

2. Hypothetische Kausalität im deutschen Zivilrecht

Das Thema „Hypothetische Kausalität“ beschäftigt sich mit der Frage, ob zu Gunsten des Schädigers in einem Schadensfall argumentiert werden kann, dass ein bereits eingetretener Schaden auf andere, hypothetische Weise ebenso eingetreten wäre, wenn sich die tatsächliche Ursache nicht ereignet hätte. Diese zweite Ursache, die sich in der Realität nicht mehr verwirklichen konnte, die aber den Schaden ebenfalls hätte verursachen können, wenn dieser nicht schon vorher eingetreten wäre, wird Reserveursache genannt.³⁴

Die Diskussion über die Beachtlichkeit von Reserveursachen bei der Bestimmung des Schadensersatzes kam insbesondere in der Nachkriegszeit auf. Denn bei Schäden, die zeitlich vor oder im Krieg auftraten, und die wegen des Krieges erst deutlich später vor Gericht gebracht werden konnten, wurde vielfach argumentiert, sie wären aufgrund des Krieges zu einem späteren Zeitpunkt sowieso entstanden.³⁵ So beschäftigten sich die Gerichte und die Literatur beispielsweise mit der Frage, ob bereits zerstörte Häuser, Fahrzeuge oder Straßen während des Krieges ebenfalls zerstört worden wären.³⁶

Die Überlegung, dass ein bereits verwirklichter Schaden möglicherweise auch auf andere Weise verursacht worden wäre, ist das, was allen Fällen, in denen mit Reserveursachen argumentiert wird, gemein ist. Innerhalb dieses Themas können jedoch anhand von verschiedenen Kriterien verschiedene Konstellationen unterschieden werden. Eine Möglichkeit, Fallgruppen zu bilden, ist anhand der Frage, ob die Reserveursache tatsächlich vollkommen hypothetisch geblieben ist, oder ob sie zwar stattgefunden hat, aber keinen Schaden mehr anrichten konnte, da dieser schon eingetreten war.³⁷ Letzteres wäre beispielsweise der Fall, wenn die Scheibe eines

34 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 17; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 2021, § 52 Rn. 16; Staudinger/Schiemann, BGB, 2017, § 249 Rn. 92f.

35 Z. B. von Wilhelm Weber, Der Betrieb 1950, 496 (496); zu dieser historischen Einschätzung kommt z. B. auch Bechthold, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, S. 38f.

36 Z. B. in BGH, Urteil vom 22.01.1959-III ZR 148/57 (NJW 1959, 1131, Prachtstraße); in diese Kategorie gehört wohl auch OLG Stuttgart, Nebensitz Karlsruhe, Urteil vom 20.04.1949-I ZS 350/48 (NJW 1949, 585, Zugmaschine).

37 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 17.

Hauses eingeschlagen wird und das Haus am nächsten Tag vollständig abbrennt³⁸ oder wenn eine Ernte, die durch Wild beschädigt wurde, am nächsten Tag von einem tatsächlich eintretenden Hagelschauer ebenso vernichtet worden wäre.³⁹ Darüber hinaus kann man die Sachverhalte auch anhand der Frage gliedern, zu welchem Zeitpunkt sich die hypothetische Reserveursache verwirklicht hat, bzw. hätte. So gibt es Konstellationen, in denen die erste Ursache vollkommen abgeschlossen ist, bevor der Verlauf des zweiten Schadensereignisses überhaupt beginnt, beispielsweise, wenn sich ein zerstörerisches Gewitter erst nach der anderweitigen Zerstörung eines Boots entwickelt. In weiteren Fällen stellt man fest, dass der Ursachenverlauf der Reserveursache eigentlich schon zeitlich vor der verwirklichten Ursache begonnen hat. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn das Gewitter-Beispiel so abgeändert wird, dass das Gewitter, das das Boot zerstört hätte, schon begonnen hat, bevor das Boot durch eine andere Ursache tatsächlich zerstört wird.⁴⁰ Schließlich kann man auch, wie es heute üblich ist, nach der Art der tatsächlichen und der hypothetischen Schadensursache unterscheiden. Dabei werden als eigene Fallgruppen insbesondere die Konstellationen von den „normalen“ Fällen getrennt betrachtet, in denen ein Dritter für die Reserveursache verantwortlich ist oder in denen der hypothetische Kausalverlauf als „Anlageschaden“ bereits im Zeitpunkt der tatsächlichen Schädigung angelegt war.⁴¹ Da diese letzte Art der Einteilung von Fallgruppen am besten dazu geeignet ist, die verschiedenen Probleme und Wertungsfragen, die sich im Zusammenhang mit hypothetischen Kausalverläufen aus Sicht des zivilen Schadensrechts ergeben, zu kanalisieren, wird im Verlauf der Arbeit auf diese Einteilung zurückgegriffen.

Neben der Frage, welche verschiedenen Fallgruppen vom Thema der hypothetischen Kausalität erfasst werden, ist es auch wichtig, verwandte Konstellationen, die nicht in diesem Themenkreis diskutiert werden, explizit abzugrenzen. Denn sie werden im Rahmen dieser Arbeit nicht betrachtet.

Zu unterscheiden sind zum einen die Fälle der kumulativen Kausalität, in denen mehrere Ursachen zusammen ein Ereignis verursachen. Im Gegensatz zu den Fällen mit hypothetischen Ursachenverläufen handelt es

38 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 17.

39 *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1063).

40 Fallbeispiel aus *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 17; die Fallgruppeneinteilung so bei *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1063).

41 Beispielhaft siehe *Grüneberg/Grüneberg*; Bürgerliches Gesetzbuch, 2022, Vorb. vor § 249 Rn. 55 ff.

sich hier um Konstellationen, in denen beide Ereignisse real sind, sich also tatsächlich auch ereignet haben.⁴² Daher fallen sie nicht in die Fallgruppe der Reserveursachen. Verwandt mit den Konstellationen der hypothetischen Kausalverläufe sind auch die Fälle des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Das sind solche Situationen, in denen der Schädiger sich darauf beruft, dass er den gleichen Schaden auch verursacht hätte, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte, dass also die Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht schadensursächlich geworden ist.⁴³ Hier ist es tatsächlich umstritten, ob es sich um einen Unterfall der hypothetischen Kausalität oder um eine eigene Fallgruppe handelt.⁴⁴ Überzeugender ist es, die Fälle als eigene Gruppe zu qualifizieren. Denn beim rechtmäßigen Alternativverhalten geht es darum, dass der Schaden auch bei *rechtmäßigem* Verhalten des Schädigers eingetreten wäre; die hypothetische Kausalität beschäftigt sich hingegen mit der Frage, ob der Schaden auch *ohne* die Handlung des Schädigers eingetreten wäre.⁴⁵ Die Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten wird daher in dieser Arbeit nicht behandelt. Thematisiert wird also ob, bzw. in welchen Konstellationen, Reserveursachen bei der Bestimmung des Schadensersatzes berücksichtigt werden sollten.

Ausgangspunkt des Problems der Reserveursachen ist, wie noch genauer auszuführen sein wird, dass sich das Gesetz nicht eindeutig zu der Frage äußert, ob hypothetische Kausalverläufe im Schadensrecht eine Rolle spielen.⁴⁶ Regelungen zur Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen gibt es nur punktuell zu einzelnen, speziellen Konstellationen. Gleichzeitig spielen verschiedene Wertungen ineinander, die abgewogen und in Einklang gebracht werden müssen. Das sind insbesondere die widerstrebenden Interessen von Schädiger und Geschädigtem, aber auch allgemeine zivilrechtliche Grundsätze. So soll zum einen gemäß dem Prinzip der Totalreparation der Schaden des Geschädigten kompensiert werden. Gleichzeitig soll es nicht dazu kommen, dass es bei diesem durch einen (un)glücklichen Zufall zu einem Vermögenszuwachs kommt, der ihm von

42 MüKo/Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 135.

43 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 2021, § 52 Rn. 19 ff.

44 Für eine Gleichbehandlung noch *Niederländer*, AcP 1954, 41 (68 ff); als Unterfall der hypothetischen Kausalität wird das rechtmäßige Alternativverhalten angesehen von *John*, Rechtswidrigkeitszusammenhang und Schutzzweck der Norm, 2020, S. 253, der beide aber dennoch getrennt betrachtet.

45 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 17; Staudinger/Schiemann, BGB, 2017, § 249 Rn. 102.

46 Vgl. *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 70 ff.

der Rechtsordnung nicht zugewiesen wird. Auf der anderen Seite steht der Schädiger, der tatsächlich auf eine rechtlich missbilligte Art einen Schaden verursacht hat, und der durch rein äußere Umstände möglicherweise von einer Haftung befreit werden könnte. Die Interessen von beiden Seiten müssen also auf befriedigende Weise miteinander in Einklang gebracht werden.⁴⁷

Aufgrund dieser zahlreichen komplizierten Wertungsfragen ist es nicht überraschend, dass sich eine Vielzahl unterschiedlichster Meinungen zu der Frage gebildet hat, ob und wann hypothetische Kausalverläufe im Rahmen der Schadensbestimmung zu berücksichtigen sind. Ziel dieses Kapitels ist es, diese unterschiedlichen Meinungen darzustellen.

2.1. Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Thema der hypothetischen Kausalität lässt sich bis zum Reichsgericht zurückverfolgen. Von diesem wurde der Einwand der Reserveursache als Schadensminderungsgrund grundsätzlich nicht zugelassen. Im Urteil vom 13.07.1933 (VIII. Zivilsenat 106/33)⁴⁸ setzte sich das Gericht ausführlich mit den Problemen hypothetischer Kausalverläufe auseinander. Es musste die Frage beantworten, ob ein veruntreuender Mietshaus-Miteigentümer und Hausverwalter sich gegenüber den klagenden übrigen Miteigentümern darauf berufen konnte, dass, hätte er die veruntreuten Mietentnahmen verabredungsgemäß angelegt, diese zu einem großen Teil dennoch verloren gegangen wären. Denn die für die Geldanlage eigentlich vereinbarte Bank war zusammengebrochen und hätte das Geld ebenfalls verloren.⁴⁹ In einem ersten Schritt ordnete das Gericht die Thematik der Reserveursachen im Urteil grundsätzlich dem Themenkreis der Kausalität zu.⁵⁰ Es sprach sich dann in der weiteren Argumentation dagegen aus, hypothetische Kausalverläufe bei der Urteilsfindung

47 Vgl. *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 111 ff.

48 RGZ 141, 365 (367).

49 An diesem Beispiel wird deutlich, wie schwierig manchmal die Abgrenzung der Fallgruppen „hypothetische Kausalität“ und „rechtmäßiges Alternativverhalten“ ist. Auch die Rechtsprechung ist dabei nicht immer ganz eindeutig.

50 Ebenso RG, Urteil vom 23.05.1881-II. Hilfssenat 826/80 (RGZ 5, 248 (251)); RG, Urteil vom 06.10.1899-VII. Zivilsenat 149/99 (RGZ 44, 331 (334) zum Enteignungsgesetz); RG, Urteil vom 03.03.1934-V. Zivilsenat 300/33 (RGZ 144, 80 (84f) sieht auch die Relevanz der Reserveursache für den Schaden); RG, Urteil vom 29.05.1934-II. Zivilsenat 9/34 (RGZ 144, 348 (358)); RG, Urteil vom 27.11.1937-

zu berücksichtigen. Denn der Ursachenzusammenhang zwischen einem eingetretenen Ereignis und dem tatsächlich entstandenen Schaden werde nicht dadurch unterbrochen, dass ein hypothetisches Zweitereignis denselben Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte. Das Erstereignis sei also allein für die Schädigung ursächlich geworden. Der hypothetische Kausalverlauf wurde nicht zugunsten des Mietshaus-Miteigentümers berücksichtigt.⁵¹ Eine Ausnahme von dieser Regel wurde für die sogenannten Rentenfälle zugelassen. Bei einem Geschädigten, der durch eine Verletzung erwerbsunfähig geworden war, sollte bei der Bestimmung des Schadens- und Rentensatzes berücksichtigt werden, dass der Geschädigte aufgrund einer Krankheit sowieso in absehbarer Zeit keiner Arbeit mehr hätte nachgehen können. Denn die Kausalität des Erstereignisses wirke nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem die krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit eingesetzt hätte. Ab diesem Zeitpunkt sei dann die Krankheit die alleinige Ursache für den Verdienstausfall, und nicht mehr die Schädigung. Einem Geschädigten wurde in diesen Fällen daher regelmäßig nur ein gekürzter Ersatzanspruch zugesprochen.⁵²

Das entscheidende Urteil, das die Abkehr von dieser restriktiven Rechtsprechung einläutete und gleichzeitig eine sehr lebhafte Diskussion in Literaturkreisen auslöste, ist ein Urteil des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone (OGHBrZ) vom 20.01.1949.⁵³ In diesem Fall hatte die Beklagte in Zusammenarbeit mit der Werklufschutzbezirksstelle auf dem Grundstück des Klägers Anfang 1944 Reste eines diesem gehörenden, teilweise zerstörten Gebäudes abgebrochen. Ziel dieses Abbruchs war es, auf dem Grundstück einen Teich anzulegen. Ende desselben Jahres wurden die Arbeiten eingestellt und das Grundstück gegen unbefugtes Betreten eingezäunt. Dennoch wurde das Grundstück von Dritten unberechtigterweise als Sandentnahmestelle und als Mülldeponie verwendet. Der Kläger war über die Arbeiten erst im Nachhinein informiert worden. Daher ver-

V. Zivilsenat 138/37 (RGZ 156, 187 (91)); RG, Urteil vom 29.04.1942-VIII. Zivilsenat 12/42 (RGZ 169, 117 (120)).

51 RG, Urteil vom 13.07.1933- VIII. Zivilsenat 106/33 (RGZ 141, 365 (367)).

52 RGZ 141, 365 (369), ebenso RG, Urteil vom 29.04.1942-VIII ZS 12/42 (RGZ 169, 117 (121)).

53 NJW 1949, 302 ff. Hierbei handelt es sich eigentlich um einen Fall des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Diese Fallgruppe und die der Reserveursachen wurden und werden jedoch nicht immer streng voneinander getrennt. Daher beziehen sich auch zahlreiche Autoren, die sich nur mit dem Thema der hypothetischen Kausalität beschäftigen, immer wieder auf dieses Urteil; so z. B. *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, 45 ff; *Moors*, NJW 1954, 332 (332).

langte er von der Beklagten Ersatz für die Schäden, die durch die Arbeiten auf dem Grundstück entstanden waren. In seinem Urteil betonte der OGHBrZ, dass das entscheidende Problem des Falls nicht die Frage sei, ob das Handeln der Beklagten für den Schaden kausal gewesen wäre; das stünde außer Frage.⁵⁴ Es sei vielmehr zu fragen, ob dem Kläger durch die Beklagte überhaupt ein Schaden entstanden sei. Denn selbst, wenn der Beklagte sich vor der Vornahme der Arbeiten auf dem Grundstück des Klägers die erforderliche behördliche Genehmigung eingeholt hätte, wären die Arbeiten dennoch auf die gleiche Weise durchgeführt worden. Daraufhin wäre das Grundstück ebenso zur Entnahme von Sand und als Mülldeponie verwendet worden, wie es im tatsächlichen Fall geschehen sei. Der Zustand des Grundstücks nach hypothetischer Einholung einer Genehmigung würde also dem tatsächlichen Zustand entsprechen. Das Gericht führte weiter aus, dass die aufgeworfene Frage nach der Beachtlichkeit des hypothetischen Ursachenverlaufs an § 249 BGB zu messen sei. Denn dabei handle es sich um die entscheidende Schadensnorm des BGB. Die Wortlautauslegung des § 249 BGB ergebe, dass der hypothetische Zustand nach einer rechtmäßigen Besitzentziehung des Grundstücks bei der Bestimmung des Schadens und des entsprechenden Ersatzanspruchs berücksichtigt werden müsse. Dafür spreche auch die Vorschrift des § 252 BGB. Außerdem wäre es schwer erklärbar, dass Ereignisse, die den Schaden im Nachhinein erhöhten, nach gängiger Rechtsprechung bei der Schadensermittlung berücksichtigt würden, während schadensverringende hypothetische Umstände ohne Auswirkungen bleiben sollten. Das Berufungsgericht wurde daher verpflichtet, zu prüfen, ob der Schädigungserfolg auch ohne das schuldhafte Verhalten der Beklagten zustande gekommen wäre. Eine grundsätzliche Entscheidung bezüglich der Frage, ob hypothetische Kausalverläufe bei der Schadensermittlung zu berücksichtigen seien, stellte das Urteil jedoch ausdrücklich nicht dar.

In den folgenden Jahren schloss sich der BGH dem OGHBrZ insoweit an, als er die Problematik der Reserveursachen ebenfalls nicht unter dem Stichwort „Kausalität“ diskutierte, da die Kausalität des Erstereignisses für

54 Der OGHBrZ setzte sich damit in Widerspruch zur alten Rechtsprechung des RG, das die Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen noch dem Themengebiet „Kausalität“ zuordnete und die Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen aufgrund fehlender Kausalität der Reserveursache für den Schaden ablehnte, s. o.

den Schaden nicht bestritten werden könne.⁵⁵ Er ordnete das Thema, nachdem er es kurzfristig als Problem der reinen Schadensberechnung eingestuft hatte,⁵⁶ der Schadenszurechnung zu. Das tat er mit der gleichen Begründung, die das Reichsgericht dazu veranlasst hatte, hypothetische Kausalverläufe als grundsätzlich unbeachtlich einzustufen: Der tatsächliche Ursachenzusammenhang eines eingetretenen Ereignisses und des Schadens werde nicht nachträglich dadurch beseitigt, dass ein anderes, hypothetisches Ereignis den Schaden ebenso herbeigeführt hätte.⁵⁷ Bezüglich der Frage, ob hypothetische Kausalverläufe zu berücksichtigen seien, machte der BGH schon in seinen Anfangsjahren deutlich, dass es für diese inhaltliche Frage keine so einfache schematische Lösung geben könne, wie zu dem Thema, an welcher Stelle die Problematik zu diskutieren sei. Anstatt eine generalisierende Lösung aufzuzeigen, sollte für verschiedene Fallgruppen jeweils einzeln geklärt werden, ob Reserveursachen zu berücksichtigen seien, oder nicht.⁵⁸ Das führte das Gericht im Urteil vom 22.01.1959-III ZR 148/57⁵⁹ näher aus: Hypothetische Kausalverläufe sollten bei der Berechnung von Objektschäden grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sein. Bei Dauerschäden und bei Anlageschäden seien sie aber regelmäßig von Bedeutung. Bei Dauerschäden läge das schon an den entsprechenden gesetzlichen Anordnungen in §§ 249, 252, 844 BGB. Die grundsätzliche Berücksichtigung von Anlageschäden ließe sich begründen, da diese „bereits bei dem Eingriff vorlagen und notwendig binnen kurzem denselben Schaden verursacht hätten, weil derartige Umstände den Wert der Sache bereits im Augenblick des Eingriffs gemindert haben.“

Diese fallgruppenartige Lösung hat sich letztendlich für die Beurteilung von Fällen mit Reserveursachen etabliert. Zwar gibt es noch immer kein

55 BGH, Urteil vom 29.05.1969-III ZR 143/67 (VersR 1969, 802 (803)); als Kausalitätsproblem wird es aber eingeordnet in BGH, Urteil vom 05.02.1965-VI ZR 239/63 (VersR 1965, 491 (493)).

56 BGH, Urteil vom 22.01.1959-III ZR 148/57 (JurionRS 1959, 13807, S. 6 Rn. 27); für Anlageschäden auch schon BGH, Urteil vom 19.04.1956-III ZR 26/55 (NJW 1956, 1027, grundsätzlich lässt der BGH hier noch offen, wie das Problem einzuordnen ist); BGH, Urteil vom 13.10.1966-II ZR 173/64 (JurionRS 1966, 10455, S. 4 Rn. 24); als Problem der Schadensermittlung bezeichnet in BGH, Urteil vom 13.05.1953-VI ZR 5/52 (BGHZ 10, 6 (10)).

57 BGH, Urteil vom 20.07.2006-IX ZR 94/03 (NJW 2006, 2767 (2768 Rn. 21f)); BGH, Beschluss vom 31.05.2016-VI ZR 305/15 (NJW 2016, 3785 (3786 Rn. 9)); ebenso für das Anfechtungsrecht BGH, Urteil vom 07.06.1988-IX ZR 144/87 (NJW 1988, 3265 (3266)).

58 BGHZ 10, 6 (9).

59 JurionRS 1959, 13807.

Grundsatzurteil vom BGH zur Frage, ob hypothetische Kausalverläufe bei der Schadenszurechnung eine Rolle spielen müssen.⁶⁰ Denn das Gericht ist der Meinung, bei dem vorliegenden Problem handle es sich um eine Wertungsfrage, die für unterschiedliche Fälle differenziert beantwortet werden müsse.⁶¹ Einzelfälle werden aber weiterhin entlang der genannten Leitlinien in Fallgruppen unterteilt und entschieden: Grundsätzlich werden Reserveursachen unberücksichtigt gelassen,⁶² sind aber in zwei Konstellationen zu beachten. Das ist zum einen der Fall, wenn es sich bei der Reserveursache um einen Anlagefall handelt. Denn dann ist das geschädigte Objekt regelmäßig schon zum Zeitpunkt des Schadensfalls in seinem Wert gemindert. Der Schädiger muss dann nur den Verfrühungsschaden bezahlen, also den Schaden, den der Geschädigte dadurch erlitten hat, dass der Schaden früher eingetreten ist, als es sowieso aufgrund der Anlage der Fall gewesen wäre.⁶³ Hierbei handelt es sich häufig um Gesundheitsschäden, die Patienten durch Behandlungsfehler eines Arztes zugefügt wurden und die aufgrund von Vorerkrankungen auch ohne die fehlerhafte Behandlung eingetreten wären.⁶⁴ Eine solche Konstellation stellt beispielsweise der Beschluss des BGH vom 31.05.2016-VI ZR 305/15⁶⁵ dar. Hier wurde eine Frau aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers erwerbsunfähig. Dies wäre aber auch ohne das Eingreifen des Arztes geschehen, da die Patientin an starken Vorerkrankungen, u. a. an Krebs, gelitten hatte, die zu einem späteren Zeitpunkt die gleichen Auswirkungen verursacht hätten wie der Behandlungsfehler.

60 Zu dieser Einschätzung kommt auch *MüKo/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 209.

61 BGH, Urteil vom 20.07.2006-IX ZR 94/03 (NJW 2006, 2767 (2769 Rn. 22)); im Anfechtungsrecht BGH, Urteil vom 07.06.1988-IX ZR 144/87 (NJW 1988, 3265 (3266)).

62 BGH, Urteil vom 01.02.1994-VI ZR 229/92 (NJW 1994, 999 (1000)).

63 BGH, Urteil vom 18.10.1951-III ZR 129/50 (MDR 1952, 214 (215)); BGH, Urteil vom 08.12.1976-I ZR 59/75 (MDR 1977, 468 (486)); BGH, Urteil vom 23.10.1984-VI ZR 24/83 (NJW 1985, 676 (677)); BGH, Urteil vom 01.02.1994-VI ZR 229/92 (NJW 1994, 999 (1000)); BGH, Beschluss vom 31.05.2016-VI ZR 305/15 (NJW 2016, 3785 (3786 Rn. 9)); außerdem OLG Frankfurt, Urteil vom 07.07.1983-1 U 192/82 (NJW 1984, 1409 (1411)); OLG Oldenburg, Urteil vom 05.02.1997-2 U 133/96 (NJW-RR 1999, 312 (313)); OLG Schleswig, Urteil vom 18.06.2004-4 U 117/03 (NJW 2005, 439 (441)); OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.02.2010-19 U 13/09 (NJW-RR 2010, 1106 (1108)).

64 Z. B. BGH, Urteil vom 23.10.1984-VI ZR 24/83 (NJW 1985, 676); BGH, Beschluss vom 31.05.2016-VI ZR 305/15 (NJW 2016, 3785 (3786)); außerdem OLG Schleswig, Urteil vom 18.06.2004-4 U 117/03 (NJW 2005, 439 (441)).

65 BGH NJW 2016, 3785.

Neben den Anlagefällen werden Reserveursachen von der Rechtsprechung zweitens bei Dauerschäden berücksichtigt. Das sind solche Schäden, die nicht durch eine einmalige Ersatzleistung kompensiert werden können, sondern dauerhaft bestehen bleiben und sich daher über einen längeren Zeitraum auswirken. Im Gegensatz zu unmittelbaren Objektschäden könne man aufgrund der zeitlichen Streckung bei Dauerschäden sagen, dass Umstände, die später im Geschehensverlauf aufgetreten wären, ab diesem hypothetischen Zeitpunkt den Schaden sowieso herbeigeführt hätten. Das müsse berücksichtigt werden.⁶⁶ Dieser Lösung liegen also letztendlich ähnliche Überlegungen zugrunde wie der Fallgruppe der Anlagenschäden. Ein Beispiel für einen solchen Dauerschaden-Fall, in dem die Reserveursache berücksichtigt wurde, ist der folgende: Im Jahr 1901 versiegte der Brunnen eines Privatmanns, da der Grundwasserspiegel aufgrund von nahegelegenen Bergbauarbeiten gesunken war. Zur Kompensation schloss der Privatmann mit dem Bergbauunternehmen einen unkündbaren Wasserlieferungsvertrag ab. Als Entgelt wurde der Betrag vereinbart, der bei dem Mann als Aufwendung zum Erhalt des Brunnens angefallen wäre. 1975 entspann sich zwischen den Rechtsnachfolgern der beiden Parteien ein Streit darum, ob das Entgelt für die Wasserlieferungen dauerhaft erhöht werden könnte, oder nicht. Die Klägerin, ein Wasserversorgungsunternehmen, argumentierte im Prozess, der Wasserpreis könne dauerhaft erhöht werden. Denn der beklagte Gaststättenbetreiber hätte den Brunnen auch ohne den früheren Bergbauschaden inzwischen sowieso stillgelegt und das Grundstück an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossen. Der BGH stellte fest, dass es sich bei dem Vermögensschaden wegen der erhöhten Wasserlieferpreise um einen Dauerschaden handle, bei dem hypothetische Ursachenverläufe in der Tat zu berücksichtigen seien. Er verwies daher den Fall an das Berufungsgericht zurück. Dieses sollte dann die Auswirkungen des hypothetischen Kausalverlaufs auf den Ersatzanspruch prüfen.⁶⁷

Neben der Entscheidung, Reserveursachen in den genannten beiden Konstellationen zu berücksichtigen, spricht sich der BGH bei einer anderen Fallgruppe explizit dafür aus, hypothetische Kausalverläufe nicht zu beachten. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen der hypothetische Ursachenverlauf zur Schadensersatzpflicht eines Dritten geführt hätte. Würde man in solchen Fällen Reserveursachen beachten, würde das den Schä-

66 BGH, Urteil vom 29.05.1969-III ZR 143/67(VersR 1969, 802 (803)); BGH, Urteil vom 04.10.1978-VIII ZR 167/77 (BeckRS 1978, 31119633).

67 BGH, Urteil vom 04.10.1978-VIII ZR 167/77 (BeckRS 1978, 31119633).

diger auf unbillige Weise bevorteilen und den Geschädigten benachteiligen. Denn in dieser Situation hätte der Geschädigte weder einen Ersatzanspruch gegen den Erstschädiger (weil der Schaden sowieso eingetreten wäre), noch gegen den hypothetischen Zweitschädiger (da dessen Handlung keinen realen Schaden mehr verursachen konnte).⁶⁸ Das lässt sich an folgendem Beispielfall zeigen: Ein Handwerker sollte für einen Gutsbesitzer einen Schweinestall wiederaufbauen. Für den Stallboden benutzte der Handwerker Material, welches für Schweine giftiges Phenol enthielt, so dass diese verendeten. Daraufhin klagte der Gutsbesitzer. Im Rahmen des Prozesses musste das Gericht die Frage klären, ob die Tatsache, dass auch das eigentlich zur Verwendung bestimmte Material eines Drittanbieters wegen giftiger Inhaltsstoffe zum Tod der Schweine geführt hätte, bei der Schadensberechnung eine Rolle spielen sollte. Der BGH urteilte, dass das nicht der Fall sein dürfe. Denn wenn sich der Beklagte auf die nur hypothetische Haftung dieses Drittanbieters berufen könnte, würde das dazu führen, dass der Geschädigte keinen oder nur einen gekürzten Schadensersatzanspruch geltend machen könnte. Er würde dann auf seinem Schaden sitzenbleiben. Das dürfe nicht passieren.⁶⁹

Letztendlich kann also trotz Fehlens eines Grundsatzurteils zumindest in der Rechtsprechung ein einigermaßen einheitlicher Lösungsweg für das Problem der Reserveursachen erkannt werden.⁷⁰ Dieser ist sowohl allgemein als auch in speziellen Fällen immer wieder aus den Reihen der zivilrechtlichen Literatur kritisiert worden. Argumente für und gegen die Rechtsprechung und Alternativen zu der von ihr angebotenen fallgruppenabhängigen Lösung werden im nächsten Abschnitt dargestellt.

68 BGH, Urteil vom 13.02.1958-VII ZR 108/57 (JurionRS 1958, 13670, S. 6 Rn. 44); BGH, Urteil vom 13.10.1966-II ZR 173/64 (JurionRS 1966, 10455, S. 4 Rn. 24f).

69 BGH, Urteil vom 13.02.1958-VII ZR 108/57 (JurionRS 1958, 13670, S. 6 Rn. 41 ff); dieser Fall wird in Kapitel 5 ausführlich analysiert. Natürlich bleibt der Schädiger auch in den anderen Fällen auf seinem Schaden sitzen, wenn man Reserveursachen im Rahmen der Schadenszurechnung berücksichtigt. Der Unterschied zwischen den „normalen“ Fällen und den Drittbeteiligungsfällen ist jedoch, dass der Geschädigte bei den Drittbeteiligungsfällen auf einen hypothetischen Kausalverlauf verwiesen wird, in dem er einen Ersatzanspruch gehabt hätte. Er hätte also, hätte sich die Reserveursache verwirklicht, den Schaden nicht selber tragen müssen. In den „normalen“ Fällen hätte der Geschädigte den Schaden sowieso selber tragen müssen, so dass es hier bei der Berücksichtigung von Reserveursachen nicht zu einer solchen Schlechterstellung kommen würde.

70 Zu einer leichten Akzentverschiebung in der Rechtsprechung bzgl. des zeitlichen Auftretens des (hypothetischen) Schadens *Gebauer*, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, 2007, S. 189 ff.

2.2. Die Literatur

Die Lösungsvorschläge und Argumente, die aus der zivilrechtlichen Literatur im Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen vertreten werden, überschneiden sich zum Teil mit denen der Rechtsprechung, sind aber insgesamt diverser und zahlreicher. Das folgende Kapitel widmet sich diesen Ansätzen. Dabei soll zunächst gezeigt werden, dass das Problem nicht mehr als eines der Kausalität, sondern als Zurechnungsfrage eingeordnet wird, bevor die einzelnen Lösungswege nachgezeichnet werden.

2.2.1. Die Frage nach der Kausalität

Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts wurde die Frage, ob Reserveursachen für Schadensersatzansprüche beachtlich sein sollten, in der Rechtswissenschaft als Kausalitätsproblem behandelt. Die Diskussion von Reserveursachen an dieser Stelle rührt daher, dass deren Erfassung anhand der gängigen Kausalitätsdefinition, der *conditio-sine-qua-non* Formel (csqn), auf den ersten Blick kaum möglich erscheint. Gibt es nämlich neben dem tatsächlichen schädigenden Ereignis ein weiteres, hypothetisches Ereignis, das den eingetretenen Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte, kann keines der beiden als *conditio-sine-qua-non* für den Schaden angesehen werden.⁷¹ Dennoch liest man in der Literatur wie auch in den Urteilen des RG⁷² bei der Einordnung von hypothetischen Kausalverläufen häufig nur den Satz, dass ein einmal entstandener Ursachenzusammenhang nicht durch ein späteres Ereignis wieder beseitigt werden könne.⁷³

Anhänger der Verortung der Thematik der hypothetischen Kausalverläufe unter die Überschrift Kausalität waren beispielsweise Mommsen⁷⁴ und Oertmann⁷⁵. Auch Niederländer ordnete das Problem der Reserveursachen dem Stichwort Kausalität zu. Darauf lassen seine Aussagen zu Anlageschäden schließen und auch die Einschätzung, dass im Rahmen von § 287 S. 2 BGB „der Verzug für die Leistungsunmöglichkeit dann nicht

71 Siehe hierzu ausführlich Kapitel 3.4.

72 S. Kapitel 2.1.

73 Z. B. *RGRK/Degg*, Das bürgerliche Gesetzbuch, 1939, Vorb. vor §§ 249-255 Nr. 3; *Palandt/Friesecke*, Bürgerliches Gesetzbuch, 1940, Vorb. vor § 249 Nr. 5 ff; in der Rechtsprechung z. B. RG, Urteil vom 06.10.1899-Rep. IVa 149/99 (RGZ 44, 331 (334)); RG, Urteil vom 13.07.1933-VIII. Zivilsenat 106/33 (RGZ 141, 365 (367)).

74 *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, 1855, S. 146 ff.

75 *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 1928, §§ 249-254, Vorbem., 4 dd.

2. Hypothetische Kausalität im deutschen Zivilrecht

ursächlich ist, wenn dasselbe Ereignis den Leistungsgegenstand auch beim Gläubiger vernichtet hätte“[Hervorhebung hinzugefügt].⁷⁶

Heute ist man sich darüber einig, dass Reserveursachen kein Kausalitäts-, sondern ein Zurechnungsproblem darstellen.⁷⁷ Denn in der Tat kann ein hypothetisches Ereignis den Ursachenzusammenhang zwischen einem realen Geschehen und dem daraus folgenden Schaden rückwirkend nicht wieder beseitigen.⁷⁸ Würde man bei Reserveursachen die Kausalität des real eingetretenen Ereignisses verneinen, hätte man nämlich einen Schaden ohne Ursache, was es nicht geben kann.⁷⁹

Dennoch können Kausalitätserwägungen nicht gänzlich aus den Überlegungen zur Problemlösung ausgeschlossen werden. Zum einen bedarf es, um überhaupt zur Prüfung der Schadenszurechnung zu gelangen, eines positiven Kausalitätsurteils.⁸⁰ Zum anderen wird ein entstandener Schaden nach herrschender Meinung mit Hilfe der Differenzhypothese bestimmt. Diese Theorie besagt, dass ein Schaden die Differenz bildet zwischen der Vermögenslage, wie sie sich nach dem Schadensereignis darstellt und der Vermögenslage, die ohne das Schadensereignis bestehen würde.⁸¹ Die Differenzhypothese beinhaltet durch ihre Gegenüberstellung eines tatsächlichen und eines hypothetischen Zustands also auch den *conditio-sine-qua-*

76 *Niederländer*, AcP 1954, 41 (75); ebenso als Kausalitätsproblem werden Reserveursachen eingeordnet bei *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 12f; *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 63 ff; *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 412; *Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, 1900, 113 ff.

77 *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (605); *Erman/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 70; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 8; *Großrichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 21f; *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 47; *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (159f); *Larenz*, NJW 1950, 487 (488); *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 197; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 92f; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 94; *Werner*, NJW 1957, 1857 (1857); *Zeuner*, AcP 1959, 441 (441).

78 Vgl. *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 8; *Großrichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 21f; *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 63 ff; *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (159f); *Moors*, NJW 1954, 332 (332); *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 92f; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 94.

79 Vgl. *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (159f).

80 *MüKo/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 103.

81 *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 3.

non-Gedanken. Dieser ist im deutschen Recht das zentrale Element der Kausalitätsdefinition. So halten letztendlich doch Kausalitätserwägungen Einzug in die Schadenszurechnung und die starke Verbindung von Reserveursachen und Schadensbegriff wird deutlich.⁸² Es ist auch nicht widersprüchlich, in einem Fall anhand oder trotz der csqn-Formel die Kausalität zu bejahen und dann später gegebenenfalls die Schadenszurechnung zu verneinen. Denn im Rahmen der Kausalitätsprüfung wird ein Zusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem konkret eingetretenen Erfolg hergestellt, während im Rahmen des Schadens nach der Differenzhypothese eine Differenz zwischen der Nach-Schädigungs-Lage und der hypothetischen Situation ohne Schädigung zu bestimmen ist. Dies sind zwei voneinander unabhängige Aspekte.⁸³ So ist die Frage nach der Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen im zivilen Schadensrecht ein Problem der Schadenszurechnung, ohne dass bei der Bewertung auf Kausalitätsaspekte gänzlich verzichtet werden kann. Das wird auch in den folgenden unterschiedlichen Ansätzen zum Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen immer wieder deutlich.

2.2.2. Grundsätzliche Berücksichtigung von Reserveursachen

Die gerade angesprochene, gängige Differenzhypothese zur Bestimmung des Schadens geht zurück auf Friedrich Mommsen.⁸⁴ Er sah darin nicht nur eine Formel zur Errechnung von Schadensersatzansprüchen, sondern zog aus ihr auch die Konsequenz, dass hypothetische Schadensereignisse grundsätzlich berücksichtigt werden müssten. Diese Theorie ist zur Grundlage von § 249 BGB geworden.⁸⁵

Da es sich bei § 249 BGB um die zentrale Schadensnorm des BGB handelt, liegt es nahe, mit der Auslegung dieser Regelung zu beginnen, um eine konsistente Lösung zur Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen zu finden. So gehen auch die meisten Autoren vor, die sich mit der hier zu beantwortenden Frage auseinandergesetzt haben.

82 *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 9f; zum Kausalitätsbegriff in der Rechtswissenschaft siehe Kapitel 3.1.

83 *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (339).

84 *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, 1855, S. 1.

85 *Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 11f; *MüKo/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 18f; vgl. Formulierungen in *Mugdán*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 11.

§ 249 I BGB

Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der *bestehen würde*, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand *nicht eingetreten wäre*. [Hervorhebungen hinzugefügt]

Für Knappe⁸⁶ und Lemhöfer⁸⁷ spricht die Formulierung des § 249 BGB eindeutig dafür, dass alle Reserveursachen berücksichtigt werden müssen. Der Wortlaut des § 249 BGB besage nämlich, dass der Zustand hergestellt werden müsse, der im jeweiligen Schadenszeitpunkt „bestehen würde“, „[a]ndernfalls mü[ss]te es heißen ‚bestandene hätte.‘“⁸⁸ Würde man hypothetische Kausalverläufe nicht berücksichtigen, würde man im Rahmen der Differenzbetrachtung bei der Ermittlung des Schadensersatzes also nicht auf den gesetzlich geforderten hypothetischen Vermögensstand abstellen, und damit einen falschen Vergleichswert heranziehen. Auch, wenn es Gründe gegen die Berücksichtigung von Reserveursachen gebe, könne auf Grundlage des § 249 BGB zumindest ein vollständiges Außerachtlassen hypothetischer Geschehensverläufe nicht begründet werden.⁸⁹ Dieser Wortlautlösung steht, so argumentiert Lemhöfer, auch nicht im Widerspruch zu Sinn und Zweck der Norm. Es sei nämlich genau der Zweck von § 249 BGB, alle hypothetischen Umstände bei der Schadenszurechnung mitzubersichtigen. De lege ferenda seien vielleicht bessere Lösungen denkbar; diese seien aber mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.⁹⁰

Dieser Wortlautinterpretation von § 249 BGB schließen sich zahlreiche Autoren an. Auch sie betonen immer wieder, dass der gesetzlich geforderte Zustandsvergleich nur möglich sei, wenn man bei der Ermittlung der hypothetischen schadensfreien Vermögenslage nicht nur die Schädigung hinwegdenke, sondern wenn man auch hypothetische Alternativgeschehen hinzudenke.⁹¹ Das gelte nicht nur für § 249 BGB, sondern auch für die Ersatzansprüche in Geld, die sich aus den nachfolgenden Normen §§ 250 ff

86 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 89f.

87 Lemhöfer, JuS 1966, 337 (337f).

88 Lemhöfer, JuS 1966, 337 (337f).

89 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 89f; Lemhöfer, JuS 1966, 337 (337f); so auch Hermann Lange/Schiemann, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 IV.

90 Lemhöfer, JuS 1966, 337 (338f).

91 Großerichter, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 1; Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1958, S. 48; Heinemann, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 67 ff; Hofmann, VersR 1960, 1063 (1071); MüKo/Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 213; Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 198.

BGB ergäben.⁹² Hypothetische Kausalverläufe seien nur dann nicht bei der Schadensbestimmung zu berücksichtigen, wenn es gesetzliche Sonderregelungen zum Umgang mit Reserveursachen gebe⁹³ oder solche, die eine objektive Schadensbestimmung vorschreiben würden.⁹⁴ Die Erforderlichkeit der zweiten Ausnahme lasse sich damit begründen, dass es sich bei hypothetischen Kausalverläufen um subjektive schadensmindernde Faktoren handle, die nur in individuellen Einzelfällen Beachtung finden könnten. Bei einer objektiven Schadensbestimmung, wie zum Beispiel im Fall der Ermittlung eines Schadens nach Schlechterfüllung bei einem Kaufvertrag zwischen Kaufleuten, dürften subjektive Schadensminderungsgründe keine Rolle spielen.⁹⁵ Nur, wenn es um das subjektive Interesse des Geschädigten gehe, könnten individuelle Entwicklungen am Schadensobjekt Berücksichtigung finden.⁹⁶

Für eine grundsätzliche Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen spreche außerdem, dass im Rahmen der Differenzhypothese Wertsteigerungen (z. B. wenn eine Sache zu einem späteren Zeitpunkt mehr wert ist, als im Zeitpunkt der Schädigung) unstreitig zu berücksichtigen seien. Für Faktoren, die den Schaden nach dem Schädigungszeitpunkt mindern könnten, dürfe daher nichts anderes gelten.⁹⁷ Auch eine vollständige Reduzierung des Schadens auf null sei daher durchaus denkbar und hinzunehmen.⁹⁸ Der dem Schadensrecht immanente Gewinnabwehrgedanke lasse ebenfalls nur die Berücksichtigungs-Lösung zu. Denn würde man hypothetische Kausalverläufe nicht berücksichtigen, würde bei dem Geschädigten eine Vermögensmehrung auftreten, die ihm nicht zustehen würde.⁹⁹

Die juristischen Ergebnisse, die man durch eine grundsätzliche Berücksichtigung von Reserveursachen erziele, seien auch nicht unbillig, was

92 *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (337f).

93 *Lemböfer*, JuS 1966, 337, (337f).

94 *Großrichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 42 ff; *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (337f).

95 *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff (418); *Erman/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 71; *Großrichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 30f; *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 X; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 101.

96 *Großrichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 30f.

97 *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 210.

98 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 89f.

99 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 110f.

die Gegenmeinungen¹⁰⁰ anhand von zahlreichen Beispielen zu belegen versuchten. Bei den in diesen Beispielen agierenden Ersttägern handle es sich nämlich häufig um solche, die sich besonders schuldhaft, oft vorsätzlich, verhielten, so dass der Gerechtigkeitssinn sich dagegen wehre, diese Schädiger aus der Haftung zu entlassen. Zum einen sei es aber trotzdem nicht so, dass den Schädiger keine zivilrechtlichen Maßnahmen träfen; ein Dieb müsse eine gestohlene Sache beispielsweise wegen eigentumsrechtlicher Ansprüche zurückgeben, auch wenn kein schuldrechtlicher Ersatzanspruch bestehe, da bei den Ansprüchen aus Eigentum der Einwand der hypothetischen Kausalität nicht greife.¹⁰¹ Wer eine Uhr aus einem Haus stehle, das später abbrenne, könne diese also nicht mit dem Argument behalten, sie wäre dem Eigentümer durch den Brand sowieso verloren gegangen.¹⁰² Zum anderen sehe sich der Schädiger strafrechtlichen Sanktionen ausgesetzt, die die Straffunktion vollständig erfüllten. So könnte daher nicht behauptet werden, dass die Rechtsgüter des Geschädigten durch die Beachtung von Reserveursachen „vogelfrei“ würden.¹⁰³ Außerdem Sorge das deutsche Zivilrecht auch in anderen Situationen als bei der hypothetischen Kausalität dafür, dass einmal entstandene Schadensersatzansprüche später nicht mehr durchsetzbar seien, z. B. mithilfe von § 242 BGB.¹⁰⁴ Würden daher Reserveursachen im Schadensrecht nicht berücksichtigt, würde der Geschädigte, nachdem er einmal einen Schaden erlitten habe, ausnahmsweise quasi eine „krisenfeste Position“ erlangen. Denn die einmal eingetretene Situation, das Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen einen Dritten, würde eingefroren werden. Das sei nicht hinnehmbar.¹⁰⁵

Gegen die Berücksichtigung von Reserveursachen könne auch nicht erfolgreich angeführt werden, dass ein Schädiger diese Rechtsfolge in dem Sinne missbrauchen könnte, dass er seine Schadensersatzleistung absichtlich in der Hoffnung herauszögern würde, dass sich seine Ersatzpflicht

100 Vertreter dieser Argumentation werden in den folgenden Kapiteln immer wieder genannt.

101 *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (338f).

102 Dieses Beispiel wird in der Literatur sehr häufig angeführt; z. B. von *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (436); *Coing*, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1950, 865 (870); *Otto Lange*, JR 1951, 73 (74); *Veith*, JW 1933, 2641 (2642).

103 Das sagt zum Beispiel *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (339).

104 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 12f.

105 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 58f; *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (428).

durch eine Reserveursache verringern könnte. Unterlassens- und Abwehransprüche und das Strafrecht wirkten einem solchen Verhalten nämlich entgegen. Außerdem liefe der Schädiger bei diesem Taktieren auch Gefahr, dass sich der Wert des geschädigten Objekts im Verzögerungszeitraum erhöhen könnte. Das würde sich ebenfalls in seiner Ersatzpflicht niederschlagen, und zwar zu seinem Nachteil. Der Chance, durch die Verzögerung der Ersatzleistung diese verringern zu können, stehe also das äquivalente Risiko einer Erhöhung der Ersatzpflicht gegenüber.¹⁰⁶

So kommt beispielsweise von Caemmerer zu dem Ergebnis, dass Reserveursachen grundsätzlich berücksichtigt werden müssen. Ausnahmen lässt er zu für die Fälle der hypothetischen Drittbeteiligung, wenn der Schuldner die Reserveursache nicht beweisen kann, aus speziellen ideologischen Gründen oder wenn die Reserveursache erst nach dem Urteil oder der Erfüllung des Ersatzanspruchs eingetreten wäre. Die Ausnahme für Drittbeteiligungsfälle begründet er, wie auch schon der BGH, mit dem Argument, dass es in diesen Fällen durch die Berücksichtigung von Reserveursachen dazu kommen würde, dass der Geschädigte gar keinen Ersatzanspruch erhalte, da weder der tatsächliche Erstschädiger noch der hypothetische Zweitschädiger schadensersatzpflichtig würde. Die zeitliche Grenze zieht er, da seiner Meinung nach sowohl ein Urteil als auch die Erfüllung eine abschließende Wirkung für jedes Schuldverhältnis hätten, nach der es keine weiteren Änderungen mehr geben könne. Letztendlich käme man so zwar statistisch gesehen eigentlich zu einer Umkehr des herausgearbeiteten Grundsatzes der Berücksichtigung von Reserveursachen. Diese könnten tatsächlich nur noch in den Fällen der Anlageschäden, der Dauerschäden und bei den noch verbleibenden Sachschäden Beachtung finden. Der Grundsatz gelte dennoch.¹⁰⁷

Zeuner stellt es in seinem Aufsatz zwar nicht so dar, doch letztendlich kommt auch er zu dem Ergebnis, dass Reserveursachen zu berücksichtigen sind.¹⁰⁸ Denn seiner Meinung nach sollten hypothetische Kausalverläufe sowohl bei erwarteten Gewinnen als auch bei Objektschäden Beachtung finden, was kaum noch Fälle für eine Nichtberücksichtigung übrig lässt. Für die Konstellationen, in denen Reserveursachen berücksichtigt werden

106 Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: Caemmerer, 1968, S. 411 ff. (438); Hofmann, VersR 1960, 1063 (1072f).

107 Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: Caemmerer, 1968, S. 411 ff. (428 ff.).

108 Dieser Einschätzung von Zeuner folgt auch *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 26.

sollen, zieht er allerdings wie von Caemmerer eine zeitliche Grenze. Nur solche hypothetischen Kausalverläufe sollen beachtet werden, die sich vor dem Zeitpunkt ausgewirkt hätten, in dem der tatsächliche Schaden und damit auch der Ersatzanspruch entstanden wäre. Danach sei das nicht mehr möglich. Diese generelle Lösung müsse schließlich weichen, wenn sie durch speziellere Regeln verdrängt werde. Das sei beispielsweise der Fall, wenn im Vertragsrecht die vertraglich geschuldete Leistung die Berücksichtigung, oder auch die Nichtberücksichtigung, einer Reserveursache fordere.¹⁰⁹

Auch Oetker kommt zu dem Ergebnis, dass Reserveursachen grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Seiner Meinung nach würden nämlich bei einer Nichtberücksichtigungs-Lösung die Interessen des Schädigers vollkommen ignoriert. Denn ein Rechtsgut, das sowieso vernichtet worden wäre, verdiene den Schutz der Rechtsordnung nicht mehr. Auch er vertritt jedoch, dass es für diese grundsätzliche Lösung Ausnahmen geben müsse. Diese seien anhand von äußeren Wertungen und, wie im Rahmen der Vorteilsausgleichung, anhand des Zwecks der verletzten Norm im Einzelfall zu ermitteln.¹¹⁰

Neben diesen exemplarisch herausgegriffenen Vertretern einer grundsätzlichen Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen im Schadensrecht, wird diese Meinung von vielen weiteren Literaturstimmen vertreten.¹¹¹ Sie untermauern die Beachtlichkeits-Lösung teilweise noch mit dem Argument, ihre Theorie sei aus gesetzlichen Spezialregelungen wie §§ 844 II, 252 S. 2 BGB ableitbar. Diese Normen stellten nämlich gesetzliche Fälle mit beachtlichen Reserveursachen dar. So werde von § 844 II BGB ein Ersatzanspruch nur für den Zeitraum gewährt, in dem der Getötete voraussichtlich unterhaltspflichtig *gewesen wäre*. § 252 S. 2 BGB beschreibe als entgangenen Gewinn das, was „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit *Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*“ [Hervorhebung hinzugefügt]. Diese Spezialregelungen seien auf den allgemeinen Fall hypothetischer Kausalverläufe übertragbar.¹¹²

109 Zeuner, AcP 1959, 441 (442 ff).

110 MüKo/Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 209 ff.

111 Z. B. von Hermann Lange, AcP 1952/53, 153 (165f); Musielak, JA 2013, 241 (246f); Jauernig/Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, Vor §§ 249-253 Rn. 52 ff.

112 Musielak, JA 2013, 241 (246f); zumindest für mittelbare Schäden auch Erman/Ebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 72f.

Der Großteil der Literatur lehnt diesen Rückgriff auf andere Normen jedoch ab. Aus den gesetzlich geregelten Spezialfällen könnten weder allgemein übertragbare Wertungen abgeleitet, noch Analogie- oder Gegen-schlüsse gezogen werden.¹¹³ Gegen die Heranziehung des § 252 BGB spreche schon, dass es bei der Frage nach Ersatz für entgangene Gewinne nicht um hypothetische Kausalverläufe gehe. Denn die späteren Umstände, die im Rahmen dieser Norm bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns zu berücksichtigen seien, müssten nicht schon zum Zeitpunkt des Schadensereignisses vorliegen. Sie könnten auch erst später und vom ursprünglichen Schadensereignis vollkommen unabhängig eintreten und den ursprünglichen Ersatzanspruch auch nach der Erfüllung oder nach dem Urteil verändern. Das sei bei Reserveursachen nicht der Fall.¹¹⁴ Weitere Normen des BGB wie §§ 287 S. 2, 848 a. E. würden ebenfalls nicht vorschreiben, dass hypothetische Kausalverläufe grundsätzlich berücksichtigt werden müssten.¹¹⁵ In § 287 S. 2 BGB werde beispielsweise nur das Erfordernis der kausalen Verbindung zwischen Verzug und Schaden unterstrichen.¹¹⁶ Auch aus den alten Vorschriften zum Seehandel lasse sich nicht ableiten, dass hypothetische Kausalverläufe bei der Schadenser-mittlung berücksichtigt werden müssten. Denn diese bestimmten teilweise die Berücksichtigung (§§ 565, 705 HGB a. F., § 44 BinSchG a. F.), teilweise die Nichtberücksichtigung (§ 844 HGB a. F.) von hypothetischen Geschehens-verläufen. Da gesetzlich also beide Fälle normiert waren, könne man erkennen, dass das Gesetz keine der beiden Lösungswege priorisiere. Außer-dem hätte es sich um so spezielle Einzelfälle gehandelt, dass die Normen nicht generalisierbar gewesen seien.¹¹⁷ Ein allgemeingültiger Lösungsweg wäre schließlich weder in einer der genannten noch in einer anderen

113 *Frank/Löffler*, JuS 1985, 689 (689); *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1072).

114 *Zeuner*, AcP 1959, 441 (443 ff); *Niederländer*, AcP 1954, 41 (51 ff); *Niederländer*, JZ 1959, 617 (619).

115 Eine Analogie zu diesen Normen zieht z. B. *Heck*, Grundriss des Schuldrechts, 1958, S. 48; gegen eine Analogie aber *Wilhelm Weber*, Der Betrieb 1950, 496 (496); *Werner*, NJW 1957, 1857 (1859); s. ausführlich zu § 287 BGB *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 306 ff.

116 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 33 ff; *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 56 ff.

117 *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1072); *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 II; *Niederländer*, JZ 1959, 617 (619); *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 198f; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 94; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 95.

Spezialnorm unterzubringen gewesen, sondern als allgemeine Vorschrift in den §§ 249 ff BGB.¹¹⁸

Gegner der Berücksichtigungs-Lösung bezweifeln nicht nur, dass aus Spezialnormen kein allgemeingültiges Ergebnis für den Umgang mit Reserveursachen herzuleiten ist. Sie stellen sogar in Frage, dass § 249 BGB so eindeutig für die Berücksichtigung von hypothetischen Ereignisketten spricht, wie das von den Befürwortern dargestellt wird. Das wird unter anderem mit Hilfe des Gesetzgeberwillens begründet. Die Motive zum BGB¹¹⁹ ließen nämlich klar erkennen, dass der Gesetzgeber die hypothetischen Geschehensverläufe im Schadensrecht nicht berücksichtigen wollte,¹²⁰ ja sogar die Möglichkeit der Interpretation in diesem Sinne übersehen habe. Die Tatsache, dass an verschiedenen Stellen zwischen den Formulierungen „Wiederherstellung des früheren Zustands“ und „Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn die zum Ersatz verpflichtende Tatsache nicht eingetreten wäre“, gewechselt werde, spreche dafür, dass beide Ausdrücke inhaltlich das gleiche aussagen sollten.¹²¹

Außerdem seien die §§ 249 ff BGB nur Normen, die den Schadensersatzanspruch, dessen Entstehung in anderen Normen geregelt sei, ausfüllten. Es wäre aber widersprüchlich, wenn das Gesetz beispielsweise in § 823 I BGB einen Schadensersatzanspruch gewähre, den es dann in den Ausführungsbestimmungen wieder vernichte. Darüber hinaus würde, fänden Reserveursachen Berücksichtigung, ein Schaden, der doch real entstanden sei, nicht ausgeglichen werden.¹²²

Heinemann argumentiert außerdem, dass sich die zwingende Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen nur ergebe, wenn man Schaden als Differenz zwischen zwei Vermögenslagen definiere. § 249 BGB schreibe jedoch nur die Art des Schadensersatzes vor und enthalte keine Definition des Schadensbegriffs selbst. Auch in anderen Normen finde sich keine klare Beschreibung, sodass auch auf eine andere Schadensdefinition zurückgegriffen werden könne, als auf die gängige Differenzhypothese. Verstehe man Schaden grundsätzlich als Nachteil, der einer

118 *Wilhelm Weber*, Der Betrieb 1950, 496 (496); *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 56 ff.

119 Vgl. Formulierungen in *Mugdán*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 11.

120 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 70 ff; *Heinemann Lange*, AcP 1952/53, 153 (159f); *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 21 ff.

121 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 70 ff.

122 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 70 ff.

Person zustoßen könne, ergebe sich für die Beurteilung hypothetischer Kausalverläufe bereits ein anderes Bild. Denn ein einmal eingetretener Nachteil verschwinde nicht deshalb wieder, weil er auch durch eine andere hypothetische Ursache ebenfalls hätte hervorgerufen werden können. Zu diesem Ergebnis könne man nur durch die Anwendung der Differenzhypothese kommen. Folgte man stattdessen seiner Nachteils-Definition, dürften Reserveursachen allgemein keine Berücksichtigung finden. Der eingetretene Schaden müsste immer vollumfänglich ersetzt werden. Dieses Ergebnis stehe auch nur scheinbar im Widerspruch zum Wortlaut der Differenzhypothese und zu § 249 BGB, es könne durch die historische Entwicklung des Schadensbegriffs erklärt werden. Mit der Formulierung „Der Schaden ist die Differenz“ wäre nämlich immer nur gemeint gewesen, dass ein Schaden in der Höhe der Differenz zwischen zwei Vermögenslagen entstanden sei. Die Differenzhypothese setze also eine von ihr getrennte Definition des Schadensbegriffs voraus. Sie sei als Berechnungsmethode in den Fällen der hypothetischen Kausalität nicht geeignet.¹²³

Gegen die Lösung, Reserveursachen aufgrund des Wortlauts von § 249 BGB zu berücksichtigen, spricht für Knappe außerdem, dass diese Lösung unbillig sei. Das zeige sich insbesondere in den Konstellationen, in denen ein Dritter den hypothetischen Kausalverlauf zu verantworten habe. Denn bei einer uneingeschränkten Berücksichtigung von Reserveursachen würde der Geschädigte von keinem der beiden Schädiger Ersatz bekommen und würde dann auf seinem Schaden sitzenbleiben. Dieses Ergebnis sei nicht vertretbar.¹²⁴ Letztendlich sei das Problem, dass aus dem Gesetz nur eine Alles-oder-Nichts Lösung abgeleitet werden könne.¹²⁵ Befriedigende Zwischenlösungen, ob bezüglich einzelner Fallgruppen oder bezüglich der Schadenshöhe, ließen sich daher nur gegen den Wortlaut des Gesetzes finden.¹²⁶

Auch Weber argumentiert dagegen, dass § 249 BGB in seiner Formulierung die Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen verlangt. Für ihn sagt die Vorschrift, dass der von der Differenzhypothese geforderte Vergleich zweier Vermögenszustände im Zeitpunkt der tatsächlichen Schadensentstehung durchgeführt werden müsse. Ein späteres Ereignis,

123 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 75 ff.

124 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 90; ebenso *Hirsch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1048.

125 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 90; ebenso *Großerichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 19f.

126 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 90 ff.

das denselben Schaden wie das Erstereignis herbeigeführt hätte, könne einen zuvor entstandenen Ersatzanspruch daher nicht mehr untergehen lassen. Würde man Reserveursachen doch berücksichtigen, müsste man auch die rechtlichen Folgen, die sie im Falle ihres Eintretens nach sich gezogen hätten, bei der Schadensbestimmung mitberücksichtigen. Das wäre der dann entstandene hypothetische Schadensersatzanspruch gegen einen hypothetischen Drittschädiger. Würde man diesen außer Acht lassen, hätte der Geschädigte, wie schon von Knappe argumentiert, gar keinen Ersatzanspruch, obwohl ihm ein solcher im hypothetischen Vergleichszustand zugestanden hätte. In einem Fall, in dem das Zweitereignis nicht zu einem Ersatzanspruch geführt hätte, würde der Geschädigte durch die Berücksichtigung von Reserveursachen gar keinen Ersatz bekommen, was ebenfalls in höchstem Maße unbillig wäre. Reserveursachen seien daher grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.¹²⁷

Niederländer schließlich bezweifelt sogar den oben als unmissverständlich dargestellten Wortlaut des § 249 BGB. Er ist der Meinung, dass die Formulierung dieser Norm die Berücksichtigung von Reserveursachen nicht eindeutig vorschreibe. Denn was genau im Rahmen des Zustandsvergleichs berücksichtigt werden solle, lasse § 249 BGB offen. Der Wortlaut könne auch so verstanden werden, dass der schadensfreie Zustand als Vergleichszustand heranzuziehen sei.¹²⁸ Diese Interpretation wird jedoch ihrerseits wieder bestritten.¹²⁹

2.2.3. Grundsätzliche Unbeachtlichkeit von Reserveursachen

Aufgrund dieser Kritik an der Lösung, die sich für eine grundsätzliche Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen ausspricht, wurde und wird auch vertreten, dass hypothetische Kausalverläufe bei der Ermittlung eines zivilrechtlichen Schadens unbeachtlich sein sollen. Dabei führen jedoch beinahe alle Vertreter dieser Meinung auch Konstellationen auf, in denen Reserveursachen ausnahmsweise doch berücksichtigt werden sollten. So kommt es teilweise im Ergebnis zu ähnlichen Ansichten wie im vorangehenden Abschnitt.

Einer derjenigen, die die Nichtberücksichtigungs-Linie am konsequentesten verfolgen, ist Otto Lange. Für ihn dürfen Reserveursachen im

127 *Wilhelm Weber*, *Der Betrieb* 1950, 496 (496f).

128 *Niederländer*, *AcP* 1954, 41 (51 ff).

129 *Z. B. von Hofmann*, *VersR* 1960, 1063 (1071).

Schadensrecht nur dann berücksichtigt werden, wenn das explizit gesetzlich geregelt ist, sonst nicht. Die entsprechenden Normen, beispielsweise §§ 287, 848 BGB, ließen sich so verstehen, dass auch der Gesetzgeber hypothetische Reserveursachen nur in diesen geregelten Fällen berücksichtigen wollte. Da sich Reserveursachen grundsätzlich nicht kausal auf Schädigungen auswirken würden, dürften an jene ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung auch keine rechtlichen Konsequenzen geknüpft werden. Würde ein Richter hypothetische Kausalverläufe trotz dieser fehlenden Normierung berücksichtigen, würde das seine Auslegungskompetenzen überschreiten.¹³⁰

Inga Rosenbaum stellt nach ursprünglich entgegengesetzter Tendenz, die sie aus der Differenzhypothese ableitet fest, dass Reserveursachen grundsätzlich unbeachtlich sein müssten und dass das Gegenteil nur in Ausnahmefällen möglich sei. Eine Berücksichtigungslösung würde nämlich grundsätzlich gegen das schadensrechtliche Ausgleichsprinzip verstoßen. Dieses verlange, dass ein verursachter Schaden vom Schädiger auszugleichen sei.¹³¹ Hypothetische Kausalverläufe spielten bei der Schadensermittlung insbesondere dann keine Rolle, wenn das Schädigungsobjekt im Zeitpunkt der Schädigung dem Wirkungskreis der Reserveursache schon entzogen war, diese das Schädigungsobjekt also gar nicht mehr hätte treffen können. Nur in Fällen, in denen der Schaden sich erst im Laufe der Zeit entwickle, wären hypothetische Geschehensverläufe ausnahmsweise zu berücksichtigen. Das gleiche gelte in den Anlagefällen, da dann schon im Schädigungszeitpunkt eine reale Wertminderung vorgelegen habe. Denn die sichere Aussicht, dass das Schädigungsobjekt in naher Zukunft sowieso durch in ihm selbst angelegte Faktoren geschädigt worden wäre, mindere den Wert des Objekts schon in der Gegenwart.¹³²

Auch Werner spricht sich dafür aus, Reserveursachen grundsätzlich nicht, ausnahmsweise aber in bestimmten Einzelfällen zu berücksichtigen. Denn das Gesetz normiere die Beachtlichkeit gerade nicht ausdrücklich, was für eine generelle Berücksichtigungs-Lösung aber nötig sei. Wie viele andere vertritt auch er, dass man aus den gesetzlichen Regelungen §§ 287 S. 2 und 848 BGB weder durch Analogie noch durch Gegenschluss

130 *Otto Lange*, JR 1951, 73 (74f); mit wohl ähnlicher Konsequenz lehnt auch *Hirsch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2018, Rn. 1048 die Berücksichtigung von Reserveursachen ab. Das begründet er insbesondere mit dem sonst unbilligen Ergebnis in Drittbeteiligungsfällen.

131 *Rosenbaum*, Hypothetische Kausalität und Schadensersatz, 2010, S. 121; ebenso *Honsell*, JuS 1973, 69 (72).

132 *Rosenbaum*, Hypothetische Kausalität und Schadensersatz, 2010, S. 121.

eine allgemeingültige Lösung für das Problem der hypothetischen Kausalverläufe ableiten könne. Nicht einmal aus § 249 BGB sei eine klare Aussage herauslesbar.¹³³ Das Missbrauchspotential, das eine generelle Berücksichtigungs-Lösung mit sich bringe, spreche jedoch eindeutig dagegen, Reserveursachen bei der Ermittlung eines Schadens zu beachten. Denn dieses könne den Erstschädiger dazu veranlassen, die Zahlung des Ersatzanspruchs so weit wie möglich hinauszuzögern, um potentiellen Reserveursachen zum Eintreten zu verhelfen.¹³⁴ Zu berücksichtigen sei auch, dass, wären hypothetische Kausalverläufe beachtlich, der Erstschädiger, wenn eine Reserveursache nach der Erfüllung auftreten würde, die gezahlte Ersatzforderung nach dem Bereicherungsrecht zurückfordern könnte. Das erscheine unbillig.¹³⁵ Nur ausnahmsweise dürften Reserveursachen daher über § 242 BGB berücksichtigt werden, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Deshalb sei auch die Bildung von Fallgruppen, wie es beispielsweise von der Rechtsprechung, aber auch in der Wissenschaft vorgeschlagen werde, abzulehnen.¹³⁶

Auch die Lösungsvorschläge von Heinemann und Zieser gehen in diese Richtung. Laut Zieser dürfen hypothetische Geschehensverläufe nur ausnahmsweise im Rahmen des § 252 BGB bei entgangenem Gewinn berücksichtigt werden.¹³⁷ Heinemann nimmt aus der schematischen Nichtberücksichtigungs-Lösung nur die Anlageschäden heraus. Diese Schäden sind seiner Meinung nach zwar durchaus bei der Schadenszurechnung zu berücksichtigen. Bei ihnen handle es sich jedoch eigentlich nicht um Fälle der hypothetischen Kausalität. Denn die Existenz der Schadensanlage stelle schon im Schädigungszeitpunkt eine reale Wertminderung und somit einen wirklichen Schaden am Objekt dar. Die Berücksichtigung von Anlageschäden sei also nur ein normaler Schritt im Rahmen der Schadensberechnung. Für Heinemann kann nicht einmal im Rahmen des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns ein hypothetischer Kausalverlauf berücksichtigt werden. Denn im Rahmen von § 252 BGB sei schon der als ersatzfähig normierte entgangene Gewinn eine hypothetische Größe. Würde aber eine Reserveursache den Eintritt des entgangenen Gewinns verhindert haben, so wären die Tatbestandsmerkmale des § 252

133 *Werner*, NJW 1957, 1857 (1858 ff).

134 *Werner*, NJW 1957, 1857 (1859); ebenso *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 70f.

135 *Otto Lange*, JR 1951, 73 (74); *Zeuner*, AcP 1959, 441 (443 ff).

136 *Werner*, NJW 1957, 1857 (1859).

137 *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 73f.

BGB nicht erfüllt und der hypothetische Kausalverlauf hätte ausnahmsweise eine haftungsbefreiende Wirkung. Das sei nur der Fall, wenn sich die Reserveursache vor dem potentiellen entgangenen Gewinn ausgewirkt hätte. Dann wäre nämlich ein Gewinn niemals erzielt und somit ein Nachteil auch nicht verursacht worden. Es fehle also an einem realen Schaden, der durch eine hypothetische Ursache ebenfalls hervorgerufen worden wäre. Da es sich dabei um das entscheidende Charakteristikum der Fallgruppe der Reserveursachen handle, sei diese im Falle des § 252 BGB gar nicht betroffen. Für die Lösung der restlichen verbleibenden (vermeintlichen) Konstellationen der hypothetischen Kausalverläufe sollte der Schädiger für den Schaden aufkommen, den er tatsächlich auch verursacht habe. Dagegen spreche auch nicht der schadensrechtliche Gewinnabwehrgedanke, der teilweise zur Rechtfertigung einer Beachtlichkeits-Lösung herangezogen werde. Denn der Geschädigte würde, ließe man Reserveursachen unbeachtet, überhaupt keinen Gewinn machen, wie das beispielsweise bei der Vorteilsausgleichung der Fall sei. Der Gewinnabwehrgedanke müsse also gar nicht bemüht werden. Der Schädiger werde daher auch nicht benachteiligt, wenn hypothetische Kausalverläufe bei der Ermittlung des Schadens unberücksichtigt blieben.¹³⁸

Niederländer führt weiter gegen die Berücksichtigung von Reserveursachen an, dass, würde man diese berücksichtigen, der Geschädigte gleichzeitig Sach- und Forderungsrisiko für ein und dieselbe Vermögensposition tragen müsste. Diese beiden Risiken stünden normalerweise aber in einem entweder-oder-Verhältnis und befänden sich daher in unterschiedlichen Risikosphären. Solange ein Eigentümer eine Sache habe, trage er das Sachrisiko. Erst wenn die Sache durch einen anderen zerstört werde, trete an die Stelle des Sachrisikos das Risiko der Ersatzforderung. Müsste der Geschädigte nun beide Risiken gleichzeitig tragen, würde er in ungerechtfertigter Weise benachteiligt. Genau das wäre das Ergebnis, wenn nach der Entstehung eines Schadensersatzanspruchs hypothetische Ereignisse den bestehenden Schadensersatzanspruch noch beeinflussen könnten.¹³⁹ Für Niederländer stellt, wie für Heinemann, auch der Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB keine Ausnahme dar, in der Reserveursachen berücksichtigt werden können. Denn zum einen stelle die Aussicht auf Ersatz des entgangenen Gewinns kein rechtliches Nullum dar und könne dem Geschädigten, wie ein Ersatzanspruch für eine Sache, nicht einfach genommen werden. Zum anderen greife auch in dieser Konstellation das

138 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 87 ff.

139 *Niederländer*, AcP 1954, 41 (51 ff).

Argument, dass man dem Geschädigten nicht die Risiken zweier verschiedener Sphären aufbürden dürfe. Denn das Risiko, mit einem Gegenstand Gewinn machen zu können, befinde sich in derselben Risikosphäre, in der auch das Risiko des Untergangs der Sache selbst verortet sei. Sobald ein Schaden eintrete, werde dieses Untergangsrisiko durch das Forderungsrisiko und die Aussicht auf Ersatz für zukünftigen entgangenen Gewinn ersetzt.¹⁴⁰

Dieses Risikosphären-Argument wird nicht nur von Niederländer vertreten, sondern auch von weiteren Autoren in die Diskussion eingebracht,¹⁴¹ von anderen aber wiederum entkräftet. So wird gesagt, das Abstellen auf Risikosphären sei kein Argument, das gegen die Berücksichtigung von Reserveursachen herangezogen werden könne. Denn Sach- und Forderungsrisiko seien voneinander vollständig unabhängig. Eine Sache könne sich nachträglich im Wert mindern oder steigern. Ein solventer Schuldner könne insolvent werden, ein insolventer Schuldner könne zu Vermögen kommen. Die beiden Bereiche könnten daher nicht gegeneinander aufgerechnet werden.¹⁴² Außerdem sei die Unterscheidung nach Risikosphären dem Schadensersatzrecht grundsätzlich fremd. Schließlich werde diese Überlegung bei den Anlagenschäden nie angeführt, was aber für eine konsequente Problemlösung ebenso passieren müsste. Denn die Berücksichtigung dieser Konstellation bei der Ermittlung eines Schadensersatzes sei, wie bereits dargestellt, beinahe unstrittig, obwohl auch hier unterschiedliche Risikosphären betroffen seien.¹⁴³ Darüber hinaus müssten nicht nur Haftpflichtgläubiger das Forderungsrisiko tragen, sondern jeder Geldschuldgläubiger, beispielsweise auch derjenige, der Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag habe. Daher könne das Forderungsrisiko „wohl kaum der vom Gesetz gewollte Ausgleich für die Befreiung von dem Risiko des hypothetischen Schadenseintritts sein.“¹⁴⁴ Der Forderungsgläubiger müsse also auch sonst zusätzlich das Risiko von hypothetischen Geschehensverläufen tragen, das sei nicht auf Reserveursa-

140 *Niederländer*, JZ 1959, 617 (619f).

141 *Erman/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 72; *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht, 1969, S. 58f; *Zeuner*, AcP 1959, 441 (443 ff).

142 *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (441); *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 IV; *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 454.

143 *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 IV.

144 *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1073).

chen beschränkt. Auch durch die Unbeachtlichkeits-Lösung werde der Geschädigte nicht davon befreit, dass er ungewollter Weise plötzlich statt eines Gegenstands eine Ersatzforderung habe. Dass man dem Geschädigten die Möglichkeit gebe, nun aus dieser unfreiwilligen Situation Gewinn zu schlagen, indem Reserveursachen grundsätzlich unberücksichtigt blieben, könne dafür auch keine Kompensation darstellen. Insbesondere würden so Grundgedanken des Schadensrechts missachtet, nämlich die Ausgleichs- und die Gewinnabwehrfunktion. Daher sind Reserveursachen nach der Meinung von Hofmann grundsätzlich zu berücksichtigen.¹⁴⁵

Großerichter setzt dem Risikosphären-Argument ebenfalls entgegen, dass die Doppelung der zu tragenden Risiken eine allgemeine Folge des Schadensrechts sei und sich nicht auf den Bereich der hypothetischen Kausalverläufe beschränke. Außerdem setze das Argument, dass der Ersatzanspruch an die Stelle des Objekts trete, immer voraus, dass die eingetretene Objektschädigung bereits zu einem Schadensersatzanspruch geführt hätte. Im Zeitpunkt der Schadenszurechnung gehe es aber eigentlich erst um die Frage, ob ein solcher Objektschaden überhaupt eingetreten sei. Die Festlegung auf eine bestimmte Berechnungsmethode für die Höhe des Schadens dürfe dieses Ergebnis der Frage des „ob“ nicht vorwegnehmen. Wolle man Reserveursachen bei Objektschäden a priori ausschließen, müsse man sich daher auf den realen Schadensbegriff berufen, der den Objektschaden als Mindestschaden ansieht. Auf Grundlage der Differenzhypothese sei dieses Ergebnis nicht schlüssig zu argumentieren.¹⁴⁶

2.2.4. Berücksichtigung abhängig vom Verschulden des Ersttätters

Eine kleine Gruppe von Autoren spricht sich nicht, wie die beiden bisher dargestellten Gruppen, grundsätzlich für oder gegen die Berücksichtigung von Reserveursachen aus, sondern macht die Frage abhängig vom Verschulden des Ersttätters.

Diesen Gedanken findet man schon früh in Larenz' Monographie „Vertrag und Unrecht“. In einem kurzen Abschnitt, in dem sich das Buch dem Thema der hypothetischen Kausalität widmet, merkt der Autor an, dass die vollständige Berücksichtigung von Reserveursachen unserem Gerechtigkeitsinn dann widerspreche, wenn der Erstschädiger seine Schädigung

145 Hofmann, VersR 1960, 1063 (1073).

146 Großerichter, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 44f.

vorsätzlich begangen habe. Eine solche Behandlung von hypothetischen Kausalverläufen stünde in klarer Opposition zum Verantwortungsgedanken, entspreche aber dem schadensrechtlichen Ausgleichsprinzip. Da diese beiden zivilrechtlichen Grundsätze für die zu betrachtenden Fälle also unterschiedliche Ergebnisse vorgäben, müsste man sich entscheiden, welches Prinzip höher zu gewichten sei. Larenz belässt es an dieser Stelle dann bei diesem Hinweis. Die Entscheidung, welche Lösung hier die richtige wäre, trifft er nicht.¹⁴⁷

Einer der wohl konsequentesten Vertreter, der die Frage nach der Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen tatsächlich über den Grad des Verschuldens des Ersttätters lösen will, ist Knappe. In seiner Dissertation untersucht er sehr gründlich die Rechtsprechung des Reichsgerichts und kommt zu dem Ergebnis, dass der von diesem ursprünglich aufgestellte Unbeachtlichkeitsgrundsatz bei Reserveursachen nur sehr inkonsequent eingehalten wurde.¹⁴⁸ Deshalb sucht er nach einer Begründung für die voneinander abweichenden Entscheidungen. Er findet diese im Verschuldensmoment. Seiner Meinung nach wurden hypothetische Ursachenverläufe regelmäßig dann für unbeachtlich gehalten, wenn der tatsächliche Schädiger vorsätzlich oder grob schuldhaft gehandelt hatte. Deshalb wurde der Schädiger in diesen Fällen nicht durch die Beachtung von Reserveursachen begünstigt. In den Fällen, in denen den Erstschädiger jedoch nur leichtes Verschulden traf, oder in denen das schädigende Ereignis nur ein Zufallereignis darstellte, seien hypothetische Kausalverläufe zugunsten des Schädigers als haftungsmindernd berücksichtigt worden. Die Lösungen des Reichsgerichts entsprächen dadurch zwar beinahe durchweg dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden, stünden aber auf sehr unsicheren theoretischen Beinen.¹⁴⁹ Man könne, schreibt Knappe weiter, aus einem natürlichen Verständnis heraus demjenigen, der schuldhaft handelt, tatsächlich einen größeren Vorwurf machen, als einem schuldlosen Täter. Und auch innerhalb der Gruppe der Schuldträger lasse sich eine Hierarchie zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Handeln und den Zwischenstufen finden. Diese natürliche Betrachtungsweise schadensrechtlicher Sachverhalte müsse auch auf die rechtliche Ebene übertragen werden. Dementsprechend bildet Knappe klare Fallgruppen. Um innerhalb dieser Gruppen für Reserveursachen jeweils zu befriedigenden Ergebnissen zu kommen, analysiert er zunächst die Funktionen und Grundwerte

147 Larenz, Vertrag und Unrecht, 1937, S. 92f.

148 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 24 ff.

149 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 14 ff.

des Schadensrechts. Als dessen Hauptaufgabe erkennt er zunächst die Ausgleichsfunktion, die besage, dass der Geschädigte vollumfänglich von Schäden befreit werden müsse. Ihr Gegenspieler sei die Gewinnabwehrfunktion, die dafür sorgen solle, dass der Geschädigte aus der Schädigung keinen Profit ziehe. Zusammen bildeten sie das Entschädigungsprinzip.¹⁵⁰ Entgegen der herrschenden Meinung sieht Knappe jedoch neben diesen beiden Funktionen im Schadensrecht noch einen weiteren Zweck, nämlich die Sanktionsfunktion.¹⁵¹ Denn die Schadensersatzpflicht solle gegenüber Tätern, wie die Strafe im Strafrecht, eine abschreckende Wirkung entfalten. Sie sei allerdings nicht mit der Strafe gleichzusetzen und daher auch in der Formulierung als „Sanktion“ etwas anderes als „Strafe“. Dabei ist sich Knappe durchaus der Tatsache bewusst, dass sich die Motive zum BGB gegen eine moralisierende Verschuldensabstufung beim Schadensersatz aussprechen.¹⁵² Er schreibt, in ihnen werde die Meinung vertreten, dass nur das Prinzip der vollen Entschädigung zu juristisch befriedigenden Ergebnissen führen würde. Bemühe man jedoch eine historische oder eine rechtsvergleichende Perspektive, würde man sehen, dass diese Annahme der Motive falsch sei. Daher seien andere Lösungen, als sie vom Gesetzgeber ursprünglich gewollt waren, durchaus denkbar und würden in fremden Rechtsordnungen auch schon bestehen. Außerdem übersähen die Motive bei ihrer Konzentration auf den Geschädigten, dass auch die Interessen des Schädigers gewahrt werden müssten. So kommt Knappe zu dem Schluss, dass die Gründe, die gegen eine Verschuldensabstufung sprächen, nicht haltbar seien. Daher seien auch alle Lösungen, die aus dem Gesetz abgeleitet werden könnten, nicht überzeugend. Wenn aber das Gesetz eine Materie unsachgemäß löse, könne man an dieser Stelle, ebenso wie im Falle eines vollständigen Fehlens jeglicher Regelung, von einer Lücke im Gesetz ausgehen. Diese müsse dann entsprechend der allgemeinen Grundsätze geschlossen werden. Um nun eine gerechte Lösung zu finden, schaut Knappe insbesondere auf den Sanktionsgedanken, der seiner Meinung nach einen Hauptbestandteil der Verschuldenshaftung darstellt. Da nämlich gerade die Schuldhaftung in Gesetz und Gesellschaft eine besondere Rolle spiele, habe auch das BGB auf diese Weise den Sanktionsgedanken implizit anerkannt. Ließe man den Sanktionsgedanken außer

150 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 101 ff.

151 Eine Sanktionsfunktion des Schadensrechts erkennt auch *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 204.

152 Siehe *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 10.

Acht, könnten, wie die bisherigen Lösungen zeigten, nur unbefriedigende Ergebnisse für das Problem der Reserveursachen gefunden werden. Die nur indirekte Anerkennung des Sanktionsprinzips und die Tatsache, dass es im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt werde, sprächen auch nicht gegen dessen Existenz; auch andere Grundgedanken des BGB seien nicht explizit erwähnt, sondern stünden als Ausgangsbedingungen hinter den Normen und könnten sich entsprechend den aktuellen gesellschaftlichen Konventionen immer wieder ändern.¹⁵³ So kommt Knappe für die verschiedenen Fallgruppen anhand einer jeweils erfolgten Abwägung der drei Schadensprinzipien zu unterschiedlichen Lösungen, bei denen die Berücksichtigung der Reserveursachen vom Grad des Verschuldens abhängt:

„I. a) Ist die erste Ursache grob schuldhaft (vorsätzlich oder grobfahrlässig) gesetzt und die zweite ein Zufallsereignis, so bleibt der nachträgliche hypothetische Umstand unberücksichtigt, den Erstverursacher trifft die volle Schadensersatzpflicht. (Die Sanktionsfunktion dominiert über den Gewinnabwehrgedanken, die Ausgleichsfunktion ist nicht berührt).

b) Das gleiche gilt unabhängig von der Art des ersten Haftungsgrundes, falls das nachträgliche hypothetische Schadensereignis von einem Dritten zu vertreten ist. (Die Ausgleichsfunktion herrscht, der Gewinnabwehrgedanke greift nicht ein, die Sanktionsfunktion unterstützt stärker oder schwächer den Ausgleichsgesichtspunkt).

II. Bildet der erste Umstand ein leicht fahrlässiges Verhalten oder einen Haftungsgrund ohne Verschulden, und der zweite a) ein Zufallsereignis oder b) ein eigenes Verhalten des Geschädigten, so ist die nachträgliche hypothetische Schadensursache zu berücksichtigen, der Erstverursacher nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der nicht auch in Folge des zweiten Ereignisses eingetreten wäre. (Der Gewinnabwehrgedanke dominiert über die Sanktionsfunktion, der Ausgleichsgesichtspunkt ist nicht berührt; zu b) greift auch ein Schadensverteilungsgedanke aus § 254 BGB ein).

III. Hat der Erstverursacher grob schuldhaft (vorsätzlich oder grobfahrlässig) gehandelt und das zweite Ereignis der Geschädigte selbst zu vertreten, so ist nach den Umständen des Einzelfalls, unter genauer

153 Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 93 ff.

Abwägung des beiderseitigen Verhaltens, insbesondere des Verschuldens, zu entscheiden, ob der Schädiger vollen, teilweisen oder Ersatz nur in dem Umfang zu leisten hat, als der Schaden nicht auch infolge der zweiten hypothetischen Ursache entstanden wäre. (Billigkeitsabwägung unter entsprechender Anwendung des Gedankens aus § 254 BGB).¹⁵⁴

Auch Rudolf Schmidt steht einer Lösung, die nach dem Verschulden des Ersttäters differenziert, nicht ablehnend gegenüber. Er ist sogar der Meinung, dass im Zivilrecht durchaus ein Strafgedanke enthalten sei. Seiner Meinung nach kann dieser als Argument in die Diskussion um die Beachtlichkeit von Reserveursachen eingebracht werden.¹⁵⁵ Ebenso räumt Hermann Lange ein, dass in vielen Urteilen unausgesprochen der Verschuldensgrad bei der Falllösung berücksichtigt werde, oft hinter anderen Argumenten verborgen. Er findet dieses Vorgehen gerechtfertigt, denn bei der Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen handle es sich um eine ungereregelt¹⁵⁶ und daher ausfüllungsbedürftige Thematik. Die Tatsache, dass das geltende Schadensrecht nicht nach verschiedenen Verschuldensgraden differenziere, werde immer wieder kritisiert. Daher sollte dieses sowieso schon beanstandete Versäumnis nicht auch noch auf eine gesetzlich ungelöste Materie übertragen werden.¹⁵⁷ Schließlich geht auch Coing davon aus, dass dem Schadensrecht eine gewisse Bußfunktion innewohnt.¹⁵⁸

Weit überwiegend wird die Idee eines Sanktionsgedankens und einer daraus folgenden Differenzierung nach dem Verschuldensgrad jedoch explizit abgelehnt. Neumann-Duesberg widerspricht Knappe schon in der Definition der Ereignisse, die unter den Begriff der hypothetischen Kausalität gefasst werden könnten. Für letzteren müssen Reserveursachen nämlich vollständig hypothetisch geblieben sein und dürfen sich in keiner Weise mehr ausgewirkt haben. Diese Betrachtungsweise ist für Neumann-Duesberg zu eng. Das würden beispielsweise schon die Anlagefälle zeigen. Denn auch diese Fälle würden der hypothetischen Kausalität zugerechnet, obwohl sich die Schadensanlage im Zeitpunkt ihrer Wirkung tatsächlich kausal auf den Geschädigten auswirke. Es dürfe bei der Einordnung kei-

154 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 116f.

155 *Schmidt*, AcP 1953, 112 (130).

156 So *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 10.

157 *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (166f).

158 *Coing*, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1950, 865 (871).

nen Unterschied machen, ob die Ursache hypothetisch geblieben sei, oder nicht. Nur der Schadenseintritt müsse hypothetisch sein.¹⁵⁹ Vom Verschulden dürfe die Berücksichtigung der Reserveursachen auf keinen Fall abhängig gemacht werden. Denn der Verschuldensgrad spiele im Schadensrecht grundsätzlich keine Rolle. Da die Besonderheit von hypothetischen Kausalverläufen nicht im Verschulden liege, sollte der allgemeine Grundsatz hier auch nicht aufgegeben werden.¹⁶⁰ Die von Knappe angeführte Gesetzeslücke bestehe außerdem nicht. Besonders bedenklich sei auch die Art, wie er diese angebliche Lücke methodisch auszufüllen versuche. Denn Juristen müssten sich auch bei der Rechtsfortbildung an die gesetzlichen Grenzen halten, was nicht der Fall sei, wenn bei der Beurteilung von hypothetischen Kausalverläufen das Verschulden als entscheidender Maßstab herangezogen werde. Das Gesetz kenne diesen und auch eine Sanktionsfunktion nämlich nicht.¹⁶¹

Das betonen auch andere Autoren immer wieder. Im deutschen Zivilrecht gebe es weder eine Sanktionsfunktion noch dürfe der Verschuldensgrad bei der Schadensbestimmung eine Rolle spielen. Jegliche Lösung, die auf diesen Argumenten fuße, sei daher abzulehnen.¹⁶²

2.2.5. Lösung nach den Regeln der Vorteilsausgleichung

Eine weitere kleine Gruppe vertritt die Ansicht, die Frage nach der Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen sei nach den Regeln der Vorteilsausgleichung zu lösen.¹⁶³ Denn zwischen den Rechtsinstituten „Vorteilsausgleichung“ und „hypothetische Kausalität“ bestünden durchaus Gemeinsamkeiten, insbesondere unter einem ökonomischen Blickwinkel.¹⁶⁴

159 *Neumann-Duesberg*, JZ 1955, 263 (263f).

160 *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1072f); *Niederländer*, JZ 1959, 617 (618f); *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 52f.

161 *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 55f.

162 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 44f; *Hueck*, JR 1953, 404 (405f); *MüKo/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 212.

163 *Grunsky*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: *Medicus*, 1992, S. 469 ff; *Isele*, JW 1934, 89; *Veith*, JW 1933, 2641.

164 *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 7f; *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 64; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

Es gehe nämlich in beiden Konstellationen darum, zu entscheiden, ob die durch eine Schädigung verhinderten Vermögensminderungen bei der Schadenszurechnung berücksichtigt werden müssten, oder nicht.¹⁶⁵

Viele sehen den Hauptunterschied zwischen beiden Rechtsinstituten, und daher ein Gegenargument gegen einen gleichlaufenden Lösungsvorschlag, darin, dass es bei der Vorteilsausgleichung um die Berücksichtigung realer Vorteile gehe, während sich das Problem der hypothetischen Kausalität um rein hypothetisch gebliebene Vorteile drehe.¹⁶⁶ Diese Argumentation überzeugt z. B. Wendehorst nicht. Sie gibt zu bedenken, dass auch ersparte Aufwendungen unter das Stichwort „Vorteilsausgleichung“ fielen.¹⁶⁷ Als typisches Beispiel dafür nennt sie ersparte Haushalts- und Verpflegungskosten, die sich ein Geschädigter während eines Krankenhausaufenthalts anrechnen lassen müsse.¹⁶⁸ Gerade dabei handle es sich nämlich wie bei Reserveursachen um rein hypothetische Überlegungen. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung werde bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs des Weiteren, ebenfalls wie bei der Betrachtung hypothetischer Kausalverläufe, durchaus darauf abgestellt, ob ein Geschädigter einen Verlust erlitten habe, oder nicht. Außerdem hinge die Einordnung eines Sachverhaltes in eine der beiden Fallgruppen häufig nur von der gewählten Formulierung und damit vom Zufall ab: „Ist dem Geschädigten beispielsweise aufgrund der Amtspflichtverletzung eines Notars ein Steuernachteil bei Aufdeckung einer Betriebsreserve entstanden und wird der Betrieb wenig später veräußert, kann man entweder darauf abstellen, daß die steuerliche Mehrbelastung dann ohnehin eingetreten wäre, oder aber darauf, daß bei der Veräußerung nur eine entsprechend verminderte Belastung entstanden ist.“¹⁶⁹ Daher befürwortet sie einen Gleichlauf der Lösungen für die hypothetische Kausalität und die Vorteilsausgleichung.¹⁷⁰

Dies verfocht auch Moors schon 1954. Seiner Meinung nach kann ein vermiedener Schaden einem erlangten Vorteil gleichgestellt werden. Im Rahmen der Schadenbestimmung anhand der Differenzhypothese würde

165 *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 7f; *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 64.

166 *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 7f; *Otto Lange*, JR 1951, 73 (74f); *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 I 2.

167 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

168 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff; ebenso *MüKo/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2022, § 249 Rn. 242.

169 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

170 Im nächsten Abschnitt wird ihr Lösungsweg noch ausführlicher dargelegt.

nämlich bei der Ermittlung der eingetretenen Verluste auch nicht immer nur auf reale Einbußen abgestellt. Denn beispielsweise der entgangene Gewinn, der vom BGB positiv als Schaden angesehen werde, bestehe eigentlich nicht als wirkliche, sondern nur als vorgestellte, hypothetische Vermögensminderung. Nach diesem Prinzip könne auch ein hypothetisch gebliebener, vermiedener Schaden einer Reserveursache als Vorteil angesehen und daher nach den Regeln der Vorteilsausgleichung behandelt werden. Ein Gleichlauf der Vorteilsausgleichung mit den Fällen der hypothetischen Kausalverläufe sei daher grundsätzlich gerechtfertigt. Das sei nur für zwei Fallgruppen nicht der Fall. Zum einen erlange der Geschädigte in den Fällen der hypothetischen Drittbeteiligung keinen Vorteil. In diesen Fällen erhalte der Geschädigte schon keinen Ersatzanspruch gegen den Zweitschädiger, so dass der Anspruch gegen den Erstschädiger bestehen bleiben müsse, damit der erlittene Schaden kompensiert werden könne. Die Regeln der Vorteilsausgleichung dürften daher nicht angewendet werden. Zweitens könne der durch die Reserveursache verschaffte Vorteil nur dann berücksichtigt werden, wenn diese Reserveursache adäquat kausal durch die erste Schädigungshandlung verursacht worden sei, nicht jedoch, wenn der Adäquanzzusammenhang verneint werden müsse. Letzteres würde beispielsweise im oben schon erwähnten Fall vorliegen, in dem ein Dieb eine Uhr aus einem Haus stiehlt, kurz bevor dieses Haus abbrennt. Die Tatsache, dass ein Haus abbrenne, sei nämlich keine adäquate Folge dessen, dass vorher ein Dieb eine Uhr aus diesem Haus gestohlen habe.¹⁷¹ Letztendlich spricht sich Moors also vor allem in den sonst als Anlagefälle bezeichneten Fallkonstellationen für die Lösung im Sinne der Vorteilsausgleichung aus. In den restlichen Fällen verneint er die Beachtlichkeit der hypothetischen Kausalverläufe.

Auch Grunsky vertritt einen ähnlichen Lösungsweg. Seiner Meinung nach stellt die Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen einen Unterfall der Vorteilsausgleichung dar. Den Vorteil, den der Geschädigte erlangt, erkennt er bei den Fällen der Reserveursachen darin, dass der tatsächliche Geschehensverlauf verhindert habe, dass ein anderes (das hypothetische) Ereignis das geschädigte Objekt treffen konnte. Seiner Meinung nach gibt es keinen relevanten Unterschied zwischen dieser gerade beschriebenen Situation und dem Fall der Vorteilsausgleichung, in dem der Vorteil in einer Vermögensmehrung besteht. Daher müsse über die Fälle mit Reserveursachen wie auch über die der Vorteilsausgleichung einheitlich anhand von wertenden Einzelurteilen entschieden werden. Ge-

171 *Moors*, NJW 1954, 332.

gen diese Gleichstellung könne vielleicht sprechen, dass das hypothetische Alternativgeschehen bei der hypothetischen Kausalität in der Regel den gesamten Schaden ungeschehen mache, während sich die Vorteilsausgleichung meistens nur mit einzelnen Teilpositionen des Schadens beschäftige. Grunsky bemerkt jedoch, dass gerade letzteres nicht der Fall sein müsse, nur könne. Außerdem sei dieser Punkt kein ausreichendes Argument für eine unterschiedliche Behandlung der Fallgruppen.¹⁷²

Ein positiver Effekt der Gleichstellung der beiden Institute liegt seiner Meinung nach in der Reduktion von Komplexität. Denn mit seiner Lösung könne auf einem einheitlichen Weg für verschiedene Situationen eine gute Lösung gefunden werden. Zwar seien auch die Grundsätze der Vorteilsausgleichung nicht immer einfach anzuwenden; da ihre Wertungen aber größtenteils aus dem Gesetz zu entnehmen seien, seien sie jedoch eingängiger und griffiger als die bisher angebotenen Lösungswege für die hypothetische Kausalität. Auf diesem Weg käme man auch durch konsistente Folgerungen dazu, Anlageschäden zu berücksichtigen. Zu diesem Ergebnis kämen zwar auch die meisten anderen Autoren, allerdings nicht auf Grundlage einer stichhaltigen Argumentation. Denn die Berücksichtigung der Schadensanlagen bei der Schadensermittlung folge bei der hier angebotenen Lösung nicht aus der Eigenschaft des Anlagefalls als Spezialfall einer Reserveursache, sondern aus allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen. Schließlich könne so die Differenzierung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden, die von der Rechtsprechung und, wie noch zu zeigen sein wird, auch von vielen Vertretern der Literatur häufig bei der Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen herangezogen wird, als verfehlt erkannt werden. Da nämlich diese Unterscheidung bei der Vorteilsausgleichung nicht gemacht werde, dürfe darauf auch bei der Behandlung hypothetischer Kausalverläufe nicht abgestellt werden.¹⁷³

Als Gegenargument zu dieser Meinung wird immer wieder betont, man könne nicht sagen, dass es für den Geschädigten einen Vorteil darstelle, dass das tatsächliche Schadensereignis verhindert habe, dass ein anderes Ereignis den Schaden verursachen konnte.¹⁷⁴ Ein konkreter Schaden könne sowieso nur einmal eintreten, das geschädigte Objekt nicht

172 Grunsky, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: *Medicus*, 1992, S. 469 ff. (469 ff).

173 Grunsky, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: *Medicus*, 1992, S. 469 ff. (473 ff).

174 Hofmann, VersR 1960, 1063 (1072); Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 64.

ein zweites Mal zerstört werden. Auch die Tatsache, dass eine andere Art der Zerstörung verhindert wurde, könne für den Geschädigten keinen Vorteil darstellen.¹⁷⁵ Bei der hypothetischen Kausalität komme es nämlich im Gegensatz zur Vorteilsausgleichung nicht dazu, dass ein eingetretener Schaden durch eine konkrete Vermögensmehrung wieder ausgeglichen werde.¹⁷⁶ Die Lösungen für die Vorteilsausgleichung könnten daher für die hypothetische Kausalität nicht ausreichend fruchtbar gemacht werden, so dass beide Fälle weiterhin getrennt zu betrachten seien.¹⁷⁷

2.2.6. Einzellösungen

Neben diesen verbreiteten Theorien wurden weitere Lösungen entwickelt, die durchaus innovative Ansätze verfolgen, aber weniger Anhänger gefunden haben. Davon sollen hier, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, einige dargestellt werden.

Dabei ist als erster Hueck zu nennen. Er verwehrt sich gegen die Ansätze, die schadensrechtlichen Fälle mit hypothetischen Kausalverläufen über Sonderwege zu lösen. Er spricht sich stattdessen dafür aus, die Lösung über das allgemeine Kausalitätskriterium „Adäquanz“ zu suchen.¹⁷⁸ Wenn im Zeitpunkt der Schadensentstehung bereits Umstände vorlagen, die auf adäquat kausale Weise eine Reserveursache verursacht hätten, so sei diese Reserveursache bei der Berechnung des Schadens immer zu berücksichtigen.¹⁷⁹ Um eine ungleiche Behandlung verschiedener Schuldner zu vermeiden, dürfe es für diese Berücksichtigung auch keine zeitliche Grenze geben. Hypothetische Kausalverläufe müssten daher sowohl vor als auch nach der Erfüllung des Schadensersatzanspruchs beachtet und gegebenenfalls entstandene Bereicherungsansprüche gewährt werden. Auf diesem Wege seien sowohl „normale“ Reserveursachen als auch die Anlagefälle gut lösbar. Ein solch passendes Ergebnis könne darüber hinaus für die Fälle der hypothetischen Drittbeteiligung gewährleistet werden. Bei der Lösung dieser Konstellationen nach Huecks Ansatz müsse bei der Ermittlung des durch den Erstschädiger verursachten tatsächlichen Scha-

175 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 21 ff; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 7f.

176 *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 87f.

177 *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 I 2.

178 S. hierzu Kapitel 3.1.2.

179 *Hueck*, JR 1953, 404 (406f); ebenso *Schmidt*, AcP 1953, 112 (126f).

dens die Reserveursache, die durch einen Dritten verursacht worden wäre, als schadensmindernder Faktor berücksichtigt werden. Der Erstschädiger müsse dann aber dennoch den vollen Ersatzanspruch leisten. Denn das Eintreten der ersten Schadensursache sei nicht nur die Ursache für den Schaden selbst, sondern auch dafür, dass sich die hypothetische Schadensursache des Drittschädigers nicht mehr auswirken und gegen diesen kein Ersatzanspruch entstehen konnte. Mithilfe der Wertungsgesichtspunkte des Adäquanzgedankens komme man also in allen Konstellationen zu zufriedenstellenden Ergebnissen.¹⁸⁰

Hiergegen wird angeführt, dass der Adäquanzgedanke grundsätzlich nur dazu diene, unbeherrschbare Ereignisse generell aus der Haftung auszuschließen. Er könne daher nie die Frage nach der Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen lösen. Außerdem wäre die Differenzierung danach, ob eine Reserveursache auf adäquate Weise verwirklicht worden wäre, oder nicht, ein unbilliges Unterscheidungskriterium. Denn es gäbe keine Rechtfertigung dafür, dass eine adäquate Reserveursache einen Schädiger eher entlasten solle als eine inadäquate.¹⁸¹

Eine weitere Einzellösung stammt von Rother. Er kritisiert grundsätzlich, dass es keiner der bestehenden Meinungen gelinge, eine allgemeingültige Lösung zur Frage der Beachtlichkeit von Reserveursachen im Schadensrecht zu präsentieren. Das liegt seines Erachtens nach besonders an dem Umstand, dass die jeweiligen Theorien sich immer nur auf bestimmte, für sie passende Beispielfälle konzentrierten. So argumentierten die Verfechter einer Nichtbeachtungslösung grundsätzlich mit Fällen besonders verwerflichen Schädigerhandelns, während die Beachtlichkeit von Reserveursachen in der Regel an Beispielen gezeigt werde, in denen der Schädiger nur fahrlässig gehandelt habe.¹⁸²

Wie viele andere Autoren beginnt Rother seine an die Kritik der bisherigen Lösungen anschließende eigene Analyse mit der Definition der Ziele des Schadensrechts. Hier erkennt er insbesondere die Ausgleichs- und die Sanktionsfunktion. Letztere werde seiner Meinung nach in der Literatur vor allem bemüht, um die Nichtberücksichtigung von Reserveursachen zu begründen, erstere hingegen als Argument für deren Berücksichtigung. Sie seien also offensichtlich nur schwer miteinander in Einklang zu bringen. Daher plädiert Rother dafür, den Sanktionsgedanken aufzugeben. Denn

180 Hueck, JR 1953, 404 (406 ff).

181 Hermann Lange/Schiemann, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 V; *Niederländer*, JZ 1959, 617 (619).

182 Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 204 ff.

der vorrangige Zweck des Schadensrechts sei eindeutig der Ausgleich von erlittenen Schäden. Das Sanktionsbedürfnis werde über das Strafrecht ausreichend abgedeckt. In der Tat käme es, würde man diesen auch im Zivilrecht beachten, zu einer unangemessenen Überschneidung beider Rechtsgebiete.¹⁸³

Um in einem weiteren Schritt zu einer richtigen und gleichzeitig auch billigen eigenen Lösung zu kommen, führt Rother als wesentliches Unterscheidungsmerkmal die „Herrschaftssphäre“ ein, in der sich die Reserveursache abspielt. Anhand dieses Kriteriums sollte die Frage nach der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen für verschiedene Konstellationen entschieden werden. Die möglichen Herrschaftssphären seien erstens der Einflussbereich des Schädigers, zweitens der Einflussbereich eines Dritten und drittens der Einflussbereich des Geschädigten selbst.¹⁸⁴ Daran anschließend definiert er zwei Gruppen, in die die Schadensereignisse eingeteilt werden können:

„1. In solche, die von verantwortlichen Dritten dem Geschädigten verursacht worden wären, oder für die Dritte ohne Rücksicht auf ihre Schadensmitwirkung erstattungspflichtig wären, und

2. in solche, die der Geschädigte hätte hinnehmen müssen, weil er sie entweder selbst herbeigeführt hätte oder weil er ihnen schicksalsmäßig oder sozial unterworfen gewesen wäre.“¹⁸⁵

Zur ersten Gruppe gehörten solche Fälle, in denen der tatsächliche Erstschädiger gleichzeitig auch der hypothetische Zweitschädiger wäre und solche, in denen ein verantwortlicher Dritter das hypothetische Zweiteignis verursacht hätte. In dieser ersten Fallgruppe seien Reserveursachen nicht berücksichtigungsfähig. Denn diese Geschehen fielen nicht in den Herrschaftsbereich des Geschädigten, so dass es keine Rechtfertigung für seine Benachteiligung gebe. Die zweite Gruppe setze sich zusammen aus solchen Fällen, in denen der Geschädigte selbst das hypothetische Zweiteignis herbeigeführt hätte, solchen mit Schicksalsgeschehen ohne Ersatzansprüche gegen Dritte, aus den Fällen der Anlageschäden, Fällen des nur formell rechtswidrigen Behördenhandelns,¹⁸⁶ solchen mit allgemeinen po-

183 Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, S. 207 ff.

184 Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, S. 209 ff.

185 Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, S. 210.

186 Ein Beispiel hierfür wäre der Brandgassenfall, BGH, Urteil vom 19.04.1956-III ZR 26/55 (BGHZ 20, 275).

litischen Entscheidungen und schließlich auch solchen aus Arbeitskampf-fällen. In ihnen könne sich der Schädiger entlastend auf hypothetische Kausalverläufe berufen, da das Risiko des Eintritts des hypothetischen Geschehens jeweils der Herrschaftssphäre des Geschädigten selbst zuzurechnen sei.¹⁸⁷

Eine weitere hier darzustellende Autorin, die eine eigene neue Lösung für die Behandlung von hypothetischen Kausalverläufen im zivilen Schadensrecht präsentiert hat, ist Wendehorst. Sie hat eine statistische Methode entwickelt, die das Problem der Reserveursachen auf der Grundlage von mathematischen und wertenden Gesichtspunkten lösen soll. Dabei geht sie bei der Definition des Schadens nicht von der gängigen Differenzhypothese aus, sondern legt ihren Überlegungen den realen Schadensbegriff zugrunde.¹⁸⁸ Dieser beschreibt Schaden als „der an den Gütern des Geschädigten entstandene reale Verlust, die Wunde des Verletzten, das Loch im Schaufenster. Sein Umfang ergibt sich aus dem Vergleich des jetzigen Zustands des geschädigten Gutes mit seinem Zustand vor der Schädigung.“¹⁸⁹ Sie vertritt, dass ein solcher realer und dem Schädiger zurechenbarer Schaden nur durch die wirkliche Ursachenkette entstehen könne; eine hypothetische Reserveursache könne darauf keinen Einfluss haben. Das sei nur bei mittelbaren Schäden gegebenenfalls anders zu beurteilen. Ein Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen den Erstschädiger bestehe also in der Regel auch, wenn ein hypothetischer Kausalverlauf den entstandenen Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte. Davon ausgehend möchte Wendehorst die konkrete Prüfung der Beachtlichkeit von Reserveursachen in einem Dreischritt vornehmen: Zuerst müsse ermittelt werden, ob dem Geschädigten, dessen Schaden grundsätzlich nicht wegen eines hypothetischen Kausalverlaufs entfallen könne, dennoch ein „Restvorteil“ verblieben sei. Das sei immer dann der Fall, wenn „dessen Gesamtvermögen nach gedachter Leistung ungekürzten Schadensersatzes höher ist als bei Hinwegdenken des haftungsbegründenden Ereignisses.“¹⁹⁰ Dieser müsse dann in den nächsten beiden Schritten gegebenenfalls korrigiert werden. Dafür müsse im zweiten Schritt eine Vorteil-Nachteil Analyse durchgeführt werden. In dieser werde überprüft, ob dem Restvorteil des Geschädigten ein Restnachteil des Schädigers gegenüberstehe. Als letztes müssten die

187 *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 211 ff.

188 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

189 *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (416).

190 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

gefunden Ergebnisse einer wertenden Einzelfallprüfung standhalten, um zu entscheiden, ob Restvorteil und -nachteil gegeneinander auszugleichen seien. Dabei spiele beispielsweise der Unwertgehalt der Handlung des Erstschädigers eine Rolle.¹⁹¹ Im Rahmen dieser Dreischrittprüfung sei zu berücksichtigen, dass keineswegs in jeder Fallkonstellation, die unter den Oberbegriff „hypothetische Kausalität“ fiele, auf erster Ebene immer auch ein Restvorteil gegeben sei. Das zeigten die folgenden Beispiele: „Fügt Anton am Montag dem Wagen der Berta einen Totalschaden zu und wäre der Wagen andernfalls am Mittwoch infolge höherer Gewalt ohnehin zerstört worden, dann steht sich Berta um den von Anton gezahlten Schadenersatzanspruch besser, als sie stünde, wenn Anton nicht dazwischengetreten wäre. Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn für den Brand Dora verantwortlich war und der Berta ersatzpflichtig gewesen wäre, weil Berta dann auch ohne Dazwischentreten des Anton am Ende die Ersatzleistung gehabt hätte.“¹⁹² Da also in der zweiten Fallkonstellation, bei der es sich um eine mit hypothetischer Drittbeteiligung handelt, die geschädigte Berta keinen Restvorteil erlangen würde, müsste dieser auch nicht ausgeglichen werden. Es bleibe dann bei der Grundregel, dass die von Dora gesetzte Reserveursache bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs von Berta gegen Anton keine Rolle spielen würde. Anton müsste vollen Ersatz für das Auto leisten. Im ersten Fall stellt sich die Lage etwas anders dar. Dort verbleibt Berta nach Erhalt der Ersatzforderung von Anton ein Restvorteil. Besondere Wertungen, die einen Ausgleich erforderlich machen würden, seien jedoch nicht ersichtlich, sodass die Reserveursache unbeachtlich bleiben müsste und Anton wiederum den vollen Ersatz zu leisten hätte.¹⁹³

Neben diesen drei Vertretern sehr spezieller Einzellösungen gibt es Stimmen in der Literatur, die sowohl die in diesem Abschnitt vorgestellten als auch alle anderen generalisierenden Lösungsvorschläge für die Behandlung von Reserveursachen ablehnen. Ihnen zufolge sei Gerechtigkeit nur durch Einzelfallbetrachtungen herbeiführbar, sodass sie auf verschiedene Weisen vertreten, dass jede schadensrechtliche Konstellation, in der eine Reserveursache auftritt, einer individuellen Lösung zugeführt werden müsse.¹⁹⁴

191 *Wendeborst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff. und S. 573 ff.

192 *Wendeborst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

193 *Wendeborst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 104 ff.

194 So z. B. *Enneccerus/Lehmann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1958, S. 71f; *Zeuner*, AcP 1959, 441 (454).

2.2.7. Differenzierung nach Objektschäden und Folgeschäden

Die überwiegende Meinung in der Literatur folgt für die Entscheidung, ob Reserveursachen bei der Schadensermittlung zu berücksichtigen sind, oder nicht, keiner der bisher vorgestellten Lösungen. Stattdessen wird danach differenziert, ob es sich bei der eingetretenen Schädigung um eine mittelbare oder um eine unmittelbare handelt. Diese Theorie geht zurück auf Neuner, Larenz und Coing. Neuner differenziert dabei nach der Funktion der Ansprüche, Larenz' Unterteilung ist objektbezogen.¹⁹⁵

Neuner beginnt seine Analyse im Aufsatz „Interesse und Vermögensschaden“ mit einer Diskussion des Schadensbegriffs. Ein Schaden ist für ihn jede Vermögenseinbuße. Ein Vermögensschaden sei jedoch immer nur die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögen und dem tatsächlichen Vermögen. Die Berechnung dieser Differenz sei aber nicht immer möglich und führe nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen.¹⁹⁶ Daher müsse man einen Mindestschaden definieren. Dafür könne der objektive Wert eines Schadensobjekts herangezogen werden, solange zwischen den Parteien nicht bestimmt sei, dass nur das, möglicherweise auch niedrigere, Interesse ersetzt werden solle. Sei der Schaden höher als der objektive Wert, sei der tatsächliche Schaden zu ersetzen. Dieser sei dann nach der Differenzhypothese zu bestimmen. Probleme, die bei dieser Art der Schadensberechnung entstünden, seien vernachlässigbar.¹⁹⁷

Ausgehend von dieser grundsätzlichen Schadensbetrachtung zieht Neuner seine Schlüsse für die Beachtlichkeit von Reserveursachen. Da der Schaden durch die Einführung des Mindestschadens nie geringer sein könne als der objektive Wert des verletzten Gutes, seien hypothetische Kausalverläufe bei der Berechnung des Schadens auch nicht zu berücksichtigen. Nur bei der Kompensation der über den objektiven Wert hinausgehenden mittelbaren Schäden seien Reserveursachen beachtlich. Denn letztere würden nach der Differenzhypothese berechnet, die die Beachtlichkeit von hypothetischen Geschehensverläufen verlange.¹⁹⁸ Diese Lösung führe zwar zu einem gespaltenen Schadensbegriff, was vom Gesetzgeber bei der Abfassung des BGB eigentlich nicht gewollt gewesen sei.¹⁹⁹ Die

195 Vgl. *Gebauer*, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 135 ff.

196 *Neuner*, AcP 1931, 277 (277 ff).

197 *Neuner*, AcP 1931, 277 (294 ff).

198 *Neuner*, AcP 1931, 277 (311f).

199 Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2005, S. 412.

mit einem einheitlichen Schadensbegriff einhergehenden Unbilligkeiten zeigten jedoch, dass die vom Gesetzgeber gewollte vollständige Vereinheitlichung des Schadensbegriffs zu weit gegangen und unpraktikabel sei.²⁰⁰ Letztendlich lasse sich auch im Widerspruch zum ausdrücklich geäußerten Gesetzgeberwillen in einigen Normen ablesen, dass der objektive Wert einer Sache tatsächlich den Mindestschaden darstelle. Das sei zum Beispiel aus der Regelung des § 430 HGB a. F.²⁰¹ erkennbar, in der die Höhe des Ersatzanspruchs auf den gemeinen Wert begrenzt wurde. Außerdem schreibe der Wortlaut des BGB nirgendwo einen einheitlichen Schadensbegriff vor. Schließlich könnten die Schadensnormen auch jeweils auf unterschiedliche Schadensbegriffe angewendet werden. Zwar sei auch die Bestimmung des objektiven Wertes nicht immer einfach, zum Beispiel, wenn es für etwas keinen Marktpreis gebe. Sie sei aber immer noch klarer als die Ermittlung eines subjektiven Wertes, bei dem neben den objektiven Faktoren noch weitere, unsicherere Faktoren zu berücksichtigen seien. Daher sei seine Lösung zur Beachtlichkeit von Reserveursachen passend.²⁰²

Auch Larenz vertritt die Auffassung, dass die Frage nach der Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen im Schadensrecht von der Art des eingetretenen Schadens abhängig gemacht werden müsse. Dabei bezieht er sich in seiner Lösung explizit auf die Überlegungen von Neuner. Reserveursachen sind jenem zufolge nur bei mittelbaren Folgeschäden, aber nie bei unmittelbaren Objektschäden berücksichtigungsfähig. Die Unbeachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen für unmittelbare

200 Neuner, AcP 1931, 277 (290f).

201 Die Norm wurde neu gefasst durch Gesetz v. 25.06.1998. Vorher lautete sie:
§ 430 HGB

(1) Muß auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.

(2) Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth oder dem gemeinen Werthe zu ersetzen, welchen das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde; hiervon kommt in Abzug, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und sonstigen Kosten erspart ist.

(3) Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

202 Neuner, AcP 1931, 277 (301 ff).

Schäden begründet Larenz damit, dass sie mit der Schädigung endgültig und abschließend entstanden seien. Denn diese Schäden würden durch eine Gegenüberstellung der Vermögenslage direkt vor und direkt nach dem konkreten schädigenden Handeln bestimmt. Der Ersatzanspruch ersetze dann sofort in diesem Zeitpunkt den Wert des Schädigungsobjekts im Vermögen des Geschädigten. Sowohl der Schaden als auch der Ersatzanspruch könnten daher später nicht mehr durch ein hypothetisches Ereignis entfallen oder verändert werden. Sonst würde der Geschädigte mit einem zweiten Schadensereignis belastet, das gar nicht eingetreten sei. Würde man Reserveursachen, die nach dem tatsächlichen Schädigungszeitpunkt aufträten, noch berücksichtigen, wäre außerdem die Ersatzpflicht des Schädigers davon abhängig, ob vor der Erfüllung des Ersatzanspruchs zufälligerweise noch ein Ereignis eingetreten wäre, das das Objekt ebenfalls geschädigt und den Anspruch damit verändert hätte. Diese zufällige Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Erfüllung ist nach Larenz nicht zu rechtfertigen. Die Nichtberücksichtigung von Reserveursachen bei unmittelbaren Objektschäden, wie beispielsweise bei Heilbehandlungskosten und Schmerzensgeld nach einer Körperverletzung, sei daher begründbar und erforderlich. Diese Regel umfasse allerdings nicht die Fallgruppe der Anlageschäden. Da Schadensanlagen nämlich bereits im Moment der Schädigung vorhanden seien und den Wert des Objekts schon in diesem Zeitpunkt minderten, fließen sie in die Bestimmung des konkreten Schadens mit ein. Für Larenz handelt es sich hierbei allerdings nicht um die Berücksichtigung von Reserveursachen im eigentlichen Sinn, sondern um die genaue Bestimmung des aktuellen Wertes einer Sache, der eben durch die belastende Anlage schon geringer sei, als der Wert eines entsprechenden schadensfreien Objekts.²⁰³

Dass sich hypothetische Kausalverläufe bei mittelbaren Folgeschäden, im Gegensatz zur Beurteilung von unmittelbaren Objektschäden, auswirken könnten, folgert Larenz daraus, dass Folgeschäden nicht direkt mit der Schädigung selber entstünden, sondern erst im Laufe der Zeit, teilweise sogar an anderen Gegenständen, aufträten. Deshalb sei zur Schadensberechnung auch nicht der Augenblick der Schädigung ausschlaggebend, sondern erst der spätere Zeitpunkt, in dem sich die jeweilige Schadensposition verwirkliche. Dadurch könnten sich aber auch nachträgliche Umstände, die den Ersatzanspruch noch einmal ändern würden, niederschlagen. Reserveursachen seien daher für diese Schadensarten zu berücksichtigen, und zwar sogar dann, wenn sie sich erst im Zeitraum nach einem rechts-

203 Larenz, NJW 1950, 487 (491).

kräftigen Urteil verwirklicht hätten. So sei beispielsweise bei der Bestimmung des entgangenen Gewinns oder eines Nutzungsausfallschadens ein hypothetischer Kausalverlauf, der diese Schäden ebenfalls herbeigeführt hätte, beachtlich.²⁰⁴

Dieser vorgeschlagene Lösungsweg, der die Berücksichtigung von Reserveursachen von der Art des eingetretenen Schadens abhängig mache, sei, so Larenz, zwar im Gesetz so nicht festgeschrieben, aber dennoch mit diesem vereinbar. Die gängige juristische Auffassung vom Schadensbegriff im Sinne der Differenzhypothese widerspreche nämlich dem natürlichen Empfinden von Schaden als realem Ereignis, der in einem bestimmten Augenblick entstehe. Daher befürwortet Larenz, wie andere Autoren, den realen Schadensbegriff und macht ihn zur Grundlage seiner Theorie. Dieser reale Schaden könne von zeitlich nachfolgenden Schädigungen klar getrennt werden, so dass sich erstens eine Schadensgliederung und zweitens eine unterschiedliche Behandlung dieser verschiedenen Positionen quasi aufdränge. Letztendlich lege sogar das Gesetz den realen Schadensbegriff zugrunde, wenn es Naturalherstellung als Wiedergutmachung für verursachte Schäden fordere. Daher sei sowohl der gegliederte Schadensbegriff als auch die darauf aufbauende Theorie zum Umgang mit Reserveursachen vertretbar.²⁰⁵

Coing will sogar historisch herleiten, dass der geteilte Schadensbegriff im deutschen Zivilrecht angelegt ist. Er argumentiert, dass schon im gemeinen Recht die Gliederung des Schadensbegriffs in mittelbare und unmittelbare Schäden durchgeführt worden sei. Auch das RG habe sich, wenn auch nicht in seiner Argumentation, so doch im Ergebnis, an dieser alten Aufteilung orientiert. Selbst die Verfasser des BGB, die zwar eine von der gemeinrechtlichen Regelung abweichende Formulierung gewählt hätten, hätten sich inhaltlich nicht von dieser distanzieren wollen. Es gebe also keine hinreichende Begründung dafür, den gegliederten Schadensbegriff aufzugeben. Für Schadenskonstellationen mit Reserveursachen hieße das, wie es auch Larenz schon formuliert habe, dass hypothetische Kausalverläufe sich nur bei der Ermittlung von mittelbaren Folgeschäden auswirken könnten, nicht aber auf unmittelbare Objektschäden.²⁰⁶

Honsell vertritt eine etwas abgewandelte Form dieser von Larenz und Coing begründeten Theorie. Seiner Meinung nach dürfen Reserveursachen nur bei entgangenem Gewinn in die Schadensbestimmung miteinbe-

204 Larenz, NJW 1950, 487 (491f).

205 Larenz, NJW 1950, 487 (492).

206 Coing, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1950, 865.

zogen werden. Das ergebe sich schon aus § 252 BGB. Bei unmittelbaren Schäden dürften sie nicht berücksichtigt werden. Auf Grundlage des realen Schadensbegriffs definiert er das Verständnis dieser Schadensart aber weiter als Larenz. Hypothetische Kausalverläufe spielen daher für Honsell sowohl bei den direkten Schäden am Schädigungsobjekt, als auch an solchen Objekten, die sofort und direkt mit dem eigentlichen Schädigungsobjekt mitgeschädigt wurden („positiver Folgeschaden“²⁰⁷), keine Rolle. Auch Honsell erkennt, dass diese Gliederung des Schadens in unterschiedliche Positionen im Gesetz eigentlich nicht angelegt ist. Seiner Meinung nach ist sie für ein befriedigendes Ergebnis jedoch erforderlich; die Differenzhypothese werfe zu viele Probleme auf und sei daher mindestens einzuschränken, eigentlich sogar aufzugeben.²⁰⁸

Dieser Theorie, die Berücksichtigung von Reserveursachen von der Art des eingetretenen Schadens abhängig zu machen, schließen sich viele weitere Autoren an.²⁰⁹ Rother hebt lobend hervor, dass es sich hierbei um eine einfach anwendbare und daher praktische Theorie handle. Die differenzierte Beurteilung der beiden Schadensposten sei außerdem gerechtfertigt. Denn die Differenzhypothese verlange ihrer Formulierung zufolge die Berücksichtigung von hypothetischen Kausalursachen vor allem für Folgeschäden. Für unmittelbare Objektschäden sei das nicht der Fall.²¹⁰ Lange und Hueck würdigen, dass Larenz' Lösung ein vollständiges System biete, in das sich jeder Schadensersatzanspruch einordnen lasse.²¹¹ Ergänzend ist Lange der Meinung, dass die BGB-Gesetzgeber den gemeinrechtlichen Schadensbegriff übernehmen wollten, der durchaus von einer Schadensteilung ausgegangen sei. Auf dieser Grundlage sei die angebotene Theorie also durchaus mit dem BGB konform. Gegen die Schadensteilung ließe sich auch nicht anführen, dass im sonstigen Schadensrecht die vorgeschlagene Unterteilung keine Rolle spiele, denn das zeige nur, dass die Rechtsrealität sich ohne eine Schadensteilung entwickelt habe.²¹²

Wendehorst wendet ein, dass die Lösung, die die Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen von der Art des eingetretenen Schadens abhängig machen will, auf Grundlage eines nach der Differenzhypothese errechneten Schadens nicht überzeugen könne; insbesondere, weil § 249

207 Honsell, JuS 1973, 69 (73).

208 Honsell, JuS 1973, 69 (72 ff).

209 Armbrüster, JuS 2007, 605 (605f); Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 21f; Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2022, § 46 Rn. 12.

210 Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 202.

211 Hueck, JR 1953, 404 (405); Hermann Lange, AcP 1952/53, 153 (160).

212 Hermann Lange, AcP 1952/53, 153 (160 ff).

BGB keineswegs so gelesen werden müsse, dass die Norm die Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen vorschreibe. Lege man der Theorie jedoch den realen Schadensbegriff zugrunde, könne sie doch noch überzeugen. Im Zeitpunkt der Schädigung entstehe nämlich vielleicht kein rechnerischer, mit der Differenzhypothese erfassbarer, aber doch ein realer Schaden. Dieser konkrete Schaden hätte auf andere Weise nicht verursacht werden können. Daher könne man vertreten, Reserveursachen dürften bei unmittelbaren Schäden nicht berücksichtigt werden. Da aber Folgeschäden erst später entstünden, könnten hypothetische Geschehensverläufe, die sich auf diese ausgewirkt hätten, berücksichtigt werden. Auf Grundlage des realen Schadensbegriffs stelle Larenz' Theorie also eine konsequente Lösung zum Umgang mit Reserveursachen dar.²¹³

Vielfach wird jedoch auch grundlegende Kritik an diesem Lösungsansatz geübt und vertreten, die Differenzierung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden sei für den Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen kein überzeugendes Differenzierungskriterium.²¹⁴ Der Haupteinwand lautet, trotz den Versuchen von Larenz, diesen zu entkräften, dass die Ausgangsthese, der Schadensbegriff könne in unmittelbare und mittelbare Schäden unterteilt werden, mit dem Gesetz nicht vereinbart werden könne. Denn § 249 BGB verlange die Gleichbehandlung aller Schadenspositionen.²¹⁵ Ein Schadensersatzanspruch sei auch nicht immer schon direkt im Zeitpunkt der Schädigung vollumfänglich und unveränderlich begründet. Zwar entstünden Ansprüche in der Regel tatsächlich, sobald alle ihre Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien und würden erst wieder erlöschen, wenn die Voraussetzungen von Gegennormen vorlägen. Das müsse aber nicht zwingend so sein; das Fortbestehen eines Anspruchs könne auch davon abhängig gemacht werden, ob alle Tatbestandsmerkmale in der Gegenwart noch vorlägen. So sei es beispielsweise auch bei § 985 BGB.²¹⁶

213 *Wendeborst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 79f.

214 Z. B. von *Enneccerus/Lehmann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1958, S. 71f; *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1071f); *Hueck*, JR 1953, 404 (405); *Michaelis*, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, 1943, S. 243.

215 *Bechtold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 19f; *Hueck*, JR 1953, 404 (405); *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 VII; *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (340); *Niederländer*, JZ 1959, 617 (619); *Schmidt*, AcP 1953, 112 (120 ff); *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 65f.

216 *Lemböfer*, JuS 1966, 337 (340).

Außerdem sei die Vorstellung, jede auftretende Schadensposition zweifelsfrei als mittelbaren oder unmittelbaren Schaden einordnen zu können, irreführend. Eine solche klare Zuteilung sei im Gegenteil häufig nicht möglich.²¹⁷ So könnten sich beispielsweise ein eingetretener unmittelbarer Schaden an einer Sache oder eine Krankheit bei einem Menschen weiterfressen. Die ursprüngliche Verletzung und die dann folgende könnten dann nur gemeinsam behandelt, bzw. repariert, werden. Eine Aufteilung in verschiedene Schadenskategorien sei in solchen Fällen mindestens künstlich, gegebenenfalls sogar unmöglich.²¹⁸ Es sei weiter fraglich, warum nur der Schadensersatz für den unmittelbaren Schaden direkt an die Stelle des geschädigten Objekts treten solle, und warum das bei mittelbaren Schäden nicht der Fall sei.²¹⁹ Auch Larenz' Argument, dass der Geschädigte, würde man Reserveursachen berücksichtigen, zweimal geschädigt wäre, nämlich einmal im Zeitpunkt der Erstschädigung und ein zweites Mal in dem Zeitpunkt, in dem die Reserveursache berücksichtigt werde, ist in den Augen der Kritiker falsch. Denn der erste Schaden würde bereits durch den Ersatzanspruch vollständig kompensiert, er bestehe nicht mehr in dem Zeitpunkt, in dem sich die Reserveursache auswirke.²²⁰ Schließlich sprächen auch der in § 565 HGB a. F. geregelte Spezialfall und die §§ 287, 848 BGB gegen die differenzierende Lösung. Denn dort werde die Berücksichtigung von Reserveursachen nicht von der Schadensart abhängig gemacht. Man dürfe dieses Vorgehen deshalb auch im „Grundfall“ der hypothetischen Kausalverläufe, der nicht einmal gesetzlich geregelt sei, nicht vertreten.²²¹ Des Weiteren werde durch Larenz' Lösung das bereits stark kritisierte Alles-oder-Nichts-Prinzip noch verstärkt.²²²

Schließlich würde auch die Billigkeit das vorgeschlagene Ergebnis nicht rechtfertigen.²²³ Ein Schädiger, der in Notwehr vorsätzlich eine Sache wegnehme, die sowieso zerstört worden wäre, müsste nach der differenzie-

217 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 19f; *Hueck*, JR 1953, 404 (405); *Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 91; *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 VII.

218 *Enneccerus/Lehmann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1958, S. 71f; *Hofmann*, VersR 1960, 1063 (1071f); *Schmidt*, AcP 1953, 112 (120 ff).

219 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 19f.

220 *Schmidt*, AcP 1953, 112 (120 ff).

221 *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (441); *Schmidt*, AcP 1953, 112 (120 ff).

222 *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (165).

223 *Schmidt*, AcP 1953, 112 (120 ff).

renden Theorie von Larenz Ersatz leisten. Ein Schläger, der sein Opfer erwerbsunfähig prügeln würde, würde sich im Gegensatz dazu nicht ersatzpflichtig machen, wenn feststünde, dass das Opfer auf dem Heimweg durch ein Zugunglück ebenfalls erwerbsunfähig geworden wäre.²²⁴

Zuletzt wird auch Coings historische Rechtfertigung für den differenzierenden Umgang mit Reserveursachen kritisiert. Die von diesem Autor aufgestellte Behauptung, selbst Mommsen hätte die Berücksichtigung von Reserveursachen im Rahmen des Sachwertes abgelehnt, sei falsch. Auch die Aussagen, die Coing dem Reichsgericht zuschreibe, seien verfehlt. Darüber hinaus könne eine im Schadensrecht vermeintlich angelegte Bußfunktion die unterschiedliche Beurteilung nach Schadensarten ebenfalls nicht rechtfertigen. Denn mit dem Bußgedanken sei immer auch ein Verschuldensgedanke verbunden. Coing müsste daher konsequenterweise für eine Differenzierung nach dem Verschuldensgrad eintreten. Das würde dem Gesetz zwar widersprechen, aber auch nicht mehr, als die Aufteilung nach mittelbaren und unmittelbaren Schäden.²²⁵ Coing hätte letztendlich nicht versuchen sollen, die historischen Quellen im Sinne seiner Lösungsvorstellung zu interpretieren, sondern besser einfach dargelegt, warum die vorgenommene Unterteilung sinnvoll und notwendig sei.²²⁶ In der Gesamtschau berge der Ansatz von Larenz und Coing also zu viele unlösbare Probleme.²²⁷

So zeigt sich, dass selbst der in diesem Abschnitt vorgestellte Lösungsansatz, der wohl (noch) als herrschende Meinung bezeichnet werden kann, bedeutende Schwachstellen aufweist.

2.2.8. Weitgehend unstreitige Lösung bei Anlageschäden und Fällen mit hypothetischer Beteiligung Dritter

Bis zu dieser Stelle konnte vor allem gezeigt werden, wie uneinheitlich und divers die Meinungen und Argumentationsansätze zu der Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen sind. An zwei Stellen herrscht innerhalb der Diskussion jedoch auch weitgehende Einigkeit. Diese sollen hier gemeinsam dargestellt werden, sodass am Ende dieses Kapitels ein

224 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 62f.

225 *Schmidt*, AcP 1953, 112 (123 ff).

226 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 19f.

227 *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (165).

klares Bild des aktuellen Meinungsstands über den Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen als Grundlage für die weitere Diskussion zur Verfügung steht.

Zum einen geht es dabei um die Frage, ob Anlageschäden bei der Bestimmung des Schadens eine Rolle spielen dürfen, oder nicht. Diese Frage wurde im Rahmen der Einzelmeinungen teilweise schon dargestellt, soll aber hier noch einmal getrennt von den übrigen Problemfeldern behandelt werden.

Eine Schadensanlage liegt, wie schon dargelegt, dann vor, wenn in dem Zeitpunkt, in dem sich die reale Ursache auswirkt, derselbe Schaden in einer anderen Ursache bereits angelegt war (Schadenskeim).²²⁸ Es ist beinahe unstrittig, dass diese Art einer Reserveursache bei der Schadensbestimmung berücksichtigt werden muss. Selbst das Reichsgericht, das die Beachtlichkeit von hypothetischen Kausalverläufen grundsätzlich ablehnte, berücksichtigte sie in diesen Fällen.²²⁹ Seiner Argumentation schlossen sich große Teile des Schrifttums an.²³⁰ Auch heute spricht sich der überwiegende Teil der Wissenschaft und selbst die Autoren, die die Berücksichtigung von hypothetischen Kausalverläufen eigentlich ablehnen, hierfür aus.²³¹ Sie argumentieren, Schadensanlagen müssten deshalb berücksichtigt werden, weil das Schädigungsobjekt in dieser Fallkonstellation schon im Schädigungszeitpunkt weniger wert sei, als wenn es nicht mit einem Anlageschaden vorbelastet gewesen wäre.²³² Würden Anlageschäden nicht berücksichtigt werden, wäre das daher unbillig.²³³

Teilweise wird bestritten, dass es sich bei Schadensanlagen wirklich um eine Untergruppe der hypothetischen Kausalität handelt. Das wurde

228 *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 97 ff; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 98f; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 127 ff.

229 S. Kapitel 2.1.

230 So z. B. *Niederländer*, AcP 1954, 41 (59 ff); *Schmidt*, AcP 1953, 112 (135); *Zeuner*, AcP 1959, 441 (449f); ablehnend *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 77f.

231 *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (605); *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 22; *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensrecht, in: *Caemmerer*, 1968, S. 411 ff. (428); *Erman/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 74f; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 2021, § 52 Rn. 17; *Neumann-Duesberg*, NJW 1952, 131 (131f); *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 100; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 98 ff.

232 *Niederländer*, AcP 1954, 41 (59 ff); *Staudinger/Schiemann*, BGB 2017, § 249 Rn. 97 ff; *Schmidt*, AcP 1953, 112 (135).

233 *Bechthold*, Die Behandlung der sogenannten überholenden Kausalität, 1963, S. 12f.

bereits in den vorherigen Abschnitten angedeutet. Argumentiert wird nämlich, es gehe bei Anlagefällen lediglich darum, den aktuellen Wert eines Gegenstandes konsequent anhand der Differenzhypothese zu bestimmen, mit hypothetischen Ursachenverläufen habe das nichts zu tun.²³⁴ Letztendlich führt diese Meinung aber nicht zu anderen Ergebnissen als die herrschende, die die Anlageschäden den Reserveursachen zuordnet. Es handelt sich also an dieser Stelle um eine rein dogmatische Diskussion über die Bewertung des Problems, nicht aber um dessen Lösung.

Die Existenz der Fallgruppe der Anlageschäden wird nur sehr vereinzelt abgestritten. So vertritt beispielsweise Knappe die Meinung, dass es eigentlich keine Anlageschäden gebe. Denn jede Kausalkette lasse sich historisch unendlich weit nach hinten zurückverfolgen; es gebe also keine Geschehen, deren Kausalketten „älter“ seien als die von andern Ereignissen.²³⁵ Dabei handelt es sich jedoch um eine Einzelansicht.

So lässt sich sagen, dass Anlageschäden in der zivilrechtlichen Literatur bei der Schadensermittlung nach einhelliger Meinung Berücksichtigung finden müssen.

Die zweite Frage, die nahezu einheitlich gelöst wird, ist die, ob in den Fällen, in denen ein Dritter für das hypothetische Zweitereignis verantwortlich gewesen wäre, hypothetische Ursachenverläufe berücksichtigt werden dürfen. Ganz überwiegend wird hierzu vertreten, dass bei hypothetischer Ersatzpflicht eines Dritten Reserveursachen nicht zu beachten sind.²³⁶ Denn der Dritte hafte sonst für einen Schaden, den er gar nicht verursacht habe und auch nicht mehr verursachen konnte. Der Schaden sei nämlich schon vor seinem (hypothetischen) Eingreifen endgültig entstanden.²³⁷

Schiemann führt hierzu ergänzend aus, dass dieser herrschende Lösungsweg für Drittbeteiligungsfälle eigentlich keine präzise Umsetzung

234 *Großerichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 27f; *Heinemann*, Überholende Kausalität und Schadensbegriff, 1961, S. 89; *Hueck*, JR 1953, 404 (406); *Niederländer*, AcP 1954, 41 (59 ff); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 127 ff.

235 *Knappe*, Das Problem der überholenden Kausalität, 1954, S. 77f.

236 *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (605); *Backhaus*, VersR 1982, 210 (213); *Erman/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2020, Vor §§ 249-253 Rn. 76; *Großerichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 46; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 2021, § 52 Rn. 17; *Jauernig/Teichmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, Vor §§ 249-253 Rn. 52 ff.

237 *Armbrüster*, JuS 2007, 605 (605); *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 30 Rn. 21; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 2021, § 52 Rn. 17; *Musielak*, JA 2013, 241 (246f).

der Differenzhypothese sei. Würde man diese Theorie genau einhalten wollen, müsste man nämlich genauer zwischen verschiedenen Situationen differenzieren. So müsste der Anspruch des Erstschädigers auf das begrenzt sein, was der Zweitschädiger, wäre er ersatzpflichtig geworden, hätte leisten müssen und können. Diese Aufteilung wäre jedoch zu künstlich und sei in der Praxis kaum mit vertretbarem Aufwand durchzuführen. Daher verdient auch seiner Meinung nach die einheitliche herrschende Meinung zu den Fällen mit hypothetischer Drittbeteiligung den Vorzug.²³⁸

Lemhöfer spricht sich entgegen dieser herrschenden Meinung für eine Berücksichtigung von Reserveursachen selbst in Drittbeteiligungsfällen aus. Dabei vertritt er einen Lösungsweg, der dem von Schiemann diskutierten, aber abgelehnten, stark ähnelt. Denn für Lemhöfer besteht der durch den Erstschädiger verursachte Schaden darin, dass der Geschädigte gegen den Drittschädiger keinen Ersatzanspruch hat. Die Handlung des Drittschädigers konnte sich auf den Schadensverlauf nämlich nicht mehr auswirken. Potentielle Haftungsbeschränkungen, die den Dritten im Falle einer Ersatzpflicht begünstigt hätten, müssten sich daher auch auf den Ersatzanspruch gegen den Erstschädiger auswirken. Das läge daran, dass nur in Höhe dieses hypothetischen, reduzierten Wertes bei dem Geschädigten tatsächlich ein Schaden verbleibe. Die potentiellen Anspruchskürzungen hätte der Geschädigte nämlich auch hinnehmen müssen, wenn der Dritte für den Schaden verantwortlich gewesen wäre. So sei auch Mittellosigkeit des Dritten bei der Ermittlung des Schadensersatzanspruchs gegen den tatsächlichen Schädiger zu berücksichtigen, wodurch dieser Anspruch sogar vollständig ausgeschlossen werden könne. Hiergegen ließen sich auch die Wertungen der §§ 830 I S. 1, 840 I BGB nicht anführen, denn das für diese Normen entscheidende Merkmal der Mittäterschaft fehle in der Konstellation der hypothetischen Kausalität. Eine Analogie käme also nicht in Frage.²³⁹

Teilweise wird jedoch auch genau diese Idee als Lösung für den Umgang mit Drittbeteiligungsfällen vorgeschlagen; die Ersatzpflicht des Erstschädigers könne über § 830 I S. 2 BGB analog eingeschränkt werden. Das vertritt im Anschluss an Heck²⁴⁰ zum Beispiel auch Hermann Lange. Die Analogie solle beispielsweise dann möglich sein, wenn die hypothetische

238 *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 249 Rn. 95f; so auch die Neubearbeitung *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, § 249 Rn. 97.

239 *Lemhöfer*, JuS 1966, 337 (340f); *Schmidt*, AcP 1953, 112 (136).

240 *Heck*, Grundriss des Schuldrechts, 1958, S. 49.

2. Hypothetische Kausalität im deutschen Zivilrecht

zweite Ursachenkette tatsächlich noch stattgefunden und das geschädigte Objekt, wenn auch ohne schädigende Wirkung, getroffen habe.²⁴¹

Einen alternativen Weg, wie der Ersatzanspruch gegen den tatsächlichen Schädiger in Drittbeteiligungsfällen reduziert werden könnte, stellt Hermann Lange später zusammen mit Schiemann vor: Eine Minderung des Ersatzanspruchs sei mit Hilfe von § 254 BGB möglich. Um den Geschädigten jedoch nicht doppelt zu belasten, dürfe sich die Insolvenz des Zweitschädigers nicht mindernd auf den Anspruch gegen den Erstschädiger auswirken. Eine Gesamtschuld über eine Analogie zu § 830 I S. 2 BGB sei, entgegen früherer Äußerungen, nicht möglich, da die Vorschrift nicht dazu diene, dem Geschädigten einen weiteren Schuldner zu verschaffen, sondern nur dazu, Kausalitätszweifel zu überwinden.²⁴²

Bei diesen Stimmen, die bei der Bestimmung des Ersatzanspruchs des Geschädigten gegen den Erstschädiger berücksichtigen wollen, dass ein hypothetischer Drittschädiger den Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte, handelt es sich um vereinzelte Mindermeinungen. Die überwältigende Mehrheit in der Literatur vertritt die gegenteilige Ansicht, so dass in der Tat sowohl für den Themenkomplex „Anlageschäden“ als auch „hypothetische Beteiligung eines Dritten“ klare herrschende Meinungen gegeben sind.

2.3. Fazit

Die dargestellten Vorschläge, die das Problem der hypothetischen Kausalität lösen wollen, sind divers. Einigkeit herrscht heute lediglich darüber, dass die Reserveursachenproblematik dem Themenkreis der Zurechnung und nicht dem der Kausalität zuzuordnen ist. Anhand von unterschiedlichen Wertungen und Bewertungen kommen die zitierten Autoren dann für die Berücksichtigungsfähigkeit von hypothetischen Kausalverläufen, teilweise sogar auf Grundlage derselben Argumente, zu unterschiedlichen Gesamt- oder Teillösungen. Dabei kann gegen jede Lösung grundlegende Kritik geäußert werden.

Sowohl die Meinungen, die von einer grundsätzlichen Beachtlichkeit, als auch die Lösungen, die von einer grundsätzlichen Unbeachtlichkeit von Reserveursachen ausgehen, würden, wie das häufig bei schematischen Alles-oder-Nichts-Lösungen der Fall ist, in vielen Konstellationen zu Lö-

241 *Hermann Lange*, AcP 1952/53, 153 (162f).

242 *Hermann Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts 1, 2003, 4 X.

sungen führen, die dem Gerechtigkeitsgefühl und der Systematik des BGB widersprechen würden. Der Vorschlag, Reserveursachen grundsätzlich unberücksichtigt zu lassen, ist dabei zusätzlich und insbesondere auch mit dem Wortlaut von § 249 BGB kaum vereinbar. Die differenzierteren Lösungen scheinen hingegen vielfach im Widerspruch zum Gesetzgeberwillen oder zum Gesetzestext zu stehen, so dass es fraglich erscheint, wie weit diese umsetzbar sind. Das wird insbesondere deutlich, wenn man sich die starke Kritik vor Augen ruft, die dem Lösungsvorschlag entgegenschlägt, der die Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen vom Verschuldensgrad des Schädigers abhängig macht. Dieser ist offensichtlich weder mit dem System des BGB noch mit dem Gesetzgeberwillen vereinbar. Ähnliches spricht gegen die Theorie, die hypothetische Kausalverläufe nur bei mittelbaren Folgeschäden, nicht aber bei unmittelbaren Objektschäden berücksichtigen will. Die Tatsache, dass sie inzwischen viele Anhänger gefunden hat, kann nicht ausgleichen, dass ihr Grundgedanke, der geteilte Schadensbegriff, mit dem Gesetz kaum in Einklang zu bringen ist. Auch die Vertreter, die Reserveursachen anhand der Regeln der Vorteilsausgleichung beurteilen wollen, können mit ihrer Argumentation nicht überzeugen. So ähnlich sich diese beiden Rechtsinstitute in der Tat sind, so konstruiert erscheint es, das Ausbleiben eines Schadens als Vorteil einzuordnen. Ebenso unpassend wirken die drei vorgestellten Einzellösungen. Gegen das Kriterium der Adäquanz als entscheidendes Merkmal für den Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen spricht, dass es sich bei der Adäquanz, wie im nächsten Kapitel gezeigt wird, um einen allgemeinen Bestandteil der Kausalprüfung handelt. Die Frage, ob eine Reserveursache bei der Ermittlung eines Schadens berücksichtigt werden muss, kann damit nicht beantwortet werden. Die Vorschläge von Rother und Wendehorst sind wiederum zu kompliziert, um tatsächlich praktikable Bewertungsmaßstäbe bieten zu können. So kann man sich schwer vorstellen, Richter würden, entsprechend dem von Wendehorst vorgeschlagenen Statistikprinzip, eine Rechnung über Restvorteile und Restnachteile aufstellen, um über die Beachtlichkeit von Reserveursachen in Einzelfällen zu entscheiden.

Letztendlich ist daher doch der Weg der grundsätzlichen Beachtlichkeit von Reserveursachen derjenige, der von den klarsten Argumenten unterstützt wird. Insbesondere der Wortlaut von § 249 BGB deutet auf diese Lösung hin, was für sich genommen schon ein starkes Argument zugunsten dieser Position darstellt. Auch Zweck und Systematik der Norm wären mit dieser Lösung vereinbar. Denn § 249 BGB stellt die zentrale zivilrechtliche Schadensnorm dar, an der allgemeine schadensrechtliche Probleme

zu lösen sind. Sie fordert zwar generell, dass nach einem Schaden umfassender Schadensersatz geleistet wird, aber eben nur insoweit, als der Geschädigte durch das Eingreifen des Schädigers einen Schaden erlitten hat. Die Tatsachen, dass der Geschädigte durch eigentumsrechtliche Ansprüche ausreichend geschützt und der Schädiger durch das Strafrecht ausreichend bestraft werden kann, zeigen wiederum, dass die Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen nicht allein anhand von § 249 BGB gelöst werden muss, sondern dass das Problem in die gesamte Gesetzessystematik eingebettet ist und Aspekte des Problems, die über § 249 BGB nicht in den Griff zu bekommen sind, über andere Mechanismen aufgefangen werden können. Über § 249 BGB muss also nur ein passender Schadensausgleich, und keine Gesamtlösung für jedes einzelne Folgeproblem, das die Berücksichtigung von Reserveursachen ggf. mit sich bringt, gefunden werden.

Dennoch gibt es, wie oben schon gezeigt, genügend Argumente, die sich gegen diese generelle Beachtlichkeitslösung ins Feld führen lassen. Zu nennen ist beispielhaft, dass es in der Tat seltsam und unbillig anmutet, wenn ein Schädiger für einen Schaden, den er tatsächlich verursacht hat, keinen Ersatz zu leisten hat. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass beinahe alle Meinungen ein Billigkeitsargument zur Unterstützung ihres jeweiligen Lösungsvorschlages heranziehen. Je nach vertretener Theorie ist die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung aller oder nur bestimmter Reserveursachen mit dem Gerechtigkeitsempfinden des jeweiligen Autors nicht zu vereinbaren. Die Frage, ob eine Lösung der Billigkeit entspricht, ist also nicht dazu geeignet, die Qualität der angebotenen Theorien zu bewerten.²⁴³

Daher erscheint es an dieser Stelle sinnvoll und erforderlich, einen objektiven und methodischen Bewertungsmaßstab in die Diskussion zum Umgang mit hypothetischen Kausalverläufen im Schadensrecht einzuführen. Da ein solcher im Recht selber nicht zu finden ist, muss bei der Suche nach einem passenden Maßstab über die Grenzen des Fachs hinaus gesehen werden. An einem solchen kann sich dann der hier favorisierte Lösungsansatz messen lassen und aus einem unvoreingenommenen Blickwinkel heraus können verschiedene Theorien miteinander verglichen werden. So könnte schließlich auch die an dieser Stelle geäußerte Präferenz für die Theorie, die die grundsätzliche Beachtung von Reserveursachen fordert, mit weiteren Argumenten untermauert werden.

243 Vgl. *Zieser*, Der Schadensersatzanspruch bei überholender Kausalität nach deutschem Zivilrecht, 1955, S. 49f.

Zur Erreichung dieses Ziels sollen im weiteren Verlauf der Arbeit Theorien und Methoden aus Philosophie und Geschichts- bzw. Politikwissenschaft herangezogen werden, die sich ebenfalls mit hypothetischen Kausalverläufen und deren Bewertung beschäftigen. Diese Fächer haben Richtlinien entwickelt, die bestimmen können, ob hypothetische Kausalverläufe, bzw. kontrafaktische Konditionale oder auch Counterfactuals²⁴⁴, „wahr“, bzw. „plausibel“ sind. Wenn diese Bewertungsschemata für typische Konstellationen von Reserveursachen im Zivilrecht zu positiven Ergebnissen kommen, kann das neben der rechtlichen Argumentation dafürsprechen, dass Reserveursachen grundsätzlich berücksichtigt werden sollten. Denn die beiden Disziplinen beschäftigen sich, wie noch genauer auszuführen sein wird, mit sehr ähnlichen Ereignis- und Kausalketten wie Juristen. Ihre Lösungsansätze können daher durchaus auch Indizwirkung für rechtswissenschaftliche Sachverhalte haben und so zur Theoriebildung beitragen.

Um zeigen zu können, dass diese aus juristischer Sicht gesehenen fachfremden Theorien auch für die Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden können, soll vor deren Einführung gezeigt werden, dass es auch gerechtfertigt ist, sie im juristischen Diskurs anzuwenden. Der entscheidende Grund dafür ist die These, dass in allen betrachteten Fachrichtungen dasselbe grundlegende Kausalitätsverständnis herrscht und außerdem vergleichbare Ereignisse untersucht werden. Die knappe Darstellung des juristischen und der anschließende Vergleich mit dem philosophischen und geschichtswissenschaftlichen Kausalitätsbegriff sind daher Inhalt des nächsten Kapitels. Dort wird abschließend ein intensiverer Blick auf das Wesen der *conditio-sine-qua-non*-Theorie geworfen.

244 Die unterschiedlichen Fächer verwenden für gleiche Phänomene teilweise voneinander abweichende Begriffe. Nähere Ausführungen dazu finden sich in den jeweiligen Kapiteln.