

## Der Bezugszeitpunkt bei der Schadensberechnung

7. – Bei zivilrechtlicher Haftung haben sich aus den Wert- und Preisschwankungen zwischen Leistungsfrist und Schadenersatzleistung im Hinblick auf eine eher an der Billigkeit im Schuldverhältnis orientierten Lösung schwierige wirtschaftliche Probleme für die Gesetzgebungspolitik ergeben. Auf der einen Seite ist angesichts des eventuellen Preisrückgangs zwischen Leistungsfrist, Verzug und Gerichtsentscheid das Problem des Schadenersatzes hervorgetreten, und zwar in dem Sinne, dass man diesen auf einen bestimmten Zeitpunkt festlegen wollte wie etwa auf den Leistungstermin, den Verzug oder die Klageerhebung, um so den Gläubiger bei einem Preisrückgang zu schützen.

Vorherrschend ist dabei der Wille, durch Einfrieren des Vertragsrisikos den Schadenersatz zu sichern, so dass der Gläubiger weder die Folgen eines eventuellen Preisrückgangs tragen muss noch allgemein den Unsicherheiten bei der Preisentwicklung ausgesetzt ist. Dem ist bei der Entwicklung des Konzepts der *perpetuatio obligationis*, der Festlegung der Schadensberechnung auf den Zeitpunkt seines Eintretens (*dies obligationis*), den Beginn des Verzugs (*tempus morae*) oder den Moment der Klageerhebung (*tempus litis contestationis*) Rechnung getragen worden.

Der mögliche Preisanstieg dagegen (bei dem es sich um den häufigsten Fall handelt) hat in der Praxis zu dem Problem geführt, dass eine ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners als Vorteil aus seiner Nichterfüllung verhindert, stattdessen aber der Gläubiger bevorzugt wird, der so geradezu aufgerufen wird, daraus seinen Vorteil zu ziehen. Dass dem Gläubiger diese Möglichkeit gegeben wird, rechtfertigt man mit dem Bezug der Schadensberechnung auf den Zeitpunkt des *tempus rei iudicandae*, d.h. "auf den Zeitpunkt, zu dem

Aus "Rivista di Diritto Civile", XXXIII, 1987, S. 31, ff. und "L'Espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

die Schadensberechnung erfolgt" (Betti), <sup>(1)</sup> d.h. "die Berechnung des angenommenen derzeitigen Wertes der Sache", was bedeutet: "auf Grundlage einer angenommenen Leistungserfüllung zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung." Dabei ist der Wille grundlegend, "den Wert des Schadens auf den Stand zum Urteilszeitpunkt zu bringen."

Diese "Wertberichtigung" erfolgt einfach, indem man den derzeitigen Wert derselben Sache nimmt.

Die Verschiebung der Schadensberechnung auf den Urteilszeitpunkt führt dazu, dass der Gläubiger aber im Fall eines Nachgebens der Preise das Risiko einer geringeren Bewertung trägt. Dies wird in den verschiedenen Rechtsordnungen allgemein von den Autoren und Richtern akzeptiert, die die Schadensberechnung mit Bezug auf den Urteilszeitpunkt vornehmen.

Dafür, dass dieses Problem umgangen wird, d.h. dass dem Gläubiger nicht nur die Möglichkeit eines Vorteils bei Preiserhöhungen eingeräumt, sondern dieser auch vor nachgebenden Preisen geschützt wird, haben die Verfechter des *quantum plurimi* und die darauf basierenden Systeme gesorgt, bei denen der Einfluss einer auf der einen Seite übermäßig belastenden, auf der anderen allzu vorteilhaften Konzeption noch offensichtlicher ist.

2. – Um das Ausmaß des Problems und den Stand der Dinge besser verstehen zu können, folgt nun ein historisch-vergleichender Exkurs.

Im klassischen römischen Recht lehren die angesehensten Dogmatiker, <sup>(2)</sup> dass bei den Klagen nach strengem Recht und bei denen nach Treu und Glauben, die eine Gattung zum Gegenstand haben, die Leistungsfrist, sofern eine solche vereinbart wurde, auch zum Zeitpunkt der Schadensberechnung wird. Für den Fall, dass eine Frist für die Leistungserfüllung nicht vereinbart wurde, berücksichtigte man den Beginn des Verzugs (*tempus morae*) oder den der Klageerhebung (*tempus litis contestationis, quanti ea res est*: D. 17, 1, 37; D. 13, 3, 4). <sup>(3)</sup> Im Fall einer Preisänderung zwischen Leistungsfrist und

(1) E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919, S. 26.

(2) E. BETTI, *a.a.O.*; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, S. 515, 544, 568, 578, 582; P. YOGI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938, S. 15 ff.; ders., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, S. 47.

(3) E. BETTI, *La litis aestimatio*, zit., S. 8, 10 ff.; ders., *Diritto romano*, zit., S. 566 ff., 570 ff.; P. YOGI, *letzter zit. O.*, S. 20.

und Klageerhebung konnte der Gläubiger bei den genannten Klagen nach Treu und Glauben, die eine Gattung zum Gegenstand hatten, entweder den höheren Preis zum Zeitpunkt des Fristablaufs oder Klageerhebung wählen (*quanti plurimi*).

Bei den Klagen nach Treu und Glauben, die dagegen eine Speziesz zum Gegenstand hatten, wurde die Schadensberechnung auf den Urteilszeitpunkt bezogen (*rei iudicandae tempus*: D. 13, 6, 2, 2 Ulpianus 28 ad ed.; D. 19, 1, 3, 3 Pomponius 9 ad Sab.).<sup>(4)</sup> Der Bezug auf das *tempus rei iudicandae* sollte eine Ersatzleistung sein, denn im klassischen Recht wurden für die gesamte Prozessdauer von der *litis contestatio* bis zur Verurteilung keine Verzugszinsen berechnet.<sup>(5)</sup>

Eine eventuelle Diskrepanz zwischen der *aestimatio rei* zum Urteilszeitpunkt und dem *id quod interest* war dabei kein unüberwindliches Hindernis, denn, wie Siber bemerkt hat,<sup>(6)</sup> nahm man die Schadensberechnung jetzt manchmal auf der Grundlage des *quanti ea res erit*, manchmal auf der des *id quod interest* vor, je nachdem, welche Formel benutzt wurde, weshalb diese nur tendenziell äquivalent waren.

Das Kriterium des *tempus rei iudicandae* wurde auch für die Schiedsgerichte verwendet, wo die Formel vorsah, dass der Richter zunächst die Restitution (*arbitratus de restituendo*) befahl und anderenfalls den Geldwert festlegte.<sup>(7)</sup> Das *quanti ea res erit* bezog sich auf die spätere Zeit der angenommenen Rückgabe der Sache, für die es das Äquivalent darstellte.

Der außervertragliche Schaden wurde hingegen auf Grundlage des höchsten in den letzten 30 Tagen vor dem Diebstahl erreichten Wertes berechnet (D. 13, 1, 8 § 1; D. 47, 2, 50).<sup>(8)</sup>

Im nachklassischen und im justinianischen Recht wurde bei den *judicia bonae fidae* der Bezug auf das *tempus rei iudicandae* verallgemeinert.<sup>(9)</sup> Für den Fall eines Nachgebens der Preise konnte der Gläubiger das *quanti plurimi*

(4) E. BETTI, *La litis aestimatio*, zit., S. 12, 26 ff.

(5) P. YOCI, *letzt. zit. O.*, S. 13; G. CERYENCA, *Contributo allo studio delle usure c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, S. 205, 273, Nr. 127.

(6) H. SIBER, *Römisches Recht*, Leipzig, 1982, 2, S. 241; P. YOCI, *a. O.*, S. 2, 16.

(7) M. KASER, *Quanti ea res est*, Münchener Beiträge, 1935, XXIII; S. 182, 195; P. YOCI, *letzt. zit. O.*, S. 2, Anm. 5. Sugli *judicia arbitraria* in genere, E. BETTI, *Diritto romano*, zit., S. 579.

(8) P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1952, S. 448.

(9) P. BONFANTE, *a. O.*, S. 449; U. RATTI, in *Bullettino di diritto romano*, 1932, S. 169.

zwischen dem *tempus morae* und dem der Entscheidung wählen (D. 19, 1, 3 § 3; D. 19, 1, 21 § 3; D. 17, 1, 37).

Der Bezug auf die Preise zum Urteilszeitpunkt war dadurch gerechtfertigt, dass darin das Prinzip *in illiquidis non fit mora* zum Ausdruck kam. Durch die Unmöglichkeit, Verzugszinsen auf die Sachschuld zu berechnen wurde es notwendig, der Entscheidung neue, meist höhere Preise zugrunde zu legen, um so den Wert der verspätet gelieferten Leistung auf den neuesten Stand zu bringen.

3. – Im gemeinen Recht nahmen Alciato, Duareno und Fabro<sup>(10)</sup> als Grundlage der Schadensberechnung bei den Klagen nach Treu und Glauben den Wert zum Urteilszeitpunkt, sofern kein Verzug vorlag, wo ein solcher vorlag, dagegen den Beginn des Verzugs. Bei den Klagen nach strengem Recht fand dagegen der Wert zum Zeitpunkt der Klageerhebung Berücksichtigung.

Donello (Kommentar zu D. 1, XII, tit. 1, 1, 22 n. 5, 19-21; XIII, tit. 1, 3 n. 12, 13, 25) legte bei den Vertragsklagen, die eine Gattung zum Gegenstand hatten, den Zeitpunkt der Klageerhebung zugrunde und wies darauf hin, dass es in diesem Fall "keine Berücksichtigung des Verzugs geben sollte."<sup>(11)</sup>

Im Fall des Verzugs herrschte eine gleichzeitig für den Schuldner belastende und für den Gläubiger vorteilhafte Logik vor, die sich auf das *quanti plurimi*-Prinzip stützte.

Dies war in gewisser Hinsicht eine direkte Folge des Prinzips *in illiquidis non fit mora*, von dem schon die Rede war und das bei uns Jahrhunderte lang die Vorherrschaft beanspruchte, die es anderswo immer noch innehat. Dieses Prinzip beinhaltet auch den Willen, dem Gläubiger einen Ersatzvorteil für die entgangenen Verzugszinsen zu verschaffen, und andererseits die Auffassung, der säumige Schuldner verdiene jedwede Strafe.<sup>(12)</sup>

Diese Theorie wurde von den Glossatoren und von Bartolus (ad lege 22 de rebus creditis) noch verschärft, indem sie dem Gläubiger das Recht zugestanden, den höchsten Wert auszuwählen, den die Sache während des Verzugs bis zum Urteilszeitpunkt erreichte.<sup>(13)</sup>

(10) ALCIATUS, *De eo quod interest*, Venezia, 1589, t. V, ff. 4-14; F. DUARENUS, *Commentaria in Digesta*, Lione, 1583; I. FABRO, *Commentaria in Institutiones justinianeas*, Venezia, 1532.

(11) H. DONELLUS, *Commentaria Juris civilis, Opera omnia*, Lucca, 1752, Buch XXVI.

(12) F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, Torino, 1896, VI, § 275, S. 198.

(13) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venezia, 1590, Bd. II, S. 165.

Donello vertritt dieselbe Auffassung (Komm. zu D. 1, XII tit. 1, n. 22, n. 5, 19-2 1; XIII tit. III L. 3 n. 12, 13, 25) in Bezug auf die Vertragsklagen, die eine Spezies zum Gegenstand hatten.

Im italienischen Statutenrecht lässt sich der Bezug auf das *quanti plurimi*-Prinzip in mehr als einem Staat nachweisen, wie z.B. in Pisa (Constitut. cap. XXXII, XXXIII, XXXIV).

Vinnio (Select juris qua est I cap. 39), Voet (Comm. ad. Pand. XIII, 3, 3), Pacius (Conciliat cento 3 n. 72), Fachineus (Controvers. 1, 2, cap. 74) und Saide (Decis, Frisiis, 1.3 tit. 4 def. 8) vertraten die Meinung, dass der Gläubiger in den Urteilen nach strengem Recht das *quanti plurimi* zwischen Verzugsbeginn und *litis contestatio* wählen konnte und bei den Klagen nach Treu und Glauben den höchsten Preis zwischen *litis contestatio* und Entscheidung.

4. – Betrachten wir nun das Bild, das die Forschung zum römischen Recht bietet, und geben wir die Auffassungen der deutschen Pandektenforschung des vorigen Jahrhunderts wieder. Die Anwendung des *quanti plurimi*-Prinzips während des Verzugs aufgrund unrechtmäßigen Handelns ist von Puchta und Arndts vertreten, von Mommsen und Sintenis aber kritisiert worden.<sup>(14)</sup> Die Schadenbemessung aufgrund der Höchstbewertung der Sache in der Zeit während des Verzugs bis zur Entscheidung, die häufig auch den höchsten Wert bedeutet, ist von Madai, Schilling und Fritz vertreten worden.<sup>(15)</sup> Savigny, Vangerow und Brinz haben gleichwohl für den Schuldner die Möglichkeit vorgesehen, den Beweis zu führen, dass der Gläubiger zum entsprechenden Preis nicht hätte verkaufen können.<sup>(16)</sup> In diesem Sinne äußert sich auch Windscheid, nachdem er eine für den Schuldner vorteilhaftere Meinung aufgegeben hat.<sup>(17)</sup>

Andere Autoren vertraten dagegen die Meinung, dass der Gläubiger, der einen Schaden aufgrund einer entgangenen Leistungserfüllung geltend macht, zum Zweck einer Anerkennung des höheren Preises zeigen und beweisen muss, dass er die Sache "zu diesem Preis verkauft hätte" (so Sintenis), wenn ihm diese geliefert worden wäre, oder dass er zumindest "die Intention und die Möglichkeit

(14) T. MOMMSEN, *Lehre vom Interesse*, Braunschweig, 1855, S. 183, 208; C.F. SINTENIS, *Prakt. gem. Civilrecht*, Leipzig, 1868, II, § 93, Anm. 41; F.G. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1838, § 268.

(15) MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1835, § 45, S. 296.

(16) F.C. SAVIGNY, *a. O.*, §§ 275-278, S. 240-260; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg, 1865-1876, v. 3, § 588; A. BRINZ, *Pandekten*, Erlangen, 1873, v. 2, § 273.

(17) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, II, S. 103, 104 mit Lit. in Anm. 15.

zum Verkauf" (so Unger) bzw. zumindest eine "Verkaufsgelegenheit" hatte (so Cohnfeldt).<sup>(18)</sup>

Dies bedeutet, dass vom Gläubiger ein Beweis dafür verlangt wird, dass er die Investition in die Sache bis zu dem Moment beibehalten hätte, in dem diese die höhere Bewertung erreicht hätte, wobei diese häufig mit dem "Wert zum Urteilszeitpunkt" übereinstimmt.

Die Auffassung der Pandektisten gibt also im Gegensatz zu vorhergehenden Auffassungen (mit Ausnahme von Madai, Schilling und Fritz) dem Gläubiger nicht die freie Auswahl des *quantum plurimum* im Sinne einer Bestrafung des säumigen Schuldners. Vielmehr messen die Pandektisten dem Schadenersatz als solchem große Bedeutung bei, auch wenn dieser als der in der Zwischenzeit bis zur Entscheidung erreichte höhere Wert aufgefasst wird. Das *quantum plurimum* ist damit von einer angenommenen Investition in dieses Gut abhängig, die bis zum Moment der Höchstbewertung aufrecht erhalten werden muss, auch wenn dieser erst bei der Entscheidung erreicht wird.

Der Vorteil aus dem Preisanstieg wurde dem Gläubiger also insofern zugestanden, als es sich um eine für den Fall einer rechtzeitigen Leistungserfüllung angenommene Desinvestition handelte. Dies bedeutet, dass der Gläubiger in den Zustand versetzt werden sollte, in dem er sich befunden hätte, wenn ihm kein Unrecht geschehen wäre, d.h. ihm seinen Schaden zu ersetzen.

Es ist offensichtlich, dass die Auffassung, die dem Gläubiger die Beweislast für den möglichen Verkauf zum günstigsten Preis überantwortet (Sintenis, Unger), eher einem Schadenersatz entspricht, während sich die andere Meinung eher von diesem entfernt, weil sie vom Verkauf zum Höchstpreis ausgeht und die Beweislast für das Gegenteil beim Schuldner sieht (Savigny, Mommsen, Vangerow, Brinz).

5. – Die Romanistik hat der *aestimatio rei* beim Schadenersatz, wie wir gesehen haben, den Vorrang vor dem *id quod interest* gegeben, dabei aber durchaus die besondere *differentia* erfasst.

Die Schadensberechnung auf Grundlage der Preise zum Urteilszeitpunkt, die meist einem gestiegenen Preis entspricht, und insbesondere das *quantum plurimum* sind Zeichen eines

(18) COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach röm. Recht.*, Leipzig, 1865, S. 196 ff.; UNGER, *System des öst. allg. Privatrechts*, II, Leipzig, 1859, S. 132, Anm. 10.

objektiven Kriteriums, das einer für den Schuldner belastenden Logik folgt. Das kanonische Recht und dessen Auslegung hat sich dagegen in die entgegengesetzte Richtung entwickelt, bei der das *id quod interest* im Mittelpunkt steht.

Um dem Wucherzins keinen Raum zu lassen, wurde besonderes Augenmerk darauf gerichtet, den erlittenen Schaden vom entgangenen Gewinn zu unterscheiden, dessen Ersatz, wenn nicht ausgeschlossen,<sup>(19)</sup> so doch durch besondere Vorsichtsmaßnahmen und rigorose Beweisführung eingeschränkt war, damit dieser nicht zu einem Gewinn für den Gläubiger und damit zum Wucher wurde. Dabei war es unvermeidliche Voraussetzung, den Bereich des *id quod interest* korrekt zu definieren, d.h. "die ideelle Rekonstruktion der Situation, in der sich der Gläubiger bei normalem Lauf der Dinge befunden hätte, wenn er nicht den Schaden erlitten hätte."

Der entgangene Gewinn, der sich aus Handel oder Geschäften hätte ergeben können, musste unter Abzug von Aufbewahrungs- und Verwaltungskosten berechnet werden und – entsprechend dem Kriterium der Wahrscheinlichkeit – der Unsicherheit eines höheren oder niedrigeren Ertrags wie auch der Möglichkeit von Verlusten Rechnung tragen usw.

Größte Vorsicht wurde auch bei der Beweisführung empfohlen, denn "man kann sich von Maklern und Notaren gegen wenig Geld leicht Bestätigungen für Investitionsmöglichkeiten besorgen". Die Bezugsgröße war "der Ertrag, den der Kreditgeber aus Verkauf der Ware für einen gegenüber dem Darlehen höheren oder niedrigeren Preis zöge,"<sup>(20)</sup> womit die Marktzinsen gemeint waren.

Die Römische Rota legte als Voraussetzung für den Ersatz des entgangenen Gewinns eine Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner über die geplante Investitionsart fest, dies zusammen mit einer Reihe von anderen Voraussetzungen, die nach dem bekannten Juristen Paolo di Castro als "castrensische" bezeichnet wurden.<sup>(21)</sup> Auch die anderen Rotae, die der moderateren Auffassung von Ruino folgten, empfahlen zumindest von der Schadenshöhe Abzüge vorzunehmen, sei es weil der Gewinn unsicher ist, sei es weil es sich um eine hypothetische Rechnung und nicht einen echten Einsatz mit wirklichem Risiko handelt.<sup>(22)</sup>

(19) C. NANI, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canoniche*, in *Archivio Serafini*, 1876, S. 223, 229 Anm. 3.

(20) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Roma, 1673, S. 406, 409.

(21) C. NANI, *a. O.*, S. 224, 226, Anm. 1.

(22) C. NANI, *a. O.*, S. 217-221, 226, Anm. 2.

Auch die Bemessung des erlittenen Verlustes wurde von den Gerichten, die von der Rota Romana abhingen, unter besonderer Vorsicht vorgenommen. Man verlangte, dass der Gläubiger dem Schuldner Mitteilung über sein Investitionsprogramm machte, was der Auffassung Mohedanos entsprach. Der Bestand des Verzugs war einer außergewöhnlich strengen Beweisführung unterworfen.

Das Problem, auf welchen Zeitpunkt die Schadensberechnung bezogen werden sollte, stellte sich im kanonischen Recht daher in völlig anderer Weise, als dies im römischen oder im gemeinen Recht der Fall war, und stützte sich notwendigerweise auf den Augenblick des Schadenseintritts.

An dieser Stelle ist die Modernität der Konzeption dieses Rechts in dieser so oft vernachlässigten Problematik hervorzuheben. Sie erklärt sich dadurch, dass man darauf achtete, Wucher von Seiten des Gläubigers zu vermeiden und den Schadenersatz nicht zu einer Strafe werden zu lassen. Das ist auch die Erklärung dafür, dass weder auf das *tempus rei iudicandae* noch auf das *quanti plurimi* Bezug genommen wurde.

6. – In einer Entwicklungsreihe mit dem kanonischen Recht können die Lehre von Pothier<sup>(23)</sup> und die Grundauffassung derjenigen modernen Gesetze gesehen werden, welche einen Schadenersatz innerhalb bestimmter Grenzen vorsehen.

Die im modernen Recht vorherrschende Meinung ist, dass sich der Schadenersatz auf das *id quod interest* bezieht und nicht auf die *aestimatio rei*.<sup>(24)</sup>

Normalerweise wird der Grundsatz hervorgehoben, dass unsere wie die anderen Rechtsordnungen das Ziel einer Totalrestitution des Schadens auch mit zeitlichem Abstand vorsehen, wobei die zusätzliche Belastung vom Schuldner getragen wird.<sup>(25)</sup>

Diese Forderung steht im Gegensatz zu den von den heutigen Gesetzgebern exakt gezogenen Grenzen des Schadenersatzes.

So wird der Schaden nicht ersetzt, der vermieden werden kann,<sup>(26)</sup> ebenso der, welcher von der Mitwirkung des Geschädigten abhängt, sowie der fahrlässige, bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbare vertragliche Schaden,<sup>(27)</sup>

(23) POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1764, Nr. 159, 172.

(24) So bei uns u.v.a. z.B., A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, Nr. 45, u. dort zit. Lit.

(25) Kassationsg. Zivilsen. 12 Januar 1982, Nr. 132, in *Rep. Foro it.*, 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 152; Kassationsg. Zivilsen., 6 Februar 1982, Nr. 693, *a.O.*, Nr. 151, u.v.a.

(26) Art. 1227, II, ZGB, der konsequent dem Solidaritätsprinzip nach *Relazione min. al c.c.* [*Bericht des Ministeriums zum ZGB*], Nr. 30-34 folgt. In Deutschland § 254, II, BGB; in der Schweiz Art. 34 Obligationenrecht. Das Prinzip ist auch ins frz. und span. Recht aufgenommen worden.

(27) Art. 1225 ZGB; Art. 1150 frz. code civil; Art. 1107 span. ZGB.

Der entgangene Gewinn wird unter Berücksichtigung der Umstände des Falls erstattet, d.h. mit Zurückhaltung.<sup>(28)</sup> Die Linie der Gesetzgeber besteht darin, die Grenzen des Schadenersatzes hervorzuheben. Dadurch wird der Schadenersatz objektiv auf den engeren Bereich des Schadens eingeschränkt.

7. – Die heutige Rechtslehre und Rechtsprechung der europäischen Staaten sind jedoch meines Erachtens auf einem sehr viel weniger weit fortgeschrittenen Niveau stehen geblieben als die Gesetzgeber. Der Einfluss der romanistischen Kultur ist evident.

Obwohl also in der Theorie das Prinzip vorherrscht, dem zufolge nur das *id quod interest* Gegenstand des Schadenersatzes ist, wird in der Praxis weiterhin der Bezug auf *aestimatio rei* bevorzugt, wie etwa dann, wenn der Schaden auf Grundlage der zum Urteilszeitpunkt üblichen Preise bestimmt wird.

Auch die Begrenzungen, von denen als Anhaltspunkte für den zeitlichen Bereich in der Nähe des Schadenseintritts die Rede war, werden wiederum in einschränkender und irreführender Weise interpretiert.

Die Vorhersehbarkeit wird dabei auf die wenn auch ungefähre Höhe des Schadens ausgedehnt, denn es sei in jedem Fall vorhersehbar, dass die Preise Schwankungen ausgesetzt sind.<sup>(29)</sup> Die Schadensvermeidung bedeute außerdem nicht, dass man sich aktiv um Vertretung für die zerstörte, verlorene oder gelieferte Sache bzw. Leistung kümmern müsse, sondern lediglich ein rein passives Verhalten einnehmen könne.<sup>(30)</sup>

Nach diesen Vorbemerkungen gehen wir jetzt zu einem rechtsvergleichenden Überblick zu den in Rechtslehre und Rechtsprechung der verschiedenen Länder vorherrschenden Meinungen über.

In *Deutschland*. Das in diesem Land vorherrschende Prinzip ist, dass die Berechnung auf Grundlage der zum Zeitpunkt des konkreten Schadensausgleichs üblichen Preise vorgenommen werden muss.

Für den Prozess bedeutet dies, dass die Preise und Gehälter zum Zeitpunkt

(28) Art. 2056, II, ZGB; so auch § 252, II, BGB. Im Sinne einer Zurückhaltung äußerte sich POTHIER, *a. O.*, Nr. 168, dessen Lehrmeinung sich in Art. 47 des vorläufigen Textes des Code Napoléon niederschlug, sich aber dann nicht durchsetzte.

(29) Für eine Zusammenfassung s. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, S. 302 ff. Für die Ausdehnung auf das *quantum*: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* hrsg. v. Scialoja e Branca, 4. Bd., *Delle obbligazioni* (Art. 1218-1229<sup>2</sup>), Bologna-Roma, 1979, zu Art. 1225, S. 389, Anm. 8; A. DE CUPIS, *Il danaro*, zit., S. 345 ff.

(30) Unter vielen Kassationsg. Zivilsen., 6 August 1983, Nr. 5274, in *Foro it.*, 1984, I, Sp. 2819; Kassationsg. Zivilsen., 15 Juli 1982, Nr. 4174, in *Rep. Foro it.*, 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 53.

der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Sachrichter angewandt werden müssen, wobei die weitere Entwicklung des Schadens bis zum vorhersehbaren Zeitpunkt des effektiven Schadensausgleichs berücksichtigt werden muss. Wenn nach der letzten Verhandlung weitere Schäden eintreten, kann die geschädigte Partei diese in einem neuen Prozess geltend machen und bei Minderung eine vollstreckbare Gegenforderung ausüben.<sup>(31)</sup> In diesen Fällen kann die Höhe des Schadenersatzes jedoch entsprechend den Umständen vor dem Ausgleich festgesetzt werden. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Geschädigte für eine Reparatur gesorgt oder Ersatzteile beschafft hat bzw. wenn es sich um einen Schadenersatz für ein entgangenes Geschäft handelt, das an einem bestimmten, vorher festgelegten Termin hätte erfolgen sollen, oder wenn die Schadensentwicklung aus anderen Gründen endgültig abgeschlossen war.

Was die Zinsen angeht, so hat der Gläubiger, sofern die Sache während des Verzugs verloren gegangen oder aus anderen Gründen nicht zurückgegeben werden kann, vom dem der Wertbestimmung zugrundeliegenden Zeitpunkt an ein Recht auf die gesetzlichen Zinsen von 4% auf die Schadenshöhe: §§ 288, 290, 849 BGB.<sup>(32)</sup>

Bei Minderung oder Schaden an einem Gegenstand kann der Geschädigte die gesetzlichen Zinsen auf die Ersatzsumme von dem Moment an fordern, zu dem die Wertminderung erfolgt ist. Dies ist im Allgemeinen der Zeitpunkt des Eingriffs oder des Schadensereignisses. Eine höhere Forderung wird nicht ausgeschlossen.

In *Frankreich*. Die frühere Tendenz war es, den Schaden mit Bezug auf die zum Zeitpunkt des Schadenseintritts üblichen Preise zu bestimmen.<sup>(33)</sup>

Die vorherrschende Rechtsprechung hat nach den Entscheidungen der *Chambre de Requête*s vom 24. März 1942 und des *Cour de Cassation* vom 12. Januar 1948 die gegenteilige Auffassung von den Preisen und Gehältern des Urteilszeitpunkts angenommen, wobei geschlussfolgert wurde: "l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur le valeur de dommage au jour du jugement" [Der zum Schadensausgleich erforderliche Ersatz muss auf der Grundlage des Schadenswertes zum Urteilszeitpunkt berechnet werden].<sup>(34)</sup>

(31) GRUNSKY, *Münchener-Kommentar*, München, 1985, vor § 249 BGB Rnr. 124 ff.; PALANDT, München, 1985, § 249, Nr. 9; STAUDINGER, Berlin, 1983, § 249 BGB Rnr. 238 ff.; GLOSSER, *Der Zeitpunkt der Schadensberechnung im Deliktsrecht*, Freiburg, 1977.

(32) Unter vielen, BAUMBACH, DUDEN, HOPT, München, 1985, § 352, 353, HGB.

(33) Zit. Rechtsprechung bei H. u. L. MAZEAUD, in *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1950, Nr. 2420-8.

(34) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, S. 544.

Dasselbe Kriterium wird von der angesehensten Rechtsprechung angewandt. Mazeaud, Savatier und Lalou<sup>(35)</sup> gehören zu den vielen Autoren, die die Preise zum Urteilszeitpunkt zugrunde legen, gleich, ob diese niedriger oder höher liegen (*hausse* oder *baisse de prix*). Dabei wird allerdings das Korrektiv angewandt, dass dem Gläubiger der wegen Verspätung höhere Schaden zusteht, sofern er nachweisen kann, dass er früher zu einem höheren Preis hätte verkaufen können (Mazeaud, Nr. 2423-5, Savatier Nr. 603). Und das aus folgendem Grunde: "a perdu la chance de vendre ses titres aux cours pratiqués entre le vol et le jugement" [Er hat die Möglichkeit zu einem Verkauf seiner Besitztümer zu den zwischen Schaden und Urteil üblichen Preisen verloren], und dieser Verlust einer *Chance* muss ersetzt werden.<sup>(36)</sup>

Dadurch wird indirekt die Auffassung vom *quanti plurimi* wieder eingeführt.

Dieselbe Schlussfolgerung wird auf einen Schaden in einer Fremdwährung angewandt, wobei auf den Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung Bezug genommen wird.<sup>(37)</sup> Die Verzugszinsen werden allgemein vom Urteilszeitpunkt an berechnet (LALOU, *a. O.*, Nr. 73, MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2247). Keine Anhänger findet dagegen die Auffassung, man müsse im Falle der Geldwertforderungen, wie bei uns, die Lebenshaltungskosten zur Grundlage machen.

Der Bezug auf den Urteilszeitpunkt und der Beginn der Zinsberechnung mit dem Urteil werden vor allem damit begründet, dass der Teil des Urteils, der den Schadenersatz bestimmt, rein konstitutiv und nicht deklaratorisch sei (LALOU, *a. O.*, Nr. 73, MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2261, SAVATIER, *a. O.*, Nr. 602).

Vorherrschend ist die Auffassung, der Schaden sei ab Ergehen des Urteils ein einziger, unveränderlicher Schaden (MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2420-14), und an und für sich vorhersehbare Preisschwankungen brächten keine Veränderungen daran mit sich. In diesem Zusammenhang ist geschrieben worden: "le dommage, lui n'a pas varié, il est toujours de la perte de cet objet" [Der Schaden hat sich nicht verändert und besteht immer noch im Verlust dieser Sache], während "sa valeur seule a changé" [nur ihr Wert hat sich verändert] (MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2422, 2435-5).

Trotzdem werden einige Korrekturen eingeführt, durch die die konsequente Anwendung der Hauptprinzipien untergraben wird. Wenn der

(35) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2420-6, 2421, 2423, 2423-9; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, II, S. 602; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962, Nr. 181.

(36) In diesem Sinne spricht MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2423-5 von einem zusätzlichen Schaden.

(37) R. SAVATIER, *a. O.*, Nr. 605; H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2423-13 ff.; H. LALOU, *a. O.*, Nr. 186, und die dort zit. Rechtsprechung.

Geschädigte etwa selbst für die Reparatur des Schadens gesorgt hat, muss man sich auf dessen Auslagen für die Reparatur beziehen,<sup>(38)</sup> im Falle dauernder Invalidität und späteren Todes aus anderem Grund bildet das Gehalt zum Zeitpunkt des Todes den Bezugspunkt und nicht das zum Urteilszeitpunkt.<sup>(39)</sup>

Die Verzinsung beginnt außerdem mit der Klageerhebung, weil die Zinsen als Ausgleichs- und nicht als Verzugszinsen gelten und somit zu einem Gewinn für den Geschädigten werden.

In *Belgien*. Der Cour de Cassation hat den früher üblichen Bezug auf den Schadenszeitpunkt aufgegeben und nimmt jetzt den Urteilszeitpunkt zur Grundlage.<sup>(40)</sup>

In *Spanien*. Die Rechtsprechung geht als Bezugszeitpunkt von *el tiempo de ejercicio de la acción*, d.h. von der Klageerhebung aus.<sup>(41)</sup>

Es wird nicht der Urteilszeitpunkt zugrunde gelegt, weil man dies als nicht im Einklang mit dem Prinzip der Übereinstimmung von Begehren und Urteil nach Art. 359 der Zivilprozessordnung ansieht.

Im Allgemeinen wird ausgeschlossen, dass die Verzugszinsen mit der Klageerhebung beginnen, denn "no existe mora cuando la cantidad solicitada resulta illíquida" [Es gibt keinen Verzug, wenn die Forderung nicht feststehend ist].<sup>(42)</sup> Dieses Postulat wird von der Dogmatik zur Zeit einer kritischen Revision unterzogen (J. Santos Briz, L. Díez-Picazo, M. Albaladejo), die eher einem Beginn der Verzinsung mit der Klageerhebung zuneigt.<sup>(43)</sup>

Die neuere Rechtslehre (J. Santos Briz, L. Díez-Picazo) und Rechtsprechung setzt sich jetzt unter dem Einfluss der italienischen Rechtsprechung teilweise für die Einführung der Theorie der Geldwertforderungen ein.<sup>(44)</sup> Diese Auffassung wird definiert als die, "dove el dinero funciona como un equivalente de otros bienes o de otros servicios" [wo das Geld als Äquivalent anderer Güter oder Leistungen angesehen wird]<sup>(45)</sup> und nicht

(38) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, S. 2423-2, und dort unter Anm. 2 u. 3 zit. Rechtsprechung; SAVATIER, *a. O.*, Nr. 606.

(39) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2419. Prinzipiell wird jedoch das Gehalt zum Urteilszeitpunkt zugrunde gelegt: MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2421; H. LALOU, *a. O.*, Nr. 181.

(40) Belg. Oberst. Ger., 7. Februar 1946, in MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2480-8, Anm. 21.

(41) Trib. Supremo (Oberstes Gericht), 30 Oktober 1956, und übliche Rechtsprechung, in J.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil en derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, S. 289.

(42) Trib. Supremo, 28. Februar 1975 u. 12. Juli 1973, in J. SANTOS BRIZ, *a. O.*, S. 343 ff.

(43) L. DIEZ-PICAZO, Y ANTONIO GILLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1978, II, S. 157; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho des obligaciones*, Barcellona, 1980, § 32, S. 179.

(44) J. SANTOS BRIZ, *a. O.*, S. 289 ff.; Urteil 20. Mai 1977, I Trib. Supremo, *ibidem*, S. 343.

(45) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, I, S. 464-477.

als Einheit für den Warenaustausch. Man neigt dabei dazu, wie bei uns zur Wertberichtigung auch die Zinsen ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung hinzuzufügen, so dass der Schadenersatz zwei Mal erfolgt und zu einem Gewinn wird.<sup>(46)</sup>

In *Großbritannien*. Rechtsprechung und Rechtslehre legen Preise und Gehälter zum Zeitpunkt der Nichterfüllung (Philips v. Ward, 1956, J.W.L. 471) bzw. des Schadens und späterer Schäden zugrunde (s. die von Mazeaud Nr. 2358 Anm. 2 zitierten Autoren).

In den *Vereinigten Staaten von Amerika*. Man bezieht sich auf den Zeitpunkt des Schadens bzw. späterer Schäden, wobei die Geldentwertung berücksichtigt wird (s. HARPER AND JAMES, Bd. II, § 25; RITA HAUSER, *Breach of Contracts Damages during inflation*, 23 *Tulane Law Rev.* 307, 322, 1959, zit. bei Mazeaud u. Tunc, II, S. 567, Anm. 21).

In *Kanada*. Die Rechtsprechung basiert auf den Werten und Gehältern zum Zeitpunkt der Nichterfüllung bzw. des Delikts.<sup>(47)</sup> Durch das Gesetz v. 21 Februar 1957 wurde ins Zivilgesetzbuch von Quebec der Art. 1056 eingefügt, dem zufolge die Zinsberechnung mit der Klageerhebung beginnt, so dass das Prinzip *in illiquidis non fit mora* überwunden wird.

In der *Schweiz*. Der Schaden wird mit Bezug auf den Schadenszeitpunkt berechnet. Hinzu kommen Zinsen und der weitere Schaden aufgrund des Verzugs nach Art. 116 Obligationenrecht. Schulden in ausländischer Währung werden in Schweizer Franken umgerechnet, und eventuelle spätere Wechselkursschwankungen können lediglich als Schaden aufgrund des Verzugs berücksichtigt werden, sofern man nachweisen kann, dass man die Währung umgetauscht hätte.<sup>(48)</sup>

In den *Internationalen Konventionen von Den Haag vom 1. Juli 1964 und Wien vom 11. April 1980*. Art. 84.1 der Haager und Art. 76 der Wiener Konvention ist bei Schaden aus Vertragsaufhebung der Bezug auf die zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung üblichen Preise vorgesehen und nicht auf die zum Zeitpunkt, zu dem der Vertrag hätte aufgehoben werden können. Dieser entspricht ungefähr dem Zeitpunkt der Klageerhebung.

Diese Lösung führte auf der Wiener Konferenz zu lebhaften Diskussionen und der Vorsitzende selbst kritisierte sie, weil die vertragsaufhebende Partei

(46) So SANTOS BRIZ, *a. O.*, S. 315.

(47) P. AZARO, *Jurisprudence et doctrine canadiennes en matiere de responsabilité civile* (Ergänzung zur Behandlung von H. LALOU, Paris, 1962, S. 18).

(48) Schweizer Bundesgericht, in *Raccolta decisioni*, 1960, II, S. 340; 1947, II, S. 193; 1946, II, S. 380; F. BOLLA, *Repertorio di giurisprudenza patria*, 1936, S. 472; SCHNITZER, *Manuale di diritto privato della Svizzera*<sup>3</sup>, S. 667.

dazu verleitet werden könnte, auf den Schaden der Gegenseite zu spekulieren. Es ist gleichwohl bemerkt worden, dass ein Korrektiv angewandt werden müsste, welches die etwa durch raschen Austausch vermeidbaren höheren Schäden ausschließt.

Bemerkenswert ist die in der Rechtslehre vertretene Auffassung, die bei der Schadensberechnung im Allgemeinen eine "Kosten-Nutzen"-Rechnung vorsieht,<sup>(49)</sup> während die vom Umtausch zum Zeitpunkt der Bezahlung weniger konsequent erscheint.

8. – Gehen wir jetzt zu den Auffassungen über, die sich in Italien durchgesetzt haben.

Zur Zeit des Zivilgesetzbuches von 1865 schwankte die Rechtsprechung insbesondere beim vertraglichen Schaden zwischen der Schadensberechnung nach dem Wert, den die Leistung zum Zeitpunkt der Nichterbringung hatte<sup>(50)</sup> und nach dem zum Zeitpunkt des Schadensausgleichs. Letztere Auffassung setzte sich für den Fall durch, dass der Gläubiger statt der Vertragsaufhebung die Verurteilung zur Erfüllung gefordert und erreicht hatte, diese dann aber nicht vollstreckt worden war.

Die Berechnung der dauernden Invalidität einer Person wurde auf der Grundlage des zum Schadenszeitpunkt üblichen Gehalts vorgenommen. Für den Zeitraum der Nichterfüllung kamen zur Ersatzleistung die gesetzlichen Zinsen hinzu, die wegen ihrer offensichtlichen Funktion der Aufzinsung des Schadenersatzes als Ausgleichs- und nicht als Verzugszinsen bezeichnet wurden, dies wegen des Prinzips *in illiquidis non fit mora*.

In der Rechtslehre haben Albertario, Ascoli, Brugi, Chironi, De Ruggiero und Stolfi<sup>(51)</sup> die Auffassung vertreten, dass die Schadenersatzbestimmung auf Grundlage des Sachwertes zum Zeitpunkt der abgelaufenen Leistungsfrist erfolgen sollte, während andere (insbesondere Tedeschi) sich auf den Urteilszeitpunkt bezogen.

Die Arbeiten von Tedeschi<sup>(52)</sup> zeichneten sich durch eine fundierte und konsequente Dogmatik aus und hatten Einfluss auf die spätere Rechtslehre. Kontrovers wurde auch das Problem der Wechselkurse

(49) F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, in *La vendita internazionale*, Heft Nr. 39 von *Giur. comm.*, Milano, 1981, S. 265, Anm. 36, 265-266, 281 ff., 291 ff.

(50) Berufungsger. Florenz, 11. Dezember 1887, in *Rass. compl. Giur. sul c.c.*, Milano, 1923, S. 429 Anm. 204; Berufungsger. Genua, 13. März 1900, *ibidem*, S. 768, Anm. 5439.

(51) ALBERTARIO, *Monitore dei tribunali*, 1910, S. 22; ASCOLI, *Codice civile annotato*, Milano, 1920, zu Art. 1931, Anm. 81; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923, S. 265; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Milano, 1906, II, Anm. 434 bis, S. 369; ders., *Colpa contrattuale*, S. 584 f.; N. STOLFI, *Diritto civile*, Milano, 1934, III, Anm. 353.

(52) TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, S. 263 ff.; ders., in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, S. 234-244.

diskutiert, wobei die Frage war, ob der Umtausch bei einer Leistung in Fremdwährung bei Ablauf der Zahlungsfrist oder zum Zeitpunkt der Zahlung erfolgen sollte.<sup>(53)</sup>

Der Gesetzgeber versuchte 1942 nicht, das Grundproblem zu lösen, als er schrieb: "Die Bestimmung des Zeitpunkts, auf den sich die Schadensberechnung bezieht, bleibt Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen."<sup>(54)</sup>

Das Prinzip *in illiquidis non fit mora* ist gleichwohl von Art. 1219 II Satz 1 ZGB überwunden worden, und in Art. 1227 wird dem Gläubiger die Last auferlegt, höheren Schaden zu vermeiden.<sup>(55)</sup> Die Auswirkungen dieser Vorschriften auf unser Problem sind in ihrer Tragweite nicht voll erkannt worden.

Die vorherrschende Rechtsprechung, die sich auf Grundlage des neuen Zivilgesetzbuches herausgebildet hat, sieht den Schadenersatz als Geldwertforderung an. Der Schaden wird zum Zeitpunkt seines Eintritts bestimmt und der Wert dann entsprechend der späteren Geldentwertung bis zum Ausgleichszeitpunkt berichtigt.<sup>(56)</sup>

In neuerer Zeit hat sich nach und nach die andere Meinung durchgesetzt, die Schadensberechnung auf Grundlage der Preise und Gehälter<sup>(57)</sup> seien zum Zeitpunkt des Ausgleichs vorzunehmen, denn, so die Auffassung, mit dieser Methode gelange man auf einem anderen Weg zum selben praktischen Ergebnis<sup>(58)</sup> und werden außerdem gesetzliche Zinsen berechnet, die man weiterhin als Ausgleichs- und nicht als Verzugszinsen bezeichnet, obschon das Prinzip *in illiquidis non fit mora* mittlerweile als völlig überholt gilt.<sup>(59)</sup> Dabei werden die Zinsen manchmal auf Grundlage des wertberechtigten,<sup>(60)</sup> manchmal des ursprünglichen Kapitals berechnet.<sup>(61)</sup>

(53) Für einen Überblick über Rechtslehre und Rechtsprechung s. G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, *Rivista Dir. Civ.*, 1985, II, S. 253 f., Anm. 5, 6 u. 7.

(54) *Relazione del Guardasigilli [Bericht des Justizministers]*, Nr. 721.

(55) In dem Sinne, dass das Prinzip *in illiquidis non fit mora* in unserer Rechtsordnung keine Aufnahme findet: unter vielen Kassationsg. Zivilsen., 12. Januar 1976, Nr. 73, in *Rep. Giur. it.*, 1976, Sp. 2968, Nr. 282.

(56) Unter vielen Kassationsg. Zivilsen. 28. Februar 1984, Nr. 1420; Kassationsg. Zivilsen. 6. Februar 1984, Nr. 890, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, Nr. 296, 452.

(57) Kassationsg. Zivilsen. 5. August 1982, Nr. 4297, in *Rep. Giur. it.*, 1982, Stichw. *Danni*, Sp. 815, Nr. 55. Für die Bezug auf die Tat: Berufungsg. Genua 2. September 1966; Berufungsg. Genua 9. Juli 1946; Berufungsg. Genua 4. März 1966, in *Rep. Giur. it.* 1944-47, Stichw. *Responsabilità civile*, Nr. 192, 195, 196.

(58) Kassationsg. Zivilsen. 4. Juli 1979, Nr. 3814, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, S. 732, Nr. 135.

(59) Kassationsg. Zivilsen. 30. März 1985, Nr. 2240, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, Stichw. *Danni*, Sp. 731, Nr. 24.

(60) Kassationsg. Zivilsen. 13. Juli 1983, Nr. 475, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, Nr. 1677; Kassationsg. Zivilsen., Ver. Sen. 19. Juli 1977, Nr. 3216, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, Nr. 1269.

(61) Kassationsg. Zivilsen. 9. Juli 1984, Nr. 3992 in *Rep. Giur. it.*, 1984, Sp. 2182, Nr. 272, unter vielen.

Die Tendenzen in der Rechtslehre sind dagegen sehr viel komplexer und gegensätzlicher. Der Schaden aufgrund unrechtmäßigen Verhaltens ist von Greco<sup>(62)</sup> und Peretti Griva<sup>(63)</sup> zum Zeitpunkt seines Eintritts berechnet worden, zum Ausgleichszeitpunkt dagegen von Ascarelli,<sup>(64)</sup> De Cupis<sup>(65)</sup> und Nicolò.<sup>(66)</sup> Gehen wir nun zum vertraglichen Schaden über. Der Schaden aufgrund von Vertragsaufhebung durch Nichterfüllung ist von Nicolò<sup>(67)</sup> und von Greco<sup>(68)</sup> nach dem Wert zum Zeitpunkt der Nichterfüllung, von Ascarelli,<sup>(69)</sup> Mengoni<sup>(70)</sup> und von Raffaelli<sup>(71)</sup> mit Bezug auf den Zeitpunkt der Klageerhebung und von Mosco<sup>(72)</sup> schließlich auf Grundlage des Urteilszeitpunktes bestimmt worden.

Ascarelli und Greco nehmen später eine Währungsumrechnung vor.<sup>(73)</sup> Der Schaden durch eine während des Verzugs untergangenen Sache wird von Mengoni und von Nicolò<sup>(74)</sup> ab dem Zeitpunkt des Untergangs berechnet, mit Bezug auf den Urteilszeitpunkt dagegen von Ascarelli.<sup>(75)</sup> Dieser berechnet mit Bezug auf den Urteilszeitpunkt auch den Schaden bei ausgebliebener Lieferung nach Verurteilung zur Leistung. Er neigt außerdem zu einer belastenden Logik nach dem Prinzip *quantum plurimum*.<sup>(76)</sup>

Alle stimmen darin überein, dass die Geldzinsen, die als Ausgleichszinsen angesehen werden, ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung berechnet werden.

Ich selber habe schließlich die Auffassung vertreten, dass der Schaden im Allgemeinen mit Bezug auf Preise bzw. Gehälter zum Zeitpunkt seines

(62) P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, S. 112.

(63) PERETTI GRIVA, *Momento di valutazione del danno nell'illecito aquiliano*, in *Giur. it.*, 1947, I, 2, Sp. 51 ff.

(64) T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario del c.c.* hrsg. v. Scialoja u. Branca, 4. Buch, *Delle obbligazioni* (Art. 1277-1284), Bologna-Roma, 1963, zu Art. 1279, Anm. 179, S. 522.

(65) A. DE CUPIS, *a. O.*, I, S. 269.

(66) R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta*, in *Foro it.*, 1946, IV, Sp. 50 ff.

(67) R. NICOLÒ, *a. O.*, Sp. 51.

(68) P. GRECO, *a.a.O.*

(69) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 526.

(70) MENGONI, *Rassegna critica di giurisprudenza*, in *Temi*, 1946, S. 581 ff.

(71) G.A. RAFFAELLI, *Intorno al momento della determinazione del danno*, in *Foro pad.*, 1946, I, Sp. 89 ff.; ders. in *Foro pad.*, 1946, I, Sp. 553.

(72) MOSCO, *Effetti giuridici della svalutazione*, Milano, 1948, S. 83.

(73) P. ASCARELLI, *a. O.*, S. 519; P. GRECO, *a.a.O.*

(74) MENGONI, *a.a.O.*; R. NICOLÒ, *a. O.*, Sp. 51.

(75) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 521, Anm. 1 u. S. 525.

(76) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 523, 531, u. 532, wo in Anm. 1 eine Verteilung von Annahmen und Beweislasten vorgeschlagen wird, wie sie der einst von den Pandektisten vorgeschlagenen entspricht.

Eintretens zu berechnen ist,<sup>(77)</sup> während eine weitere Verspätung bei der Ersatzleistung mit Bezug auf die grundlegende Rechtsvorschrift nach Art. 1224 I und 2 behandelt werden muss, die auch auf nicht feststehende Geldschulden anwendbar ist, weil das Prinzip *in illiquidis non fit mora* nicht mehr gilt.

Zum Schadenersatzkapital treten daher die gesetzlichen Zinsen und der höhere Schaden wegen Verzugs nach Art. 1224 II ZGB hinzu, der aus dem Differenzbetrag zwischen den ersteren und dem normalen Ertrag des Geldes besteht.<sup>(78)</sup> Der vollständige Schadensausgleich ergibt sich also als Summe des ursprünglichen Kapitals und seines späteren Ertrags bis zur Zahlung.

9. – Gehen wir nun zu einer kritischen Besprechung der Grundlagen für die Auffassungen über, denen zufolge der Schaden in den verschiedenen Rechtsordnungen mehr oder weniger auf Grundlage der Preise zum Zeitpunkt des Schadenersatzes zu bestimmen ist und nicht zum Zeitpunkt des Schadenseintritts.

Danach soll dann eine Besprechung der Auffassungen folgen, die eine Wertberichtigung der Forderungen auf Grundlage der Geldentwertung bzw. der Geldwertberichtigung vornehmen (sog. Geldwertforderungen).

Als letztes wird dann eine Lösung vorgeschlagen, die der Art und den verschiedenen Gesichtspunkten des Problems am besten gerecht wird, von dem Huberius im Gefolge des Cujacio schrieb: "nihil est apud interpretes iudicesque hac obscuritate celebrius" [Nichts ist bei Rechtsgelehrten und Richtern wegen seiner Schwierigkeit berühmter als dieses]<sup>(79)</sup>

Beginnen wir mit der ersten Diskussion und gehen wir von der Bestimmung des Schadens aufgrund von Verlust, Beschädigung oder ausgebliebener Lieferung einer Sache aus.

Die Auffassungen, die sich durchgesetzt haben, führen letztlich zu einer Schadenberechnung zum Zeitpunkt der Klageerhebung und vor allem zum Urteilszeitpunkt. Eine herausragende Rolle hat dabei das Prinzip *in illiquidis*

(77) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, Sp. 2112; ders., *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, in *Foro it.*, 1984, I, Sp. 2820; ders., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, in *Foro it.*, 1986, I, Sp. 1540.

(78) G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, in *Foro it.*, 1980, I, Sp. 118; ders., *La stima del danno nel tempo con riguardo alla inflazione alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, II, S. 332 ff.

(79) HUBERIUS, *Praelectiones iuris civilis*, Leipzig, 1707, *Tit. de condict. tritic.* 3, in TEDESCHI, *letz. zit. Werk*, S. 242, Anm. 2.

*non fit mora* gespielt, das auch bei uns bis vor Kurzem eine dominierende Stellung gehabt hat.

Dieses Prinzip hat eine Unterscheidung zwischen dem Schaden durch Nichterfüllung (oder Delikt) und dem Schaden verhindert, der dagegen eher in einer Verspätung bei der Ersatzleistung besteht. So konnte auch nicht zwischen dem Schadenersatz bei der einen oder der anderen Art von Schaden differenziert werden, die so zu einer einzigen verschmolzen. Diese Auffassung von Schadenersatz ist aber primitiv und ist heute erst recht zu verwerfen, wo das Prinzip *in illiquidis non fit mora* vollständig aufgegeben worden ist.<sup>(80)</sup>

Aus diesem Blickwinkel sind die verschiedenen Meinungen derjenigen ausländischen Juristen zu verstehen, die den Schaden ab seinem Eintritt bis zum Ausgleich für einen einzigen halten, der trotz seiner Wertschwankungen immer derselbe bleibt.

Eine Unterscheidung zwischen Schaden und Wert erscheint jedoch in Wirklichkeit unmöglich, denn der Schaden ist im Wesentlichen ein wirtschaftlicher Wert,<sup>(81)</sup> dessen Änderungen seine Höhe und seine Existenz selbst betreffen. So wird etwa bei Industrieaktien eine Preiserhöhung nur als entgangener Gewinn zu verstehen sein, während ein Wertverlust z.B. wegen Konkurs der Gesellschaft zu Folge hätte, dass der Schaden nicht mehr als mit der Zeit unveränderlich angesehen werden kann. Diese Sätze stellen sich jedoch als nicht akzeptabel dar. Es muss daher an dieser Stelle unterstrichen werden, dass der direkt aus (fahrlässiger oder vorsätzlicher) unrechtmäßiger Handlung bzw. Nichterfüllung entstandene Schaden eine Sache ist, eine andere dagegen der, der sich aus der (meist fahrlässigen) Verspätung ergibt, mit der die Leistung erfüllt wird. Dementsprechend anders sind auch die Regeln und der Inhalt des jeweiligen Schadenersatzes.

Was die Verspätung angeht, so ist vornehmlich der normale Verzugsausgleich bei Geldschulden von Bedeutung, der angesichts der Aufgabe des genannten Prinzips sicher auch auf die nicht feststehenden Schulden Anwendung findet. Inakzeptabel ist die Gegenmeinung, der zufolge ein Gläubiger einen Anspruch auf den Wert zum Urteilszeitpunkt oder auf die höhere zwischenzeitliche Bewertung habe, denn die Sache stünde ihm jederzeit zu. Die Logik des Schadenersatzes ist also eine andere als die, welche die Lieferung der geschuldeten Sache und damit ihre spezielle Leistung betrifft.<sup>(82)</sup> Letztere wird wegen ihres speziellen Nutzwertes geschuldet,

(80) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, Anm. 2420-11, 2420-15, 2421, 2423.

(81) H. u. L. MAZEAUD, *a. O.*, Anm. 2389.

(82) Auf dieses Argument stützen sich die Verfechter der Schadensberechnung zum Urteilszeitpunkt oder nach dem *quanti plurimi*. Jedoch eine kritische Anmerkung bei: G. TEDESCHI, in *Riv. dir. comm.*, zit., S. 243.

was auch immer ihr Marktwert sei, der steigen oder sinken kann, während dieser beim Schadenersatz große Bedeutung hat.<sup>(83)</sup>

Die Auswahl des Gläubigers zwischen spezieller Leistungserfüllung und Schadenersatz ist daher, wo diese möglich ist, nicht homogen, sondern stellt virtuell eine Auswahl zwischen zwei verschiedenen Werten dar, die sich auf unterschiedliche Zeitpunkte beziehen.<sup>(84)</sup> Wenn man eine andere Auffassung vertritt, wird die Schadenersatzpflicht zu einer Alternative zum ursprünglichen Schuldverhältnis herabgestuft und käme, da die Geldleistung als solche mehr Anreiz als eine Leistungserfüllung *in natura* bietet, einem *quanti plurimi* gleich.

Diese Sichtweise findet eine Grundlage in den Rechtsvorschriften nur in ausländischen Rechtsordnungen, bei denen der Schadenersatz erst nach einer leer ausgegangenen Klage wegen Nichterfüllung möglich ist.<sup>(85)</sup> Bei uns ist der Vorschlag inakzeptabel, die Schadensberechnung erst dann vornehmen zu lassen, wenn der Geschädigte zuvor eine Klage wegen Nichterfüllung angestrengt hat,<sup>(86)</sup> weil die Wiedereinsetzung vom Richter ausgeschlossen werden kann, wenn diese nach Art. 2058 II ZGB als übertriebene Härte angesehen wird, so dass der entsprechende Wert keinen sicheren Parameter für einen äquivalenten Schadenersatz darstellt.

Ebenfalls inakzeptabel ist die andere Begründung, der zufolge der Gläubiger auf den Schadenersatz wartet, um den Schaden reparieren zu können.<sup>(87)</sup> Diese Auffassung ist durch die Mitwirkungspflicht des Geschädigten bei der Verhinderung eines höheren Schadens ausgeschlossen, die sowohl in unserer als auch in anderen Rechtsordnungen vorgesehen ist und die auch den raschen Austausch der Sache umfasst.

Die gegensätzliche Auffassung reduziert die Pflicht zur tätigen Solidarität zu einer rein abwartenden Haltung.

Ebenso kann der Bezug auf den Wert zum Urteilszeitpunkt nicht durch die Grundannahme gerechtfertigt werden, dass der Gläubiger statt des Schuldners an einem Preisanstieg beteiligt werden müsse, aus dem er anderenfalls einen ungerechten Vorteil bezöge.<sup>(88)</sup>

(83) Dieser Unterschied wurde bereits von den römischen Juristen erkannt, wenn sie darauf hinwiesen, dass die Erfüllung eine *omnis utilitas* der Sache betreffe, der Schadenersatz dagegen ihren Marktwert (d.h. *quanti ea res est, erit, fuit*).

(84) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, zit., a.O.

(85) So in Deutschland §§ 288, 290, 849 BGB.

(86) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 523; L. MENGONI, *a.a.O.*

(87) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, II, §§ 115, 257; G. TEDESCHI, in *Riv. dir. priv.*, zit., S. 263.

(88) Dieses Argument findet man wieder bei TEDESCHI, in *Riv. dir. comm.*, zit., S. 245.

Ein Anstieg der Preise ist nämlich in Wirklichkeit rein virtuell, weil diese ja auch gleich bleiben oder gar sinken können. Im letztgenannten Fall erhalte der Geschädigte nicht einmal mehr das Äquivalent der seinerzeit geschuldeten Sache und erst recht keinen auch nur abstrakt pauschalen Schadenersatz für die Verspätung. Mit dem Ziel, den Gläubiger am Vorteil durch einen Preisanstieg teilhaben zu lassen, würde dieser am Ende mit dem Risiko des Preisverfalls belastet, so dass die Regel vom Übergang des Risikos auf den Schuldner nach dem Verzug durch die *perpetuatio obligationis* umgekehrt würde.

Dies haben die Juristen bemerkt, die dann zur Lösung des *quantum plurimi* gegriffen haben.

Mit einer solchen Auffassung, die den Gläubiger offen belohnt und den Schädigenden Teil bestraft, kann man jedoch nicht einverstanden sein. Sie ist nicht angemessen, da sie in jedem Fall den Schaden für den Zeitraum von der angenommenen Desinvestition zum Zeitpunkt der höchsten Bewertung bis zur konkreten Schadenersatzleistung nicht abdeckt.

Dass man am Ende auf jeden Fall die Zinsen ab dem Delikt (bzw. bei vertraglicher Haftung ab der Klageerhebung) berechnet, bedeutet, dass man diesen eine unverzichtbare Funktion für die Aufzinsung auch bei Vermögensschulden zurechnet, nicht aber den späteren Wertschwankungen, so dass das Endergebnis dem aktualisierten Wert der nicht gelieferten Sache entspricht, die beschädigt und nicht geleistet wurde.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Vorstellung, der Schuldner selbst solle von einem Preisanstieg profitieren, abwegig ist oder ob es dafür Begründungen gibt.

Meiner Auffassung nach rechtfertigt es der Umstand, dass dieser keinen Vorteil aus einem erfolgten Preisverfall ziehen kann, ihn nicht mit einem eventuellen Anstieg zu belasten. Und umgekehrt scheint es nicht richtig, dass der Gläubiger von einem Anstieg profitieren kann, wenn er nicht mehr das Risiko einer Preissenkung tragen muss.

Dies entspricht der Logik, der zufolge der Übergang des Risikos auf den Schuldner eine Folge der *perpetuatio obligationis* ist.

An dieser Stelle ist es angebracht, die Diskussion auf die Bedeutung auszudehnen, die der *perpetuatio obligationis* zukommt. Diese wird normalerweise als reine Kristallisierung des Gegenstands der geschuldeten Leistung verstanden.<sup>(89)</sup> Dadurch wird der Übergang des Risikos lediglich

(89) In diesem Sinne QUADRI, *Le clausole monetarie*, Milano 1981,

im eingeschränkten Sinne als *res debita* aufgefasst, so dass diese *numquam perit*.

Diese Sichtweise ist jedoch allzu verengend.

Die *perpetuatio obligationis* muss meiner Ansicht nach als Kristallisierung des Risikos, d.h. des wirtschaftlichen Wertes der geschuldeten Leistung aufgefasst werden.<sup>(90)</sup> Dass der Gläubiger nicht mehr vom Verlust der geschuldeten Sache betroffen ist, ist auf diese Logik zurückzuführen. Der Übergang des Risikos muss in beide Richtungen gelten, so dass ein Preisverfall dem Gläubiger prinzipiell keinen Schaden zufügen, er aber aus einem Preisanstieg auch keinen Gewinn ziehen kann. Demselben Kriterium zufolge zieht der Schuldner keinen Vorteil aus sinkenden Preisen, erleidet bei steigenden aber auch keine Verluste.

Was zu den Preisen gesagt wurde, gilt für jegliche Wertänderung im positiven oder negativen Sinn, wie dies bei einem Unternehmen der Fall ist, das auf erhebliche Verluste zusteuert, so dass sein Kapital weniger wird oder ganz verloren geht, oder das umgekehrt eine Zeit hoher Gewinne erlebt.

Die Berechnung der späteren Verluste oder Gewinne kann die Bemessung des *badwill* bzw. des *goodwill*, d.h. des Schadens, weder zuungunsten noch zugunsten des Gläubigers beeinflussen,<sup>(91)</sup> und erst recht ist die Auffassung inakzeptabel, welche die Schadensberechnung auf den Zeitpunkt des Untergangs der Sache festlegen möchte.<sup>(92)</sup>

Angesichts dieser Überlegungen scheint es nicht so zu sein, dass der Schuldner einen ungerechten Vorteil dadurch erhält, dass er nicht mit einem späteren Preisanstieg belastet wird, so dass man diesen etwa dem Gläubiger zukommen lassen müsste, der andererseits auch nicht mehr das Risiko eines Preisverfalls trägt. Die gegenteilige Sichtweise befreit sich am Ende nicht von den Gefahren, die mit dem *quanti plurimi* verbunden sind, einer typisch bestrafenden Vorstellung, die als solche abzulehnen ist.

10. – Eine tiefgreifendere Untersuchung der zu verschiedenen Zeiten und auch heute noch dominierenden Auffassungen, von denen zuvor die Rede war, zeigt, dass diese auf einem gemeinsamen grundsätzlichen Fehler fußen: Sie geben der *aestimatio rei* den Vorzug vor dem

S. 146 ff.; FAVARA, in *Foro it.*, 1954, I, Sp. 742. Für eine allgemeinere Behandlung, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, S. 4 ff.

(90) So auch: F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, S. 47, 50; G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora*, zit., in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, II, S. 258; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1967, III, S. 138; PESTALOZZA, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, Sp. 364.

(91) Für kurze Hinweise hierzu, L. GUATRI, *La valutazione delle aziende*, Milano, 1984.

(92) MENGONI, *a.a.O.*; T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 521, Anm. I, u. S. 525.

*id quod interest*, in dem nach allgemeiner Auffassung das Wesen des Schadens und der korrekte Schadenersatz liegen. Es ist hier daran zu erinnern, dass das *id quod interest* der Differenzbetrag ist, der sich aus dem Vergleich zwischen zwei Vermögenssituationen ergibt: Der, in welcher der Geschädigte sich beim normalen Lauf der Dinge befunden hätte, wenn er kein Unrecht erlitten hätte, und der, in welcher er sich stattdessen als Folge des Unrechts befindet.<sup>(93)</sup>

Die *aestimatio rei* dagegen ergibt den Preis als den momentanen Wert einer bestimmten Sache zu einem bestimmten Zeitpunkt, denn, wie Seneca sagte *pretium enim pro-tempore est* [ein Preis ist zeitlich begrenzt].

Theoretisch ist nicht auszuschließen, dass der mit Zinsen berechnete Schadenersatz manchmal mit dem objektiven Wert einer bestimmten Sache übereinstimmt. Dies geschieht jedoch, wenn überhaupt, durch zufälliges Zusammentreffen und nicht durch eine Übereinstimmung der Kriterien.<sup>(94)</sup>

In diesem Zusammenhang ist über die römischen Formeln geschrieben worden, dass beim *quanti ea res est* die zufällige Übereinstimmung der beiden Kriterien sehr viel wahrscheinlicher ist, die Zinsen und die echte *rei aestimatio* im Lauf der Zeit dagegen eine gegensätzliche Position einnehmen.

Wie sehr die Ergebnisse bei der Anwendung des einen oder des anderen Kriteriums voneinander abweichen, auch dann, wenn man als Bezug denselben Preis zum selben Zeitpunkt nimmt, lässt sich leicht zeigen. Man lege z.B. den Preis zum *tempus rei iudicandae* zugrunde und setze voraus, dass dieser höher liegt als zum Zeitpunkt der Nichterfüllung.

Die Methode der *aestimatio rei* sieht vor, dass der Schadenersatz auf Grundlage dieses Preises berechnet wird.

Beim Kriterium des *id quod interest* nimmt man die rechtzeitige Leistungserfüllung und die anschließende Beibehaltung der Investition bis zum Urteilszeitpunkt an (was vom Geschädigten zu beweisen ist). Vom Bruttogewinn müssen dann die Kosten für die Beibehaltung der Investition und die Finanzaufwendungen abgezogen werden, die

(93) Die *Differenztheorie* hat in die verschiedenen Rechtsordnungen allgemein Aufnahme gefunden, auch in die angelsächsischen, s. E. BETTI, *Id quod interest*, *Noviss. Digesto it.*, VIII, o.J., aber Turin 1975, S. 133; A. DE CUPIS, *Il danno*, zit., S. 49 ff. In diesem Sinne wird der entgangene Gewinn in § 252, II des deutschen BGB definiert.

(94) G. PUGLIESE, in *Foro it.*, 1955, I, Sp. 578 ff.

zwischenzeitlich Auswirkungen auf diese Investition gehabt hätten.<sup>(95)</sup> Eine eventuelle Wertsteigerung stellt (unter Abzug der Kosten) nur einen entgangenen Buchgewinn aufgrund einer angenommenen Investition der entsprechenden Dauer dar (was alles zu beweisen ist), nicht aber einen in der Vergangenheit erlittenen Schaden, der anhand der zum Urteilszeitpunkt gültigen Werte berechnet wird.

Dieser Gesichtspunkt ist von Mengoni gewürdigt worden, der die Frage nach dem Schadenersatz bei einer unrechtmäßig zerstörten oder verlorenen Sache aufgrund des Preises zum Urteilszeitpunkt dahingehend beantwortet, dass eine weitere Berechnung des entgangenen Gewinns ausgeschlossen ist, da dieser im derzeitigen Preis "bereits enthalten ist."<sup>(96)</sup>

Eine vor dem Urteilszeitpunkt bereits laufende Investition wird von denen postuliert, die bei gesunkenen Preisen eine Desinvestition zum früheren, höheren Preis vorsehen (sei es, dass dieser lediglich als *quantum plurimum* angenommen wird, sei es, dass er nachgewiesen ist). Diese Investition betrifft den gesamten Zeitraum, in dem theoretisch diese höchste Bewertung auftreten kann, also ab dem Zeitpunkt der Nichterfüllung. Auch hier sieht man, wie falsch die *aestimatio rei* ist, wenn diese den Wert der Sache zum Zeitpunkt einer angenommenen verspäteten Leistungserfüllung zugrunde legt anstatt als Geldwert, der aus der Desinvestition der erworbenen Sache ab dem erwarteten Erfüllungszeitpunkt hervorgeht und dann aufbewahrt wird, bis man ihn wieder einsetzen will.

Bei einem derartigen Vorgehen wird kein Vergleich mehr zwischen der jetzigen Situation und der theoretisch rekonstruierten Situation vorgenommen, die sich beim normalen Lauf der Dinge ergeben hätte, wenn das Unrecht nicht eingetreten wäre.

Eine eventuelle Wertsteigerung wird damit nicht in ihrem eigentlichen Wesen als angenommener entgangener Gewinn erkannt, sondern als neuer, aktualisierter Wert des erlittenen Schadens missverstanden. Von grundlegender Bedeutung ist dabei die Kosten-Nutzen-Rechnung dieser Investition und ihrer Realisierung.

Bei der Untersuchung der Situation, in der der Geschädigte sich befunden hätte, ergibt sich, dass diese Folgendes mit sich gebracht hätte: a) *bestimmte Kosten* (Finanzaufwendungen für die geschuldete Gegenleistung, Aufbewahrungskosten, Wartung usw.); b) *einen bestimmten Nutzen* (erhöhter Marktwert, Gewinne aus der Sache unter Abzug der

(95) Auf die Beachtung der Kosten haben vor allem die Kanonisten Wert gelegt, darunter G.B. DE LUCA, *a.a.O.*

(96) L. MENGONI, *a.a.O.*

Produktionskosten); c) *ein gewisses Risiko, dass man gewollt hat und das man eingehen will* (wie etwa das von Preisschwankungen). Der zuletzt genannte Aspekt verdient eine eingehendere Behandlung.<sup>(97)</sup>

Beim Risiko steht dem möglichen Gewinn ein möglicher Verlust gegenüber, der dessen Entsprechung darstellt. Darin konkretisiert sich die Logik der Handlung auf eigenes Risiko, bei der die Selbstverantwortung zum Ausdruck kommt, auf der wiederum die Verschuldensfähigkeit basiert. Bei bereits erfolgten Preisfeststellungen handelt es sich dagegen um Ereignisse, die in der Vergangenheit liegen und denen die für das Risiko wesentliche Unsicherheit fehlt.

Unter diesem Gesichtspunkt tritt besonders deutlich hervor, wie falsch die Anwendung des Kriteriums der *aestimatio rei* ist, denn dabei wird am Ende der heutige Wert der angenommenen Investition in die Sache berechnet, ohne dabei die zwischenzeitlich dafür zu tragenden Kosten abzuziehen und ohne das Risiko irgendwie zu berücksichtigen.

Bei einer derartigen Bruttorechnung ohne Berücksichtigung der Kosten ergibt sich ein Gewinn zugunsten des Geschädigten und eine Bestrafung des Schuldners. Dasselbe lässt sich für den Fall sagen, dass man den Gewinn aufgrund höherer Preise, wenn auch unter Abzug der Kosten, dem zukommen lässt, der auf eine Vertragsaufhebung klagt und es damit ablehnt, weiterhin irgendein Risiko zu tragen. Dies alles ist von den Kanonisten klar erkannt worden, die darauf achteten, dem Wucher keinen Raum zu lassen, außerdem von Pothier und den späteren Gesetzgebern, die wie in unserem Art. 2056 II Zivilkodex bei der Berechnung des entgangenen Gewinns gegenüber der des erlittenen Schadens Zurückhaltung walten ließen.

11. – Sehen wir nun, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Schadensberechnung zu einem späteren Zeitpunkt als dem ihres Eintretens zukommt, d.h. zum Zeitpunkt des Urteils, des effektiven Schadensausgleichs oder der Klageerhebung.

Die Wahl eines dieser Zeitpunkte ist insofern bedeutsam, als dass diese von vornherein die Festlegung beinhalten, dass die Investition in die jeweilige Sache bis zum Urteils-, Ausgleichs- oder Klagezeitpunkt beibehalten und die Desinvestition wie das entsprechende Ergebnis zum gewünschten Zeitpunkt und zum entsprechenden Marktwert realisiert worden wären. Die Berechnung des Schadens, seine Dauer und sein Wert hängen dann also nicht mehr von der Beweisführung durch den Geschädigten oder von der Rekonstruktion der angenommenen Situation ab, die mit der realen verglichen werden muss,

(97) Der entgangene Gewinn wird richtigerweise als Differenz zwischen Erlös und Kosten bestimmt bei Kassationsg. Zivilsen. , 28. Oktober 1975, Nr. 3619, in *Rep. Giust. civ.*, 1975, S. 734, Nr. 115.

sondern diese werden nach einem abstrakten Schema bestimmt, das gewollt und von vornherein allen vorgeschrieben wird, auch dem Geschädigten.

Es ist offensichtlich, dass eine eventuelle Wertsteigerung durch steigende Preise zum jeweils gewählten Zeitpunkt dem Geschädigten nur insofern zukommt, als es sich um einen entgangenen Gewinn aus der Investition handelt, von der man ein Fortdauern bis zu dem entsprechenden Zeitpunkt annimmt.

Dabei wird aber unverständlicherweise von einer Kosten-Nutzen-Rechnung abgesehen, so dass der entgangene Gewinn als Bruttogewinn berechnet wird.

Werte und Preise können jedoch zum Urteils-, Ausgleichs- oder Klagezeitpunkt niedriger oder zumindest nicht höher sein als zum vorgesehenen Erfüllungstermin. Ohne Zweifel müsste mit Bezug auf die von vornherein für den entsprechenden Zeitraum angenommene Investition eine Kosten-Nutzen-Rechnung vorgenommen werden, die das Ergebnis negativ beeinflusst.

Im üblichen Schema wird aber das "Risiko" in keiner Weise berücksichtigt und, was noch schlimmer ist, die Regel der *perpetuatio obligationis* nicht beachtet.

Da es aber vorhersehbar ist, dass der Geschädigte das Argument vorbringt, er hätte jene Investition mit der entsprechenden Dauer und dem entsprechenden Ergebnis beibehalten, erliegt man am Ende unweigerlich der bestrafenden Logik des *quanti plurimi*.

Oderman gibt, was auf das Gleiche hinausläuft, dem Geschädigten die Möglichkeit, nachträglich zu beweisen, dass er die Investition für den Zeitraum aufrecht erhalten hätte, der erforderlich war, um mit Gewinn oder sogar dem größtmöglichen Gewinn abzuschließen. Man achtet nicht darauf, dass er in jedem Fall eine Kosten-Nutzen-Rechnung vorlegen müsste, so dass man ihn am Ende auch vom Nachweis des Nettogewinns befreit.

Die Regel vom Übergang des Risikos wird damit *schleichend* nicht mehr angewandt, wie auch die Eventualität eines Verlustes nicht mehr besteht, wohl aber die eines Gewinns. Es ist unnötig darauf hinzuweisen, dass dies zunächst zur Bestimmung unseres Art. 1223 ZGB im Gegensatz steht, dann aber auch mit denen der Zivilprozessordnung über die Beweislast und die Übereinstimmung von Begehren und Entscheidung, auf die die spanischen Juristen zu Recht hingewiesen haben.

Ferner ist zu bemerken, dass das durch die Wahl des Zeitpunkts der Schadensberechnung implizierte Schema zu der *a priori*-Annahme führt, der

Schaden sei vorhersehbar, aber nicht vermeidbar gewesen. Es wird also von den Anhängern der bereits kritisierten Auffassung angenommen, der Schuldner könne das wirtschaftliche Verhalten des Gläubigers vorhersehen, also dass dieser die entsprechende Investition für die entsprechende Dauer beibehalten und die Desinvestition beim gewünschten Preisniveau realisiert hätte. Und da eben auch dies vorhersehbar gewesen sein sollte, ist man seit den Zeiten Pothiers von der Beweislast befreit, dies aufgrund der Voraussetzung, dass jeder die abstrakten Preisschwankungen vorhersehen könne und der voraussichtliche Schaden nicht quantifiziert zu werden brauche.<sup>(98)</sup> Und dies bedeutet eine ziemlich offensichtliche Verdrehung der Begriffe. Meines Erachtens wird durch diese Sichtweise hingegen am Ende die Nichtanwendung der Regel festgelegt, der zufolge der Schaden vorhersehbar sein muss.

Dasselbe lässt sich über die andere Bedingung sagen, dass die Schadensmehrung unvermeidbar gewesen sein muss (Art. 1227 II ZGB). Die Tatsache, dass das oben beschriebene Schema bei der Schadensberechnung den Marktwert zum Zeitpunkt des Urteils (bzw. des Ausgleichs oder der Klageerhebung) zugrunde legt, bedeutet die Anerkennung der Unvermeidbarkeit des Schadens in der jeweiligen Höhe. Auf diese Weise wird die Mitwirkungspflicht des Gläubigers zwangsläufig auf ein bloß abwartendes Verhalten reduziert und so ausgelegt, dass die Bestimmung nach Art. 1227 II ZGB ausgehöhlt wird.

Die hier kritisierte Auffassung berücksichtigt bei der Schadensberechnung außerdem auch noch die Zinsen, die als Ausgleich definiert werden. Ein Grund dafür ist aber nicht einzusehen. Prinzipiell werden diese bei feststehenden Geldforderungen berechnet. Die Bedingung, dass diese feststehen, ist aber in der Verpflichtung zum Schadenersatz nicht vorgesehen, die zwar eine Geldschuld, meiner festen Überzeugung nach aber nicht feststehend ist.

Die Konsequenz der derzeitig vorherrschenden Auffassung bleibt jedoch unverständlich, wenn diese den offensichtlichen Geldcharakter des Schuldverhältnisses leugnet, anschließend aber Geldzinsen berechnet werden.

Wenn diese als Ausgleich bezeichnet werden, so stellt dies unter diesem Gesichtspunkt prinzipiell eine weitere Anerkennung ihres Aufzinsungscharakters dar, der aber auf Geldzinsen beschränkt ist.

(98) Die Vorhersehbarkeit betrifft das gesamte wirtschaftliche Verhalten und das entsprechende anzunehmende Ergebnis, was auch die Bewertung beinhaltet, ob es sich nicht um eine anomale Preisschwankung handelt.

Daher ist nicht einsichtig, welchen Sinn die Anwendung eines höheren späteren Kurswertes haben soll, durch den der Schadenswert mit Bezug auf den Urteils-, Ausgleichs- oder Klagezeitpunkt festgestellt wird, wenn zu diesem dann noch Zinsen als Ausgleich hinzugerechnet werden, so dass der Ausgleich eigentlich zwei Mal erfolgt. Sehr viel konsequenter war in dieser Hinsicht das römische Recht wie heutzutage diejenigen, die keine Geldzinsen berechnen. Hier war bisher von Wert und Preis die Rede, ohne zwischen diesen beiden zu unterscheiden. Es ist darauf hinzuweisen, dass entsprechende Überlegungen ebenso für den intrinsischen Wert der Sachen wiederholt werden könnten.

12. – Sinnvollerweise sollte jetzt noch hinzugefügt werden, dass es für keinen der verschiedenen vorgeschlagenen Zeitpunkte (Entscheidung, Ausgleich, Klageerhebung) an und für sich eine echte Rechtfertigung gibt.

Wer den Wert des Schadens und den des Schadenersatzes gleich hoch ansetzen möchte und sich zu diesem Zweck an Preisen orientieren will, die in etwa denen zur Zeit des Schadensausgleichs entsprechen, der wäre dann eher gerechtfertigt, wenn er auf den Zeitpunkt der konkreten Schadenersatzleistung Bezug nähme, wie dies in der deutschen Dogmatik und Rechtsprechung der Fall ist.

Dort wird es dem Gläubiger gestattet, in einem späteren Urteil die nach der letzten mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz durch höhere Preise entstandene Differenz zu verlangen, und der Schuldner kann seinerseits durch eine vollstreckbare Gegenforderung niedrigere Preise einwenden.<sup>(99)</sup>

Aus den oben genannten Gründen erscheint eine solche Regelung jedoch inakzeptabel, es sei denn, man lässt eine unaufhörlich aufeinander folgende Reihe von Forderungen zu, bei der am Ende das gefällte Urteil selbst in Frage gestellt wird. Erst recht ist es nicht begreiflich, wie sowohl vom Schaden selbst als auch vom Schadensausgleich so weit entfernte Zeitpunkte eine Rechtfertigung finden könnten wie etwa der Klageerhebung oder der des Urteils. Diese passen außerdem nicht einmal zu den Regeln des Verfahrens, innerhalb dessen sie erhoben bzw. gefällt werden.

Behandeln wir zunächst die Klageerhebung.

Dies ist das Kriterium, das (wie oben dargestellt) im klassischen römischen Recht wie im gemeinen Recht angewandt wird, wobei auf das *quanti ea res est* Bezug genommen wird. Dieser Bezugspunkt wird auch heute noch im spanischen Recht und von einigen Juristen bei uns verwendet, wenn es sich um einen Schaden aufgrund von Vertragsaufhebung handelt. Als Begründung

(99) PALANDT, *a.a.O.*; GRUNSKY, *a.a.O.*

wird angeführt, dass der Zeitpunkt der Klageerhebung im Allgemeinen bei jedem Vorgehen von Seiten der Rechtsprechung eine entscheidende Rolle spielt, und insbesondere kann die Nichterfüllung erst nach der Klage auf Vertragsaufhebung als wirklich definitiv gelten, weil durch diese jede weitere Erfüllung ausgeschlossen wird.<sup>(100)</sup>

Dieses Kriterium ist jedoch ziemlich willkürlich gewählt, weil der Gläubiger dadurch, dass er den Zeitpunkt für sein Vorgehen wählen kann, praktisch auch den Wert der Sache wählt, auf dem die Schadensberechnung basiert. Dagegen können alle möglichen prinzipiellen Einwände erhoben werden, und sei es auch nur in Bezug auf den Zeitraum zwischen dem Eintreten des Schadens und der Klage. Für den Fall, dass die Klage erhoben wird, während der Schaden sich noch entwickelt, wäre dieser Bezugspunkt außerdem verfrüht. In jedem Fall lässt er den Zeitraum von der Klage bis zur Schadenersatzleistung außen vor.

Sich hier damit zu behelfen, dass man zum Ausgleich Zinsen berechnet, ist symptomatisch für die brüchigen Grundlagen, auf denen man hier tätig wird, denn dies setzt voraus, dass man der Forderung Geldcharakter zuerkennt und den Zinsen ihre Funktion für die Aufzinsung.

Gehen wir nun zur Diskussion der Auffassung über, die den Urteilszeitpunkt als Bezugspunkt annimmt (*tempus rei iudicandae, quanti ea res erit*).

Im Allgemeinen wird diese Meinung mit der Begründung gerechtfertigt, dass die Forderung durch das Urteil zu einer Geldforderung wird und dieses konstitutiven und keinen deklaratorischen Charakter habe (Savatier, Lalou, Mazeaud usw.).

Diese Auffassungen entbehren aber einer Grundlage, denn die Forderung nach einem Äquivalent ist *per definitionem* schon zu Beginn eine Geldforderung, auch wenn sie nicht feststehend ist, und sie wird dies auch nicht durch das Urteil, das in jedem Fall keinen konstitutiven Charakter hat.<sup>(101)</sup>

Als Urteil gilt im Allgemeinen das in zweiter Instanz.

Dies erscheint jedoch insofern fehlerhaft, als das nicht ausreicht, denn das zweitinstanzliche Urteil ist nicht endgültig. Gleichzeitig ist es jedoch auch fehlerhaft, weil es zu weit geht, denn der Richter kann von Amts wegen

(100) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 526; L. MENGONI, *a.a.O.*

(101) Zum deklaratorischen Charakter des Urteilspruchs s. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1923, S. 174; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, S. 149. Der deklaratorische Charakter wird auch von H. und L. MAZEAUD, *a. O.*, Anm. 2261 vertreten, der ein konstitutives Element jedoch in der Vollstreckbarkeit erkennen will.

keine Erkundigungen über den Marktwert zum Zeitpunkt des Urteils einholen und erst recht keine Kosten-Nutzen-Rechnung anstellen und die Dauer der Investition bestimmen. Die Beweise müssen ihm von den Parteien geliefert werden.

Der Urteilszeitpunkt ist am Ende also der letzte Zeitpunkt, zu dem die Parteien den Beweis liefern können. Die deutsche Rechtslehre legt diesen Zeitpunkt innerhalb des Prozesses richtigerweise auf die letzte mündliche Verhandlung vor dem Sachrichter fest und nicht auf das Urteil selbst. In unserer Rechtsordnung entspräche dies der letzten Verhandlung zur Präzisierung der Schlussanträge vor dem Berufungsgericht nach Art. 352 ZPO, aber es ist nicht einsichtig, welche Rechtfertigung es dafür geben könnte, die Schadensberechnung an einer derartigen Verhandlung fest zu machen.

Sofern bei dieser Verhandlung auch Beweisanträge gestellt würden, würden diese sicher nur zugelassen und erst später aufgenommen.

In unseren Prozessen ist es ausgeschlossen, dass man in Echtzeit Kursbewertungen, Beweisaufnahme und Schadensausgleich vornimmt. Daraus folgt jedoch, dass diese Zeitpunkte nicht dieselben sind, so dass die Beweisaufnahme und erst recht das Urteil erst später erfolgen und der zugrunde liegende Wert daher mit Sicherheit nicht aktuell ist, sondern der Vergangenheit angehört, und keinem von diesen kommt eine größere Bedeutung zu als dem zum Zeitpunkt des Schadenseintritts.

Das ist besonders offensichtlich, wenn, wie dies oft vorkommt, der Schadensausgleich die Erstellung von Gutachten voraussetzt. Der ständig veränderten Wert- und Preisentwicklung nachzulaufen hieße, dass ständig neue Gutachten und neue Beweise zu den neuen Bewertungen benötigt werden, so dass die Beweisaufnahme niemals abgeschlossen würde.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Zulassung neuer Beweise im Berufungsverfahren nicht das Übliche ist, sondern eher die Ausnahme darstellt und außerdem eher Tatsachen und Werte betrifft, die vor und außerhalb des Prozesses liegen.

Indem man sich bei der Preisfeststellung auf die letzten Preise und Werte bezieht, werden alle bekannten Prozessregeln umgekehrt und die Einrichtung des Schätzungseids vollkommen überflüssig gemacht, weil dieser mit der Suche nach neuen Bewertungen unvereinbar ist.<sup>(102)</sup>

Etwas allgemeiner lässt sich jedoch sagen, dass es nicht gerechtfertigt erscheint,

(102) Über die Vereinbarkeit neuer Beweise mit dem Schätzungseid: C. LESSONA, *Teoria delle prove*, Firenze, 1985, pp. 451, 555.

den Schutz der eigenen Rechte und die Prozessdauer, die dem Bereich staatlicher Tätigkeit zuzurechnen ist, mit für eine der Parteien belastenden Folgen auf eine Stufe zu stellen, auch wenn diese sich auf eine Preiserhöhung beschränken. Etwas anderes ist es, wenn der Schädiger schlechtgläubig auf seiner Position beharrt, wie dies in Art. 96 Zivilprozessordnung behandelt ist. In diesem Fall kann der Richter, sofern er dies für richtig hält, den Schädiger, der schlechtgläubig Widerspruch einlegt, zu einer Bezahlung der höheren Preise und der am Ende des Prozesses gültigen Werte verurteilen. Es handelt sich um eine Strafe, die in einem besonderen Fall ausgesprochen wird. Das bedeutet, dass sie beim normalen Vorgehen ausgeschlossen ist, da man keine inakzeptablen Verallgemeinerungen vornehmen kann.

13. – Die Schadensberechnung auf Grundlage der Preise und Kurswerte des Urteilszeitpunkts und erst recht zum Zeitpunkt der Bezahlung ist, wie ich bereits in einem anderen Beitrag für diese Zeitschrift dargelegt habe, außerdem beim Schadenersatz in einer Fremdwährung nicht möglich. Sie führt zu einer Nichtanwendung von Art. 1278 ZGB und setzt den Geschädigten dem doppelten Risiko gesunkener Preise und Wechselkurse aus, was zur *perpetuatio obligationis* in Widerspruch steht. <sup>(103)</sup>

Man kann jedoch auch nicht auf einen allzu künstlichen Mechanismus zurückgreifen und die Fremdwährung in Lire umrechnen, um diese anschließend entsprechend aufzuwerten, <sup>(104)</sup> denn der Ausländer kann keine Lire zur Abrechnung im Inland besitzen oder ausgeben, so dass interne Wertindizes ihn nicht betreffen. Auch hier ist die einzige zulässige Unterscheidung die zwischen Ersatz des ursprünglichen Schadens nach der Schadensberechnung bzw. dem Wechselkurs zum Zeitpunkt seines Eintritts und dem Schaden durch Verzug mit Zinsen und der eventuellen Wechselkursdifferenz.

14. – Ebenfalls falsch ist die Kapitalisierung des fortwährenden Personenschadens auf Grundlage des Einkommens (Lohn, Gehalt usw.) zum Urteilszeitpunkt. <sup>(105)</sup> Dieses Kriterium ist inakzeptabel.

Es erscheint nicht gerechtfertigt, die vorübergehende Invalidität z.B. auf Grundlage des Lohns zum Zeitpunkt des Schadens zu berechnen, die dauernde Invalidität dagegen mit Bezug auf den zum Urteilszeitpunkt.

Lohn bzw. Einkommen zum Urteilszeitpunkt werden von den verschiedensten

(103) Cfr. G. VALCAVI, *Il corso di cambio*, zit., S. 256 ff., 263 ff., 266.

(104) In gegenteiligem Sinne G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *La r.c. dello straniero*, Milano, 1982, S. 392 ff., 406 ff., 416 ff. und die auf S. 421. Im Sinne des *quanti plurimi*, Kassationsg. Zivilsen., 16. . Mai 1981, Nr. 3239, in *Foro it.*, 1982, I, Sp. 779.

(105) Unter vielen Kassationsg. Zivilsen., 11. August 1983, Nr. 5351, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, Nr. 1894.

später eingetretenen Zufälligkeiten beeinflusst, die das Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt zum entsprechenden Zeitpunkt betreffen. Im speziellen Fall kommen noch die persönlichen Umstände der betreffenden Person hinzu.

Es ist allgemein bekannt, dass im Lauf der Zeit in manchen Berufen die Einkommen steigen, in anderen dagegen sinken, was von den verschiedensten Faktoren abhängt, die mit der Arbeitsorganisation, den Gewerkschaften, dem technischen Fortschritt, dem Steigen oder Sinken der Produktivität im Allgemeinen zusammenhängen.

Auch was die Inflation betrifft, haben einige Kategorien Nachteile hinnehmen müssen, andere dagegen Vorteile erzielt, so dass fälschlich angenommen worden ist, die Rechnung auf Grundlage des Lohns zum Urteilszeitpunkt entspräche dem später Neubewerteten Lohn zum Schadenszeitpunkt.

Erst recht erscheint der Lohn der geschädigten Person zum Urteilszeitpunkt bedeutungslos, denn diese könnte auch arbeitslos, berentet usw. sein. In jedem Fall müsste dieser Lohn durch die zu diesem Zeitpunkt geminderte Arbeitsfähigkeit beeinflusst sein, so dass er für die gewünschten Zwecke nicht benutzt werden kann.

Wenn das Einkommen nicht überhaupt niedriger ist, so wäre es doch eine ungeeignete Grundlage für die Berechnung des dauernden Verdienstaufschlags. Die Berechnung erfolgt dann üblicherweise auf Grundlage des Lohns zum Urteilszeitpunkt, während die verbleibende Lebenszeit ab dem Eintritt des Schadens gerechnet wird.<sup>(106)</sup> Das Ergebnis entspricht dem, das man erhalten hätte, wenn man voraussetzte, dass der Geschädigte bei Eintritt des Schadens das höhere Einkommen gehabt hätte, das er stattdessen sehr viel später zum Zeitpunkt des Urteils haben wird.

Eine konsequente Berechnung müsste sich auf homogene Daten stützen wie den Lohn und die verbleibende Lebenszeit bei Eintritt des Schadens oder zum Zeitpunkt des Urteils.

Die übliche Auffassung ist, dass bei Tod des Geschädigten vor dem Urteil und aus anderen Gründen das Gehalt zum Zeitpunkt des Todes zugrunde gelegt wird.<sup>(107)</sup> Dies steht aber im Gegensatz zum Grundprinzip.

Aus dem bisher Gesagten lässt sich entnehmen, dass der Geschädigte, damit das Gehalt zum

(106) Kassationsg. Zivilsen. 11. Januar 1969, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, Nr. 29; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, S. 394, Anm. 165ff., der ebenfalls die Inkonsistenz der Rechtsprechung kritisiert.

(107) Kassationsg. Zivilsen., 7. Juli 1979, Nr. 3900, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, Nr. 1715, unter vielen.

Zeitpunkt des Urteils aussagekräftig ist, weder tot, noch inzwischen arbeitslos, Rentner, stärker arbeitsunfähig sein, noch einer Kategorie angehören darf, deren Einkommen gesunken ist, usw.

Das bedeutet, dass dieses Kriterium am Ende viel zu hypothetisch ist. Daher erscheint der Bezug auf das Einkommen (Lohn, Gehalt usw.) und auf die restliche Lebenszeit zum Zeitpunkt des Schadenseintritts sehr viel plausibler und rationaler.<sup>(108)</sup>

15. – Gehen wir jetzt zu dem anderen Kriterium über, das als "Geldwertforderung" bezeichnet wird und eigentlich nur bei uns vorherrschend ist. Wie schon gesagt, führt dieses dazu, dass der Schaden zum Zeitpunkt seines Eintritts bestimmt wird und dessen Geldmaß nach oben oder nach unten an den Urteilszeitpunkt angepasst wird, je nachdem, ob in der Zwischenzeit eine Inflation oder eine Deflation eingetreten ist.<sup>(109)</sup>

Bei der Wahl dieses Zeitpunkts stellt sich erneut die bereits betrachtete Frage, ob es richtig ist oder nicht, auf eine nicht endgültige Entscheidung Bezug zu nehmen anstatt auf ein rechtskräftiges Urteil oder auf den Schadenersatz selbst.

Das theoretische Gerüst wird konkret durch die Annahme eines abstrakten, festen Werts der Sachen (nicht eines Geldsortenwerts), dem eine bestimmte Geldmenge entspricht (also ein Geldsortenwert), der sich je nach Kaufkraft ändert, so dass es zu einer *aestimatio* kommt, die von der *taxatio* unterschieden ist.<sup>(110)</sup> Diese Sichtweise ist, wie ich bereits an anderer Stelle geschrieben habe,<sup>(111)</sup> nicht begründet. Der intrinsische Wert der Sachen ist in Wirklichkeit dagegen auch unabhängig vom Geldkurs veränderlich.

Dies ist bei den oben betrachteten Aktien von Industrieunternehmen der Fall, die bei Verlust der Gesellschaft oder einer Sache an Wert verlieren, auch wenn diese Sache nicht benutzt wird und nur durch den unaufhaltsamen Fortgang der Zeit an wirtschaftlichem Wert verliert, weil wir neue Sachen alten vorziehen.

Der extrinsische Wert verändert sich unvermeidlich mit der Veränderung der Sache, auf die er sich bezieht.

(108) In diesem Sinne zuletzt Kassationsg. Zivilsen. , 9. August 1982, Nr. 2192, in *Arch. Giur. circ.*, 1983, S. 76.

(109) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 441 ff., 508 ff.

(110) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 457.

(111) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, zit., Sp. 2112; ders., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, zit., Sp. 1540 ff.

Die Sache, deren Wert sich mit der Zeit nicht verändert, ist *per definitionem* das Geld, dies aufgrund des Nominalprinzips: Es gilt stets als sich selbst gleich, so dass es sich – wie Savigny schrieb<sup>(112)</sup> – um den einzigen wirklich abstrakten Wert handelt.

Da mit dem Geld unendliche Möglichkeiten verbunden sind, da seine Aufbewahrung keine Kosten verursacht, da es mit der Zeit Erträge erbringt, da es leichte Berechnungen ermöglicht, da man allgemein Liquidität bevorzugt, ist es das allgemeine Maß für alle Sachen, d.h. das allgemein bei Berechnungen eingesetzte Instrument.<sup>(113)</sup> Unter diesem Gesichtspunkt, so kann man schlussfolgern, ist in einer modernen Wirtschaftsordnung jeder Wert im Wesentlichen ein Geldsortenwert.

Abzulehnen ist die hier kritisierte Auffassung, die dagegen den Preis des Geldes in Form von Waren als Grundlage für den Wert ansieht, also die Kaufkraft des Geldes.

Eine feste, über die Zeit unveränderliche Kaufkraft wäre eine metaphysische Abstraktion, denn die Warenpreise variieren ja auch untereinander, und daher wäre die Annahme einer Währung mit fester Kaufkraft eine ebensolche metaphysische Abstraktion.

Unvorstellbar ist ebenso ein einziger Preis für das Geld, sondern es gibt ebenso viele Preise wie es Waren gibt, und genauso verhält es sich umgekehrt mit dem Geldpreis der Waren.

Eine vergleichende Untersuchung der Kaufkraft zu unterschiedlichen Zeiten ist, wenn man genau hinsieht, lediglich der Vergleich zwischen Neupreisen von Waren zum jeweiligen Zeitpunkt, es handelt sich also um momentane Werte, bei denen Aufbewahrungskosten, unterschiedliche Erträge usw. nicht berücksichtigt werden, die bei einer anzunehmenden Übertragung der Waren in eine andere Zeit vorauszusetzen sind.

An dieser Stelle ist auf die Meinung eines großen Wirtschaftswissenschaftlers des 19. Jahrhunderts wie Marshall hinzuweisen, der die Auffassung äußerte: "Die Berechnung der Kaufkraft einer Währung ist nicht nur unmöglich, sondern undenkbar".<sup>(114)</sup>

Der eigentliche "Kaufkraftspeicher" ist, wie L. Einaudi zu Recht bemerkt hat<sup>(115)</sup>, das Geld selbst.

In den neuesten Studien über die Bedeutung und die Rolle der Währungsreserven ist herausgearbeitet worden, wie

(112) F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Torino, 1912, I, § 40, S. 377; § 41, S. 395.

(113) J.M. KEYNES, *Opere*, Torino, 1978, S. 389.

(114) MARSHALL, *Opere*, Torino, 1972, S. 136, 137, 227, 356-9.

(115) L. EINAUDI, *Della moneta serbatoio dei valori*, in *Riv. di storia economica*, 1939, S. 133 ff.

eine Flucht aus dem Geld nicht angenommen werden kann, sondern dieses seine "Wertspeicherfunktion" auch in einer Zeit der Inflation behält.<sup>(116)</sup> Dies haben in neuerer Zeit die Tatsachen selbst gezeigt, insbesondere die "neue Inflation" (Stagflation, Slumpflation), bei der sich eine große Geldmenge im System befindet, die Nachfrage sinkt und die Preise für Wertpapiere und Waren sich unregelmäßig entwickeln.<sup>(117)</sup>

Die Theorie der "Geldwertforderungen" kann in jedem Fall nicht auf jemanden angewandt werden, der im Ausland seinen Wohnsitz hat und aufgrund der Währungsverbote oft nicht einmal Geld im Lande ausgeben kann, so dass der Bezug auf eine inländische Kaufkraft zu einer offensichtlichen Verdrehung führen würde.<sup>(118)</sup>

Dieses Kriterium ist auch gegenüber einem im Inland wohnhaften Geschädigten völlig unangemessen.

Es ist allgemein bekannt, dass die Wertindizes für dieselben Waren zahlreich und unterschiedlich sind, wie dies bei den Industrie-, Großhandels-, Detailverkaufspreisen usw. der Fall ist. Die Anhänger der Geldwerttheorie setzen die abstrakte Kaufkraft willkürlich mit dem Preisindex gleich, der auf den Einzelhandelspreisen für einen begrenzten Warenkorb für eine Familie von abhängig Arbeitenden beruht.<sup>(119)</sup>

Eine derartige Verallgemeinerung ist bereits logisch inakzeptabel und angesichts der Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 5. April 1986 Nr. 2368 erst recht zu verneinen. In diesem Urteil wird, wenn auch mit Bezug auf den höheren Schaden durch Verzug bei Geldschulden, eine derartige Investition und der daraus folgende Kaufkraftverlust ausgeschlossen, und zwar für Jedermann (so für einen unternehmerisch Tätigen, einen normalen Sparer, einen gelegentlichen Gläubiger).<sup>(120)</sup>

Der Umstand, dass durch diese Kaufkrafttheorie die Betrachtung der Geldauf- bzw. -abwertung auf den marginalen Fall des Normalverbrauchers

(116) DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padova, 1977, S. 17, 26-30, 45 ff., 128, 222 ff., 253 ff., 407 ff.

(117) RUOZI, *Inflazione, risparmio ed aziende di credito*, Milano, 1973, S. 538 ff. In dem Sinn, dass die Inflation nicht äquiproportional ist TREVITHICK, *Inflazione*, Milano, 1979, S. 17-23.

(118) G. VALCAVI, *Se il credito del lavoratore estero-residente sia rivalutabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, S. 504; ders., *Il corso di cambio e il danno da mora*, zit., a.a.O.

(119) Kassationsg. Ver. Zivilsen., 23. November 1985, Nr. 5815, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, Nr. 186, S. 749.

(120) In *Foro it.*, 1986, I, Sp. 1265.

(Arbeiter, Rentner usw.) eingeschränkt worden ist, führt, wie ich schon an anderer Stelle erläutert habe, zu dem Schluss, dass die Entwicklung einer abstrakten, allgemeinen Theorie der Geldwertforderungen auf dieser Grundlage erst recht ausgeschlossen ist.

Die Ausweitung der automatischen Auf- bzw. Abwertung auf die Schadenersatzansprüche (und allgemein auf jeden Fall, der sich darunter subsumieren lässt) erscheint außerdem völlig unvereinbar mit den systematischen Grundprinzipien unserer Rechtsordnung und ist daher zu verwerfen.

So verletzt diese das Nominalprinzip, das auf alle nicht feststehenden Geldforderungen nicht weniger anwendbar ist als auf die feststehenden.<sup>(121)</sup> Das Kriterium der Kaufkraftbewertung berücksichtigt in keiner Weise die Prinzipien im Umgang mit dem Verzug und dessen Folgen und führt zu deren Nichtanwendung.

Die Auf- bzw. Abwertung wird automatisch angewandt, ob nun ein Verzug von Seiten des Schuldners vorliegt oder nicht, ja sogar, wenn der Gläubiger in Verzug ist. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner ein reelles Angebot über einen Betrag gemacht hat, das sich am Ende als angemessen erwiesen hat, oder wenn eine Abschlagszahlung vom Gläubiger abgelehnt wurde.<sup>(122)</sup>

Außerdem erleidet der Schuldner, auch wenn er in Verzug ist, keinerlei Konsequenzen für den Fall, dass die Inflation bei null liegt.

Für den Fall, dass die Kaufkraft des Geldes zunimmt, dies ist eine Perspektive, die immer stärker berücksichtigt werden muss und in einigen Ländern bereits der Realität entspricht<sup>(123)</sup>, schuldet der Schuldner, auch wenn er in Verzug ist, sogar einen niedrigeren Betrag als den ursprünglich geschuldeten. So erhält der Geschädigte noch nicht einmal den Nennbetrag, der ihm verloren gegangen ist bzw. den er für die Reparatur des Schadens ausgelegt hat.

Um diese Inkonsequenzen auszugleichen, greifen die Verfechter derartiger Auffassungen zu den Geldzinsen, die von einigen als Verzugszinsen,<sup>(124)</sup> von anderen als Ausgleichszinsen bezeichnet werden.<sup>(125)</sup> Dies steht offensichtlich im Gegensatz zu den Vorbemerkungen

(121) F. PESTALOZZA, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, Sp. 353 ff.

(122) U. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *a. O.*, S. 89 ff.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milano, 1947. Die Rechtsprechung schließt in derartigen Fällen den Schuldnerverzug auch aufgrund von Art. 1227 II ZGB aus.

(123) So derzeit in Deutschland, bei uns liegt der Preisindex bei Großhandelspreisen seit einiger Zeit bei null (*Corriere della Sera*, 15. Mai 1986).

(124) T. ASCARELLI, *a. O.*, Anm. 179, S. 534; Kassationsg. Zivilsen., 26. April 1984, Nr. 2626, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, Sp. 500.

(125) So unter vielen, Kassationsg. Zivilsen., 13 Juli 1983, Nr. 4759, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, S. 1677.

über die Unterscheidung zwischen Geldwertforderungen und Geldsummenforderungen und führt letztlich dazu, dass die unersetzliche Funktion der Geldzinsen, nämlich die der Aufzinsung von Werten, anerkannt wird, dies aber zu Lasten der Wertberichtigung selbst.

Dieses Kriterium ist schließlich auch noch nicht einmal mit den Art. 1225 und 1227 ZGB vereinbar, es sei denn, man sähe die Inflationsentwicklung als vorhersehbar und den oben genannten Schaden als unvermeidlich an, auch wenn der Geschädigte den Schaden bereits konkret mit eigenen Mitteln repariert hat.<sup>(126)</sup>

Der rasche Rückgang der Inflation, der derzeit zu verzeichnen ist, führt dazu, dass das theoretische Konstrukt der Geldwertschulden immer anachronistischer wird, während angesichts der Aussichten, die sogar eine Deflation vorsehen, eine negative Veränderung des als Schadenersatz zu zahlenden Betrags zuungunsten des Geschädigten immer mehr in den Bereich des Möglichen rückt.

16. – Ziehen wir jetzt die Schlussfolgerungen aus dieser ganzen Abhandlung und versuchen wir, eine Lösung vorzuschlagen, die der juristischen Logik und den verschiedenen materiellen und prozessualen Gesichtspunkten unserer Thematik gerecht wird.

Es besteht kein Zweifel daran, dass zunächst von der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Schaden aufgrund rechtswidrigen Verhaltens oder (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Nichterfüllung einerseits und Schaden wegen (meist fahrlässiger) Verspätung bei der Ersatzleistung andererseits zu unterscheiden ist.

Diese beiden Fälle sind unterschiedlich und erfordern, wie schon gesagt, unterschiedlichen Schadenersatz. Der Vergleich zwischen der Idealsituation, in der der Geschädigte sich befunden hätte, und der tatsächlichen Situation erlaubt es nämlich, zwischen zwei Arten von Schäden zu unterscheiden, die sich auf völlig unterschiedliche Zeiten beziehen.

Auf der einen Seite handelt es sich um den Schaden aufgrund eines Unrechts, dessen wirtschaftliches Ausmaß unzertrennlich mit dem Vermögen des Geschädigten verbunden ist, so wie dieses sich (und anders kann es nicht sein) mit seinem Wert zum Zeitpunkt des Schadenseintritts darstellt. Es handelt sich um das *quod interest*, das für den Fall eines sofortigen Schadenersatzes anzunehmen ist.

Auf der anderen Seite liegt in dem Fall, in dem dieser Ersatz mit Verspätung geleistet wird, der davon unterschiedene Schaden wegen Verzugs vor, der zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem der Ersatz hätte geleistet werden müssen, und sich bis zu dem fortsetzt, zu dem dieser tatsächlich geleistet wird.

(126) Es bleibt unverständlich, warum es sich bei den vom Geschädigten ausgegebenen Summen um Geldwertforderungen und nicht um Geldsummenforderungen handeln sollte. So dagegen unter vielen:

Kassationsg. Zivilsen. , 6. Juli 1983, Nr. 4558, in *Rep. Giur. it.*, 1983, Sp. 931, Nr. 203.

Diese Unterscheidung ist in unserem Recht in Art. 1219 II Satz 1 ZGB festgelegt, wo bestimmt wird, dass der Schädiger aufgrund rechtswidrigen Handelns in Verzug ist. Damit ist auch gesagt, dass dieser ab diesem Zeitpunkt auch Schadenersatz für den Verzug schuldet.

Die Tatsache, dass der Schaden ab seinem Eintritt bis zu den verschiedenen, unsicheren Zeitpunkten, die vorgeschlagen wurden (Urteil, Schadenersatz, Klageerhebung) unterschiedslos als ein einziger angesehen worden ist, hängt, wie oben dargelegt wurde, mit dem praktisch bis in unsere Tage vorherrschenden Prinzip *in illiquidis non fit mora* zusammen. Dieses Prinzip, das seinerzeit in einem bekannten Urteil des römischen Kassationsgerichts<sup>(127)</sup> als "Überbleibsel einer mittelalterlichen Tradition" bezeichnet worden ist, wird noch heute in vielen Ländern angewandt.<sup>(128)</sup> Bei uns dagegen ist dieses Prinzip überwunden, übt aber durch die kulturelle Tradition einen, wenn auch verdeckten<sup>(129)</sup> Einfluss aus, besonders was das hier behandelte Thema angeht.

Der Bezug auf den derzeitigen Wert bei den verschiedenen oben besprochenen Problemen (unter Benutzung des *quanti plurimi* bei niedrigerem und durch Zuspruch eines Gewinns bei höherem Wert) erklärt sich durch die mangelnde Erkenntnis, dass dieses Interesse des durch Verspätung Geschädigten ein völlig anderes ist als das eines seinerzeit durch Delikt bzw. Nichterfüllung Geschädigten.

Darauf ist auch die Theorie von den Geldwertforderungen zurückzuführen, die, wie schon gesagt, mit den Prinzipien des Verzugs unvereinbar ist und doch dessen negative Konsequenzen ausgleichen möchte, wenn auch vom Standpunkt der Geldwerttheorie aus.

Mit dem Prinzip *in illiquidis non fit mora* hängt natürlich das Problem der Zinsen zusammen, unabhängig davon, ob man diese als Verzugs- oder als Ausgleichszinsen ansieht. Konsequenterweise sind dabei die Auffassungen der Juristen und die Urteile, in denen für den gesamten Zeitraum bis zum Urteil keine Zinsen berechnet werden.<sup>(130)</sup>

(127) Kassationsg. Roma, 26. Mai 1903, Aussteller Mortara, in G.C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi*, Milano, 1932, S. 234.

(128) So ist dieses etwa in der spanischen Rechtsprechung noch als gültig anerkannt worden. In diesem Sinne unter vielen: Trib. Supremo, 27. April 1978, 28. Juni 1978 und 11. Dezember 1978, in ALBALADEJO, *a. O.*, § 32, S. 179.

(129) Vorbehalte machen geltend U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, S. 242 ff.

(130) So Kassationsg. Zivilsen., 12. Februar 1979, Nr. 4053, in *Foro it.*, 1979, Stichw. *Interessi*, Nr. 18, und beiläufig Verfassungsges., 22. April 1980, Nr. 60, in *Foro it.*, 1980, I, Sp. 1249.

Dasselbe kann bei uns nicht von den zahlreichen Stimmen gesagt werden, die für eine Zinsberechnung ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung eintreten, manchmal sogar auf Grundlage des aufgewerteten Kapitals. Dabei werden diese Zinsen als Verzugszinsen<sup>(131)</sup> oder als Ausgleichszinsen bezeichnet, um die Unangemessenheit der Kriterien bei der Schadensberechnung zu übertünchen.

Die Aufgabe des Prinzips *in illiquidis non fit mora* ist heute in unserem Recht Allgemeingut, so dass es kein theoretisches Hindernis mehr für die Unterscheidung zwischen den beiden verschiedenen Arten von Schaden darstellt.

In diesem Gesamtzusammenhang behandeln wir jetzt mehr im Einzelnen die verschiedenen Bezugszeitpunkte für die Berechnung des neuen Schadenersatzes. Beginnen wird mit dem Zeitpunkt des ursprünglichen Schadens aufgrund rechtswidrigen Verhaltens oder Nichterfüllung. Der Schaden besteht in einem Verlust oder einem entgangenen Gewinn<sup>(132)</sup> und ist seinem Wesen nach ein negatives wirtschaftliches Ereignis und kein einfaches Naturereignis.

Jedes Mal wenn jemand von uns, ein Sachverständiger, ein Richter in einer Entscheidung eine Schadensberechnung vornimmt, ist dies ein gleichzeitig kritisches, aber auch historisches Urteilen<sup>(133)</sup> in dem Sinne, dass er diesem Ereignis entsprechend dem wirtschaftlichen Wert zur Zeit seines Eintretens eine Größe verleiht. Die Prozessordnung sieht die Klageerhebung durch den Kläger vor (Art. 99 ZPO), der mit Eröffnung des Hauptverfahrens dann die Beweisführung auch über das Ausmaß des Schadens erbringen muss (Art. 115 und 163 Satz 5 ZPO), spätere Entgegnungen, einen eventuellen Schätzungseid (Art. 241 ZPO), die Übereinstimmung von Begehren und Entscheidung (Art. 112 ZPO). Dies zeigt, dass die Geschichte des Schadens und sein wirtschaftliches Ausmaß in einer Zeit vor dem Beginn des Prozesses liegen, nämlich zum Schadenszeitpunkt.

Dies ist auch der Zeitpunkt der angenommenen günstigeren Situation, die wegen des Unrechts nicht eingetreten ist, d.h. das *id quod interest*, das seinerzeit dadurch verletzt wurde.

(131) Der bei den beiden Schadensarten unterschiedliche Beginn der Zinsberechnung ab dem Zeitpunkt der Klage bzw. des Schadenseintritts wird damit gerechtfertigt, dass der Verzug zu einem anderen Zeitpunkt beginne, aber gleichzeitig wird unverständlicherweise den Zinsen ein Charakter als Verzugszinsen abgesprochen: Kassationsg. Zivilsen., 25. Oktober 1982, Nr. 558; Kassationsg. Zivilsen., 4. Dezember 1982, Nr. 6643, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, Nr. 1921, 2241.

(132) J.C. TOBEÑAS, *Derecho civil español comun y foral*, Madrid, 1986, III, S. 243, weist darauf hin, dass der entgangene Gewinn im Gegensatz zum erlittenen Schaden "participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios" [alle imaginären Begriffen innewohnenden Unsicherheiten mit sich bringt].

(133) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, S. 371 ff. So gibt es auch historische und kritische Beweise: F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, zit., I, S. 681, 685, 711.

Diese Sichtweise steht auch im Einklang mit der *perpetuatio obligationis* (Art. 1221 ZGB), auf die kurz hingewiesen wurde.

Durch den im Recht (Art. 1223, 1225, 1227 ZGB) vorgesehenen gleichzeitigen Einsatz mehrerer weiterer Parameter zur Bestimmung des Schadenersatzes kann der Schaden dann zeitlich und in seiner Höhe genauer bestimmt werden.

Als Bezugszeitpunkt könnte theoretisch der des Delikts oder der Nichterfüllung gelten<sup>(134)</sup> oder der des Verzugs<sup>(135)</sup> oder der des negativen wirtschaftlichen Ereignisses, d.h. des erlittenen Schadens oder des entgangenen Gewinns.<sup>(136)</sup>

Der Verzugszeitraum ist in unserem Recht bei der Bringschuld der der unrechtmäßigen Handlung oder der Nichterfüllung (Art. 1219 II Nr. 1 u. 3 ZGB), bei der Holschuld wird er von der späteren Nichterfüllung aufgenommen,<sup>(137)</sup> so dass er unter diesem Gesichtspunkt keine eigene Bedeutung zu haben scheint.

Rechtswidrige Handlung und Nichterfüllung sind eigentlich eher die Ursachen für den Schaden als der Schaden selbst. Sie gehen den wirtschaftlichen Folgen voraus, in denen sich der Schaden konkretisiert, was beim entgangenen Gewinn besonders offensichtlich ist.

Der Schaden kann sich im Lauf der Zeit entwickeln, wie dies etwa bei einer späteren Erschwerung des Schadens der Fall sein kann, der eventuell auch mit dem Untergang der Sache oder dem Tod des Opfers enden kann. Es besteht kein Zweifel, dass der entscheidende Zeitpunkt auch bei späteren Entwicklungen der des Schadens ist<sup>(138)</sup> und nicht der der Ursache, deren Verlauf hingegen als beendet angesehen wird. Der Zeitpunkt des fahrlässigen Verhaltens ist hingegen als direkte und unmittelbare Ursache des Schadens von Bedeutung und dient daher bei der Rekonstruktion des Ablaufs der Ereignisse

(134) D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, Nr. 612, S. 709; Kassationsg. Zivilsen., 15. Mai 1946, Nr. 590, in *Mass. Foro it.*, 1946, Sp. 143; französische Rechtslehre und Rechtsprechung bei H. und L. MAZEAUD, *a. O.*, Nr. 2253, Anm. 2, 3, 4, 5.

(135) Für den Bezug auf die Klageerhebung: DE RUGGIERO-MAORI, *a. O.*, II, S. 44.

(136) Unter vielen: CHIRONI, *Colpa extracontrattuale, zit.*, a.a.O.; G.A. RAFFAELLI, in *Foro pad.*, 1946, I, Sp. 89; Kassationsg. Zivilsen., 14. Januar 1946, Nr. 31, in *Foro it.*, 1944-46, I, Sp. 71; Berufungsger. Genua, 2. September 1946; Berufungsger. Genova, 9. Juli 1946; Berufungsger. Bologna, 11. August 1945, in *Rep. Giur. it.*, 1944-47, Stichw. *Resp. civ.*, nn. 192, 195, 198.

(137) So auch U. NATOLI u. L. BIGLIAZZI GERI, *a. O.*, S. 224 ff.

(138) Das ist die von den verschiedenen Rechtsordnungen übernommene Auffassung. So bei uns Kassationsg. Zivilsen., 22. Januar 1982, Nr. 442, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, S. 157, unter vielen.

zur Bestimmung des späteren Zeitpunkts des Schadens, der zu ersetzen ist (Art. 1224 ZGB).

In einem System, das auf vollständigen Schadenersatz abzielt, wäre der Diskurs an dieser Stelle abgeschlossen.

Unsere Rechtsordnung folgt jedoch, im Gegensatz zu dem, was allgemein behauptet wird,<sup>(139)</sup> wie gesagt dem gegenteiligen Prinzip des Schadenersatzes innerhalb bestimmter Grenzen (Art. 1225, 1227, 2056 II ZGB).

Es sei hier daran erinnert, dass der Teil des Schadens, der hätte vermieden werden können, nicht ersetzt wird (Art. 1227 II ZGB), ebenso wie bei fahrlässiger Nichterfüllung nur der Teil, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war (Art. 1225 ZGB).

Ich bin, dies soll hier wiederholt werden, nicht mit der üblichen Auffassung einverstanden, die die Mitwirkungspflicht bei der Vermeidung höheren Schadens auf ein rein passives Verhalten herabstuft und nicht als eine aktive Mitwirkung ansieht, bei der nach Möglichkeit etwa die Sache durch eine andere ausgetauscht wird, wie dies dagegen sein sollte.

Ebenso wenig ist es akzeptabel, die Vorhersehbarkeit auf die natürlichen Folgen des fahrlässigen Verhaltens zu beschränken und nicht auch die wirtschaftlichen zu berücksichtigen (also nur das *an* und nicht auch das *quantum* zu betrachten). Diese sollte auch nicht von vornherein reduziert werden, wie dies geschieht, wenn man sie auf die abstrakten Preisschwankungen nach unten oder nach oben bezieht.<sup>(140)</sup> Die Vorhersehbarkeit muss die günstige Situation, die wegen des Unrechts nicht eingetreten ist, insgesamt betreffen, d.h. das verletzte Interesse mit all seinen Aspekten, darunter auch das wirtschaftliche Ausmaß, d.h. den Schaden.

Diese Argumentation ist für den entgangenen Gewinn von besonderem Interesse, bei dem Art. 2056 II ZGB, um einen Schadenersatz für "erträumte Gewinne" zu verhindern, eine "billige Bewertung der Umstände des Falls" vorsieht. Dabei muss die Vorhersehbarkeit des wirtschaftlichen Verhaltens des Gläubigers berücksichtigt werden, die zu diesem Gewinn in diesem Ausmaß geführt hätten.

Die Schlussfolgerung aus diesen Bemerkungen ist, dass die Zeit, auf die bei der Schadensberechnung Bezug zu nehmen ist, die des Schadenseintritts ist, die aufhört, sobald ein vermeidbar höherer Schaden eintritt, und bei

(139) So dagegen unter vielen Kassationsg. 19. September 1985, Nr. 4710, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, S. 748, Nr. 166.

(140) Abzulehnen die Auffassung von Kassationsg. 28. Mai 1983, Nr. 3694, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1310, über den abstrakten Charakter der Vorhersehbarkeit.

fahrlässiger Nichterfüllung nur so weit geht, wie der Schaden vorhersehbar war.

Dies sind also die Grenzen, innerhalb derer ein Schaden erstattungsfähig ist und die konkret geprüft werden müssen.

Der Schaden kann erst recht nicht mit Bezug auf den Zeitpunkt der Entscheidung, des Schadenersatzes oder der Klageerhebung bestimmt werden. Wie weit sich diese Sichtweise von der derzeit üblichen entfernt, lässt sich daran erkennen, dass der Schaden zur Zeit normalerweise mit Bezug auf Zeitpunkt des Schadenersatzes bemessen wird, während hier vorgeschlagen wird, den Schadenersatz innerhalb der erstattungsfähigen Grenzen mit Bezug auf den Schadenszeitpunkt zu bestimmen. Die Forderung ist mit Sicherheit eine Geldforderung, denn sie betrifft die Geldmenge, die dem durch die rechtswidrige Handlung oder Nichterfüllung verletzten Interesse entspricht.

Diese Forderung ist nicht feststehend in dem Sinne, dass sie erst noch bezahlt werden muss, weil die Geldmenge erst unbestreitbar festgelegt werden muss. Das Nominalprinzip gilt für alle Geldforderungen, sowohl für feststehende als auch für nicht feststehende, und es wäre willkürlich, dieses lediglich auf die feststehenden anzuwenden. Die Forderung nach äquivalentem Schadenersatz, von der die Rede war, ist daher dem Nominalprinzip untergeordnet, was auch gar nicht anders möglich ist. In diesem Sinne ist ihre übliche Bezeichnung als Geldwertforderung abzulehnen und auch die theoretische Rechtfertigung für diese Kategorisierung.

17. – Behandeln wir jetzt den weiteren, andersartigen Schaden, der durch die Verspätung entsteht, mit der das Äquivalent geleistet wird.

Das Interesse, welches verletzt wurde, besteht dabei darin, dass nicht über die äquivalente Geldsumme verfügt werden kann, und dieses betrifft die gesamte Dauer der fahrlässigen Verspätung vom Eintritt des Verzugs (der in diesem Fall wichtig ist) bis zum Zeitpunkt der konkreten Schadenersatzleistung.

Der Schuldner ist mit der Leistung des Äquivalents für Nichterfüllung oder Delikt im Verzug, wobei es nicht erforderlich ist, ihn erneut in Verzug zu setzen.<sup>(141)</sup>

Der Schadenersatz für diese Verspätung kommt zu dem für rechtswidriges Verhalten und Nichterfüllung hinzu, die zuvor Gegenstand der Schadensberechnung gewesen sind, und wird nach den üblichen Methoden des Schadenersatzes bei Geldschulden berechnet, zu denen dieser Schadenersatz für ein Geldäquivalent gehört.

(141) Dass der Schadenersatz seit seinem Entstehen eintreibbar ist, gilt auch für vertragliche Schäden und bedeutet, dass der Schädiger seit dem Zeitpunkt in Verzug ist, zu dem die Leistungserfüllung beim Gläubiger hätte erfolgen müssen, dies nach Art. 1219, II, Nr. 3, ZGB. Vertritt man eine andere Auffassung, so beginnt der Verzug mit dem Schadenersatzbegehren gem. Art. 1219 I ZGB.

Angewandt wird also die Grundbestimmung nach Art. 1224 ZGB, die auf nicht feststehende Forderungen ebenso wie auf feststehende breite Anwendung findet. Die Tatsache, dass diese Bestimmung bisher auf die feststehenden Forderungen eingeschränkt wurde, erklärt sich durch das aufgegebene, unbewusst wohl aber noch einflussreiche Prinzip, von dem bereits die Rede war. Daher werden gesetzliche Zinsen geschuldet, weil es sich um Verzugszinsen handelt.<sup>(142)</sup>

Die Regel ist nämlich, dass die nicht feststehenden Forderungen nicht verzinst werden, nur im Fall des Verzuges. Es ist kein Zufall, dass die Zinsen, die keine Verzugszinsen sind, feststehende Forderungen voraussetzen. Ebenso setzen die Vergütungszinsen eine feststehende und eintreibbare Forderung voraus (Art. 1282 ZGB)<sup>(143)</sup> und die Ausgleichzinsen eine feststehende, nicht eintreibbare Forderung (Art. 1499 ZGB).<sup>(144)</sup>

Nur bei Verzug ist es gerechtfertigt, dass eine nicht feststehende Forderung wie eine Schadenersatzforderung Zinsen erbringt. Dies erklärt sich dadurch, dass der Gesetzgeber hier die Eintreibbarkeit der Forderung früher angesetzt hat, nämlich zum Zeitpunkt des Schadenseintritts, damit die bis zum Schadenersatz vergehende Zeit zum Schaden des Schädigers vergeht und nicht des Geschädigten.<sup>(145)</sup>

Aus offensichtlichen rechtspolitischen Gründen ist damit das Prinzip festgelegt worden, dem zufolge der Schädiger dem Geschädigten sofort den Schadenersatz schuldet und seit Eintritt des Schadens fahrlässig verspätet zahlt (*mora ex re, mora quae inest*).

Es ist unverständlich, wie der Geltungsbereich von Ausgleichzinsen der herrschenden Meinung zufolge von einer feststehenden und nicht eintreibbaren Forderung wie der nach Art. 1499 ZGB auf die Schadenersatzforderung und damit auf eine im Gegenteil nicht feststehende und eintreibbare Forderung ausgeweitet werden kann.

Bei einer Geldwertforderung fallen wiederum keine Zinsen an, sei es weil es bei dieser, wie schon gesagt, keinen Verzug gibt, sei es weil Zinsen und Geldwertforderung nicht gleichartig sind. Geldzinsen fallen zusätzlich, proportional und regelmäßig bei

(142) Für die Klassifikation als Verzugszinsen sprechen sich aus: MESSA, *a. O.*, S. 246; ASCARELLI, *a. O.*, S. 340 ff.; DE CUPIS, *a. O.*, S. 487; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, S. 163.

(143) Der Text in Art. 1282 ZGB zeigt nicht mehr die Tendenz, Vergütungszinsen auf nicht feststehende Forderungen auszudehnen, die in Art. 17 des vorläufigen Entwurfs enthalten war.

(144) In diesem Zusammenhang entscheidend ist der Bezug auf den "Preis" nach Art. 1499 ZGB.

(145) Dies ist die gegenteilige Lösung gegenüber dem Prinzip *in illiquidis non fit mora*, das auf VENULEIUS zurückgeht, dem zufolge *improbis non potest videri qui ignorat quantum solvere debeat*.

einer Geldforderung an und setzen diese zwingend voraus.<sup>(146)</sup>

Aus dem Verzug bei der Schadenersatzleistung in Geldform ergibt sich für den Schädiger auch die Verpflichtung, den höheren Schaden aufgrund von Verzug nach Art. 1224 II ZGB zu ersetzen, wie dies bei jeder Geldschuld der Fall ist. Dies geschieht, da dieser Schaden normalerweise fahrlässig ist, nach Art. 1225 ZGB innerhalb der Grenzen, in der dieser vorhersehbar ist.

Was bei Geldschulden unter diesem weiteren Schaden durch Verzug zu verstehen ist, wurde mittlerweile in umfangreicher Fachliteratur und Rechtsprechung behandelt.<sup>(147)</sup>

Gleichwohl ist es aus den Gründen, die im Zusammenhang mit den Geldwertforderungen ausgeführt wurden, auszuschließen, dass dieser Schaden im Kaufkraftverlust des Geldes besteht. Der Verfasser hat sich mit diesem Thema ausführlich in verschiedenen Beiträgen befasst, auf die für eine ausführliche Erklärung verwiesen wird, insbesondere in dieser Zeitschrift (1981, II, S. 332 ff.). Dieser höhere Schaden ist aus meiner Sicht die eventuell größere Differenz zwischen gesetzlichem Zins und marktüblichem Zins.

Diese Differenz wiederzuerlangen, entspricht unter diesem Gesichtspunkt einem Schadenersatzanspruch des Geschädigten für die Verspätung, die er auf andere Weise nur in den sehr viel unsichereren Grenzen beanspruchen könnte, innerhalb derer er eine Bereicherung des Schädigers nach Art. 1207 Zivilkodex nachweisen kann. Diese Lösung stellt daher einen besseren Schutz für den Geschädigten dar und entspricht dem *quod plerumque accidit*.<sup>(148)</sup>

Der gesamte Verzugsschaden ist daher der entgangene Gewinn, der vermutlich aus einer normalen finanziellen Einlage hervorgegangen wäre, oder die Kosten für eine Vertretung des Geldes, also für ein Darlehen. Dieser besteht also aus der Vergütung für Spareinlagen (Bankzinsen, Dividenden von Staatsanleihen usw.) oder, sofern man die Notwendigkeit einer Darlehensaufnahme nachweisen kann, aus den entsprechenden Zinsen.

(146) In diesem Sinne G.C. MESSA, *a. O.*, S. 435.

(147) Zu dieser Frage unter vielen R. NICOLÒ, *a.a.O.*; GRECO, *a. O.*, S. 103 ff.; A. TORRENTE, in *Foro it.*, 1949, I, Sp. 405; A. DE CUPIS, *a. O.*, S. 434; zuletzt R. PARDOLESI, in *Foro it.*, 1986, I, Sp. 1265 ff.; A. AMATUCCI, in *Foro it.*, 1986, I, Sp. 1273; G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1986, I, Sp. 1540.

(148) Der Bezug auf den Marktzins war bereits im römischen Recht Justinians bekannt, wo der Richter die Aufgabe hatte, den Zinssatz entsprechend dem *mos regionis* festzulegen, s. CERVENCA, *a. O.*, S. 297, Nr. 8, S. 300.

Es muss an dieser Stelle außerdem hinzugefügt werden, dass der Marktzins bekanntermaßen von den Inflationserwartungen und von den Bedingungen bei der Kreditnachfrage beeinflusst wird. Er ist damit vorhersehbar und nicht vernünftigerweise vermeidbar.

Zur Zeit haben wir Zinsen, die deutlich über der Inflationsrate liegen (so genannte positive Realzinsen), während wir bis vor einiger Zeit aufgrund der zu großen Geldmenge Zinsen hatten, die unterhalb der Inflationsrate lagen (so genannte negative Realzinsen). Heutzutage ergibt sich, wenn man zu den gesetzlichen Zinsen die Differenz gegenüber der höheren Inflationsrate addiert, ein Ergebnis unterhalb des *quod plerumque accidit*, während dieses früher höher lag.

Es lässt sich leicht vorhersehen, dass der Bezug auf die Inflationsrate aufgrund der rasch zurückgehenden Inflation immer weiter zugunsten des Bezugs auf den Marktzins zurückgehen wird, der auch dem Geldpreis im Lauf der Zeit entspricht. Und damit deckt dieser den geringeren Wert der nicht sofort verfügbaren Liquidität gegenüber der sofort verfügbaren ab (die so genannte *utilitas temporis*), worin der vernünftigste Bezugsparameter zu sehen ist.

Diese Sichtweise haben sich die Vereinten Kammern unseres Obersten Gerichtshofs vor Kurzem im Wesentlichen zueigen gemacht, dies mit Urteil vom 5. April 1986, auf das hiermit verwiesen wird.

Für den Fall, dass der Geschädigte seinen Wohnsitz im Ausland hat und nachweislich einen Wechselkursschaden nachweisen kann, hat er neben dem normalen Ertrag Anspruch auf die entsprechende Differenz aus der Währung, in die er den Betrag gewechselt hätte.

18. – Die Schlussfolgerung aus dieser ganzen Diskussion ist letztlich folgende: Ein korrekter Schadenersatz ergibt sich aus der Summe des Kapitals, welches das Äquivalent für das verletzte, aufgrund des Wertes zum Schadenszeitpunkt berechnete Interesse darstellt, und dem normalen späteren Geldertrag nach Art. 1224 ZGB, wie er sich bei einer nicht risikobehafteten Finanzinvestition während des gesamten Zeitraums des Verzugs bei der Erfüllung der entsprechenden Geldschuld ergeben hätte.

Auf diese Weise wird der Schuldner von einer verspäteten Zahlung abgehalten und der Gläubiger in die Situation versetzt, in der er sich befunden hätte, wenn er den Schadenersatz zum Schadenszeitpunkt erhalten und normal ohne Risiko angelegt hätte.

***Dieser Beitrag ist zitiert bei:***

F. PARRELLA, *Inadempimento del debito di valuta: analisi ragionata dell'evoluzione della giurisprudenza tra indirizzo teorico ed esigenze concrete*, in *Riv. dir. comm.le*, 1988, S. 69, Anm. 12; M. MAJENZA, *Quantificazione dei danni patrimoniali e teoria della differenza*, *Il Corriere giuridico* 1989, S. 1202; V. DE LORENZI, *Obbligazione, Parte generale, sintesi di infonazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, S. 262; R. PARDOLESI, *Crediti previdenziali, tutela differenziata e punitive damage*, in *Foro it.*, 1991, I, S. 1325; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, S. 658, 661; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1990, S. 121, 219, 221, 257, 260, 266, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 281, 283, 288, 302, 313, 318; M.C. DAL BOSCO, *Della compensazione giudiziale, ovvero di un'apparenza normativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, S. 754, Anm. 12.

***Weitere Schriften des Verfassers zum selben Thema:***

– *“Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno”*, in *Rivista di Diritto Civile* 1991.

– *“Intorno al concetto di perpetuatio obligationis e al tempo di riferimento del risarcimento del danno da inadempienza contrattuale”*, in *Rivista Diritto Civile* 1992, II, 385 und in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 293.

– *“Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quella di risarcimento del danno conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempienza”*, in *Foro Padano* 1992, I, S. 53ff., und in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 309.