, die Methoden der Lückenausfüllung zu beleuchten. Die juristische Methodenlehre hält insoweit zahlreiche Instrumente bereit.<sup>2</sup> Salopp

71 Schumann, ZZP 81<sup>1</sup> (1968), S. 79 (80). Vgl. auch Canaris, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 47 (S. 55 f.) u. Zippelius, Methodenlehre,<sup>11</sup> § 13 III (S. 67).

72 Siehe BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 („Soraya“) – BVerfGE 34, 269 ff. (291), das von dem „unter Entscheidungszwang stehenden Richter“ spricht.

73 Vgl. Chr. Fischer, Topoi, S. 488.

74 Pointiert wie treffend auch hier das Eingangszitat von Rühlers/Fischer/Birk, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 825: „Wo gesetzliche Wertungen fehlen, ist die richterliche Wertung unvermeidbar.“

1 Ausf. zum Verhältnis von Lückenfeststellung u. Lückenausfüllung Canaris, Lückenfeststellung<sup>2</sup> §§ 136 ff. (S. 144 ff.).

formuliert gibt es wissenschaftlich gut durchdrungene Instrumente (I.), die für die Arbeit am Schadensbegriff jedoch unbrauchbar sind. Jenseits dieser Instrumente beginnt der hier interessierende Bereich der Methodenlehre (II.), der wissenschaftlich jedoch kaum durchdrungen ist.<sup>3</sup>

In dieser Arbeit kann es nicht unternommen werden, diesen Bereich neu auszumessen. Gleichwohl kann schon mit einer nur oberflächlichen Betrachtung der Boden bereitet werden, um die „Schadens“-Qualität der Geldbuße zu untersuchen. Denn immerhin lässt sich – im nächsten Abschnitt (C.) – eine äußere Grenze der ergänzenden Rechtsfortbildung jedenfalls so präzise bestimmen, dass sich mit ihr auch die Frage nach dem Bußgeldregress wird beantworten lassen.

## I. Analogie, Umkehrschluss u. teleologische Reduktion

Zu den bekanntesten Methoden der Lückenausfüllung zählen die verschiedenen Spielarten der Analogie,<sup>4</sup> der Umkehrschluss und die teleologische Reduktion.<sup>5</sup> Für die Zwecke dieser Untersuchung sind sie jedoch unbrauchbar.

Mit der Analogie und dem Umkehrschluss wird versucht, bestehende rechtliche Normen fruchtbar zu machen, um den gesetzlich nicht geregelten Fall zu lösen.<sup>6</sup> Die Analogie wendet eine Vorschrift an, deren Voraussetzungen im gegebenen Fall zwar nicht erfüllt sind, die aber eine dem gesetzlich nicht geregelten Fall ähnliche Rechtsfrage behandelt.<sup>7</sup> Der Umkehrschluss bietet

---

2 Siehe etwa die Zusammenstellung der „wichtigsten Instrumente der Lückenfüllung in der Praxis“ bei *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 888 ff.

3 Als instruktive Ausgangspunkte sei insoweit auf *Bydlinski*, *Methodenlehre*,<sup>2</sup> S. 481 ff.; *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214 ff.); *Looschelders/W. Roth*, S. 304 ff. u. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 906 ff. verwiesen.

4 Als Spezialfälle der Analogie werden bspw. die verschiedenen Formen des Größenschlusses genannt, siehe nur *Bydlinski*, *Methodenlehre*,<sup>2</sup> S. 479 f.; *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214) m. w. N. (in Fn. 50). Auch die teleologische Extension wird teilw. als Spezialfall der Analogie angesehen, siehe etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 904 u. *Bydlinski*, *Methodenlehre*,<sup>2</sup> S. 475, letzterer in ausdr. Opposition zu *Canaris*, *Lückenfeststellung*,<sup>2</sup> §§ 81 f. (S. 89 ff.).

5 Siehe nur *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 888 ff. u. Rn. 899 ff.

6 Vgl. *Engisch*, *Einführung*,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214).

7 Vgl. *Hübner*, *BGB AT*,<sup>2</sup> Rn. 107; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,<sup>11</sup> Rn. 889. Zu den Unterschieden von Analogie u. teleologischer Extension – wenn man diese Unterscheidung vornehmen mag – etwa *Looschelders/W. Roth*, S. 304.

hierzu das Gegenstück.<sup>8</sup> Aus der gesetzlichen Anordnung einer Rechtsfolge für bestimmte Tatbestände wird geschlossen, dass diese Rechtsfolge für andere, dort nicht geregelte Tatbestände nicht gelten solle.<sup>9</sup>

Beide Instrumente beruhen deshalb wesentlich auf der „logische[n] und teleologische[n] ‚Expansionskraft‘ des Gesetzes“<sup>10</sup> und finden dort ihre Grenze, wo das positive Recht keine dem unregulierten Fall ähnliche Regelung enthält.<sup>11</sup> Das ist beim Schaden der Fall.<sup>12</sup> Die insoweit maßgebende Interessenbewertung ist für den Schaden nicht nur punktuell, sondern insgesamt unterblieben. Für eine Analogie fehlt eine ähnliche und deshalb übertragbare Regelung. Das Schweigen des Gesetzgebers ist – wie oben beschrieben<sup>13</sup> – unbefriedigend und taugt nicht als Grundlage für einen Umkehrschluss.

Die teleologische Reduktion schließlich versucht, dem erkennbaren Normzweck gegenüber dem überschießend weiten Wortlaut einer Vorschrift zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>14</sup> Dazu wird der Anwendungsbereich der Vorschrift durch Ergänzung der im Gesetz nicht vorhandenen Ausnahmeregelung „entgegen dem an sich eindeutigen Wortlaut“ eingeschränkt.<sup>15</sup> Auch insoweit fehlt für die Schadensfrage eine Norm, deren Wortlaut bestimmte Sachverhalte als Schaden qualifiziert, die dem Normzwecke nach keiner sein sollten.

---

8 So *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>1</sup> Rn. 899.

9 Siehe nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>1</sup> Rn. 900. Genau genommen müsste damit das Vorliegen einer zur Rechtsfortbildung berechtigenden Lücke verneint werden, weil das insoweit beredete Schweigen keine unbefriedigende Unvollständigkeit des Rechtsganzen darstellte. Der Umkehrschluss kann dann aber mangels Lücke kein Instrument der Lückenausfüllung sein. So aber etwa *Engisch*, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214).

10 So die treffende Formulierung bei *Engisch*, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214) für die Lückenausfüllung jenseits von Analogie, Umkehrschluss u. ähnlichen Instrumenten.

11 Ähnlich zu sog. Gebietslücken *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>1</sup> Rn. 908. Ähnlich auch *Engisch*, Einführung,<sup>12</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214).

12 Jedenfalls im Hinblick auf den zivilrechtlichen Schadensbegriff. Zwar enthält auch das Strafrecht einen Schadensbegriff. Dieser ist jedoch seinerseits gesetzlich nicht definiert u. wäre mangels Vergleichbarkeit nur schwerlich auf das Zivilrecht übertragbar.

13 Siehe dazu eben A. III. (S. 172).

14 *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> S. 480. Vgl. auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>1</sup> Rn. 903 u. *Canaris*, Lückenfeststellung<sup>2</sup> § 75 (S. 82 f.).

15 *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> S. 480; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>1</sup> Rn. 903.

## II. Lückenausfüllung „modo legislatoris“

Wo das Gesetz den Rechtsanwender vollends im Stich lässt,<sup>16</sup> spricht: die „logische und teleologische ‚Expansionskraft‘ des Gesetzes“<sup>17</sup> zur Schließung der Lücke nicht ausreicht, scheint aus methodischer Sicht der wilde Westen zu beginnen. Fehlen gesetzgeberische Wertungen, so ist die richterliche Wertung unvermeidbar.<sup>18</sup> Wer aber durch eigene Wertung eine eigens festgestellte Lücke schließen möchte, muss offen legen, nach welchen Maßstäben er diese ausfüllen will.<sup>19</sup> Dabei soll sich der Rechtsanwender – je nach Schule und Autor u. a.<sup>20</sup> – von allgemeinen Grundsätzen des Rechts, dem Geist der Rechtsordnung, dem richtigen Recht, dem Naturrecht oder der Natur der Sache leiten lassen, das rechte Mittel zum rechten Zweck wählen oder zur schöpferischen Eigenwertung befugt sein. Die höchst verdienstvolle Monographie, die den Weg durch diesen Dschungel bahnt – hier etwa zur „Methodik der Rechtsfortbildung im Bereich offener Delegation“ –, sucht man bislang vergebens. Sie kann – und muss<sup>21</sup> – auch hier nicht angeboten werden.

Allerdings mag man einen ersten Anhalt bei dem berühmten und viel zitierten<sup>22</sup> Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nehmen. Ohne aus dem Dickicht der verschiedenen Begründungstopoi herauszuführen,<sup>23</sup>

---

16 Vgl. *Honsell*, in: Staudinger (2018), Einl. Rn. 215.

17 *Engisch*, Einführung!<sup>2</sup> Kap. VII I. 2. (S. 214).

18 So treffend *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 825.

19 So *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 825. Ähnlich auch *Säcker*, in: Münch-Komm-BGB,<sup>8</sup> Einl. Rn. 106 m. w. N.

20 Diese Aufzählung muss zwangsläufig unvollständig bleiben. Für diese u. weitere Topoi *Engisch*, Einführung!<sup>2</sup> Kap. VII I. 2. (S. 216 f.) u. *Bydlinski*, Methodenlehre,<sup>2</sup> S. 483 f. jew. m. zahlr. Nw. (in Fn. 52 ff. bzw. 201 ff.).

21 Für die Frage nach der Zulässigkeit eines Bußgeldregresses wird es genügen, sich sogleich – C. (S. 178) – eine äußere Grenze der ergänzenden Rechtsfortbildung zu vergegenwärtigen.

22 Siehe nur *Engisch*, Einführung!<sup>2</sup> Kap. VII I. 2. (S. 218 u. 221); *Honsell*, in: Staudinger (2018), Einl. Rn. 215; *Hübner*, BGB AT,<sup>2</sup> Rn. 106 u. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 822.

23 Zu den „delikate[n] Probleme[n]“, die „die Formel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches“ aufwirft nur *Engisch*, Einführung!<sup>2</sup> Kap. VIII I. 2. (S. 221). Schon die Frage, nach welchen Grundsätzen der Gesetzgeber bei der Findung des Rechts selbst verfähre, nach der „Methodik der Gesetzgebung“, sei ein eigener großer Problemkreis. Monographisch zu Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen ZGB u. den damit verbundenen Fragen *Meier-Hayoz*, passim.

bringt er die Denkleistung, die dem Rechtsanwender abverlangt wird, auf eine greifbare Formel:<sup>24</sup>

„Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

Der durch das Schweigen des Gesetzgebers zur Rechtsfortbildung gezwungene Rechtsanwender soll die Lücke danach in letzter Instanz „modo legislatoris“ schließen: Er hat sich dazu in die Rolle des Gesetzgebers hineinzudenken<sup>25</sup> und die festgestellte Lücke in der Art und Weise zu schließen, von der er annehmen darf, dass auch der zur Regelung entschlossene Gesetzgeber sie wählen würde.<sup>26</sup> In einem ersten Schritt wird er alle in Betracht kommenden und im Konflikt stehenden Interessen herausstellen müssen.<sup>27</sup> Durch deren umfassende Abwägung wird er die generell-abstrakte Regel aufzustellen haben, die ohne „Rücksicht auf die Besonderheiten des zu behandelnden Falles“ eine „befriedigende, allgemeingültige Lückenausfüllung“ für die typische Interessenlage darstellt. Das führt freilich wieder zurück zu der Frage, von welchen der oben aufgeführten Begründungstopoi der Rechtsanwender sich bei der Abwägung der eruierten Interessen in welcher Reihenfolge leiten lassen soll und muss.

**Anm. 6.4:** Das bisherige Vorgehen in Wissenschaft und Praxis, dem gesetzlich nicht geregelten Merkmal des Schadens in der Auseinandersetzung zwischen natürlichem, normativem und ähnlichen anderen Schadensbegriffen Gestalt zu geben, ist letztlich nichts anderes. Der gesetzgeberische Auftrag zur Rechtsfortbildung modo legislatoris ist – sehr erfolgreich – angenommen worden. Statt sich aber „uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift [...] auch fernerhin im Einzelfalle [...] zurecht“ zu finden,<sup>28</sup> haben Wissenschaft und Praxis sich unnötig beschränkt, wenn sie meinten, die strengen Vorgaben der Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB beachten zu müssen. Eine tatsächlich zu beachtende Schranke der Rechtsfortbildung, um die es so gleich gehen wird, ist dabei jedoch konsequent ausgeblendet worden.

---

24 Siehe Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB<sub>CH</sub>) im Schweizerischen Bundesblatt (1907) VI;<sup>4</sup> S. 589 (589).

25 So treffend *Hübner*, BGB AT<sup>2</sup>, Rn. 106, unter Verweis eben auf Art. 1 Abs. 2 des ZGB<sub>CH</sub>.

26 *Looschelders/W. Roth*, S. 298.

27 Siehe – auch zum Folgenden – *Meier-Hayoz*, S. 164 ff. (Zitat auf S. 166).

28 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10. Herv. nur hier.

C. Grenzen der Lückenausfüllung

Der Rechtsanwender, der eine ungeregelte Frage im Rahmen der ergänzenden Rechtsfortbildung entscheiden muss, scheint anstelle des Gesetzgebers nicht weniger als „gesetzesvertretendes Richterrecht“<sup>29</sup> zu schaffen. Gleichwohl – und das ist für die Zwecke dieser Untersuchung das Entscheidende – ist er dabei keineswegs so frei, wie es der demokratisch legitimierte Gesetzgeber wäre.<sup>30</sup> Dieser kann – beschränkt allein durch die Grenzen der Verfassung – die nach seiner Vorstellung gerechteste oder zweckmäßigste Lösung wählen. Zu diesem Zweck kann er gar die bestehende Rechtsordnung neu ordnen oder auch radikal umgestalten. Für jenen aber gelten im Rahmen der Rechtsfortbildung ungleich engere Grenzen. Sie wurzeln in Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Rechtsprechung – auch im Rahmen der ergänzenden Rechtsfortbildung – an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Die Gerichte dürfen – mit den Worten des BVerfG<sup>31</sup> – nicht solche

„Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung dem Gesetzgeber übertragen worden sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.“

Mit anderen Worten: Der Richter ist keineswegs befugt, den Entscheidungsmaßstab so zu fassen, wie *er persönlich* ihn als Gesetzgeber aufstellen würde.<sup>32</sup> Vielmehr ist er auch im Rahmen der ergänzenden Rechtsfortbildung an sämtliche Vorgaben der geltenden Rechtsordnung gebunden – auch und gerade an solche des einfachen Gesetzgebers.<sup>33</sup> Neben der Verfassung, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dergleichen mehr muss der Rechtsan-

29 So etwa das BAG (GrS), Beschl. v. 21. 4. 1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292 ff. (320).

Vor möglichen Missverständnissen dieser Bezeichnung warnen etwa *Looschelders/W. Roth*, S. 301 f.

30 BAG (GrS), Beschl. v. 21. 4. 1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292 ff. (320); BAG, Urt. v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140 ff. (160); *Looschelders/W. Roth*, S. 301 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 887.

31 Beschl. v. 25. 1. 2011 – 1 BvR 918/10 („*Dreiteilungsmethode*“) – BVerfGE 128, 193 ff. (211). Nachw. entfernt, Herv. nur hier. Ähnlich bereits der Beschl. v. 3. 4. 1990 – 1 BvR 1186/89 („*nicht ehelicher Lebenspartner als Mieter*“) – BVerfGE 82, 6 ff. (12) u. später das Urt. v. 11. 6. 2012 – 1 BvR 3142/07 u. a. („*Gesamtanalogie Delisting*“) – BVerfGE 132, 99 ff. (127) m. w. N.

32 So aber – wenigstens missverständlich – *Enneccerus/Nipperdey*!<sup>15</sup> S. 344: „Kurz, wir urteilen nach der Regel, die wir als Gesetzgeber aufstellen würden.“ Im Original ab „Regel“ gesperrt. Krit. auch *Looschelders/W. Roth*, S. 303.

wender jedenfalls auch das innere System der Gesamtrechtsordnung und die fernwirkenden Wertungen einschlägiger Rechtsnormen beachten.<sup>34</sup> Stets bleibt er dienender Gehilfe der Gesetzgebung.<sup>35</sup> Zwar darf und muss er die geltende Rechtsordnung ergänzen, wo diese unvollständig ist; bestehende Wertentscheidungen neu ordnen und umgestalten darf er hingegen nicht.

Damit ist der Rechtsanwender bei der Fortbildung des Rechts nur in jenem Bereich – mehr oder weniger – frei, in dem gesetzliche Entscheidungsmaßstäbe tatsächlich fehlen. Findet er bei der sich vorsichtig voran tastenden Ausfüllung dieses Wertungs-Vakuums „als de lege lata verbindlich festgestellte oder feststellbare konkretere normative Maßstäbe“,<sup>36</sup> so endet das Vakuum und mit ihm die Befugnis, das Recht fortzubilden. Der Bereich zulässiger Rechtsergänzung ist damit unter anderem von fernwirkenden Wertungen einschlägiger Vorschriften „eingezäunt“.

Danach ist die Formel, wonach der Rechtsanwender sich in die Rolle des Gesetzgebers hineindenken muss,<sup>37</sup> zu präzisieren: Wer das Recht ergänzen will und muss, hat sich in die Rolle desjenigen Gesetzgebers zu versetzen, der die betreffende Rechtsfrage *ohne Umgestaltungstendenz in Einklang mit den bereits geltenden Wertentscheidungen und den verankerten Prinzipien der Rechtsordnung* regeln will.<sup>38</sup> Wertentscheidungen, die der Gesetzgeber in anderen Vorschriften tatsächlich normiert hat, dürfen nicht durch die Lückenausfüllung im Bereiche solcher Vorschriften durchkreuzt werden, bei denen der Gesetzgeber eine entsprechende Wertentscheidung gerade nicht getroffen hat.

---

33 BAG, Urt. v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140 ff. (160); *Looschelders/W. Roth*, S. 301 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 887 u. 910.

34 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 887 u. 910. Schon *Heck*, AcP 112<sup>1</sup> (1914), S. 1 (230 ff.) sprach von der „Fernwirkung“ gesetzlicher Wertungen, die bei der Lückenfüllung zu berücksichtigen sei.

35 So *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 887 u. 910.

36 *Bydlinski*, Methodenlehre,<sup>2</sup> S. 584 – allerdings zur Konkretisierung von Generalklauseln. Zust. *Scholz*, S. 270 f.

37 *Hübner*, BGB AT<sup>2</sup> Rn. 106.

38 So zutr. *Looschelders/W. Roth*, S. 303.

D. Ergebnis, Ausblick und Konsequenzen

I. Ergebnis

Die positive Rechtsordnung ist bezüglich der Frage nach dem Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht lückenhaft. Die Ausformung des Schadensbegriffs ist deshalb Rechtsfortbildung *praeter legem*. Mangels jedweder Vorschriften zu hinreichend ähnlichen Rechtsfragen ist dem Problem mittels Analogie, Umkehrschluss und teleologischer Reduktion nicht beizukommen. Vielmehr ist es Aufgabe des zur Entscheidung berufenen Rechtsanwenders, die Lücke *modo legislatoris* zu schließen. Dazu muss er denjenigen Entscheidungsmaßstab aufstellen, von dem er annehmen darf, dass auch der Gesetzgeber ihn zur Schließung dieser Lücke anwenden würde. Dabei sind jedoch alle positivierten Wertungsentscheidungen auch fernwirkender einfachgesetzlicher Vorschriften zu beachten. Wo die Qualifikation eines Nachteils als Schaden eine ggf. auch nur fernwirkende positivierte gesetzgeberische Wertung zu durchkreuzen droht, endet die Befugnis des Rechtsanwenders zur Rechtsfortbildung, weil dieser nach Art. 20 Abs. 3 GG auch insoweit an „Gesetz und Recht“ gebunden ist.

II. Ausblick: Schadensverständnis *praeter legem*

Die methodische Auseinandersetzung mit dem Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht wirft eine Vielzahl von Fragen auf, denen im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden kann. Für die Lösung der Frage nach der „Schadens“-Qualität von Geldbußen sind entsprechende Antworten auch nicht notwendig. Gleichwohl erscheint es sinnvoll, die über die hier zu untersuchende Frage hinausgehenden Möglichkeiten des gefundenen Ansatzes kurz darzutun. Dabei muss es vorerst genügen, diese Erwägungen kursorisch und skizzenhaft zusammenzustellen. Die Einzelheiten müssen möglichen späteren Arbeiten vorbehalten bleiben oder mögen – im besten Falle – anderen als Anregung für eigene Untersuchungen dienen.

1. Ein nicht unerheblicher Teil der Schiefelage oder des „desolaten Zustand[s]“<sup>39</sup> im sog. Schadensrecht beruht schon darauf, dass zahlreiche Institute mit verschiedener Funktion miteinander vermengt werden: Das Vorliegen eines Schadens (Schadensrecht im engeren Sinne), dessen Zurechnung zum

<sup>39</sup> So schon *Lieb*, JZ 1971,<sup>11</sup> S. 358 (358).

Verletzungstatbestand (Recht der Schadenszurechnung), die Festlegung von Modus und Umfang der Ersatzleistung (Ersatzleistungsrecht) sowie die Berücksichtigung etwaiger Vorteile (Vorteilsanrechnung) und eines etwaigen Mitverschuldens werden unter dem Schlagwort des Schadensrechts vereint. Wer so vorgeht und zugleich fordert, dass der „richtige“ Schadensbegriff eine Antwort auf alle diese Fragen gibt,<sup>40</sup> verlangt Unerfüllbares. Die Suche nach diesem Schadensbegriff muss in der Tat die viel gescholtene und fruchtlose „Jugendsünde“ bleiben.<sup>41</sup>

2. Vergleichbare Wunder werden den Voraussetzungen des Verletzungstatbestands – klassisch: des Haftungsrechts – nicht abverlangt. Dort wird etwa bei § 280 Abs. 1 BGB sauber zwischen dem Schuldverhältnis, der Pflichtverletzung, dem Vertretenmüssen und den gegebenenfalls zusätzlichen Voraussetzungen der Abs. 2 u. 3 unterschieden. Bei § 823 Abs. 1 BGB wird zwischen der Rechts(guts)verletzung, der Verletzungshandlung, der haftungsbegründenden Kausalität, der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden unterschieden. Jeder dieser Prüfungsschritte hat seine spezifische Aufgabe und braucht die Fragen der anderen Prüfungsschritte nicht zu beantworten.

Nichts anderes gilt für die übrigen Voraussetzungen der Ersatzpflichtanordnung. Die Ersatzpflicht als Vorfrage zu den §§ 249 ff. BGB setzt neben der Erfüllung des Verletzungstatbestands auch voraus, dass (überhaupt) ein Schaden entstanden ist (Schadensrecht im engeren Sinne). Auf dessen in Geld messbare Höhe oder dessen Einordnung als Vermögens- oder Nichtvermögensschaden kommt es auf Tatbestandsseite noch gar nicht an.<sup>42</sup> Jeder beliebige Nachteil gleich welcher Art und Höhe ist in der Lage, eine Ersatzpflicht auszulösen – sofern er rechtlich als Schaden zu qualifizieren ist. Sodann ist in einem weiteren Schritt für jede einzelne, als Schaden qualifizierte Position festzustellen, ob sie auf der Erfüllung des Verletzungstatbestands beruht (Recht der Schadenszurechnung). Dass nun der Schaden als Vorfrage der Schadenszurechnung zugleich seine Zurechnung zum Verletzungstatbe-

---

40 Nichts anderes verlangt *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 41, wenn er die Suche nach dem „richtigen“ Schadensbegriff aufgibt, weil dieser zur Lösung der Probleme des Allgemeinen Schadensrechts wenig beitrage.

41 Von einer solchen sprach zuerst *Selb*, AcP 173<sup>4</sup> (1973), S. 366 (367).

42 § 253 Abs. 1 BGB sorgt allein dafür, dass wegen „eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, [...] *Ersatz in Geld* [scil.: § 251 BGB] nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen verlangt werden“ kann. Eine mögliche Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB wird dadurch nicht ausgeschlossen, sodass es für die grds. Auslösung einer Ersatzpflicht auf die Qualifikation als (Nicht-)Vermögensschaden nicht ankommt.

stand sollte mitentscheiden können, ist weder möglich noch erforderlich. Erst wenn die Erfüllung des Verletzungstatbestands kraft Zurechnungszusammenhangs mit einzelnen Schadenspositionen verknüpft werden kann, steht für jede dieser Schadenspositionen fest, dass (insoweit) eine Ersatzpflicht besteht, und ist die Tür zu den §§ 249 ff. BGB aufgestoßen.

3. Dieses Ersatzleistungsrecht bzw. Haftungsfolgerecht muss dann freilich nur mehr einen Bruchteil jener Fragen beantworten, für die es bislang – mehr oder weniger offen und bewusst – herangezogen wurde. Seine ureigene Aufgabe besteht in den Worten der amtlichen Überschrift darin, „Art und Umfang des Schadenersatzes“, sprich: der Ersatzleistung festzulegen. Für die Art der Ersatzleistung gilt im – hier nicht weiter vertiefbaren – Grundsatz Folgendes: Soweit die Herstellung des in § 249 Abs. 1 BGB bezeichneten Zustands noch (mit verhältnismäßigen Aufwendungen) möglich ist,<sup>43</sup> hat der Ersatzpflichtige (§ 249 Abs. 1 BGB) diesen herzustellen oder (§ 249 Abs. 2 BGB)<sup>44</sup> den dazu erforderlichen Geldbetrag (als Vorschuss) zu bezahlen. Nach erfolgloser Fristsetzung kann der Geschädigte (§ 250 Satz 2 Hs. 1 BGB) Ersatz für die Kosten der noch möglichen Herstellung verlangen. Ist die Herstellung des Zustands nicht mehr (§ 251 Abs. 1 BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen (Abs. 2) möglich, so kann der Geschädigte Entschädigung in Geld verlangen.

Zum anderen muss der Umfang dieser Ersatzleistung bestimmt werden. Das ist tatsächlich die eigentliche Aufgabe der richtig verstandenen Differenzhypothese. Sie dynamisiert die Ersatzleistung, weil zwischen der Schädigung und der rechtskräftigen Entscheidung über den Schadenersatz viel Zeit vergehen kann. Dem Geschädigten sollen nur die Folgen des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes, nicht aber sein allgemeines Lebensrisiko abgenommen werden.<sup>45</sup> Der Ersatzpflichtige hat deshalb nach § 249 Abs. 1 BGB<sup>46</sup> (nur) „den Zustand herzustellen, der [ zum Zeitpunkt der letzten mündlichen

43 Arg. e contrario § 251 Abs. 1 u. 2 BGB.

44 Bei Lichte betrachtet handelt es sich bei § 249 Abs. 2 BGB deshalb auch nicht um einen Schadenersatz-, sondern einen *Aufwendungsersatzanspruch*.

45 Wird etwa durch Brandstiftung ein Haus zerstört, das zwei Monate später durch die Explosion einer in der Nähe gefundenen Fliegerbombe ebenfalls zerstört worden wäre, so mag man dem Geschädigten Ersatz für die zwischenzeitlich angefallenen Abraumkosten zusprechen. Über die Frage, ob er auch Ersatz für das zerstörte Haus selbst u. für die Kosten des Neubaus verlangen kann, die ihn nach seinem allgemeinen Lebensrisiko nachweislich auch ohne die Brandstiftung getroffen hätten, kann man hingegen trefflich streiten. Eine eindeutige Antwort ist den §§ 249 ff. BGB nicht zu entnehmen.

Verhandlung] bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Die zwischenzeitliche Behebung eines Schadens<sup>47</sup> führt nach der richtig verstandenen Differenzhypothese deshalb nicht dazu, dass der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht nicht mehr gegeben wäre.<sup>48</sup> Vielmehr ist der nach der Differenzhypothese zu ermittelnde Zustand bereits hergestellt und seine Herstellung durch Zweckerreichung für jedermann (§ 275 Abs. 1 BGB) unmöglich geworden. Der Geschädigte ist – entgegen der bisher gelebten Rechtspraxis – auf den billigen Ersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB zu verweisen. Die Differenzhypothese ermöglicht es insoweit, eine etwa eingetretene allgemeine Verteuerung oder alternative Kausalverläufe zu berücksichtigen.

4. Durch die Anknüpfung an „den Zustand [...], der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“, ist auch der dogmatische Anknüpfungspunkt für die Vorteilsanrechnung gefunden. Die Kompensation eines Schadens etwa durch einen Dritten lässt nicht die spezifische Verschlechterung eines bestimmten Rechtsgutes, sprich: den Schaden selbst entfallen. Vielmehr fügt sie der Gesamtheit der Rechtsgüter des Geschädigten *an anderer Stelle* einen Vorteil zu. Auch dieser Vorteil wäre nicht entstanden, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Frage der Vorteilsanrechnung geht deshalb weniger dahin, den Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht entfallen zu lassen. Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin, die Voraussetzungen dafür festzulegen, ob und unter welchen Bedingungen ein solcher Vorteil den Umfang der Ersatzleistung beschränkt oder vom Geschädigten an den Ersatzpflichtigen herauszugeben ist.

**Anm. 6.5:** Die so verstandene Vorteilsanrechnung lässt sich freilich nicht mit dem überkommenen Verständnis des Schadens als der Differenz zwischen zwei (Gesamt-)Güterlagen in Einklang bringen. Sie ruht vielmehr auf der Idee des Gesamtschadens als der Addition einzelner Schadensposten. Diese – hier nicht ausführlich begründbare<sup>49</sup> – Idee scheint ihrerseits schon vom Gesetz vorgegeben zu sein:

---

46 Der Aufwendungsersatz nach § 249 Abs. 2 u. § 250 Satz 2 Hs. 1 BGB knüpft an diesen gedachten (Ideal-)Zustand in gleicher Weise an, wie die Geldentschädigung nach § 251 Abs. 1 u. 2 BGB.

47 Der Geschädigte hat den Wagen nach dem Auffahrunfall u. vor der rechtskräftigen Entscheidung reparieren lassen.

48 Selbstverständlich war das Auto beschädigt u. lagen zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen der Ersatzpflicht vor. Ob der Ersatzpflichtige (noch) eine Handlung vornehmen muss, um den (Ideal-)Zustand des § 249 Abs. 1 BGB herzustellen, u. wie diese ggf. auszusehen hat, ist eine andere Frage.

Nach § 253 Abs. 1 BGB kann wegen „eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, [...] Entschädigung in Geld [grds. nicht] gefordert werden.“ Das ist ersichtlich für jede Schadensposition einzeln zu ermitteln, soll nicht ein einzelner nicht-Vermögensschaden die Geldeentschädigung für jeden auf demselben Ereignis beruhenden Vermögensschaden ausschließen. Nach § 254 Abs. 1 BGB hängt u. a. der Umfang des zu leistenden Ersatzes auch davon ab, „inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.“ Auch diese Frage lässt sich sinnvoll nur beantworten, wenn zwischen verschiedenen Schadenspositionen unterschieden wird.<sup>50</sup> Schließlich lässt sich der Gesamtschaden auch aus prozessualer Perspektive nur als die Summe einzelner Schadensposten denken:<sup>51</sup> Zwar kann der Kläger nach § 253 Abs. 2 Satz 2 ZPO seinen Ersatzanspruch bzw. seine Ersatzansprüche mit einem Gesamtbetrag beziffern. Die Dispositionsmaxime zwingt ihn jedoch, die konkreten einzelnen Schadensposten, die nachteiligen Folgen des schädigenden Ereignisses, darzulegen und zu beziffern.

### III. Konsequenzen für die Untersuchung

Für die vorliegende Untersuchung hat das Ergebnis der methodischen Analyse ganz andere Konsequenzen. Einmal ist die kaum hinterfragte Prämisse, auf der die Opposition gegen den Regressausschluss im Wesentlichen ruht, jedenfalls in ihrer Absolutheit widerlegt: Der durch eine Geldbuße verursachte Vermögensnachteil ist weder zwingend noch selbstverständlich ein zum Ersatz verpflichtender Schaden. Nicht nur der bisher angebotene Regressausschluss, sondern vor allem auch die auf dieser Prämisse aufbauende Annahme eines Bußgeldregresses stehen deshalb auf „tönernen Füßen“.<sup>52</sup>

Zum anderen aber mündet die Antwort des zivilrechtlich-methodischen Teils dieser Arbeit unmittelbar in die nächste Frage. Noch bevor in der Auseinandersetzung zwischen natürlichem und normativem Schadensbegriff ermittelt werden darf, ob der durch die Geldbuße verursachte Vermögensnachteil als Schaden zu qualifizieren ist, bedarf es eines weiteren Schritts. Denn zunächst muss überprüft werden, ob der Rechtsanwender insoweit

49 Als instruktiven Ausgangspunkt siehe *Flume*, in: BeckOK-BGB;<sup>56</sup> § 249 Rn. 39 ff. m. zahlr. Nw. Siehe auch *Honsell*, in: FS schwGHV (2010), S. 255 (261); *Keuk*, S. 18 ff.; *Medicus*, in: FS Nobbe (2009), S. 995 ff. u. *Würthwein*, S. 228 ff.

50 Wer bei einem unverschuldeten Autounfall große Verletzungen erleidet, weil er nicht angeschnallt gefahren ist, mag den Körperschaden in erheblichem Umfang, den Sachschaden aber gar nicht mitverursacht haben.

51 Vgl. zum Folgenden *Würthwein*, S. 230 m. w. N.

52 So der Vorwurf, den *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45 gegen die Vertreter eines sanktionsrechtlichen Regressausschlusses erhebt.

zur Rechtsfortbildung berechtigt ist. Dabei wird es entscheidend darauf ankommen, ob der Gesetzgeber mit den Regelungen zur (Verbands-)Geldbuße einen Entscheidungsmaßstab positiviert hat, der durch die zivilrechtliche Nachbereitung durchkreuzt würde. Dazu werden Zweck und Mechanismus des § 30 OWiG sehr viel präziser herausgearbeitet werden müssen, als dies bisher erfolgt ist. Denn in der bisherigen und vorwiegend zivilrechtlich geführten Diskussion um den Bußgeldregress sind die methodischen Fragen und die Grenzen der Rechtsfortbildung weder bedacht noch beachtet worden. Das wiederum hat dazu geführt, dass das Kampfgewicht des § 30 OWiG bei der Kollision von Ordnungs- und Schadenersatzrecht völlig unterbewertet worden ist.

Der mit einem Schadenersatzverlangen befasste Rechtsanwender hat die Lücke des Schadens im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen. Dabei ist er nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden. Seine Befugnis zur Rechtsfortbildung endet deshalb mit *jeder* positivierten gesetzgeberischen Wertung, die er durch die Qualifikation eines Nachteils als Schaden durchkreuzen würde – auch mit *jeder* gesetzgeberischen Wertung des Ordnungswidrigkeitenrechts. Es genügt deshalb nicht, § 30 OWiG nur auf solche Wertungen hin zu überprüfen, die einem Regress in gesteigerter Form oder gar „zwingend“ entgegenstehen.<sup>53</sup> Vielmehr steht eine jede im Ordnungswidrigkeitenrecht positivierte Wertung einem Bußgeldregress zwingend entgegen, wenn sie durch diesen überspielt oder durchkreuzt würde.

Schon auf dieser Grundlage müsste es vielen Gegnern des sanktionsrechtlichen Regressausschlusses leichter fallen, den bestehenden Widerwillen zu überwinden. Denn teilweise ist durchaus anerkannt worden, dass sich ein Bußgeldregress mit den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Wertungen jedenfalls nicht ohne Weiteres vereinbaren lasse.

**Anm. 6.6:** Zwar haben sich die Regressbefürworter mehr an der das einzelne Vorstandsmitglied systematisch überfordernden Höhe der Verbandsbuße gestört.<sup>54</sup> Gleichwohl haben auch sie eingeräumt, dass sich diese Überforderung aus den „Modalitäten der Bußgeldbemessung“ ergebe.<sup>55</sup> Durch die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftskraft der Aktiengesellschaft könnten Dimen-

---

53 So aber die ausdr. Forderung bei J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 u. ö.). Zust. etwa Bayer/Scholz, GmbHHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451); Brommer, Vorstandshaftung, S. 44; Scholz, S. 46 u. S. 66 (in Fn. 147); Spindler, in: MünchKomm-AktG<sup>5</sup>, § 93 Rn. 194. Bayreuther, NZA 2015<sup>20</sup>, S. 1239 (1240) verlangt immerhin „gewichtige Argumente“.

54 Blaurock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (110); Brommer, Vorstandshaftung, S. 69; Habersack, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (33); Harnos, 105 f.; Scholz, S. 37 f.

sionen erreicht werden, die ein Vielfaches einer möglichen persönlichen Sanktion betragen.<sup>56</sup> Die gegenüber juristischen Personen übliche Festsetzung von „Bußgeldern im hohen Millionenbereich“ sei „de lege lata gegen Privatpersonen nicht möglich“ und würde ohnehin „gegen den elementaren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ verstoßen.<sup>57</sup> Auch wertungsmäßig drohten Widersprüche: Die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße knüpfe an die Tatbegehung durch ein Organmitglied an. Weil dieses dadurch grundsätzlich auch eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft verletze, komme es regelmäßig zur Kumulation von persönlicher Sanktion und Regressnahme durch die Gesellschaft.<sup>58</sup> Insgesamt drohten deshalb die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen durch den Verhältnismäßigkeitssatz, die schon in der differenzierten Erfassung von natürlicher und juristischer Person sowie im jeweils unterschiedlichen Bußgeldrahmen ihren Ausdruck fänden, unterlaufen zu werden.<sup>59</sup> Soweit diese Bedenken allein wegen der (vermeintlich) eindeutigen und zwingenden Haftungsanordnung des Zivilrechts beiseite geschoben worden sind, dürfte dieses Gegenmotiv schon an dieser Stelle beseitigt sein.

Die Untersuchung will jedoch einen Schritt weitergehen: Solange die Wertung, der Zweck, der Mechanismus der Verbandsgeldbuße im Dunkeln bleiben,<sup>60</sup> wird eine jede Antwort auf die Frage nach dem Bußgeldregress nicht vollends überzeugen können. Deshalb soll im folgenden Teil<sup>61</sup> dieser zweiten Vorfrage auf den Grund gegangen werden. Leider bestehen insoweit kaum brauchbare Vorarbeiten. Die Strafrechtler haben sich selbstverständlich nicht mit der für das Zivilrecht im hier entwickelten Sinne erforderlichen Wertung der Verbandssanktion, sondern mit spezifisch strafrechtlichen Fragen befasst: Vor allem ging es um deren dogmatische und verfassungsrechtliche Machbarkeit, um Ausgestaltung und Reichweite des Instituts, sowie – seit

---

55 So *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (449); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (332).

56 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (449); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (110); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (345 f.); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (328 u. 332) u. in: FAZ v. 19. 12. 2012<sup>96</sup> S. 19 (1. Sp.); *M. Zimmermann*, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (437).

57 So *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96).

58 *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (110); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (346); *Werner*, CCZ 2010<sup>4</sup> S. 143 (146); *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 34; *M. Zimmermann*, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (437).

59 *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (346); *M. Zimmermann*, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (437).

60 Oder hinter den völlig nichtssagenden Worthülsen von Prävention u. Repression versteckt, statt aufgedeckt werden.

61 Das meint die §§ 7–11.

je her – um allerhand Notwendigkeiten und Desiderate für ein mögliches Verbandssanktionenrecht *de lege ferenda*.

Präzise Aussagen zu Zweck und Mechanismus der Verbandssanktion werden sich dabei vor allem aus der Entstehungsgeschichte des Institutes ableiten lassen, die bislang erstaunlich konsequent und beinahe vollständig ausgeblendet worden ist. Mit diesen Erkenntnissen ausgerüstet, wird es – im übernächsten Teil<sup>62</sup> – schließlich gelingen, die Forschungsfrage dieser Arbeit anzugehen und zu beantworten: Können (Verbands-)Geldbußen Gegenstand zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche sein?

---

62 Siehe §§ 12 u. 13.



**Dritter Teil**  
**Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße**

