

# Schadenersatz aufgrund einer unrechtmäßigen Handlung bzw. Nichterfüllung und Schadenersatz aufgrund verspäteter Schadenersatzleistung

7. – In der hier zu besprechenden Entscheidung wird die Argumentation ausgehend vom Fall einer widerrechtlich enteigneten Sache auf den Schadenersatz im Allgemeinen ausgedehnt.

In diesem Zusammenhang wird in der Entscheidung ein Leitsatz von größter Bedeutung formuliert, wenn gesagt wird, dass wir es beim Schadensausgleich nicht mit einem einzigen Schaden, sondern mit zwei unterschiedlichen, vollkommen voneinander getrennten Schäden zu tun haben, die auch unterschiedliche Schadenersatzleistungen erfordern.

Der erste Schaden ist der, welcher sich aus einer unrechtmäßigen Handlung oder aus Nichterfüllung ergibt, der zweite der aufgrund verspäteter Schadenersatzleistung.

In diesem Zusammenhang stellt der Oberste Gerichtshof richtig "die volle Eigenständigkeit der Verspätung gegenüber der Nichterfüllung sowohl in begrifflicher Hinsicht als auch, was die unterschiedliche positive Regelung angeht," fest.

Im Fall einer widerrechtlich enteigneten Sache sieht der Gerichtshof den Grundschaten "im wirtschaftlichen Wert der verlorenen

Aus "Giurisprudenza italiana", 1991, I, 1, S. 1227 u. ff. u. aus "L'Espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

*Dieser Beitrag ist eine Anmerkung zu folgendem Leitsatz:*

Kassationshof, 1. Sen., 20.6.1990, Nr. 6209, Vors. Granata, Berichterstatter Carbone, Staatsanwalt Amirante (Anträge teilweise abweichend); ANAS c/ Scopelliti: *"Der Schaden aufgrund einer Nichterfüllung ist mit Bezug auf den Zeitpunkt seines Eintritts auszugleichen, nicht mit Bezug auf den des Schadensausgleichs. Der Schaden durch verspätete Schadenersatzleistung besteht im Verlust der utilitas, die der Gläubiger aus der anstelle der Sache geschuldeten Geldsumme gezogen hätte, wenn er diese erhalten hätte und ist nach Billigkeit mit gesetzlichen Zinsen zu ersetzen, im Fall eines Kaufkraftverlustes der Währung mit der entsprechenden Aufwertung. Die Zinsen sind nicht mit Bezug auf das Ende der taxatio zu berechnen, sondern auf die verschiedenen, im Laufe der Zeit regelmäßig aufeinanderfolgenden Kaufkraftveränderungen."*

Sache," der "mit Bezug auf den Zeitpunkt des erlittenen Verlustes" zu berechnen ist.

Die Folge der Verspätung wird hingegen richtig definiert als "der wirtschaftliche Nachteil für den Gläubiger aufgrund des entgangenen Nießbrauchs des Geldäquivalents für die beschädigte Sache."

Dies bedeutet im Allgemeinen, dass der Schaden aufgrund einer rechtswidrigen Handlung oder Nichterfüllung mit Bezug auf den Zeitpunkt seines Eintritts und nicht den der Entscheidung berechnet wird (*rei iudicandae tempus*).

Der Schaden durch verspätete Schadenersatzleistung besteht, um mit dem Obersten Gericht zu sprechen, "im Verlust der *utilitas*, die der Gläubiger aus der anstelle der Sache geschuldeten Geldsumme gezogen hätte" und gilt für die gesamte Dauer der Verspätung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Schadenersatz konkret geleistet wird.

Diese Auffassungen finden sich bereits in einer Entscheidung des Gerichts Rom, 22. Februar 1988, in *Foro it.*, 1989, I, S. 255 mit Anm. und Verweisen in *Foro it.*, 1989, I, S. 1988.

Es handelt sich um Vorstellungen, die auch von mir geteilt und bereits seit 1981<sup>(1)</sup> vertreten wurden. Ich habe diese auch in späteren Schriften genauer dargestellt und unterstrichen.<sup>(2)</sup>

Die Unterscheidung zwischen zwei unterschiedlichen Schadensarten (Bei Schaden durch Verspätung ist Fahrlässigkeit anzunehmen; im Gegensatz dazu kann ein Schaden aufgrund von Nichterfüllung oder unerlaubter Handlung vorsätzlich oder fahrlässig sein) ist nicht das einzige Verdienst dieser Entscheidung.

Das Oberste Gericht hat außerdem auf die Notwendigkeit hingewiesen, genauer auf die in der Dogmatik überlieferten Lehrsätze einzugehen, die bei der zivilrechtlichen Haftung vorherrschend sind, außerdem auf das Problem der Rechtfertigung für die so genannte Geldwertschuld in unserer Rechtsordnung.

In diesem Zusammenhang gewinnt der Teil der Begründung an Bedeutung, in dem das Gericht schreibt: "Niemand möchte bestreiten, dass die Vorstellung von der Geldwertschuld tief in Erfahrung und Fallentscheidungen verwurzelt ist und sich, auch wenn sie als Begriff angreifbar ist, weiterhin

(1) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, S. 2112 ff.

(2) G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, S. 31 ff.; Id., *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, in *Quadrimestre*, 1986, S. 681; Id., *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, in *Resp. civ. eprev.*, 1987, S. 3 ff.; in *Foro it.*, 1986, I, S. 1540 ff. und *a.O.*, 1988, I, S. 2318 ff.

in der tatsächlichen Rechtsprechung weit verbreitet ist.“

Wer dieser Vorstellung (wie ich dies tue) nicht erst seit heute und nicht nur als Begriff kritisch gegenübersteht, wird es nicht für einen Zufall halten, dass das Oberste Gericht dieses Konzept nicht in dogmatischem Sinne verteidigt.

Ich bin immer mehr davon überzeugt, dass eine Schuld nicht denkbar ist, die einen abstrakten Wert oder eine abstrakte Währung zum Gegenstand hat, welche als Maßstab für das im Umlauf befindliche gesetzliche Zahlungsmittel gelten kann, denn aufgrund des Nominalprinzips sind *mensura und mensuratum* ein und dasselbe.

Ebenso scheint es mir das Gegenteil unseres Systems zu sein, wenn der Schuldner, der nicht in Verzug ist, dem Gläubiger die aufgewertete Geldsumme erstatten muss. Dies ist außerdem dann unvorstellbar, wenn der Gläubiger selbst in Verzug ist, weil er das dingliche Angebot einer Geldsumme abgelehnt hat, die sich später als angemessen erweist.

Die nicht feststehende Schuld ist meiner festen Überzeugung nach eine Geldschuld, für die das entsprechende Recht maßgeblich ist.

Die einzige im Lauf der Zeit bei den als Geld ausgedrückten Werten denkbare Aufzinsung ist die Berechnung des einfachen bei der Geldsumme entgangenen Gewinns im betrachteten Zeitraum (*quod interest* entsprechend dem *quod plerumque accidit*).

Die Anwendung von theoretischen Konstrukten wie etwa der Geldwertschuld ist als unvermeidliches Mittel bei Billigkeitsentscheidungen innerhalb der Systeme und in den Zeiten gerechtfertigt, die sich durch Hyperinflation auszeichnen (und bei denen der normale Ertrag des Geldes während der Verspätung stark erhöht ist). Und doch war dort kein anderer gesetzlicher Schadenersatz vorgesehen als der inadäquate Zinssatz von 5%.

Dies war der eindrückliche Fall im Deutschland der Zwanziger Jahre und vieler anderer von der Hyperinflation betroffener Länder.<sup>(3)</sup>

Für ein derartiges Erfordernis gibt es keinen Grund, nachdem in mehr als ein Rechtssystem Vorschriften zum "Ersatz des weiteren Schadens bei Verzug" aufgenommen worden sind, so dass

(3) G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, S. 130 ff.; C.L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca*, 1914-23, Bari, 1989, S. 301.

der Geldentwertungsschaden auf Grundlage des normalen Gesamtertrags des Geldes berechnet wird (Art. 1224 II ZGB, Art. 106 Schweizer Obligationenrecht, Art. 1153 französisches ZGB usw.).

Die hier besprochene Entscheidung gibt die Geldwertmethode (ohne dies allerdings zu bemerken) außerdem bei der Umsetzung auf, wo sie sich aus Gründen der Billigkeit zu dem Zugeständnis gezwungen sieht, die Aufwertung des Schadens in der Zeit nach dem Schadensereignis nach und nach zu berechnen und nicht in einem einzigen Schritt vom Schadenseintritt bis zu dessen Ausgleich, und sei dies auch nur zur Berechnung der gesetzlichen Zinsen.

Dies ist (wie hier dargestellt werden soll) so, als ob die Schadenersatzpflicht eine verzinsliche Geldschuld wäre und keine Geldwertschuld, und doch ist diese Lösung inakzeptabel, weil sie erstens durch keine Rechtsvorschrift begründbar ist und zweitens zu höheren Ergebnissen führt als selbst die Summe von Aufwertung und Zinsen.

Um zum Thema der Geldzinsen überzugehen, ist zu bemerken, dass das Oberste Gericht hier einen Schritt hinter die frühere Entscheidung Nr. 3352 von 1989 zurückgeht,<sup>(4)</sup> wenn es die Zinsen wieder als Ausgleichs- und nicht als Verzugszinsen bezeichnet.

Das Gericht erkennt außerdem an, dass diese Zinsen durch "keinerlei Rechtsvorschrift" gerechtfertigt sind und lediglich auf Billigkeit beruhen.

Dieser Hinweis auf die Billigkeit ist auf der einen Seite zu allgemein, auf der anderen steht er im Gegensatz zur gegenteiligen Entscheidung der Vereinigten Senate Nr. 5299 von 1989<sup>(5)</sup>. Diese schließen im Fall der Geldwertforderungen eine Summierung von Wertberichtigung und Zinsen aus, und dies selbst im Fall eines Rentners. Die Ungleichbehandlung und der anzunehmende verfassungswidrige Charakter einer derartigen Unterscheidung höhlen den Hinweis auf die Billigkeit von vornherein aus.

Angesichts der Bedeutung der behandelten Themen ist eine längere Diskussion erforderlich.

2. – Beginnen wir mit dem Teil der Entscheidung, in dem nach der richtigen Unterscheidung zwischen zwei Schadensarten, festgelegt wird, ein Schaden aufgrund unerlaubter Handlung oder Nichterfüllung müsse entsprechend dem Wert zum Zeitpunkt des Schadensereignisses berechnet werden.

4. Kassationsg. Zivilsen., 18. Juli 1989, Nr. 3352, in *Foro it.*, 1990, I, S. 933.

5. Kassationsg. Ver. Zivilsen. 1. Dezember 1989, Nr. 5299, in *Foro it.*, 1990, I, S. 427.

Die Entscheidung des Obersten Gerichts ist in dieser Hinsicht eindeutig und endgültig.

Mit Bezug auf einen Sachverhalt, der sich für eine Begleichung auf Grundlage der *rei aestimatio* eignet, wird mehrfach gesagt, dass "dem Geschädigten der wirtschaftliche Wert zusteht, den die Sache zum Zeitpunkt ihres Untergangs hatte."

Unzweideutig wird auch bestimmt, dass der wirtschaftliche Verlust "nicht mit Bezug auf den zum Zeitpunkt der Bezahlung üblichen Wert ersetzt wird, sondern mit Bezug auf den Wert zum Zeitpunkt des Schadensereignisses."

Dadurch wird der Bezug auf das *tempus rei iudicandae* ein für alle Male abgelehnt.

Diese Vorstellungen wurden von mir in "Il tempo di riferimento nella stima del danno" [Die Bezugszeit bei der Schadensberechnung] und anderen Schriften vorweggenommen, auf deren Überlegungen das vorliegende Urteil ausführlich verweist.

Es erscheint außerdem widersinnig, eine fortgesetzte Investition der Sache in natura anzunehmen, um deshalb einen Schadenersatz auf Grundlage der zum Urteilszeitpunkt üblichen Preise zu fordern, und diesen gleichzeitig als feststehende Summe anzunehmen, um zwischenzeitlich gesetzliche Zinsen für die verspätete Schadenersatzleistung zu rechtfertigen.<sup>(6)</sup>

Vor Kurzem ist von Luminoso in der Rechtslehre (insbesondere bei Vertragsaufhebung) erneut eine Festlegung der Schadensberechnung auf den Urteilszeitpunkt vorgeschlagen worden, wenn auch nur "tendenziell."

Zur Lösung, die jetzt vom Obersten Gericht angenommen worden ist, hat man bemerkt, diese habe sich in der Rechtslehre nicht durchsetzen können und sie sei wenig differenziert, weil sie nur eine und nicht mehrere Lösungen vorsehe.<sup>(7)</sup>

Als ob es nicht besser wäre, im Gegenteil zu einer konsequent anwendbaren Lösung zu gelangen, die auf dem Prinzip der Widerspruchsfreiheit beruht. Luminoso leitet aus Art. 2058 ZGB die Regel ab, dass der Geschädigte ein Recht auf das zum letzten Zeitpunkt berechnete Äquivalent habe, denn diesem stehe bis zu diesem Zeitpunkt ein Recht auf die spezielle Wiederherstellung zu.

(6) G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.*, 1990, I, S. 2220 ff.

A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, in *Resp. civ. eprev.*, 1989, S. 1072, 1075, Anm. 21, 1078..

Insbesondere müsse der vertragliche Schaden mit Bezug auf die Entscheidung berechnet werden, weil es sich in der Mehrzahl der Fälle um Sachen handle, die bis zu diesem Zeitpunkt (so solle man annehmen können) zum Vermögen des Geschädigten gehört hätten.

Eine Ausnahme gebe es nur bei ausgebliebener Geldzahlung oder Lieferung von Gütern für den sofortigen Verbrauch, bei denen der Schaden mit Bezug auf den Zeitpunkt des Schadensereignisses berechnet werden müsse.<sup>(8)</sup>

Dass diese Argumentation nicht akzeptiert werden kann, habe ich an anderer Stelle dargelegt.

Hier ist lediglich darauf hinzuweisen, dass nicht nur willkürlich angenommen wird, die Sachen wären bis zum Entscheidungszeitpunkt im Besitz des Geschädigten verblieben, sondern sogar deren Ersatz zum Neuwert verlangt wird, ohne Lagerungskosten und ohne Finanzierungskosten zu berücksichtigen, was alles im Gegensatz zur *perpetuatio obligationis*<sup>(9)</sup> steht und in keiner Weise dem *quod plerumque accidit* entspricht.

Es ist an dieser Stelle zu bemerken, dass die oben betrachtete Regel nicht aus Art. 2058 ZGB ableitbar ist, denn dort ist lediglich das Recht auf Schadenersatz "durch Wiedereinsetzung in die spezifische Situation" in den Fällen vorgesehen, in denen dies "möglich" ist und "gegenüber dem Schadenersatz durch Äquivalent keine übermäßige Härte" darstellt.<sup>(10)</sup> Es handelt sich dabei um eine völlig andere Aussage als die, es stehe dem Gläubiger ein Recht auf die "spezielle Wiederherstellung" bis zur Entscheidung zu, und zwar auch nach dem Antrag auf Vertragsaufhebung bzw. der Aufhebung *ipso iure*, was zu Art. 1453 III ZGB im Gegensatz steht.

Der zitierte Autor hat sogar vorgeschlagen, dass eine Schadensberechnung aufgrund von Vertragsaufhebung mit Bezug auf einen Zeitpunkt vor dem des Urteils eine "übermäßige Härte für den Geschädigten" darstelle, denn durch die Aufhebung werde die Nichterfüllung nicht rückgängig gemacht. Weiter wird gesagt, dass dieser trotz seiner Aufhebung "seine Bedeutung sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft beibehält."<sup>(11)</sup>

Diese Vorstellungen sind völlig inakzeptabel.

(8) A. LUMINOSO, *a. O.*, S. 1075 ff.

(9) G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, zit., in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, S. 44 ff.

(10) TRABUCCHICIAN, *Commentario breve al codice civile*, zu Art. 2058 ZGB, S. 1435.

(11) A. LUMINOSO, *a. O.*, S. 1085.

## E

Es ist nicht gesagt, dass die Erfüllung immer und zu jedem Zeitpunkt dem Interesse des Gläubigers entspricht, ebenso die Verpflichtung zu einer Gegenleistung über eine angemessene Zeit hinaus. Der Gläubiger könnte es für den Fall, dass die Erfüllung zu lange auf sich warten lässt und damit entsprechende subjektive und objektive Unsicherheiten verursacht, trotz des abstrakten wirtschaftlichen Vorteils der Erfüllungsleistung vorziehen, sich von seiner Verpflichtung zu befreien, die des anderen ablehnen und Schadenersatz fordern.

Die Rechtsordnung stellt es dem Gläubiger letztlich frei, nach seinem Gutdünken für seine Interessen zu sorgen. Was kann die Rechtsordnung angesichts der Nichterfüllung von Seiten des Schuldners anderes tun, als dem Gläubiger das Mittel in die Hand zu geben, seine Gegenleistung auszusetzen (*exceptio inadimpleti non est adimplendum*) und diesem die Möglichkeit zu geben, sich von seinen Verpflichtungen zu befreien und Schadenersatz zu verlangen, anstatt mit entsprechenden Belastungen und Risiken auf die Erfüllungsleistung zu warten?

Die Schlussfolgerung, als Bezugszeit für die Schadensberechnung die des Schadensereignisses zu nehmen, ist daher die einzig akzeptable und entspricht den Vorschriften von Art. 1223 ZGB über den Schadenersatz für direkte und unmittelbare Folgen, von Art. 1225 ZGB über die Vorhersehbarkeit und Höhe des Schadens und von Art. 1227 II ZGB über die Vermeidbarkeit des Schadens.<sup>(12)</sup>

Dieses Kriterium ist auch das einzig denkbare angesichts der Vorstellung vom Vermögensschaden nach der *Differenztheorie*, wenn man bedenkt, dass der Schaden auch im entgangenen Nießbrauch der Sache bestehen kann und nicht unbedingt im Verlust oder entgangenen Gewinn aufgrund ihres Tauschwertes.

3. – Gehen wir nun zum anderen Teil der Entscheidung über, in dem nach der korrekten Unterscheidung zwischen Schaden aufgrund unrechtmäßigen Handelns bzw. Nichterfüllung (der mit Bezug auf den Zeitpunkt seines Eintritts zu berechnen ist) einerseits und dem späteren Schaden durch Verspätung andererseits nun bei ersterem eine Wertberichtigung vorgenommen wird, um diesen "dem Wert zum Urteilszeitpunkt anzupassen."

(12) G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma c.c., e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, in *Foro it.*, 1984, S. 2820; ders., *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposa contrattuale*, in *Foro it.*, 1990 I, S. 1946 ff.

Und zu diesem kommen laut Entscheidung als Schadenersatz für die Verpätung noch die gesetzlichen Zinsen hinzu.

Diese Schlussfolgerung ist in sich widersprüchlich und unangemessen. In der Vergangenheit wurde sie mit dem besonderen Charakter der Geldwertforderungen (zu denen der Schaden gehören soll) gegenüber dem der Geldsummenforderungen gerechtfertigt.

Die Berechtigung dieser Kategorisierung ist auf Begriffsebene von mir angezweifelt worden, und das Oberste Gericht, das sich davon informiert zeigt, verteidigt diese nicht nur offen, sondern berücksichtigt offenbar auch die Kritik, wenn es sagt: "Niemand möchte bestreiten, dass die Vorstellung von der Geldwertschuld tief in Erfahrung und Fallentscheidungen verwurzelt ist."

Diese Vorstellung hat ihren Ursprung allerdings in der Hyperinflation im Deutschland der frühen Zwanziger Jahre, als man versuchte, der Unangemessenheit der gesetzlichen Zinsen angesichts der Flucht aus der Mark zu entgehen, indem man den Wert anderer als Geldleistungen mit der "Wahrung der Geschäftsgrundlage", der "Grundvoraussetzung" oder des "guten Glaubens" rechtfertigte und letztendlich zu dem Schluss kam, dass sich der Schadenersatz dem "Nominalwertprinzip entziehe."<sup>(13)</sup>

Gleichwohl ist es eine Tatsache, dass die extreme Brüchigkeit dieser Unterscheidung und des Versuchs, diese theoretisch zu untermauern, sich bald in der Tendenz zeigte, die Aufwertung auf die Geldschulden (Hypotheken) auszudehnen<sup>(14)</sup> und dass diese in der darauffolgenden Zeit wirtschaftlicher Konsolidierung überwunden wurde.

Auch heutzutage wird in einem Land mit Hyperinflation wie Brasilien eine Indexkopplung sowohl bei der Geldleistung als auch bei nicht geldlicher Gegenleistung vorgenommen, ohne also zwischen den beiden einen Unterschied zu machen.<sup>(15)</sup>

Bei genauem Hinsehen entpuppt sich die von ihrem wichtigsten Anhänger und von anderen für den Begriff der "Geldwertschuld" gelieferte Erklärung als eine Reihe von apodiktischen Fällen der *Petitio principii* (Inanspruchnahme des Beweisgrunds).

---

(13) Für Literaturhinweise zur theoretischen Rechtfertigung in der deutschen Rechtslehre der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg (jeweils Oertmann, Rabel, Kruckmann, Nipperdey, Geiler, Walsmann u.a.) s. G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, S. 147 ff. In der Rechtsprechung: Reichsgerichtshof 21. September 1920, in C.L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca, 1914-1923*, Bari, S. 301 ff.

(14) Reichsgerichtshof, 28. November 1923, in C.L. HOLTFRERICH, *a.O.* S. 318.

(15) Dort ist der gesamte Güter- und Kapitalverkehr an den Index der Staatsanleihen gekoppelt.

Der Begriff Geldwertschuld scheint außerdem nicht positiv definiert zu sein, sondern lediglich durch "rein negative" Kriterien wie etwa, dass es sich um eine Schuld handelt, die "nicht dem Nominalwert des Geldes unterworfen"<sup>(16)</sup> oder "in ihrer Höhe nicht vorher bestimmt und damit nicht feststehend"<sup>(17)</sup> ist, dass "diese insbesondere bei einer Zunahme der Kaufkraft der Währung sichtbar wird und nicht bei einer Abnahme,"<sup>(18)</sup> und schließlich, dass es sich um eine Schuld in "abstrakter Höhe" bzw. "die Kaufkraft des Geldes" handelt.<sup>(19)</sup>

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die nicht geldliche Gegenleistung, sofern deren Wert in einer ausländischen Währung festgelegt ist (was heute Gegenstand von Liberalisierungsbestrebungen ist), im Allgemeinen nicht als Geldwertschuld angesehen wird, obschon sie als solche offensichtlichen Geldcharakter hat. Ebenso ist es nicht zu rechtfertigen, wenn die Wertberichtigung aufgrund von Hyperinflation auf jede Art von Wertschwankung aufgrund von Inflation ausgedehnt wird. Dies bedeutet die Ausdehnung von der Flucht aus dem Geld auf ihr Gegenteil, also auf die Tendenz, Vermögen in Geldform aufzubewahren, auch wenn dessen Kaufkraft sinkt, wie dies in nicht allzu fernen Zeiten vorgekommen ist (Stagflation, Slumpflation).<sup>(20)</sup>

Das Gebiet, wo der Begriff der Geldwertschuld seine absolute Inadäquatheit zeigt, ist der Schadenersatz bei einem Schaden aufgrund unerlaubter Handlung oder Nichterfüllung, die eine Geldsumme zum Gegenstand hat.

Die Verpflichtung zur Geldrestitution bei Vertragsaufhebung gilt allgemeine als eine "Geldsummenschuld", wenn sie die nicht verschuldende Partei betrifft, als "Geldwertschuld" dagegen, wenn sie die nichterfüllende Partei betrifft.<sup>(21)</sup>

Als Geldsummenschulden gelten Schulden infolge von

---

(16) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, Bologna, 1963, S. 443, 448.

(17) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 472.

(18) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 445.

(19) T. ASCARELLI, *a. O.*, S. 457 ff.

(20) Unter vielen DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padova, 1977, S. 17, 26 ff., 45 ff., 253 ff., u.a. G. VALCAVI. *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, in *Foro it.* 1980, I, S. 118 ff.; ders., *La stima del danno sul tempo con riguardo alla inflazione. alla variazione dei prezzi e all'interesse di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, S. 332 ff.

(21) Kassationsg. Zivilsen., 12. Juni 1987, Nr. 5143; ders., 26. Februar 1986, Nr. 1203, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, S. 264, 265.

Nichtigkeit, Anfechtung, Rückgängigmachung oder Reduzierung des Preises.<sup>(22)</sup> Ebenso ist bekannt, dass die Schuld des Versicherers gegenüber dem Versicherten als Geldwertschuld<sup>(23)</sup> gilt und nicht als Geldsummenschuld, während die Schuld aufgrund von zivilrechtlicher Haftung im Gegensatz dazu als Geldsummenschuld gilt<sup>(24)</sup>.

Die Forderung des Versicherers gegenüber dem Schädiger gilt als Geldwertschuld,<sup>(25)</sup> die gegenüber dem Versicherten an Dritte geleistete Zahlungen soll dagegen eine Geldsummenschuld<sup>(26)</sup> sein usw.

Der Grund für diese unterschiedliche dogmatische Klassifikation und für die abweichende Behandlung in diesem Fall ist nicht einzusehen. Ebenso erscheint eine Bezeichnung des Schadens als Geldwertschuld mit der auch in dieser Entscheidung genannten Begründung, man müsse hier zwischen *mensura* und *mensuratum*<sup>(27)</sup> unterscheiden, wenig überzeugend. Es müsste vielmehr erst nachgewiesen werden, dass diese Voraussetzung begründet ist, denn bei einem auf dem Nominalwertprinzip beruhenden System sind *mensura* und *mensuratum* ein und dasselbe.

Von einem bestimmten Standpunkt aus gesehen, ist die Unterscheidung zwischen *aestimatio* und *taxatio* inakzeptabel, denn die erste bezieht sich auf den Schaden und die zweite eher auf den Schadenersatz, also auf zwei unterschiedliche Phänomene.

Die verschiedenen in der Rechtslehre angeführten Tatbestände rechtfertigen offenbar nicht die Konstruktion einer einzigen dogmatischen Kategorie der Geldwertschuld, denn in unserer Rechtsordnung ist die Wertberichtigung bei Geld für keinen dieser Fälle vorgesehen. Vielmehr wird in der Rechtsordnung ein Zeitpunkt für die Schadensberechnung festgelegt.<sup>(28)</sup>

(22) Kassationsg. Zivilsen. , 12. November 1986, Nr. 6636, in *Giur. it.*, 1987, I, S. 1, 1852 ff.; dass., 6 Februar 1989, Nr. 724, *a.O.*, 1989, I, S. 1, 1723.

(23) Kassationsg. Zivilsen. , 4. Juni 1987, Nr. 4883, in *Foro it.*, 1988, I, S. 503.

(24) Kassationsg., Ver. Zivilsen., 29. Juli 1983, Nr. 5218, 5229, 5220, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, S. 264, 265; Kassationsg. Zivilsen. , 5. Juli 1985, Nr. 4064, in *Foro it.*, 1985, I, S. 2588.

(25) Kassationsg., Ver. Zivilsen., 13. März 1987, Nr. 2639, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, S. 264, 265.

(26) Kassationsg. Ver. Zivilsen., 13. März 1987, Nr. 2639, in *Foro it.*, 1987, I, S. 3262; *Kassationsg. Zivilsen.*, 22. Februar 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, S. 1, 1440 und *ebenda*, 1989, I, S. 1, 526.

(27) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, zit., S. 450 ff., 468 ff.

(28) So etwa der Zeitpunkt der Eröffnung der Erbfolge beim Tatbestand nach Art. 747 ZGB, der heutige Tag nach Art. 948 ZGB, die Zeit der Aufwendung für Verbesserung nach Art. 936 ZGB, der Zeitpunkt der Rückgabe des toten Inventars beim Tatbestand nach Art. 1640, des lebenden Inventars nach Art. 1641, sowie bei Art. 2163 ZGB der Zeitpunkt des Beginns der Viehpacht bzw. der Aufteilung nach Art. 1281 ZGB usw.

4. – An dieser Stelle ist zu untersuchen, welche Gründe das Oberste Gericht – und sei es auch nur auf einer empirischen Fallebene – anführt, um die Wertberichtigung bei einem Schaden aufgrund von unrechtmäßigem Handeln und von Nichterfüllung zu rechtfertigen, während die gesetzlichen Zinsen bei einem Schaden aufgrund von Verspätung angewandt werden sollen. In der Entscheidung steht dazu: “Die Aufwertung dient dazu, die Vermögenssituation des Geschädigten wieder herzustellen und diesen in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre” und hat letztendlich “die technische Funktion, den Gegenstand der nicht erfüllten Leistung genau zu bestimmen”, oder besser gesagt “diesen auf den Stand zum Urteilszeitpunkt zu bringen.” Im Gegensatz dazu sieht das Gericht in den gesetzlichen Zinsen hingegen das Instrument, dem wirtschaftlichen Schaden aufgrund der Verspätung entgegenzuwirken, d.h. den “Verlust der *utilitas*, die der Gläubiger aus der ursprünglich geschuldeten Geldsumme gezogen hätte.”

Hinter diesen Sätzen verbirgt sich gleichwohl der Grundfehler, nicht zu bemerken, dass diese beiden Mittel letztlich dazu dienen, denselben Schaden zu ersetzen, der sich aus der Verspätung ergibt. Wenn der pünktliche Schadenersatz erst einmal auf den Zeitpunkt des Schadensereignisses festgelegt ist,<sup>(29)</sup> führen die spätere Aufwertung und die Zinsen im Wesentlichen zu einer Eliminierung des späteren wirtschaftlichen Schadens durch die Verspätung bei der Schadenersatzleistung. In diesem Zusammenhang muss diese Summierung als verfehlt erscheinen, weil die Aufwertung einer zeitversetzten Leistung im allgemeinen eben durch Geldzinsen erfolgt. Gerade dies wird insbesondere in der zitierten Entscheidung<sup>(30)</sup> anerkannt, wenn diese die Zinsen als Ausgleichszinsen bezeichnet, was wiederum nichts anderes heißen kann, als dass diesen die Funktion einer Aktualisierung des geschuldeten Äquivalents zugeschrieben wird.

Um dies zu begreifen, muss man auf das *quod interest* entsprechend dem *quod plerumque accidit* zurückgreifen, welches die Grundregel darstellt.

Man kann normalerweise nicht voraussetzen, dass ein Geschädigter die nicht gelieferte oder abgegebene Sache seinem Vermögen zugeführt bzw. aufbewahrt hätte,

(29) Diese Regel leitet sich aus der Einführung zu Art. 1219 II Satz 1 ZGB ab, der den alten, auf eine Venuleius-Stelle zurückgehenden Lehrsatz *in illiquidis non fit mora* umgekehrt hat.

(30) FISHER, *Opere*, Torino, 1974, S. 814, 833; WICKSELL, *Opere*, Torino, 1977, S. 377; in diesem Sinne, wenn auch nur ungefähr: KEYNES, *Opere*, Torino, 1975, S. 253; zum hier behandelten Thema G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, zit., in *Foro it.*, 1981, S. 2117.

um so deren Wertberichtigung zu rechtfertigen, und dass er andererseits auch die entsprechende Geldsumme zur Verfügung gehabt und während bzw. aufgrund der Verspätung auch Früchte aus deren Ertrag hätte ziehen können. Diese Summierung der Aufwertung der nicht gelieferten bzw. abgegebenen Sache und des Geldäquivalents, in der diese sich konkretisiert, ist weit von den normalen Ereignissen entfernt und steht im Gegensatz zur Unterscheidung zwischen den beiden unterschiedlichen Schäden, die vielmehr in einen Topf geworfen werden.

Von einem anderen Standpunkt aus gesehen, erscheint die Aufwertung auch deshalb nicht akzeptabel, weil sie der Forderung widerspricht, der Schaden müsse mit Bezug auf den Zeitpunkt des Schadensereignisses berechnet werden. Die vorgeschlagene Methode führt, wenn auch indirekt, dazu, dass der Schaden "mit Bezug auf den Urteilszeitpunkt" berechnet wird anstatt zum Zeitpunkt seines Eintretens, und sei dies auch nur dadurch, dass man das veränderte Preisniveau zugrunde legt, d.h. den derzeitigen Geldwert.

Dies bedeutet letztlich, dass der Schaden mit Bezug auf das *tempus rei iudicandae* bestimmt wird. Die Schadensschätzung zum Zeitpunkt des Schadensereignisses erhält damit letztlich eine reine historische Bedeutung, während die eigentliche Berechnung durch die Wertberichtigung zum Urteilszeitpunkt erfolgt. Bei dieser Sichtweise ist allerdings nicht mehr begreiflich, welche Bedeutung und welche Rolle die Zinsen dann noch haben sollen.

Andererseits erscheint der Rückgriff lediglich auf die Aufwertung nicht ausreichend, weil deren Höhe variabel ist und heutzutage deutlich unterhalb des normalen Geldertrages liegt, der das *quod interest* entsprechend dem *quod plerumque accidit* darstellt.<sup>(31)</sup> In einem anderen Sinne konnte und kann jedoch der Rückgriff auf die gesetzlichen Zinsen von 5% im Hinblick auf den normalen Ertrag des Geldes kein geeignetes Mittel für Schadenersatz bei Verspätung sein, das den Schaden aufgrund unrechtmäßiger Handlung oder Nichterfüllung auf den neuesten Stand brächte.

Um dieser offensichtlichen Inadäquatheit entgegenzuwirken wurde aber seinerzeit auf den in Art. 1224 II ZGB vorgesehenen weiteren Schaden verwiesen, wobei darunter jedoch der normale Ertrag des Geldes und unter Verspätung der Verzug verstanden wurde, wie ich noch darstellen werde.

---

31 Für eine entsprechende Gegenüberstellung G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante, come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Foro it.*, 1990, I, S. 2220.

## D

Durch die vor Kurzem ins Auge gefasste Änderung bei Art. 1284 ZGB, bei der der gesetzliche Zinssatz von 5% auf 10% erhöht werden soll,<sup>(32)</sup> werden die oben angeführten Kritikpunkte und die vorgeschlagene Lösung noch plausibler, es sei denn, man wollte dem Geschädigten durch die Summierung von Aufwertung und 10% Zinsen eher einen erhöhten Gewinn zukommen lassen denn einen einfachen Schadenersatz, ganz zu schweigen von der eventuellen Berechnung auf Grundlage des aufgewerteten Kapitals.

Inakzeptabel erscheint auch die anderslautende Begründung für die Aufwertung, die vom Obersten Gericht angeführt worden ist, nämlich dass diese durch die Billigkeit gerechtfertigt sei. Dabei handelt es sich um dieselbe Rechtfertigung, die seinerzeit von Ascarelli kritisiert worden ist<sup>(33)</sup> und in gewisser Hinsicht der durch guten Glauben gleichkommt, die einst von Nipperdey vorgeschlagen wurde.<sup>(34)</sup>

Der Rückgriff auf die Billigkeit erscheint nicht nur allzu allgemein, sondern steht auch im Gegensatz zur normalen Behandlung des gewöhnlichen Gläubigers einer Geldforderung, von dem sich derjenige nicht unterscheidet, der auf die Erfüllung einer nicht feststehenden Schuld wartet.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die kürzlich erfolgte Entscheidung unserer Vereinigten Zivilsenate,<sup>(35)</sup> die bei Geldschulden die oben beschriebene Summierung für ausgeschlossen erklärt haben, da es sich dabei um einen Gewinn und nicht um einen einfachen Schadenersatz handle.

Inakzeptabel ist, um die Argumentation abzuschließen, auch die weitere vom Obersten Gericht in dieser Entscheidung genannte Begründung, es handle sich um eine einfache und praktische Methode. Selbst wenn man nicht an die Folgen einer Erhöhung des gesetzlichen Zinssatzes auf 10% denkt, stellt sich das Vorgehen heutzutage als komplex und verworren dar, wie man aus dem Passus in der Entscheidung ersehen kann, der eine Zinsberechnung auf Grundlage des nach und nach aufgewerteten Kapitals (also eine mehrfache Berechnung in zeitlichen Abständen) vorschreibt.

Mit diesem Satz entzieht das Oberste Gericht der Forderung praktisch den Charakter einer Geldwertforderung und macht daraus eine indexgekoppelte Geldforderung, was durch den Ausschluss des Verzugs ebenfalls nicht gerechtfertigt erscheint.

An dieser Stelle ist an den Unterschied zwischen Geldwertforderung und

(32) Art. 1 der vor Kurzem gesetzlich verankerten Änderungen an der ZPO..

(33) ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, zit., S. 442.

(34) NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, 1920, S. 140 ff., sowie in *DIZ*, 1922, S. 659.

(35) Kassationsg. Ver. Zivilsen., Dezember 1989, Nr. 5299, in *Foro it.*, 1990, I, S. 427.

indexgekoppelter Forderung zu erinnern, der seinerzeit von Ascarelli unterstrichen worden ist,<sup>(36)</sup> der damit einer gegenteiligen Auffassung von Nussbaum widersprach.<sup>(37)</sup>

Eine Indexkopplung für den Schadenersatz kann gleichwohl nicht akzeptiert werden, weil eine solche in keiner Rechtsvorschrift und erst recht in keiner Geschäftsgrundlage vorgesehen ist.

Die Schlussfolgerung erscheint daher in diesem Sinne willkürlich.

5. – Gehen wir an dieser Stelle zur Diskussion des Schadenersatzes für den durch die Verspätung verursachten wirtschaftlichen Schaden über. Richtigerweise wird dieser als entgangene *utilitas* des Gläubigers angesehen, die dieser während der Verspätung aus dem Geldäquivalent hätte ziehen können, wenn ihm dieses rechtzeitig geleistet worden wäre. Dieser Satz (mit dem ich einverstanden bin) zeigt offensichtlich, dass die Funktion der Aufzinsung für Geldzinsen typisch ist und nicht für die Geldaufwertung, die dagegen pleonastisch wirkt.

Dagegen bin ich mit der besprochenen Entscheidung dort nicht einverstanden, wo der zu ersetzende Schaden auf eine einfache Verspätung bezogen wird und nicht auf den Verzug, so dass die Zinsen als Ausgleichs- und nicht als Verzugszinsen bezeichnet werden. Die Fälle, in denen man eine Verspätung annehmen kann, die keinen Verzug darstellt, sind völlig marginal,<sup>(38)</sup> und der Schaden ist nur dann zu ersetzen, wenn er durch eine fahrlässige und qualifizierte Verspätung verursacht wird, wie dies eben bei dem Verzug der Fall ist. Der Beginn der Verspätung bei der Schadenersatzleistung fällt beim Schaden aufgrund unrechtmäßiger Handlung oder Nichterfüllung von Bringschulden nach Art. 1219 II Satz 1 u. 3 ZGB also mit dem Beginn des Verzugs zusammen, bei Holschulden dagegen mit der schriftlichen Mahnung nach Art. 1219 I ZGB und hängt damit vom Willen des Gläubigers ab. Der Ersatz des Verspätungsschadens ist letztlich dasselbe wie der Ersatz des Verzugschadens.

Das Oberste Gericht erkennt in dieser Entscheidung an, dass die Berechnung der so genannten Ausgleichszinsen in keiner Rechtsvorschrift vorgesehen ist und dass deren Rechtfertigung lediglich auf Billigkeit beruht. Der Hinweis auf Billigkeit wird damit zur Grundlage sowohl der Aufwertung als auch der so genannten Ausgleichszinsen. Dies erscheint einerseits zu allgemein, andererseits offen gesagt übertrieben.

---

(36) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, zit., S. 474 ff.

(37) NUSSBAUM, *Money in the law*, Chicago, 1939, S. 180 ff.

(38) BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, S. 229 ff.

In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass bei nicht feststehenden Forderungen keine anderen Zinsen zulässig sind als Verzugszinsen.<sup>(39)</sup> Ausgleichszinsen fallen dagegen nach Art. 1499 ZGB ausschließlich bei feststehenden und nicht eintreibbaren Zinsen an, Vergütungszinsen bei feststehenden, eintreibbaren Zinsen nach Art. 1282 ZGB. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der gesetzliche Zinssatz von 5% völlig unzureichend ist, um unter normalen Umständen den Verspätungsschaden zu ersetzen. Der gesetzliche Zinssatz bleibt hinter der normalen *utilitas* zurück, die der Gläubiger bis zur verspäteten Zahlung in inländischer Währung aus dem ihm zustehenden Geldäquivalent hätte ziehen können. Der Unterschied tritt noch deutlicher hervor, wenn der Geschädigte seinen Wohnsitz im Ausland hat, so dass ihm sowohl eventuelle Wechselkursdifferenzen zustehen, als auch der normale Ertrag aus der Währung, in die er gewechselt hätte.

Die Möglichkeit, Schadenersatz für den weiteren Schaden aufgrund von Verspätung zu erhalten, lässt sich einzig und allein aus Art. 1224 II ZGB ableiten. Das Oberste Gericht schließt hier dagegen eine Anwendung von Art. 1224 II ZGB aus, weil diese nicht in Art. 2056 ZGB vorgesehen sei. Dieser Hinweis erscheint allerdings unbegründet, weil Art. 2056 ZGB keinerlei Verweis auf Art. 1224 I ZGB enthält, der gleichwohl der hier zu besprechenden Entscheidung zugrunde liegt.

Der höhere Schaden nach Art. 1224 II ZGB ist nach der Erhöhung des gesetzlichen Zinssatzes auf 10% in dem eventuellen Unterschied zwischen diesem und den marktüblichen Zinsen zu sehen, die ihrem Wesen nach veränderlich sind, insbesondere Bankzinsen, im Fall desjenigen, der solche normalerweise bezahlt. Bei einem im Ausland ansässigen Geschädigten ist sowohl der eventuelle Wechselkursunterschied während des Verzugszeitraums zu berücksichtigen, als auch der normale Ertrag in der Währung, in die er gewechselt hätte.

Dies alles entspricht insgesamt letztlich dem *quod interest* nach dem *quod plerumque accidit*.

6. – Betrachten wir schließlich, zu welchen Ergebnissen eine Summierung von jährlicher Aufwertung und gesetzlichem Zinssatz gegenüber dem normalen Geldertrag führt. Für die Zeit von 1979-1983 beläuft diese sich nach meinen Berechnungen auf 22,58% gegenüber einem normalen

(39) G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante*, cit., in *Foro it.*, 1990, I, S. 2220 ff.

Geldertrag von 17,09%; für die späteren Zeiträume gelten andere Prozentsätze. Die Berechnung von gesetzlichen Zinsen beim aufgewerteten Kapital führt zu einem Prozentsatz von 26,93% im Zeitraum 1979-1983 gegenüber den 17,09% des normalen Geldertrags im selben Zeitraum, wobei für spätere Zeiträume wieder andere und abweichende Prozentsätze gelten.

Die hier besprochene Entscheidung zeigt den Willen, die offensichtlich übertrieben hohe zuletzt genannte Zahl zu reduzieren, indem sie eine Berechnung der Zinsen mit Bezug auf das "nach und nach aufgewertete" Kapital vorschlägt.

In diesem Zusammenhang schreibt das Oberste Gericht, dass die gesetzlichen Zinsen mit Bezug auf den Wert der Sache zum Schadenszeitpunkt zu berechnen sind, und zwar "unter Berücksichtigung der eventuellen Kaufkraftverluste der Währung bis zum Urteilszeitpunkt."

Die vom Obersten Gericht vorgeschlagene Berechnungsweise führt gleichwohl zu einem Ergebnis, das über der Aufwertung und dem gesetzlichen Zinssatz liegt.

Durch die Erhöhung des gesetzlichen Zinssatzes von 5% auf 10% werden die Resultate dieser Berechnungsmethoden noch gesteigert, so dass deren fehlerhafter und inakzeptabler Charakter letztendlich noch deutlicher wird. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Summierung des Kaufkraftverlustes, der durchschnittlich bei 6,5% liegt, zu einem Schadenersatz von 16,5% führt, dies gegenüber einem normalen Geldertrag von 12,58%. Die Berechnung der gesetzlichen Zinsen auf Grundlage eines aufgewerteten Kapitals führt zu einem noch höheren Gewinn.

Dies alles sind außerdem Nettobeträge ohne Berücksichtigung von Steuern. Um zum Schluss zu kommen, scheint es mir die einzig richtige Lösung zu sein, einen Gläubiger, der als Leistungserfüllung die Zahlung einer Geldsumme erwartet, ebenso zu behandeln wie den normalen Gläubiger einer Geldsumme und den Schadenersatz für die Verspätung auf Grundlage des normalen *quod interest* nach Art. 1224 I und II ZGB zu berechnen, der die einzige sichere Bezugsgrundlage darstellt.

Dies entspricht letztlich auch der heutigen Rechtsmeinung des Gesetzgebers, welcher gegen automatische Preisanpassungen und Indekopplungen ist.

### ***Weiterer Beitrag des Verfassers zum selben Thema:***

– *"In materia di criteri di liquidazione del danno in genere ed interessi monetari"*, in Foro Italiano 1990, I, 933 und in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, S. 269.