

Der Ersatz "immateriellen Schadens" im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht

THOMAS PROBST*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	3
II.	Ausgangslage: Der klassische Schadensbegriff.....	4
	A. Schaden als Rechtsbegriff	4
	B. (Netto-)Vermögensdifferenz als rechtlich relevanter Schaden.....	5
	C. Buchhalterische Betrachtung des Schadens als Nettovermögensdifferenz.....	7
	1. Vermögensbilanz als Grundlage für die Bestimmung des Schadens.....	7
	a) Damnum emergens	8
	b) Lucrum cessans.....	9
	2. Möglichkeiten und Grenzen der buchhalterischen Betrachtungsweise.....	10
	a) Vorteile der buchhalterischen Betrachtungsweise	10
	b) Grenzen der buchhalterischen Betrachtungsweise.....	12
	aa) Verbrauchsgüter.....	12
	bb) Erwerbsunfähigkeit.....	13
	cc) Unwiderrufliche Löschung elektronischer Daten	13
	dd) Reine Umweltschäden	15
	D. Nettovermögensdifferenz oder Wertveränderung des Einzelaktivums bzw. Einzelpassivums?	16
	1. Problemlage.....	16
	2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Baumschäden	16
	a) BGE 127 III 73 ff.....	16
	b) BGE 129 III 331 ff.....	17
	3. Diskussion.....	18
	a) Ausgangslage.....	18
	b) Einzelaktivum bzw. Einzelpassivum als Kriterium der Schadensfeststellung.....	18
	c) Subjektivierung des Schadensbegriffs?	21
	4. Fazit.....	23

* Professor an der Universität Freiburg. Verantwortlicher für die Tagung und den Tagungsband.

III.	Immaterielle Unbill als vermögensunabhängige Beeinträchtigung der Persönlichkeit	24
	A. Allgemeines	24
	B. Qualifizierte Persönlichkeitsverletzung als Voraussetzung des Genugtuungsanspruchs	25
	C. Art und Bemessung der Genugtuung	25
	D. Das Affektionsinteresse bei Verletzung oder Tötung von Tieren ..	26
IV.	Weiterentwicklung des klassischen Schadensbegriffs	27
	A. Der "normative" bzw. "abstrakte" Schaden	28
	1. Haushaltsschaden als abstrakter Schaden	28
	2. Pflege- und Betreuungsschaden als abstrakter Schaden	29
	3. Diskussion	30
	B. Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden	34
V.	Der Ersatz geldwerter Nichtvermögensnachteile ("Nichtvermögensschaden")	35
	A. Ausgangslage: Vom konkreten Schaden (Vermögensschaden) zum abstrakten Schaden (Nichtvermögensschaden)	35
	B. "Immaterieller Schaden" oder "geldwerter Nichtvermögensschaden"?	36
	C. Gebrauchs- und Nutzungsentgang als geldwerter Nichtvermögensschaden	38
	1. Der wirtschaftliche Wert von Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten	38
	a) Ersatz von Gebrauchs- und Nutzungsentgang im vertraglichen Rechtsverhältnis	39
	aa) Ausgangslage	39
	bb) Rechtsprechung des Bundesgerichts	41
	cc) Rechtsprechung des EuGH	43
	dd) Diskussion	44
	b) Ersatz von Gebrauchs- und Nutzungsentgang im ausservertraglichen Rechtsverhältnis	46
	2. Dogmatische Kohärenz vs. "Haftungsausuferung"?	48
VI.	Der Ersatz geldwerter Nichtvermögensschäden im Strassenverkehrsrecht	49
	A. Allgemeines	49
	B. Gebrauchs- und Nutzungsentgang beim Motorfahrzeug	50
	C. Entgang der Ferien als Folge eines Verkehrsunfalls	52
VII.	Schlussfolgerung	52
VIII.	Literaturverzeichnis	53

I. Einleitung

Das Vorliegen eines *Schadens* gehört zu den elementaren Voraussetzungen jeden haftpflichtrechtlichen Anspruchs. Ohne Schaden kein Schadenersatz. Obwohl das Gesetz den Schaden als haftpflicht- und vertragsrechtlichen Grundbegriff in zahlreichen Bestimmungen des Obligationenrechts¹ und in vielen Spezialgesetzen² verwendet, wird er *nirgends definiert*³. Dies ist gut so, denn bei rechtlichen Grundbegriffen bewahrheitet sich nur allzu gerne die Maxime: *omnis definitio in iure civili periculosa est*⁴.

Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt es somit vorwiegend⁵ *Lehre* und *Rechtsprechung*, den Schadensbegriff inhaltlich zu präzisieren. Dabei ist die Lehre bestrebt, diesen haftpflichtrechtlichen Grundbegriff primär *dogmatisch* zu (er)fassen und zu (er)klären, während der Blick der Rechtsprechung vorab darauf gerichtet ist, dem Schadensbegriff in Auseinandersetzung mit konkreten Streitfällen *schärfere Konturen* zu verleihen. So stellt sich der Lehre aus dogmatischer Sicht die Frage, ob es neben dem klassischen Vermögensschaden einen "*immateriellen Schaden*" im Sinne eines *wirtschaftlichen Nichtvermögensschadens* gibt bzw. geben soll, welcher eigenständig zwischen dem (materiellen) Schaden als Vermögensschaden und der *immateriellen Unbill* als nicht vermögensbezogene Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre einer Person steht. Dagegen hat sich die Rechtsprechung etwa mit der Frage auseinander zu setzen, ob ein Fussgänger, welcher auf dem Weg ins Theater auf dem Fussgängerstreifen von einem Automobilisten angefahren wird, An-

¹ Vgl. z.B. Art. 26, 36 Abs. 2, 39 Abs. 1 und 2, 41, 42, 43 Abs. 1, 44, 50, 51, 54, 55, 97, 101, 107 OR.

² Vgl. z.B. Art. 1 PrHG, Art. 58 SVG, Art. 40b EBG, Art. 33 RLG, Art. 27 EleG, Art. 59a USG.

³ Vgl. aber z.B. § 1293 ABGB ("Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.").

⁴ D. 50. 17, 202. – Erinnerung sei etwa an die *missglückte Definition* der "Urkunde" in Art. 110 Ziff. 5 aStGB (Urkunde = "Schriften, die bestimmt oder geeignet sind..."), welche Lehre und Rechtsprechung seinerzeit mit einigem Argumentationsaufwand dahingehend *uminterpretierten*, dass die Konjunktion "*oder*" eigentlich "*und*" bedeute (vgl. BSK StGB I-BOOG, Art. 110 Abs. 4 N 26; BGE 101 IV 278 f.). Inzwischen hat der Gesetzgeber diese Definition korrigiert (Urkunde = "Schriften, die bestimmt *und* geeignet sind...", Art. 110 Ziff. 4 StGB [Hervorhebung ergänzt]).

⁵ Es finden sich immerhin einige Gesetzesbestimmungen, welche *einzelne Schadensposten* aufzählen. So z.B. für den Personenschaden in Art. 45 und 46 OR; für die Rechtsgewährleistung in Art. 195 OR und für die Sachgewährleistung in Art. 208 Abs. 2 OR.

spruch auf Ersatz des wirtschaftlichen Wertes der entgangenen Theatervorstellung hat, für welche er eine Eintrittskarte erworben hatte; oder es stellt sich ihr die Frage, ob ein Darlehensnehmer, der seiner Bank den Zins für die Kreditgewährung zahlen muss, obschon er das gekaufte Haus wegen Verzugs des Verkäufers noch nicht benutzen kann, diesen Nutzenentgang gegenüber dem säumigen Verkäufer als Schaden geltend machen kann⁶.

Die adäquate Erfassung und Behandlung des "*immateriellen Schadens*" stellt für Lehre und Rechtsprechung eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar, da sie letztlich die Grundfrage aufwirft, wie im Recht der *elementare Begriff des Schadens* überhaupt zu verstehen ist. Im vorliegenden Beitrag soll dieser Problematik etwas nachgegangen werden. Ausgangspunkt bildet die Betrachtung des *klassischen Schadensbegriffs* (nachstehend Ziff. II), welchem die *immaterielle Unbill* als Grundvoraussetzung für eine *Genugtuung* gegenüber gestellt wird (nachstehend Ziff. III). Hierauf wird die graduelle *Weiterentwicklung* bzw. *Relativierung* des klassischen Schadensbegriffs durch Lehre und Rechtsprechung diskutiert (nachstehend Ziff. IV). Vor diesem Hintergrund wird der Frage nach Sinn und Tragweite des "*immateriellen Schadens*" im schweizerischen Haftpflichtrecht nachgegangen (nachstehend Ziff. V), um auf dieser Grundlage danach die rechtliche Behandlung des "*immateriellen Schadens*" im *Strassenverkehrsrecht* zu erörtern (nachstehend Ziff. VI). Der Beitrag schliesst mit kurzen Schlussfolgerungen (nachstehend Ziff. VII).

II. Ausgangslage: Der klassische Schadensbegriff

A. Schaden als Rechtsbegriff

Gemäss dem allgemeinen Haftungstatbestand von Art. 41 OR zieht die schuldhaft und widerrechtliche Zufügung eines Schadens als Rechtsfolge die Schadenersatzpflicht nach sich. *Prima facie* könnte diese Bestimmung dahingehend verstanden werden, dass der Begriff des Schadens auf eine *ausserrechtliche, objektive Tatsache* verweist, an welche der Gesetzgeber im Sinne eines *Werturteils* die Schadenersatzpflicht geknüpft hat. Dem ist indes nicht so. Haftpflichtrechtliche Grundbegriffe, wie jene des Schadens⁷, der Widerrechtlichkeit, der Kausalität und des Verschuldens sind nicht ontologische, sondern *normative* Konzepte, die sich zwar teilweise an *empirisch-naturwissenschaftlichen Vorstellungen* zu orientieren versuchen, letztlich aber *normativ* geprägt sind und bleiben⁸. Dementsprechend hat auch der klassische haft-

⁶ Vgl. BGer. 4A_282/2009 vom 15. Dezember 2009, insb. Erw. 3.

⁷ So auch MünchKommBGB-OETKER, § 249 N 17; ROBERTO, Schadensrecht, 18.

⁸ So ist z.B. bei der Kausalität nicht nur der *adäquate* Kausalzusammenhang (als sog. Rechtsfrage), sondern auch die Feststellung des *natürlichen* Kausalzusammenhangs

pflichtrechtliche Begriff des *Schadens* einen *normativen* Charakter, da es um die Bestimmung des *rechtlich relevanten Schadens* und nicht um den Ersatz für jeden beliebigen, erlittenen Nachteil geht⁹. Welche widerrechtlich zugefügten Nachteile als rechtlich relevant zu betrachten sind, lässt sich nicht nach objektiv-wertneutralen Kriterien bestimmen, sondern ist normativ nach *sozialadäquaten Wertvorstellungen* festzulegen, die sich kohärent in das bestehende *rechtliche Wertesystem einfügen* und *keine falschen Anreize* für *sozial unerwünschtes Verhalten* schaffen.

B. (Netto-)Vermögensdifferenz als rechtlich relevanter Schaden

Nach der bundesgerichtlichen *Rechtsprechung* ist der Schadensbegriff im Vertrags- und Haftpflichtrecht¹⁰ bzw. Obligationenrecht¹¹ identisch und bezeichnet die unfreiwillige bzw. *ungewollte Verminderung* des *Nettovermögens*¹². Diese Vermögenseinbusse kann in einer Abnahme der Aktiven bzw. Zunahme der Passiven (*damnum emergens*) oder in einer Nichtzunahme der Aktiven bzw. Nichtabnahme der Passiven (*lucrum cessans*) bestehen¹³. Sowohl die Existenz als auch das Ausmass des Schadens als Verminderung des Nettovermögens bestimmt sich nach der *Differenztheorie*¹⁴, d.h. man vergleicht den Stand des Nettovermögens *nach Eintritt* des schädigenden Ereignisses mit dem *hypothetischen* Stand des Nettovermögens, welcher *ohne* das

(als sog. Tatfrage) *normativ* orientiert. Dies zeigt sich etwa bei der *hypothetischen* Kausalität und bei der *kumulativen* Kausalität; vgl. dazu PROBST, Causalité, 23, 26 ff.

⁹ Würde in einer Rechtsordnung *jeder* einem andern *zugefügte Nachteil* als schadenersatzrelevant betrachtet und eine Ersatzpflicht auslösen, so wäre diese Rechtsordnung *nicht funktionsfähig*, da sie an der *sozialen Realität* einer Wettbewerbsgesellschaft scheitern würde.

¹⁰ Vgl. Art. 99 Abs. 3 OR, BGer. 4A_282/2009 vom 15. Dezember 2009, Erw. 3 ("La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle"); LÜCHINGER, Schadenersatz, N 55.

¹¹ Vgl. BGE 132 III 379, 381 ("Die Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche im Immaterialgüterrecht sind identisch mit den Haftungsvoraussetzungen im Obligationenrecht. In den neueren Gesetzen wird für Klagen auf Schadenersatz ausdrücklich auf das Obligationenrecht verwiesen.").

¹² BGE 133 III 462, 471 Erw. 4.4.2 ("diminution involontaire de la fortune nette"); 132 III 186, 205 Erw. 8.1 ("ungewollte Verminderung des Reinvermögens"); 129 III 331, 332 Erw. 2.1; 128 III 22, 26 Erw. 2e.

¹³ BGE 133 III 462, 471 Erw. 4.4.2; 132 III 359, 366 Erw. 4; 129 III 331, 332 Erw. 2.1.

¹⁴ In Deutschland wird von der *Differenzhypothese* gesprochen (vgl. z.B. MünchKommBGB-OETKER, § 249 N 18; PALANDT-HEINRICHS, Vor § 249 N 9), was insofern aussagekräftiger ist, als damit begrifflich offenbart wird, dass es sich nicht um eine mathematisch-naturwissenschaftliche Feststellung handelt, sondern um einen Vergleich mit einer *hypothetischen* Grösse. – Gelegentlich findet sich dieser Begriff auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. BGE 129 III 334.

schädigende Ereignis bestehen würde¹⁵. Die herrschende schweizerische *Lehre* folgt weitgehend dieser Betrachtungsweise¹⁶.

Mit dieser Umschreibung des Schadens als Verminderung des *Nettovermögens* wird der *Vermögensbegriff* zum Triangulationspunkt des Schadensbegriffs. Dennoch lässt sich der privatrechtlichen Rechtsprechung und Lehre zu diesem haftpflichtrechtlichen Kernbegriff interessanterweise nur wenig entnehmen. Die Rechtsprechung geht offenbar davon aus, dass dieser Begriff für sich selbst spricht und keiner näheren Erläuterung bedarf¹⁷. Aus der regelmässigen Bezugnahme auf *Aktiven* und *Passiven* lässt sich immerhin auf eine *buchhalterische* Betrachtungsweise schliessen¹⁸.

Die *Lehre* ihrerseits äussert sich zu Inhalt und Bedeutung des Vermögensbegriffs entweder nicht¹⁹ oder nur summarisch, indem sie etwa von einem "*ensemble de biens ayant une importance économique et susceptibles d'évaluation*"²⁰ oder von der *Gesamtheit der geldwerten Güter*, welche einer Person zu-

¹⁵ BGE 133 III 462, 471 Erw. 4.4.2; 132 III 359, 366 Erw. 4; 129 III 331, 332 Erw. 2.1; 128 III 22, 26 Erw. 2e; 127 III 73, 76 Erw. 4a.

¹⁶ Vgl. z.B. BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 70 ff.; ENGEL, *Traité*, 472 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2848 ff.; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 1 N 26 ff. (mit teilweise von der h.L. abweichender Auffassung); KELLER, *Haftpflicht*, 64; KRAMER, OR AT, N 336; SCHWENZER, OR AT, N 14.03; REY, *Haftpflichtrecht*, N 151; WERRO, *Responsabilité*, N 39. OFTINGER/STARK, *Haftpflichtrecht I*, § 2 N 4, 9 ff. (abweichend von der h.L. betrachten diese Autoren auch eine *freiwillige* Vermögensverminderung als Schaden im Rechtssinne, welcher indes nicht zu ersetzen ist, vgl. § 2 N 8). – KOLLER, OR AT, § 46 N 8, fasst den Schaden weiter und versteht darunter jeden beliebigen unfreiwilligen Nachteil, ob er *materieller* oder *immaterieller* Natur ist. Vgl. in diesem Sinne auch § 1293 ABGB ("Schade heisst jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.") sowie DCFR VI.-2:101. – Streng genommen bildet die Unfreiwilligkeit keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Schadens. So sind die nettovermögensrelevanten Behandlungskosten (= Schaden), welche beim Opfer im Anschluss an eine (unfreiwillig) erlittene Körperverletzung anfallen, als freiwillig verursacht zu betrachten. Dennoch liegt im Umfang der Behandlungskosten ein Schaden vor.

¹⁷ Vgl. z.B. BGE 127 III 73, 75 Erw. 4a; 128 III 22, 26 Erw. 2e, aa; 129 III 331, 332 Erw. 2.1; 132 III 359, 366 Erw. 4; BGE 133 III 462, 471 Erw. 4.4.2.

¹⁸ So etwa in BGE 128 III 22, 26 Erw. 2e, aa; 129 III 331, 332 Erw. 2.1; 132 III 359, 366 Erw. 4; BGE 133 III 462, 471 Erw. 4.4.2.

¹⁹ So z.B. BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 70 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2848 ff.; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 1 N 26 ff.; KELLER, *Haftpflicht*, 64; KRAMER, OR AT, N 336 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 14.03; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 584 ff.

²⁰ ENGEL, *Traité*, 473; ähnlich WERRO, *Responsabilité*, N 42 ("l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique").

stehen²¹, spricht. Zu dieser Gesamtheit werden typischerweise neben den dinglichen und obligatorischen Rechten auch Immaterialgüterrechte und Anwartschaftsrechte gezählt²².

Diese Umschreibung des *Vermögens* als Summe der *geldwerten Güter* steht in *direktem Widerspruch* zum Begriff des *Schadens* als *Nettovermögensdifferenz*, da *Schulden keine geldwerten Güter* des Geschädigten darstellen, aber dennoch bei der Berechnung des Schadens als Verminderung des Nettovermögens einbezogen werden. Mit andern Worten, es fehlt hier an einer kohärenten Betrachtungsweise. Um dies näher zu erläutern, ist eine *buchhalterische* Betrachtung des Schadens als Nettovermögensverminderung hilfreich, wie sie der herrschenden Rechtsprechung und Lehre stillschweigend zugrunde liegt.

C. Buchhalterische Betrachtung des Schadens als Nettovermögensdifferenz

1. Vermögensbilanz als Grundlage für die Bestimmung des Schadens

Angenommen Herr Dr. med. dent. X., Zahnarzt, ist Eigentümer eines *Eigenheims* im Werte von Fr. 800'000.-, welches er im Umfang von Fr. 350'000.- mit einem *Hypothekarkredit* finanziert hat. Daneben besitzt er *Bargeld* von Fr. 1'000.-, ein *Bankkonto* mit Fr. 10'000.- sowie *Aktien* im Wert von Fr. 5'000.-, die er in seinem Wertschriftendepot bei seiner Bank hält. Er verfügt ausserdem über ein *Auto* im Werte von Fr. 25'000.- und über eine *Kaufpreisforderung* von Fr. 10'000.- aus der Veräusserung eines teuren Gemäldes, welches er seinem Nachbarn verkauft hat. Am Stichtag der Bilanz, d.h. am 31. Dezember 2009, hat Dr. X. zudem noch eine *unbezahlte Steuerrechnung* von Fr. 1000.-. Bilanzmässig ergibt sich aus diesen Angaben nachstehendes Bild:

²¹ REY, Haftpflichtrecht, N 156; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 2 N 5 ("Inbegriff der wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist").

²² REY, Haftpflichtrecht, N 156; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 2 N 5.

Aktiven		Passiven	
Barmittel	1'000.-	Kreditoren ²³	1'000.-
Bankkonto	10'000.-	Hypothekarschuld	350'000.-
Aktien	5'000.-		
Auto	25'000.-		
Debitoren	10'000.-		
Immobilie (Eigenheim)	800'000.-		
		Nettovermögen	500'000.-
(Bruttovermögen)	851'000.-		851'000.-

Diese Vermögensbilanz zeigt, dass die *Summe der geldwerten Güter* (= Bruttovermögen) von Dr. X. insgesamt Fr. 851'000.- beträgt, während sein *Nettovermögen* (Reinvermögen) sich auf (lediglich) Fr. 500'000.- beläuft.

Da für die Schadensberechnung nach der vorherrschenden Auffassung auf die *Nettovermögensdifferenz* abzustellen ist, welche sich aus einem Vergleich zwischen dem Nettovermögenstand *mit* und dem (hypothetischen) Nettovermögenstand *ohne* schädigende Handlung ergibt, lässt sich der *damnum emergens* und der *lucrum cessans* anhand folgender Beispiele buchhalterisch illustrieren.

a) *Damnum emergens*

Abnahme der Aktiven (Fall 1): Wenn infolge eines elektrischen Kurzschlusses im Heizungsraum des neuen Eigenheims von Dr. X. ein Schwelbrand entsteht und dadurch die Heizung beschädigt wird, verliert sein Haus unmittelbar an Wert²⁴, so dass es nur noch mit einem Betrag von z.B. Fr. 790'000.- zu Buche steht und damit das Nettovermögen von Dr. X. auf Fr. 490'000.- abgenommen hat. Der Schaden infolge *Abnahme der Aktiven* beträgt somit nach der Nettovermögensdifferenz Fr. 10'000.-. Lässt nun Dr. X. die defekte Heizung für Fr. 10'000.- wieder Instand stellen, nimmt dadurch der Wert des Hauses erneut um Fr. 10'000.- zu (Zunahme der Aktiven), gleichzeitig erhöhen sich aber auch die Passiven (Kreditoren) um denselben Betrag, da Dr. X.

²³ Unter *Kreditoren* sind die kurzfristigen Schulden (wie etwa offene Hypothekarzinsrechnungen oder Steuerrechnungen) zu verstehen.

²⁴ Ein Wohnhaus ohne funktionierende Heizung hat naheliegenderweise einen tieferen Verkehrswert, als wenn die Heizung funktioniert, da im ersteren Fall ein potentieller Käufer die Kosten für die Instandstellung der Heizung vom Kaufpreis, den er zu bezahlen bereit ist, abziehen wird.

vom Heizungsinstallateur Y. eine entsprechende Rechnung über Fr. 10'000.- präsentiert erhält. Der *Nettovermögensstand* von Fr. 490'000 von Dr. X *verändert* sich also durch die *Reparaturarbeiten nicht*. Wenn in der Folge Dr. X. die Rechnung des Heizungsinstallateurs Y. per Bankanweisung bezahlt, nehmen seine Kreditoren um Fr. 10'000.- ab (Abnahme der Passiven), aber gleichzeitig vermindert sich auch sein Guthaben bei der Bank (Abnahme der Aktiven) um denselben Betrag. Das *Nettovermögen* bleibt also auch bei diesem Vorgang *unverändert*. Der Schaden als Nettovermögensdifferenz – bestimmt anhand eines Vergleichs des Nettovermögensstandes *mit* und dem hypothetischen Nettovermögensstand *ohne* schädigendes Ereignis (d.h. ohne Heizungsbrand) – beträgt daher Fr. 10'000.- Die anschliessenden *Reparaturarbeiten* sowie die Bezahlung der Rechnung für die *Reparaturkosten* durch Dr. X. sind *nettovermögensneutral* und beeinflussen die Schadenshöhe *nicht* mehr.

Zunahme der Passiven (Fall 2): Wenn Dr. X. zu Hause im eigenen Garten beim Fussballspielen mit seinem Sohn das Tor verfehlt und der Ball die Fensterscheibe des Nachbarn Y. einschlägt, entsteht für Dr. X. eine haftpflichtrechtliche *Schuld* gegenüber seinem Nachbarn Y., d.h. seine *Passiven nehmen* zu. Im Umfang der Differenz zwischen dem *hypothetischen* Nettovermögensstand *ohne* und dem *tatsächlichen* Nettovermögensstand *mit* dem schädigenden Ereignis (unvorsichtiger Fussballfreistoss) erleidet Dr. X. einen Schaden durch Zunahme seiner Passiven (reiner Vermögensschaden in der Höhe von z.B. Fr. 200.-). Für diesen Schaden geniesst er unter Umständen Versicherungsschutz, so dass er allenfalls auf vertraglicher Basis den Schaden auf seine Privathaftpflichtversicherung abwälzen kann.

b) *Lucrum cessans*

Nichtzunahme der Aktiven (Fall 3): Falls Dr. X. wegen des Brandes in seinem Eigenheim während eines ganzen Arbeitstag alle Behandlungstermine in seiner Zahnarztpraxis absagen muss, entgehen ihm *Honorarforderungen* gegenüber den Patienten, die er nicht wie geplant behandeln kann. Seine *Debitoren nehmen* daher *nicht* zu, wie sie es ohne Brand in seinem Wohnhaus getan hätten. Ein Vergleich zwischen dem tatsächlichen Nettovermögensstand *mit* dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Nettovermögensstand *ohne* das schädigende Ereignis ergibt den *entgangenen Gewinn*, welchen er durch die *Nichtzunahme* seiner *Aktiven* (Debitoren) als Schaden erlitten hat.

Nichtabnahme der Passiven (Fall 4): Falls die begüterte Tante von Dr. X. ihm angekündigt hatte, sie werde zu seinem 50. Geburtstag bei seiner Hausbank Z. Fr. 50'000.- einzahlen, um seinen Hypothekarkredit von Fr. 350'000.- auf Fr. 300'000.- zu reduzieren (Schuldentilgung durch einen Dritten), und die

Tante beim Gang zur Bank Z. unglücklicherweise auf dem Fussgängerstreifen von einem Autoraser tödlich verletzt wird, entfällt diese Schuldentilgung. Es liegt also eine *Nichtabnahme der Passiven* in Form einer entgangenen Schuldentilgung durch einen Dritten vor. Ein Vergleich zwischen dem hypothetischen Nettovermögensstand *ohne* die schädigende Handlung und dem Nettovermögensstand *mit* der schädigenden Handlung ergibt, dass der Schaden von Dr. X. Fr. 50'000.- beträgt und dem Umfang der *entgangenen Schuldentilgung* entspricht.

2. *Möglichkeiten und Grenzen der buchhalterischen Betrachtungsweise*

a) *Vorteile der buchhalterischen Betrachtungsweise*

Die buchhalterische Betrachtungsweise des Schadens hat den Vorteil, dass sie gewisse relevante wirtschaftliche *Zusammenhänge* sichtbar macht:

Erstens zeigt sie auf, dass der Schaden nicht als Verminderung des "Vermögens" schlechthin (= Bruttovermögen) gesehen werden kann, sondern als Verminderung des *Nettovermögens* verstanden werden muss, da auch die *Passivseite* der Vermögensbilanz, d.h. die Schulden, in die Betrachtung miteinzubeziehen sind. In der Tat stellt die Zunahme bzw. Nichtabnahme der Passiven nur aus der Sicht des *Nettovermögens*, nicht aber aus jener des *Bruttovermögens* eine Vermögensverminderung dar.

Zweitens kann das (Netto-)Vermögen nicht als "Summe der geldwerten Güter" definiert werden, wie dies gemeinhin getan wird, sondern ist als "*Summe der geldwerten Güter und Verbindlichkeiten*" einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zu umschreiben. Schulden stellen (für den Schuldner) keine "wirtschaftlichen Güter" dar, sind aber dennoch bei der Bestimmung des Nettovermögens als Berechnungsgrundlage für den Schaden einzu beziehen. Die teilweise unpräzisen Darstellungen in Lehre und Rechtsprechung sind in diesem Sinne zu korrigieren bzw. zu präzisieren²⁵.

Drittens vermag die buchhalterische Betrachtungsweise den Blick für die *wirtschaftliche Abhängigkeit* des Schadensbegriffs zu schärfen. Falls Herr Dr. X. im öffentlichen Bus während der Fahrt zur Arbeit sein Geldbeutel abhanden kommt, wird man intuitiv den Schaden im Verlust des Geldbeutels und dessen Inhalts sehen. Diese Betrachtungsweise greift indes zu kurz. Weder ein Dieb noch ein gutgläubiger Finder erwerben am Geldbeutel bzw. an dessen Inhalt unmittelbar Eigentum. Vielmehr *behält* Dr. X. das Eigentum an

²⁵ So etwa BGE 132 III 359, 366 Erw. 4; 115 II 474, 481 Erw. 3a; BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 70, 70b; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 26 ff.; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 2 N 4; REY, Haftpflichtrecht, N 151, 156; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 584; SCHWENZER, OR AT, N 14.03; WERRO, Responsabilité, N 39, 42.

seinem Geldbeutel, obwohl dieser ihm durch Diebstahl oder anderweitigen Verlust abhanden gekommen ist²⁶. Buchhalterisch bedeutet dies, dass in seiner Vermögensbilanz das Aktivum "Bargeld" zwar *abnimmt*, aber gleichzeitig die *Debitoren zunehmen*, da Dr. X. gestützt auf Art. 641 ZGB eine *Vindikationsforderung* gegenüber dem Dieb bzw. dem Finder zusteht. Ob nach dem Kriterium der Nettovermögensdifferenz ein Schaden vorliegt, hängt daher von der wirtschaftlichen *Werthaltigkeit* der Vindikationsforderung ab. Diese Werthaltigkeit wird massgeblich von der *Wahrscheinlichkeit* abhängen, mit welcher der Dieb bzw. der Finder *identifiziert* und der Eigentümer seinen Geldbeutel (samt Inhalt) *wiedererlangen* kann. Da diese Wahrscheinlichkeit relativ rasch *abnimmt* und schon kurze Zeit nach dem Ereignis (Verlust, Diebstahl) – je nach Effizienz der Rechts- und Sozialordnung – gegen Null hin tendieren dürfte, wird die Vindikationsforderung ziemlich bald zu einer *non valeur*-Forderung werden, was nach der Nettovermögensdifferenztheorie zu einem Schaden von Dr. X. führt.

Viertens umfasst der Schaden als *Nettovermögensdifferenz* automatisch auch die *Vorteilsanrechnung*, d.h. die Berücksichtigung der *vermögensmässigen Vorteile*, welche dem Geschädigten aus dem schädigenden Ereignis erwachsen. So wird Dr. X. im (vorgenannten) Fall 3 nicht nur einen Ausfall an Honorarforderungen (Nichtzunahme der Debitoren) als Schaden erleiden, sondern gleichzeitig auch gewisse *Kosteneinsparungen* (*damnum cessans*, z.B. beim Verbrauchsmaterial) realisieren, welche als Nichtabnahme der Aktiven (Materialvorräte) in die Nettovermögensdifferenz einfließen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das Kriterium der Nettovermögensdifferenz *per se* auch zufällige und zeitlich oder ursächlich entfernte bzw. sachfremde Vorteile miterfasst, welche *wertungsmässig* nicht (mehr) als *schadenskompensierend* betrachtet werden können²⁷. Das Kriterium der Nettovermögensdifferenz bedarf aus diesem Grund einer gewissen *Relativierung* durch die *Nichtanrechnung* gewisser Vermögensvorteile auf den Schaden. So ist namentlich ein natürlicher und adäquater *Kausalzusammenhang*²⁸ zu fordern und es ist

²⁶ Dem *Dieb* fehlt es zum vornherein an einer gültigen *causa* (BGE 55 II 302) zum Erwerb des Eigentums sowie am guten Glauben für eine allfällige Ersitzung (Art. 728 ZGB). Der *Finder*, sofern er seinen Finderpflichten nachkommt (Art. 720 ZGB) erwirbt Eigentum an der gefundenen Sache, wenn innert fünf Jahren der Eigentümer nicht ausfindig gemacht werden kann (Art. 722 ZGB).

²⁷ HONSELL, Haftpflichtrecht, § 8 N 17, 33;

²⁸ Wenn der von einem Autofahrer verletzte Fussgänger im Spital aus Langeweile Zahlenlotto spielt und einen Millionengewinn realisiert, so wäre der natürliche, nicht aber der adäquate Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Verhalten des Autofahrers gegeben. Dagegen wäre die adäquate Kausalität für Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers des Fussgängers zu bejahen. Vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, Art. 42 N 31 ff.

die *Zwecksetzung*²⁹ des aus der Schädigung resultierenden Vermögensvorteils zu berücksichtigen.

b) *Grenzen der buchhalterischen Betrachtungsweise*

Die *buchhalterische* Betrachtung des Schadens als Kernbegriff des Haftpflichtrechts ist hilfreich, weil sie den Blick für gewisse wirtschaftliche Zusammenhänge schärft und insofern einen nützlichen *Orientierungsrahmen* darstellt. Dennoch ist nicht zu übersehen, dass diese Betrachtungsweise ihre *Grenzen* hat.

aa) *Verbrauchsgüter*

Erstens gibt die Vermögensbilanz einer bestimmten Person keinen Aufschluss über die Wertveränderungen von *Verbrauchsgütern* bzw. *unterjährigen Gebrauchsgütern*, die über den nächsten Bilanzstichtag hinaus *keinen aktivierbaren Wert* aufweisen³⁰, obschon sie einen *wirtschaftlichen Wert* verkörpern, der vom Haftpflichtrecht nicht einfach ignoriert werden darf. Würde der rechtliche Schadensbegriff sich ausschliesslich an der Vermögensbilanz orientieren, wäre die Beschädigung, Zerstörung oder Entwendung von Verbrauchs- bzw. unterjährigen Gebrauchsgütern (z.B. Lebensmittel, tägliches Verbrauchsmaterial) *kein Schaden*, da diese am *nächsten Bilanzstichtag* verbraucht sind und kein werthaltiges bzw. aktivierbares Gut (mehr) darstellen. Aus rechtlicher Sicht ist daher der *Zeithorizont* für den (nächsten) Bilanzstichtag viel kürzer zu wählen, als dies in der betriebswirtschaftlichen Buchhaltung der Fall ist. Der *rechtlich relevante Zeithorizont* lässt sich nun allerdings *nicht abstrakt* bestimmen, da die vermögensmässigen Auswirkungen eines schädigenden Verhaltens (Handlung, Unterlassung) innert Sekunden (z.B. bei einer Sachbeschädigung) oder erst nach Jahren (z.B. bei Krankheit und Invalidität) eintreten können. Die traditionelle Formel, wonach sich der Schaden aus der Differenz zwischen dem Nettovermögensstand *mit* der schädigenden Handlung und dem hypothetischen Nettovermögensstand *ohne* die schädigende Handlung ergibt, lässt also die *zentrale Frage* nach dem mass-

²⁹ So werden typischerweise *Fürsorge-* oder *Versorgungsleistungen Dritter* angesichts ihrer Zwecksetzung, den Geschädigten (und nicht den Schädiger) finanziell zu entlasten, nicht auf dessen Schaden angerechnet; KRAMER, OR AT, N 339; SCHWENZER, OR AT, N 15.14. – *Summenversicherungen*, für welche der Geschädigte Prämien bezahlt hat, sollen ihm persönlich zugute kommen und werden daher nicht auf den Schaden angerechnet, sondern können mit der Entschädigung für den Schadenersatz kumuliert werden (vgl. BGE 119 II 361, 363 ff.; Art. 96 VVG).

³⁰ Zur Frage der *Aktivierungsfähigkeit* sowie *Aktivierungspflicht* von wirtschaftlichen Gütern, vgl. aus dem Steuerrecht statt vieler, BRÜLISAUER/POLTERA, Kommentar direkte Bundessteuer, Art. 58 N 58 ff.

geblichen *Referenzzeitpunkt* offen³¹ und ist insofern eine "Leerformel". Diese Frage wird auch von der buchhalterischen Betrachtungsweise nicht beantwortet.

bb) Erwerbsunfähigkeit

Die *Arbeitskraft* und damit die (selbständige oder unselbständige) *Erwerbsfähigkeit* einer Person stellt *keinen aktivierbaren Wert* dar, welcher in deren Vermögensbilanz als Aktivum erscheint. Erst wenn eine Person tatsächlich entgeltliche Arbeit verrichtet hat und ihr daraus ein *Lohnanspruch* gegenüber dem Arbeitgeber bzw. ein *Honoraranspruch* gegenüber dem Auftraggeber oder Besteller erwachsen ist, schlägt sich dies in ihrer Vermögensbilanz als Zunahme der Aktiven (Debitoren) nieder. Wenn in Art. 46 Abs. 1 OR der Gesetzgeber die Nachteile aus (vollständiger oder teilweiser) Arbeitsunfähigkeit als ein Schadenselement betrachtet³², handelt es sich somit buchhalterisch um *künftige Aktiven*, die in die Berechnung des Schadens als Nettovermögensdifferenz einbezogen werden. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass die *zukünftige wirtschaftliche Nutzung der eigenen Arbeitskraft* als Schaden betrachtet wird³³, obschon die Arbeitskraft als solche weder in der aktuellen noch in der künftigen Vermögensbilanz als Aktivum erscheint. Diese Feststellung ist deshalb von Interesse, weil der *Nutzenentgang* an einem vorübergehend nicht mehr nutzbaren Aktivum (z.B. beschädigtes Fahrzeug, nicht bewohnbare Zimmer einer Wohnung etc.) üblicherweise *nicht* als Schaden betrachtet wird³⁴.

cc) Unwiderrufliche Löschung elektronischer Daten

Werden elektronische Daten auf einem Datenträger *unwiderruflich gelöscht*, so kann dies u.U. wirtschaftlich eine wesentliche Beeinträchtigung darstellen, wenn die Wiederbeschaffung oder Wiedererarbeitung der gelöschten Daten, sofern dies überhaupt möglich ist, einen erheblichen finanziellen Aufwand bedeutet. Es leuchtet deshalb ein, dass der Gesetzgeber den Straftatbestand der *Datenbeschädigung*, welcher grundsätzlich als Antragsdelikt ausgestaltet

³¹ Vgl. dazu insbesondere, CHAPPUIS, Dommage, passim.

³² Vgl. dazu BGE 127 III 403, 404 f.; 116 II 295, 297 f.

³³ Vgl. BGE 113 II 345, 348 ("Aus dem wirtschaftlichen Schadensbegriff des schweizerischen Rechts...folgt sodann, dass eine bei Teilinvalidität theoretisch verbleibende Erwerbsfähigkeit haftpflichtrechtlich unberücksichtigt bleiben muss, wenn sie *wirtschaftlich nicht mehr nutzbar* ist..." [Hervorhebung hinzugefügt]); REY, Haftpflichtrecht, N 231.

³⁴ Siehe dazu, unten Abschnitt V/C/1/a/bb, S. 41.

ist³⁵, in jenen Fällen zum Officialdelikt erhoben hat, wo der Täter durch die Datenbeschädigung einen "grossen Schaden" anrichtet³⁶.

Die Schädigung einer Person durch eine widerrechtliche und unwiderrufliche Löschung elektronischer Daten lässt sich nun freilich buchhalterisch dann nicht adäquat erklären, wenn *kein aktivierungsfähiges* Immaterialgüterrecht (z.B. Patent, Marke) davon betroffen ist³⁷. So würde es beispielsweise beim vorliegenden Beitrag an einem aktivierungsfähigen Immaterialgüterrecht fehlen. Obwohl in dessen Abfassung etliche Arbeitsstunden geflossen sind und dem Verfasser am Text ein Urheberrecht zusteht, kommt dem Beitrag über den nächsten Bilanzstichtag hinaus kein wirtschaftlich feststellbarer Wert zu. Dementsprechend figuriert der Beitrag auch nicht in der Vermögensbilanz des Verfassers. Angenommen der Tagungsbeitrag wäre in elektronischer Form – also vor seiner Publikation in Buchform – unwiderruflich und widerrechtlich von einem Dritten gelöscht worden, so läge nach der *Nettovermögensdifferenz kein Schaden* und damit auch keine Haftpflicht vor. An diesem Ergebnis vermag auch das Argument, ein Schaden entstehe insofern, als die nochmalige Verfassung des Beitrags einen erheblichen Arbeitsaufwand mit entsprechenden Lohnkosten verursachen würde, nichts zu ändern, denn das Vorliegen eines Schadens (Tatbestandsvoraussetzung) kann nicht mit den Kosten seiner Beseitigung (Rechtsfolge) begründet werden. Oder an einem andern Beispiel erläutert: Ein Auto muss – mit entsprechenden Kostenfolgen – repariert werden, weil es beschädigt worden ist und es nicht, umgekehrt, beschädigt, weil seine Reparatur Kosten verursacht³⁸. Die buchhalterische Betrachtung

³⁵ Vgl. Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

³⁶ Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 StGB besagt: "Hat der Täter [durch Datenbeschädigung] einen grossen Schaden verursacht, so kann auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt werden. Die Tat wird von Amtes wegen verfolgt." Vgl. auch BSK StGB II-WEISSENBARGER, Art. 144^{bis} N 42 f.

³⁷ Wer selber durch eigene Tätigkeit (oder durch die Tätigkeit von Hilfspersonen) *originär* ein Immaterialgüterrecht schafft, das *über den Bilanzstichtag hinaus einen Nutzen* abwirft, *kann* diesen wirtschaftlichen Wert in der Bilanz als Aktivum aufführen (Aktivierungsfähigkeit), soweit sich der künftige Nutzen zuverlässig bewerten lässt. Wer *entgeltlich* und *derivativ* ein Immaterialgüterrecht von einem Dritten erwirbt, *must* das entsprechende Immaterialgüterrecht in der Bilanz aktivieren (Aktivierungspflicht). Vgl. BRÜLISAUER/POLTERA, Kommentar direkte Bundessteuer, Art. 58 N 66.

³⁸ Es muss also klar zwischen dem *eingetretenen Schaden* als *Nettovermögensdifferenz* und den *Kosten*, welche aufgewendet werden müssen, um das beschädigte Vermögensobjekt wieder instandzustellen, unterschieden werden. Die Instandstellungskosten des Geschädigten sind *nettovermögensneutral* und stellen *keinen Schaden* dar, da dem Geschädigten im Umfang der Kosten ein Gegenwert zufließt. Die Reparaturkosten können höchstens als *rechnerische Hilfsgrösse* beigezogen werden, um den *Umfang* der eingetretenen Nettovermögensverminderung abzuschätzen, wobei diese Hilfsgrösse unzuverlässig ist, da sie beispielsweise den *merkantilen Minderwert* des

tungsweise stösst also auch bei dieser Konstellation an Grenzen und vermag den Schaden nicht hinreichend zu erklären bzw. zu erfassen.

dd) Reine Umweltschäden

Gemäss Art. 59a USG³⁹ haftet der Inhaber eines *umweltgefährdenden Betriebs* oder einer umweltgefährdenden Anlage für den Schaden, der durch Einwirkungen aus der Verwirklichung des Betriebs- bzw. Anlagerisikos entsteht⁴⁰. Von dieser Haftungsbestimmung werden *reine Umweltschäden*, wie die Verschmutzung von Luft, Wasser und Boden als *Allgemeingüter* nicht erfasst, sondern nur Schäden (Personen-, Sach- oder reine Vermögensschäden), welche *einzelnen Personen* aus umweltschädigenden Betrieben oder Anlagen entstehen⁴¹. Reine Umweltschäden (ökologische Schäden) unterliegen lediglich (aber immerhin) dem Verursacherprinzip von Art. 59 USG, wonach der Verursacher für die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen aufkommen muss⁴². Bei reinen Umweltschäden versagt die buchhalterische Betrachtungsweise *a priori*, da die Umwelt als (eigentumsrechtlich nicht individuell zugeeignetes) Allgemeingut in keiner privaten Vermögensbilanz als Aktivum zu Buche steht⁴³.

reparierten Vermögenobjekts nicht reflektiert. Diese Zusammenhänge werden in der Rechtsprechung z.T. nicht klar dargestellt. So etwa in BGE 127 III 73, 76 ("Nach Art des Schadens wird unterschieden zwischen Personenschaden, Sachschaden und sonstigem Vermögensschaden. Soweit hier wesentlich, kann der Umfang eines Sachschadens entweder nach dem Minderwert des betroffenen Aktivums oder nach der Vergrösserung der Passiven infolge zusätzlicher Beseitigungs- oder Reparaturkosten bestimmt werden.").

³⁹ Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

⁴⁰ Art. 59a Abs. 1 USG lautet: "Der Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist, haftet für den Schaden aus Einwirkungen, die durch die Verwirklichung dieser Gefahr entstehen. Bei Schäden, die beim Umgang mit pathogenen Organismen entstehen, gilt Artikel 59a^{bis}."

⁴¹ Vgl. Botschaft USG-Revision, BBl 1993 II 1450 ("Der eigentliche Umweltschaden (z.B. die Kosten für die Wiederaussetzung freilebender Tiere) ist vom Absatz 1 nicht anvisiert, denn die Bestimmung bleibt – wie bereits erwähnt – im Rahmen des klassischen Haftpflichtrechts. Sie erfasst somit nur den Schaden an Leib, Leben und Vermögen, und auch diesen nur, wenn er durch eine Einwirkung...entsteht"); vgl. auch TRÜEB, USG-Kommentar, Art. 59a N 68 ff.; CHAPPUIS, Dommage environnemental, 6; SCHWENZER, OR AT, N 54.14 ff.; WESSNER, Responsabilités environnementales, N 16 und 86.

⁴² Vgl. dazu, CHAULMONTET, Verursacherhaftungen, 7 ff.; 75 ff.

⁴³ Vgl. auch DUPONT, Dommage écologique, 132; WESSNER, Responsabilités environnementales, N 20; IDEM, Risques de développement, 450. – Dies hat freilich den Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts nicht daran gehin-

D. Nettovermögensdifferenz oder Wertveränderung des Einzelaktivums bzw. Einzelpassivums?

1. Problemlage

Die vorstehenden Überlegungen zur buchhalterischen Betrachtung des Schadens nach dem Kriterium der Nettovermögensdifferenz zeigen, dass sich jene Sachverhalte, wo das Vorliegen eines Schadens unproblematisch ist, mit diesem Ansatz befriedigend erfassen und erklären lassen. Bei *komplexeren Sachverhalten* versagt hingegen die Nettovermögensdifferenz weitgehend als Kriterium zur Feststellung des Schadens⁴⁴. Es fragt sich daher, ob nicht besser auf die Wertverminderung des *Einzelaktivums* bzw. die Wertzunahme des *Einzelpassivums* abgestellt werden sollte. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den *Baumschäden* illustriert, dass die Frage nicht nur von dogmatischer, sondern auch von praktischer Bedeutung ist.

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Baumschäden

a) BGE 127 III 73 ff.

In BGE 127 III 73 ff. hatte das Bundesgericht den Fall zu beurteilen, dass eine Autofahrerin bei einem Selbstunfall mit einem Baum am Strassenrand kollidierte und der Baum dadurch beschädigt wurde, so dass er in (fernerer) Zukunft würde gefällt werden müssen. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass der Baum nach dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip Bestandteil des (öffentlichen) Grundstücks bilde⁴⁵ und seine Beschädigung grundsätzlich den Wert des Grundstückes beeinträchtige. Allerdings sei es auch denkbar, dass ein Grundstück keine Werteinbusse erleide oder sogar an Wert zunehme (z.B. wenn die Fällung des Baumes die Überbaubarkeit eines Grundstückes ermögliche und damit dessen Verkehrswert steigen lasse). Falls sich die

dert, den *reinen Umweltschaden* (VE-Art.45d) als Teil des *Vermögensschadens* (VE-Art. 45 Abs. 2) zu betrachten und damit stillschweigend einen komplett *neuen Vermögensbegriff* zu verwenden, ohne diesen näher zu erläutern oder zu begründen.

⁴⁴ Genau genommen läuft das Kriterium der Nettovermögensdifferenz zur Feststellung des Schadens letztlich auf die *tautologische Aussage* hinaus, der *Schaden bestehe darin, dass er entstanden* sei. In der Tat besagt die Formel der Schaden ergebe sich aus einem Vergleich des Nettovermögensstandes *mit* der schädigenden Handlung und dem (hypothetischen) Nettovermögensstand *ohne* die schädigende Handlung letztlich nur, dass *ohne das schädigende Ereignis kein Schaden entstanden* wäre und die Nettovermögensdifferenz Null betragen würde bzw. dass mit dem Eintreten des Schadens eine Nettovermögensdifferenz entstanden sein müsse. Die eigentlich relevante Frage, weshalb der Schaden sich an der Nettovermögensdifferenz zu orientieren hat, wird dadurch nicht beantwortet.

⁴⁵ Art. 667 Abs. 2 ZGB.

Werteinbusse des Grundstücks nicht mit vernünftigem Aufwand bestimmen lasse, sei es gerechtfertigt, "zur Berechnung des Schadens vom Baum selbst als der vom schädigenden Ereignis direkt betroffenen Sache auszugehen"⁴⁶. Dementsprechend stellte das Bundesgericht für die Schadensberechnung auf den Wert des *beschädigten Baumes* ab und orientierte diesen Wert grundsätzlich an den *Anschaffungskosten* für einen Baum gleicher Art und Grösse⁴⁷. Da allerdings für eine siebzigjährige Esche ein gleichwertiger Ersatzbaum nicht gepflanzt werden könne und "in der Schweiz seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung"⁴⁸ vorherrsche, sei ein dem beschädigten Baum altersmässig möglichst nahe kommender Ersatzbaum als Schadenersatz geschuldet. Dabei gleiche sich der Vorteil der höheren Lebenserwartung des jüngeren Ersatzbaumes einerseits mit dem Nachteil seines anfänglich noch geringeren Entwicklungsstandes andererseits wertmässig ungefähr aus.

b) *BGE 129 III 331 ff.*

Nur zwei Jahre später sah sich das Bundesgericht mit dem Fall konfrontiert, dass im Grenzbereich zwischen zwei Nachbargrundstücken der eine Grundstückseigentümer durch seinen Gärtner auf dem angrenzenden Grundstück zwei 25 bis 30-jährige Buchen auslichten und eine Fichte fällen liess, worauf der betroffene Nachbar Schadenersatz verlangte. In seinem Urteil stellte das Bundesgericht vorerst fest, dass im *Normalfall* die Beschädigung eines Baumes *keine* Auswirkung auf den *Verkehrswert* des Grundstücks habe. Seltene Extremfälle, wo das Gegenteil zutrefte, dürften nicht verallgemeinert werden⁴⁹. Vielmehr sei das *Interesse* des betroffenen Eigentümers an der *Wiederherstellung des früheren Zustandes* massgeblich, da der vom Bundesgericht ständig verwendete Schadensbegriff *nicht ausschliesslich objektiv* zu verstehen sei, sondern als *subjektive* Komponente auch das *Erhaltungsinteresse* des Geschädigten beinhalte. Falls ein sachliches Interesse des Eigentümers an der Unversehrtheit seines Baumes bestehe, dürfe das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht deshalb verneint werden, weil der Verkehrswert des Grundstücks sich nicht verringert habe. Daher sei ein Geldersatz "*unabhängig* von einer allfälligen *Vermögenseinbusse* im Sinne des *allgemeinen Schadensbegriffes* (Differenzhypothese) zu leisten."⁵⁰

⁴⁶ BGE 127 III 73, 76.

⁴⁷ BGE 127 III 73, 79.

⁴⁸ BGE 127 III 73, 80.

⁴⁹ BGE 129 III 331, 333.

⁵⁰ BGE 129 III 331, 334 [Hervorhebung hinzugefügt].

3. Diskussion

a) Ausgangslage

Im Normalfall lässt das (unbefugte) Fällen, Beschädigen oder Zurückschneiden eines Baumes den *Verkehrswert* des betroffenen Grundstücks *unverändert*, so dass nach der Nettovermögensdifferenz *kein Schaden* vorliegt. Solche Eingriffe in fremdes Eigentum führen nach diesem Kriterium somit zu *keinen haftpflichtrechtlichen* Konsequenzen. Strafrechtlich würde dagegen grundsätzlich eine Sanktion eingreifen⁵¹. Unterschiedliche Rechtsfolgen des Haftpflichtrechts einerseits und des Strafrechts andererseits für ein und denselben Sachverhalt stellen an und für sich keine Besonderheit dar, da der strafrechtliche Schutz im Interesse der Allgemeinheit teilweise früher einsetzt als der haftpflichtrechtliche Schutz im Interesse des Geschädigten. So bleibt beispielsweise der *Schädigungsversuch* und die blosse *Gefährdung* des Vermögens einer Person haftpflichtrechtlich ohne Folgen, während im Strafrecht sowohl der Versuch als auch die blosse Gefährdung geschützter Güter grundsätzlich eine Sanktion auslöst⁵². Dennoch ist fraglich, ob das Haftpflichtrecht *Beeinträchtigungen* des Eigentums, die sich *nicht* im Nettogesamtvermögen der betroffenen Person auswirken, einfach ausblenden darf. Dies ist zu *verneinen*. Wenn in einer Rechtsordnung das (unbefugte) Fällen eines fremden Baumes zu keinem Schadenersatzanspruch des Verletzten führt, so stellt dies weniger das tatsächliche *Vorliegen* eines *Schadens* in Frage als vielmehr die *Tauglichkeit* des Kriteriums der Nettovermögensdifferenz, welches das Haftpflichtrecht zur Feststellung des Schadens einsetzt. Insofern ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es in BGE 129 III 331 eine *Haftung bejaht* hat. Allerdings hat es die Rechtslage zu wenig differenziert dargestellt und sich zu unvorsichtigen Aussagen über den Schadensbegriff verleiten lassen. Dies soll im Folgenden kurz erläutert werden.

b) Einzelaktivum bzw. Einzelpassivum als Kriterium der Schadensfeststellung

Baumschäden werfen dogmatisch nicht nur die Frage auf, ob das Vorhandensein und das Ausmass eines rechtlich relevanten Schadens statt an der *Nettogesamtvermögensdifferenz* an der Wertveränderung des betroffenen *Einzelaktivums* bzw. *Einzelpassivums* des Verletzten zu orientieren ist, sondern auch spezifischer und pointierter, ob der Schaden in der Wertveränderung eines

⁵¹ Im Vordergrund steht Art. 144 StGB (Sachbeschädigung) und Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch).

⁵² Vgl. insbesondere Art. 11 Abs. 2, 21–23, 47 Abs. 2, 127, 129, 219, 224, 225, 226^{bis}, 229, 230, 230^{bis}, 235, 237–239, 260^{quater} StGB.

blossen *Bestandteils* eines *Einzelaktivums* liegen kann oder nicht. In der Tat lässt das (unbefugte) Fällen, Beschädigen oder Zurückschneiden eines fremden Baumes normalerweise den Verkehrswert des betroffenen *Grundstücks* als Einzelaktivum, zu welchem der Baum als Bestandteil gehört⁵³, *unverändert*. Eine Orientierung des Schadensbegriffs am bilanzierten *Einzelaktivum* (Grundstück) führt daher zur Verneinung eines Schadens und schliesst eine Haftung aus, obschon der Baum u.U. gefällt ist und die Anpflanzung eines neuen Baumes massgebliche Kosten verursacht. Die *relevante Frage* ist daher, ob ein Schaden auch dann vorliegt, wenn zwar das betroffene *Einzelaktivum* selber *keine Wertbeeinträchtigung* erleidet, aber dessen *Bestandteil* eine Werteinbusse erfährt. Diese Frage ist zu *bejahen*. Es liegt in der Natur grösserer und wertvollerer Einzelaktiva, dass die Beeinträchtigung ihrer Bestandteile den Gesamtwert des betroffenen Aktivums u.U. unverändert lassen kann, aber dennoch der *Bestandteil selber* eine *Werteinbusse* erleidet. Es ist daher nicht sachgerecht, den Schaden an der Wertdifferenz des Nettogesamtvermögens bzw. an der Wertveränderung des betroffenen Einzelaktivums zu orientieren, wenn die Werteinbusse sich nur auf der Ebene des *Bestandteils* manifestiert. Wer im Garten des Nachbarn unerlaubt dessen Edelrosen abschneidet und sich aneignet, fügt diesem einen Schaden zu, obwohl der Verkehrswert des Nachbargrundstücks sich dadurch nicht verringert. Die abgeschnittenen Rosen haben einen wirtschaftlichen Wert (z.B. Fr. 5.- pro Stück), welcher unabhängig von einer Werteinbusse des Grundstückes besteht und beispielsweise durch den Verkauf an einen Dritten realisiert werden kann⁵⁴. Der klassische Ansatz, wonach der Schaden sich aus einem Vergleich des Nettogesamtvermögensstandes *mit* und dem Nettogesamtvermögensstand *ohne* das schädigende Ereignis ergibt, erweist sich damit als *inadäquate (Leer)Formel*⁵⁵

⁵³ Art. 667 Abs. 2 ZGB.

⁵⁴ Dass *Bestandteile* einer Sache u.U. einen Wert haben, der sich *nicht* im Wert der *Sache selber* widerspiegelt, ist nichts Ungewöhnliches. Angenommen ein Autofahrer verursacht infolge übersetzter Geschwindigkeit einen Selbstunfall, durch welchen sein Auto einen *Totalschaden* erleidet. Mit einem Alteisenhändler vereinbart er, dass dieser das Autowrack am nächsten Tag kostenlos entsorgt, da der Altmaterialwert des Autos den Transport- und Verwertungskosten entspricht. Falls in der Nacht vor dem Abtransport des Autowracks ein Garagist eine Autotüre abmontiert, da er sie für die Reparatur eines Autos gleicher Marke verwenden kann, wird der Autofahrer als Eigentümer des Autowracks im Umfang des *Wertes* der Türe als *Ersatzteil* und nicht bloss des Wertes als Alteisenware geschädigt.

⁵⁵ Siehe dazu bereits oben, Fn. 44. – Dass die Umschreibung des Schadens als *Nettovermögensdifferenz* zu einer *stehenden Floskel ohne viel Substanz* geworden ist, zeigt etwa auch BGE 116 II 441, 444, wo zur Vermögensdifferenz ausgeführt wird, der Differenzbestimmung unterliege "das vom schädigenden Ereignis *betroffene Rechtsgut*" wozu *ausnahmsweise* auch das Gesamtvermögen gehöre. Abgesehen davon, dass das Vermögen privatrechtlich kein eigenständiges Rechtsgut darstellt, sondern sich

und sollte *aufgegeben* werden⁵⁶. Abzustellen ist stattdessen auf die Wertbeeinträchtigung⁵⁷ des *Einzelaktivums* bzw. dessen *Bestandteile* oder des *Einzelpassivums*. Damit lassen sich *Pflanzenschäden* adäquat lösen. Wer unbefugt einen fremden Baum fällt oder zerstört, beeinträchtigt den (natürlichen) *Bestandteil* eines werthaltigen Aktivums und richtet damit einen Schaden an, auch wenn sich dieser u.U. nicht in einem Wertverlust des Einzelaktivums als solchem (*in casu* dem Grundstück) niederschlägt. Ein lebender Baum, welcher im Frühling durch duftende Blüten, im Sommer durch kühlen Schatten, im Herbst durch ein goldfarbenedes Blätterkleid und im Winter durch mit Rau-reife überzogene Äste erfreut, ist *wirtschaftlich* offensichtlich *mehr wert* und erzielt auf dem Markt einen höheren Preis als ein gefälltter Baum, welcher bestenfalls noch als Bauholz und schlimmstenfalls noch als Brennholz verwendet werden kann. Dies gilt auch dann, wenn der Wert des Grundstücks sich durch die Fällung des Baumes nicht verändert. Der Umstand, dass der konkret gefällte Baum unter Umständen so gross ist, dass ein gleichwertiger Ersatz im Handel nicht erhältlich ist, weil Bäume dieser Grösse sich nicht mehr verpflanzen lassen, stellt das *Vorliegen* eines Schadens in keiner Weise in Frage, sondern erschwert lediglich dessen *Berechnung*, welche vom Bundesgericht durchaus sachgerecht vorgenommen worden ist⁵⁸.

Einen Grenzfall kann das (unbefugte⁵⁹) *Zurückschneiden* eines fremden Baumes darstellen. Sofern das Zurückschneiden fachmännisch erfolgt ist, dürfte sich der Wert des Baumes (als Bestandteil des Grundstücks) nicht vermindern oder jedenfalls nur in einem Umfang, welcher nach dem Grundsatz *de minimis non curat praetor* vernachlässigbar ist. Falls jedoch das Zurückschneiden so unfachmännisch erfolgt, dass anschliessend *Pflegemassnahmen*

im Wesentlichen aus dinglichen und obligatorischen Rechten sowie Immaterialgüterrechten zusammensetzt, macht es wenig Sinn, den Schaden *pro forma* als Nettogesamtvermögensdifferenz zu umschreiben, um dann dennoch regelmässig auf der Ebene des *einzelnen Rechtsgutes* zu bestimmen.

⁵⁶ Kritisch zur Nettovermögensdifferenz auch HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1 N 32.

⁵⁷ Diese Wertbeeinträchtigung besteht bei einem *Einzelaktivum* in dessen Abnahme oder Nichtzunahme und bei einem *Einzelpassivum* in dessen Zunahme oder Nichtabnahme.

⁵⁸ Das Bundesgericht bestimmt den Schadensumfang anhand der *Beseitigungskosten* des alten Baumes, den *Anpflanzungskosten* für einen gleichartigen und möglichst gleich alten neuen Baum, den allfälligen *Pflegekosten* für den neugepflanzten Baum sowie den *Wiederherstellungskosten* für die Umgebung (BGE 127 III 77). Den Vorteil der längeren Lebenserwartung des neuen Baumes mit dessen Nachteil des anfänglich geringeren Wachses betrachtet es richtigerweise als ungefähr gleichwertig (BGE 127 III 81).

⁵⁹ Soweit ein *Kapprecht* besteht, über die Grundstücksgrenze herüberhängende Äste abzuschneiden, liegt kein unbefugter Eingriff in fremdes Eigentum vor (vgl. Art. 687 ZGB; BGE 131 III 505 ff.).

erforderlich werden, liegt eine Beeinträchtigung des *wirtschaftlichen Wertes* des betroffenen Baumes vor, da dieser in seinem beeinträchtigten Zustand nur noch mit einem entsprechenden Preisabschlag verkauft werden könnte. Der eingetretene Schaden lässt sich dann anhand der *Kosten* für die Pflegemassnahmen berechnen, die erforderlich sind, um den gesunden Weiterwuchs des Baumes sicherzustellen.

c) *Subjektivierung des Schadensbegriffs?*

In BGE 129 III 331 vertritt das Bundesgericht die Meinung, der klassische Schadensbegriff sei nicht bloss objektiv zu verstehen, sondern beinhalte historisch seit je eine *subjektive Komponente*, welche sich aus dem "*Erhaltungsinteresse* des Geschädigten"⁶⁰ ergebe. Daher sei ein Geldersatz (Schadenersatz) losgelöst von einer Vermögenseinbusse gemäss dem allgemeinen Schadensbegriff (Differenztheorie) zu leisten⁶¹. Mit dieser Umschreibung führt das Bundesgericht implizit einen *neuen Schadensbegriff* ein, indem unter Schaden das *subjektive wirtschaftliche Interesse* an der *Wiederherstellung des früheren Zustandes*, d.h. des Zustandes vor dem widerrechtlichen Eingriff des Schädigers verstanden wird. Diese Betrachtungsweise ist aus verschiedenen Gründen *abzulehnen*:

- Zunächst fällt auf, dass das Bundesgericht mit einer *petitio principii* argumentiert, wenn es ausführt, der klassische Schadensbegriff beinhalte das subjektive Erhaltungsinteresse des *Geschädigten*⁶². Ist der in seinem Vermögen Verletzte *geschädigt*, so lässt sich das Vorhandensein des Schadens nicht mit dem subjektiven Erhaltungsinteresse an der Wiederherstellung des früheren Zustandes begründen. Mit andern Worten, das Wiederherstellungsinteresse ist die *Folge* der Schädigung und nicht umgekehrt.
- Sodann findet der *subjektivistische Schadensbegriff* des Bundesgerichts *keine* klare Stütze in der von ihm zitierten Literatur⁶³. HONSELL weist lediglich darauf hin, dass der Schadensbegriff nach der Differenztheorie dem Interessenbegriff entspreche, welchen er jedoch deutlich an der *Vermögenseinbusse*⁶⁴ und nicht am *subjektiven Interesse* des Geschädigten

⁶⁰ BGE 129 III 331, 333 [Hervorhebung hinzugefügt].

⁶¹ BGE 129 III 331, 334.

⁶² BGE 129 III 331, 333.

⁶³ Vgl. die zitierte Literatur in BGE 129 III 333 f.

⁶⁴ HONSELL, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., 2000, 6.

orientiert⁶⁵. Gleiches gilt für HONSELL/MAYER-MALY/SELB⁶⁶ und ROBERTO⁶⁷, welche nirgends die Ansicht vertreten, der Schadensbegriff richte sich nach dem *subjektiven Interesse* des Verletzten. LÜCHINGER schliesslich stellt klar, dass mit dem Begriff des "Interesses" nicht der Schaden definiert bzw. umschrieben werden solle, sondern die Berechnung des Schadenersatzes⁶⁸. Mit andern Worten, das Bundesgericht vermischt in seinen Erwägungen das Vorliegen eines *Schadens* einerseits, mit dem *Interesse* des Verletzten an der *Beseitigung* des erlittenen Schadens anderseits.

- Der Schaden als zentrale Haftungsvoraussetzung lässt sich in einer Rechtsordnung, die ein Mindestmass an *Rechtssicherheit* bieten soll, nicht *subjektivistisch* definieren, wie dies das Bundesgericht in BGE 129 III 331 ff. versucht. Wenn der Begriff des Schadens seine Funktion als *objektive* Haftungsvoraussetzung erfüllen soll, darf er nicht von der subjektiven Lage des Verletzten, d.h. von seinem persönlichen Interesse an der Schadensbeseitigung im konkreten Einzelfall abhängig sein. Vielmehr muss der Schaden ein *objektiviertes Konzept* bleiben. Zwar ist der Schaden durchaus *normativ* geprägt, weil er sich nicht strikt als ontologisches Konzept fassen lässt, aber in seiner normativen Ausprägung stellt er eine *allgemeingültige* und *objektive Haftungsvoraussetzung* dar, die nicht einfach, unabhängig von einer Vermögenseinbusse, durch die persönliche Interessenlage des Verletzten bestimmt sein kann.
- Statt den haftpflichtrechtlichen Schadensbegriff zu subjektivieren, hätte man sich auch überlegen können, mit einer weiten Auslegung des *sachenrechtlichen* Begriffs der *Eigentumsstörung*⁶⁹ (bzw. Besitzesstörung)⁷⁰ zu argumentieren. Dies in dem Sinne, dass mit der (unbefugten) Beseitigung des Baumes auf dem Nachbargrundstück ein (fortdauernder) *Störungszustand* geschaffen wird, dessen *Beseitigung* die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Anpflanzung eines gleichartigen und gleichwertigen

⁶⁵ Demgegenüber will das Bundesgericht gerade "unabhängig von einer Vermögenseinbusse" (BGE 129 III 333, 334) einen Ersatz zusprechen.

⁶⁶ HONSELL/MEYER-MALY/SELB, Römisches Recht, 224.

⁶⁷ ROBERTO, Schadensrecht, 11 ff.

⁶⁸ LÜCHINGER, Schadenersatz, N 57 ff.

⁶⁹ Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB kann der Eigentümer "jede ungerechtfertigte Einwirkung" auf sein Eigentum abwehren (*actio negatoria*, Eigentumsfreiheitsklage). Das unbefugte Fällen eines Baumes liesse sich durchaus als Eingriff ins Grundstück interpretieren, welcher einen *Störungszustand* (z.B. dauerhafter Entzug von Schatten, von Baumfrüchten etc.) schafft, der einen Anspruch auf Beseitigung der anhaltenden Störung begründen kann.

⁷⁰ Art. 928 ZGB.

gen Ersatzbaumes erfordert. Damit hätte der Fall wohl möglicherweise ausserhalb der Schadenersatzproblematik gelöst werden können, da die Störung keine finanzielle Schädigung voraussetzt⁷¹.

4. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Erörterungen lässt sich festhalten, dass die *Nettogesamtvermögensdifferenz* kein *taugliches Kriterium* für die begriffliche Umschreibung und tatsächliche Feststellung des Schadens als Haftungsvoraussetzung ist. Abzulehnen ist auch der bundesgerichtliche Versuch einer *Subjektivierung* des Schadensbegriffs, welcher vom Erfordernis einer Vermögenseinbusse absehen und stattdessen auf das *subjektive Erhaltungsinteresse* des Verletzten abstellen will. Dieser Ansatz ist zu verwerfen, weil es mit der Rechtsicherheit nicht vereinbar ist, wenn bei einer Sachbeschädigung die Existenz und der Umfang des Schadens vom jeweiligen subjektiven Interesse des verletzten Eigentümers abhängen. Der Vorteil des vermögensorientierten Ansatzes gegenüber dem interessenorientierten Ansatz liegt gerade darin, dass ersterer auf eine gewisse *Objektivierung* des Schadensbegriffs abzielt, indem es nicht vom subjektiven Interesse des Verletzten abhängt, ob ein Schaden vorliegt oder nicht. Das subjektive Interesse des *effektiv Geschädigten* an der *Schadensbeseitigung* mag allenfalls im Rahmen der Bemessung des Schadenersatzes⁷² oder bei der Beurteilung des prozessualen Klage- bzw. Rechtsschutzinteresses Berücksichtigung finden.

Vermag somit weder die Nettogesamtvermögensdifferenz noch das subjektive Erhaltungsinteresse als Kriterium zu überzeugen, so ist der Schaden richtigerweise grundsätzlich⁷³ an der *nachteiligen Wertveränderung* des *Einzelaktivums* bzw. des *Einzelpassivums* zu orientieren. Dabei kann die Werteinbusse (Abnahme, Nichtzunahme) das *Einzelaktivum* sowohl als *Ganzes* als auch bloss einzelne seiner *Bestandteile* betreffen. Analog kann beim *Einzelpassivum* die Wertbeeinträchtigung in der Zunahme oder Nichtabnahme der jeweiligen Verbindlichkeit oder eines blossen Teiles davon liegen.

⁷¹ STARK, Berner Kommentar, Art. 928 N 19 sowie Vorbemerkungen zu Art. 926-929 N 20. Vgl. auch BGE 66 I 228, 233 f., wo die unbefugte Ausübung des Kapprechts (Art. 687 ZGB) als Besitzesstörung angesehen und die Möglichkeit eines Störungszustandes ("*turbativa permanente*") grundsätzlich akzeptiert, im konkreten Fall aber verworfen wird.

⁷² Art. 43 Abs. 1 OR verweist auf die "Umstände" und damit auf das richterliche Ermessen nach Massgabe von Art. 4 ZGB. Zu diesen "Umständen" kann man auch das subjektive Interesse des Geschädigten an der Beseitigung des erlittenen Schadens zählen.

⁷³ Zur Relativierung des vermögensbezogenen Schadensbegriffs, siehe unten, Abschnitt IV, S. 27.

III. Immaterielle Unbill als vermögensunabhängige Beeinträchtigung der Persönlichkeit

A. Allgemeines

Nicht jeder Eingriff in die Rechtssphäre einer Person schlägt sich in deren Vermögen als wirtschaftlicher Nachteil, d.h. als Schaden nieder. Namentlich bei Eingriffen in die *Persönlichkeitsrechte*, welche üblicherweise⁷⁴ keinen bilanzierungsfähigen Vermögenswert darstellen, mangelt es an einem Schaden und damit auch an einer Schadenersatzpflicht. Das Fehlen jeglicher haftpflichtrechtlichen Sanktion bei Persönlichkeitsverletzungen ohne Vermögensbeeinträchtigung erscheint bei schweren Persönlichkeitseingriffen freilich sozialpolitisch und ethisch als problematisch. Es überrascht daher nicht, dass der Gesetzgeber mit Art. 47 und 49 OR sowie weiteren Einzelbestimmungen⁷⁵ eine Rechtsgrundlage geschaffen hat, um dem Schadenersatzrecht, welches dem Schutz der *Vermögenssphäre* dient, ein "Genugtuungsrecht" zur Seite zu stellen, welches die *Nichtvermögenssphäre* schützt, indem es eine Entschädigung für erlittene *seelische* oder *moralische Unbill* vorsieht. Anders als beim Vermögensschaden, welcher aufgrund des Schadenersatzrechts im Grundsatz vollständig *auszugleichen* ist, geht es bei der *immateriellen Unbill*, als nicht vermögensmässiger Beeinträchtigung des physischen, psychischen oder moralischen Wohls einer Person, um eine Entschädigung (Genugtuung), welche das erlittene körperliche, seelische oder moralische Leid bloss *lindern* soll und kann⁷⁶, da dessen Beseitigung bzw. Kompensation im eigentlichen Sinn nicht möglich ist⁷⁷.

⁷⁴ Dies kann sich ändern bei Personen, die in der Öffentlichkeit einen so hohen Bekanntheitsgrad erworben haben, dass sie ihre Persönlichkeitsrechte kommerziell verwerten können, wie dies bei erstklassigen Sportlern heute oft der Fall ist.

⁷⁵ Vgl. z.B. Art. 28a Abs. 3, 29 Abs. 2, 46 Abs. 1, 429a Abs. 1 ZGB; Art. 62 Abs. 1 SVG; Art. 9 Abs. 3 UWG; Art. 12 Abs. 1 lit. b KG; Art. 22 Abs. 1 OHG.

⁷⁶ Zur *Integritätsentschädigung*, welche dieselbe Funktion hat wie die Genugtuung, siehe BGE 134 III 581, 582.

⁷⁷ Vgl. BGE 115 II 156, 158 ("Ob und in welcher Höhe Genugtuung zuzusprechen ist, hängt demnach entscheidend von der Schwere der Unbill und der Aussicht ab, dass die Zahlung eines Geldbetrags den körperlichen oder seelischen Schmerz spürbar lindern wird."); BREHM, Berner Kommentar, Art. 47 N 9; ENGEL, Traité, 525. – Zum Teil wird diesbezüglich allerdings etwas unvorsichtig formuliert. So etwa in BGE 123 III 306, 315 ("Cette indemnité a pour but exclusif de *compenser* le préjudice que représente une atteinte au bien-être moral." [Hervorhebung hinzugefügt]). Vgl. auch OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 8 N 10 ff.

B. Qualifizierte Persönlichkeitsverletzung als Voraussetzung des Genugtuungsanspruchs

Nach der Grundbestimmung von Art. 49 OR⁷⁸ setzt der Genugtuungsanspruch in erster Linie eine *schwere Persönlichkeitsverletzung* voraus. Zusätzlich müssen die üblichen Voraussetzungen eines ausservertraglichen oder vertraglichen⁷⁹ *Haftungstatbestandes* erfüllt sein, also die Widerrechtlichkeit bzw. Vertragswidrigkeit, der Kausalzusammenhang⁸⁰ sowie – bei der Verschuldenshaftung – das Verschulden⁸¹. Mit andern Worten, es muss eine vertragliche oder ausservertragliche Haftung vorliegen, wobei an die Stelle des materiellen Schadens die *immaterielle Unbill (tort moral)* tritt, die das Opfer durch eine qualifizierte Persönlichkeitsverletzung erlitten hat. Sind diese Voraussetzungen erfüllt und ist *keine anderweitige Wiedergutmachung* (z.B. durch Entschuldigung oder Verzeihung) erfolgt, so hat das Opfer Anspruch auf eine Genugtuung⁸².

C. Art und Bemessung der Genugtuung

Die Genugtuung wird normalerweise in Form einer angemessenen⁸³ *Geldsumme*⁸⁴ bezahlt. Nach der neueren Rechtsprechung kann sie freilich auch als *Rente* geleistet werden⁸⁵, da Art. 43 OR nicht nur auf den materiellen Scha-

⁷⁸ Die in Art. 47 OR geregelte *Tötung* bzw. *Körperverletzung* stellt einen *Anwendungsfall* der *Persönlichkeitsverletzung* von Art. 49 OR dar. Nach herrschender Auffassung ist daher Art. 47 OR eine *lex specialis* zur allgemeinen Grundnorm von Art. 49 OR, vgl. BGE 123 III 204, 210; BREHM, Berner Kommentar, Art. 47 N 5; SCHWENZER, OR AT, N 17.03.

⁷⁹ Vgl. Art. 99 Abs. 3 OR; BGE 123 III 204, 206 f.

⁸⁰ Vgl. BGE 131 III 26, 29.

⁸¹ Vgl. BGE 126 III 161, 167; 131 III 26, 29 ("Les responsables sont tenus solidairement de réparer le tort moral... A l'égard de celui qui est responsable en vertu de l'Art. 41 CO, une faute doit être établie"); BREHM, Berner Kommentar, Art. 47 N 20; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 8 N 1. – Bei der Kausalhaftung entfällt das Verschulden nicht nur für den Schadenersatz, sondern auch für die Genugtuung (BGE 115 II 156, 158: "Da der Halter kausal haftet, ist für die Zusprechung von Genugtuung nicht erforderlich, dass die besonderen Umstände nach Art. 47 OR dem Schädiger oder Haftpflichtigen zum Verschulden reichen."); BGE 117 II 50, 56.

⁸² Zur *Verjährung* des Genugtuungsanspruchs vgl. BGE 123 III 204, 206 ff.

⁸³ Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Genugtuung, vgl. HIRSCH, Tort moral, 259 ff.

⁸⁴ Zu den *Bemessungskriterien* vgl. z.B. BGE 132 II 117, 119 f.; 125 III 412, 417 f.; 125 II 554, 556 ff.; 121 III 252, 255 ff.; 123 III 10 ff.; 117 II 50, 60 f.

⁸⁵ BGE 134 III 97, 100; bestätigt im Urteil vom 22. Juni 2009 (4A_157/2009), Erw. 3.

den, sondern auch auf die immaterielle Unbill (Genugtuung) anwendbar ist. Wird eine Genugtuungsrente zugesprochen, hat diese wertmässig ungefähr dem *Kapitalbetrag* zu entsprechen, der im konkreten Fall bezahlt würde⁸⁶.

Die längere Zeit umstrittene und vom Bundesgericht offen gelassene Frage, ob für die Bemessung der Genugtuung auf die massgeblichen Ansätze im Zeitpunkt des Unfalls oder des Urteils abzustellen ist, hat das Bundesgericht dahingehend entschieden, dass die Bemessungskriterien im Zeitpunkt des *Urteils* massgeblich sind und zusätzlich ab dem Zeitpunkt der *Persönlichkeitsverletzung* ein Genugtuungszins von 5% zu entrichten ist⁸⁷.

Das kontroverse Verhältnis von Art. 49 Abs. 2 OR und Art. 28 Abs. 1 ZGB, namentlich die Frage, ob eine *Urteilspublikation* als Form der *Störungsbeseitigung* zu betrachten ist und damit nicht als "andere Art der Genugtuung" in Betracht kommt, hat das Bundesgericht in dem Sinne entschieden, dass jedenfalls bei Ehrverletzungen die Urteilspublikation als Form der *Genugtuung* in Betracht kommt⁸⁸.

D. Das Affektionsinteresse bei Verletzung oder Tötung von Tieren

Seit der am 1. April 2003 in Kraft getretenen neuen Bestimmung in Art. 43 Abs. 1^{bis} OR⁸⁹ kann der Richter bei Verletzung oder Tötung eines *Haustieres*, welches nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten wird, bei der Bestimmung des Schadenersatzes den *Affektionswert* (*valeur affective*) angemessen berücksichtigen, den das Tier für den Halter bzw. dessen Angehörige hat. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Tiere nicht bloss *Sachen* sind, sondern der Halter zu seinem Tier eine *emotionale Beziehung* aufbaut und daher die Tötung (oder Verletzung) des Tieres das *emotionale Wohlbefinden* des Halters oder seiner Angehörigen beeinträchtigen kann⁹⁰. Geschützt wird also *nicht* der *wirtschaftliche Wert* oder *Nutzen* des Tieres, da zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehaltene Tiere gerade *nicht* unter diese Bestimmung fallen, sondern die emotionale Bindung des Halters an sein

⁸⁶ BGE 134 III 97, 100 ("Auf jeden Fall muss eine Genugtuungsrente in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Genugtuungsbeträgen in Kapitalform stehen, die in vergleichbaren Fällen zugesprochen werden").

⁸⁷ BGE 129 IV 149, 152 ff.; 131 III 12, 21; 132 II 117, 125 f.

⁸⁸ In diesem Sinn, BGE 131 III 26, 29 ff.

⁸⁹ AS 2003, 463 ff.

⁹⁰ Vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, Art. 43 N 88d.

Haustier. Demzufolge stellt Art. 43 Abs. 1^{bis} OR nichts anderes als einen *besonderen Anwendungsfall* der seelischen Unbill bzw. der *Genugtuung* dar⁹¹.

Mit dieser neuen Bestimmung hat der Gesetzgeber *Wertungswidersprüche* zwischen der Verletzung von Tieren einerseits und der Verletzung von Menschen andererseits in Kauf genommen, auf die bereits an anderer Stelle hingewiesen worden ist⁹². Es ist zu hoffen, dass die Rechtspraxis diese Widersprüche durch eine sehr restriktive Anwendung von Art. 43 Abs. 1^{bis} OR möglichst minimieren wird⁹³.

Unter dem Gesichtspunkt der vorliegend interessierenden Schadensproblematik ist für die weiteren Betrachtungen in erster Linie die Feststellung von Bedeutung, dass es sich beim Affektionswert von Tieren *nicht* um einen *neuartigen* "immateriellen Schaden" handelt, sondern um einen besonderen Anwendungsfall der klassischen Genugtuung⁹⁴.

IV. Weiterentwicklung des klassischen Schadensbegriffs

Der Schadensbegriff als normatives Konzept, welches den *rechtlich relevanten Schaden* erfassen und umschreiben will, lässt sich nicht ein für allemal definieren. Vielmehr unterliegt er einem allmählichen *Wandel*, da sich unsere Gesellschaft und damit auch deren Bedürfnisse im Laufe der Zeit verändern. Dieser evolutive Prozess manifestiert sich u.a. darin, dass dem *klassischen, vermögensbezogenen Schadensbegriff* im Haftpflichtrecht seit einiger Zeit der sogenannte "*normative*" Schaden gegenüber gestellt wird (nachstehend, Abschnitt A). Sodann wird die Frage nach der Relevanz eines sogenannten *Kommerzialisierungs-* bzw. *Frustrationsschadens* aufgeworfen (nachstehend, Abschnitt B).

⁹¹ So auch BREHM, Berner Kommentar, Art. 43 N 88 f.; WERRO, Responsabilité, N 167. a.M. C. CHAPPUIS, Que vaut Médor?, 32 ff.

⁹² PROBST, Tier als Risikofaktor, 42 ff.

⁹³ Soweit ersichtlich gibt es noch keine einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu. Vgl. BGer. 4C.317/2002 vom 20. Februar 2004 (blosser Hinweis auf Art. 43 Abs. 1^{bis} OR in Erw. 5.2. *in fine*).

⁹⁴ So bereits PROBST, Tier als Risikofaktor, 43.

A. Der "normative" bzw. "abstrakte" Schaden

Der Begriff des "normativen" Schadens ist unglücklich gewählt und missverständlich, denn – wie bereits erläutert⁹⁵ – ist auch der klassische Schadensbegriff normativer Natur. Aus diesem Grunde ist es zutreffender vom "abstrakten" Schaden zu sprechen, da sich dieser *nicht* als *konkrete Vermögensbeeinträchtigung* im klassischen Sinn manifestiert⁹⁶. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bisher der *Haushaltsschaden* sowie der *Pflege- und Betreuungsschaden* als "abstrakte" Schäden anerkannt worden.

1. Haushaltsschaden als abstrakter Schaden

Wird der haushaltsführende Ehegatte durch eine unerlaubte Handlung verletzt (→vorübergehende Arbeitsunfähigkeit), invalid (→dauernde Arbeitsunfähigkeit) oder gar getötet, so liegt ein gewöhnlicher Vermögensschaden in Form eines Personenschadens vor, falls die Haushaltsarbeit, welche das Opfer selber nicht mehr zu leisten vermag, durch eine zu *bezahlende Hilfsperson* verrichtet wird. In diesem Fall erhöhen sich die Passiven des Opfers (bzw. dessen Angehörigen) im Umfang der monatlich fällig werdenden Lohnforderungen der Hilfsperson, woraus eine Verminderung des Nettovermögens resultiert. Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob ein Schaden auch dann vorliegt, wenn *keine Hilfsperson* für die Führung des Haushalts beigezogen wird, sei es, dass der teilinvalid Ehegatte den Haushalt mit grösserem Zeitaufwand führt oder die bisherige, gewohnte Arbeitsqualität verringert (z.B. weniger häufiges Reinigen der Wohnung, weniger gediegenes Kochen), sei es, dass die Familienangehörigen den vom Opfer nicht mehr zu bewältigenden Teil der Hausarbeit selber übernehmen⁹⁷. Das Bundesgericht *bejaht* – unter dem Begriff des "normativen" Haushaltsschadens (*dommage domestique, préjudice ménager*) – das Vorliegen eines Schadens auch ohne Beizug einer (zu entlohnenden) Hilfsperson. Dabei orientiert es die Höhe dieses *abstrakten* Schadens am *hypothetischen Entgelt* für eine Ersatzkraft⁹⁸.

⁹⁵ Siehe dazu, oben Abschnitt II/A., S. 4 f.

⁹⁶ Vgl. auch BGE 127 III 403, 406 ("Der 'normativ', gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden..."), 407 ("abstrakte Berechnung des Haushaltsschadens"); 132 III 321, 332.

⁹⁷ BGE 127 III 403, 406; 131 III 360, 369; 132 III 321, 332.

⁹⁸ BGE 131 III 360, 373 ff.; 127 III 403, 406; 113 II 345, 351; 108 II 434, 436 ff.; Pra 84 (1995), 549, 555 ff.; siehe ebenfalls BGE 129 III 135, 151 ff. – Bereits in BGE 99 II 221, 223 hatte das Bundesgericht entschieden, dass die Mitarbeit der Familienangehörigen im Haushalt (infolge Teilinvalidität der Hausfrau) nicht als (ersatzunfähiger) Reflexschaden der Angehörigen, sondern als *eigener Schaden der Hausfrau* zu be-

2. Pflege- und Betreuungsschaden als abstrakter Schaden

Schon lange vor der Anerkennung des abstrakten Haushaltsschadens hat das Bundesgericht den *abstrakten Pflege- und Betreuungsschaden* zugelassen. Bereits im Jahre 1895 (!) hatte es in einem Fall, wo der Ehemann – Metzger und Wirt von Beruf – infolge eines Eisenbahnunfalls eine schwere traumatische Neurose erlitt und fast vollständig arbeitsunfähig wurde, festgestellt, dass im Entschädigungsbetrag von Fr. 1'020.- für die zukünftigen jährlichen Heilungskosten "nicht nur die Arzt- und Kurkosten, sondern auch die *Vergütung für häusliche Pflege durch die Ehefrau* inbegriffen" waren⁹⁹.

Im Jahre 1902 stellte es alsdann im Falle einer Auffahrkollision zwischen zwei Zügen, in welcher sich der Bremser der Lokomotive des auffahrenden Zuges verletzt hatte und aus psychischen Gründen anschliessend arbeitsunfähig geworden war, fest, dass der Aufwand für die Pflege des invaliden Ehemannes durch seine Ehefrau sich *nicht* nach deren persönlichen *Verdiensteinbusse* (d.h. deren *lucrum cessans*) richte, sondern nach der *objektiven Schätzung der Kosten* für die "Wartung und Pflege" des Ehemannes¹⁰⁰. Der Pflege- und Betreuungsschaden wurde also *abstrakt* geschätzt, d.h. unabhängig davon, ob die erforderlichen Pflege- und Betreuungsleistungen von der Ehefrau selber oder von einer Krankenanstalt oder Hilfsperson erbracht wurden¹⁰¹.

Etliche Jahrzehnte später bestätigte das Bundesgericht im Jahre 1971, dass die Pflege- und Betreuungsleistungen, welche die Mutter während 42 Tagen zugunsten ihrer verheirateten Tochter erbracht hatte, die als Beifahrerin auf dem Motorrad ihres Ehemannes bei einem Verkehrsunfall verletzt worden war, als Teil des Schadens zu betrachten sei¹⁰².

trachten ist. Dagegen hat es – in Abweichung von einer früheren Entscheidung in BGE 69 II 324, 335 – die Beeinträchtigung der *abstrakten Erwerbsfähigkeit* der Hausfrau ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die künftige (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (ausserhalb des Haushalts) als Schaden abgelehnt.

⁹⁹ BGE 21, 1042, 1050 [Hervorhebung hinzugefügt].

¹⁰⁰ BGE 28 II 200, 214 f.

¹⁰¹ Im späteren BGE 33 II 594, 599 nimmt das Bundesgericht für die mütterliche Pflege des verunfallten siebenjährigen Sohnes Bezug auf die mögliche Gewinneinbusse, welche die Mutter erleiden würde und gewissermassen den Kosten für die Betreuung entsprechen ("...en outre, dame Crochet, aurait vu son gain diminuer de 105 fr., somme qui représenterait, en quelque sorte, des frais de garde-malade."). Es ist unklar, ob damit etwas anderes als im früherern Entscheid ausgesagt werden wollte.

¹⁰² BGE 97 II 259, 266 ("Les soins donnés à domicile à la demanderesse étaient indispensables et constituent sans conteste un élément du dommage dont répond la défenderesse. Peu importe que ces soins aient été prodigués par un membre de la famille de la victime...S'il s'est agi d'une libéralité, il faut présumer que celle-ci avait pour béné-

Schliesslich bestätigte das Bundesgericht im Jahre 2002, dass die von Familienangehörigen zugunsten des Geschädigten zu Hause erbrachten Pflege- und Betreuungsleistungen vom Haftpflichtigen zu entschädigen sind¹⁰³. Dabei richtet sich die Höhe der Entschädigung grundsätzlich nach dem *entgangenen Erwerbseinkommen* der betreuenden Person, falls diese ihre Erwerbstätigkeit für die Pflege des Verletzten einschränkt oder (vorübergehend) aufgibt. Falls dieser Betrag allerdings wesentlich höher ausfällt als die Kosten der Betreuung durch eine *Drittperson*, seien aufgrund der *Schadensminderungspflicht* des Geschädigten nur die letzteren Kosten zu entschädigen¹⁰⁴.

3. Diskussion

Während beim *Sachschaden* in ein dinglich geschütztes, vermögenswertes *Aktivum* (Fahrnis, Grundstück) eingegriffen wird, welches dadurch *unmittelbar* eine *Wertverminderung* (*damnum emergens*) erleidet (z.B. Einschlagen einer Fensterscheibe), verhält es sich beim *Personenschaden* anders. Da die physische, psychische und moralische Integrität einer Person *kein vermögenswertes Aktivum* ist, stellt ein Persönlichkeitseingriff als solcher keinen Schaden dar¹⁰⁵. Ein solcher liegt erst vor, wenn sich aus der Persönlichkeitsverletzung *Folgekosten* (z.B. Behandlungs- und Pflegekosten als *damnum emergens*) oder *Folgeeinbussen* (z.B. Erwerbsausfall als *lucrum cessans*) ergeben. Angesichts dieser unterschiedlichen Ausgangslage beim Sachschaden einerseits und Personenschaden andererseits hat der Gesetzgeber es für angezeigt erachtet, beim Personenschaden infolge Tötung¹⁰⁶ oder Körperverletzung¹⁰⁷ die *Schadenselemente* im Gesetz speziell zu erwähnen.

Trotz dieser gesetzgeberischen Präzisierung ist freilich die Frage offen geblieben, wie schadenersatzrechtlich mit *unentgeltlichen, geldwerten Arbeitsleistungen* umzugehen ist. In unserer modernen, arbeitsteiligen Dienstleistungs-

ficiaire la lésée et non le tiers responsable."). Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Mutter während der Betreuung ihrer Tochter ihre *eigene Teilzeitarbeit* aufgegeben hatte. Die erbrachten Pflege- und Betreuungsleistungen wurden aber offenbar dennoch nicht an ihrem *eigenen Lohnausfall* gemessen, sondern pauschal auf Fr. 10.- pro Betreuungstag festgelegt.

¹⁰³ BGer. 4C.276/2001 vom 26. März 2002, Erw. II.-6/b/aa.

¹⁰⁴ BGer. 4C.276/2001 vom 26. März 2002, Erw. II.-6/b/aa.

¹⁰⁵ Vereinzelt wird heute dafür plädiert, dass die *Arbeitsfähigkeit per se* als *vermögenswertes Gut* zu betrachten sei. Vgl. KISSLING, Haushaltschaden, 308 f.; implizit auch WERRO, Responsabilité, N 1013 ("si celui qui tenait son ménage tout seul ne peut plus le faire, sa situation patrimoniale est peyorée qu'il recoure ou non à une aide ménagère").

¹⁰⁶ Art. 45 OR.

¹⁰⁷ Art. 46 Abs. 1 OR.

gesellschaft werden – insbesondere im häuslichen Bereich – immer noch in erheblichem Umfang Arbeitsleistungen erbracht, die ohne Zweifel einen *wirtschaftlichen Wert* haben, sich aber im *Vermögen nicht* niederschlagen und daher *ausserhalb* des Anwendungsbereichs des klassischen, vermögensbezogenen Schadensbegriffs liegen. Dies impliziert, dass dort, wo (bisher) unentgeltlich erbrachte *geldwerte Arbeitsleistungen* als Folge der unerlaubten Handlung eines Dritten vom verletzten Opfer nicht mehr erbracht werden können, nach dem vermögensorientierten Schadenskonzept *kein Schaden* vorliegt und damit auch *keine Schadenersatzpflicht* entsteht. Da diese Sach- und Rechtslage von der Praxis als unbefriedigend empfunden wird, hat sie – unter *punktuellem Aufgabem* des *vermögensbezogenen Schadensbegriffs* – bei Hausarbeitsleistungen sowie Pflege- und Betreuungsleistungen den *abstrakten Schaden* als ersatzfähigen *Nichtvermögensschaden* anerkannt.

Auf den ersten Blick scheint dies dogmatisch ein gewagter Schritt zu sein, aber bei näherer Betrachtungsweise erweist er sich als – zumindest teilweise – bereits im *Gesetz vorgezeichnet*. Wenn nämlich der Gesetzgeber in Art. 45 Abs. 3 OR im Falle der Tötung des Versorgers den von ihm versorgten Angehörigen einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem verantwortlichen Schädiger zuspricht, anerkennt er nicht nur die Schutzwürdigkeit von Reflexgeschädigten¹⁰⁸, sondern geht gleichzeitig auch von einem *Schadensbegriff* aus, welcher mit der aus der Lehre stammenden *Vermögensdifferenztheorie nicht* übereinstimmt. Wer seinen Versorger verliert, erleidet insofern *keinen Vermögensschaden*, als die Versorgungsleistungen bisher nicht in Form eines finanziellen Beitrags (z.B. als monatlicher Unterhaltsbeitrag), sondern als *Naturalleistungen* (insbesondere Kost und Logis, Pflege- und Betreuungsleis-

¹⁰⁸ Üblicherweise hat derjenige, welcher als *Zweitgeschädigter* einen (indirekten) Schaden infolge des (direkten) Schadens eines Erstgeschädigten erleidet, keinen Anspruch gegenüber dem Schadensverursacher. Der Grund liegt allerdings nicht in der Tatsache des *Reflexschadens* als solchem, sondern in der (fehlenden) *Widerrechtlichkeit* seiner Zufügung (vgl. auch SCHWENZER, OR AT, N 14.22). Soweit nämlich der indirekt Geschädigte einen *reinen Vermögensschaden* erleidet, scheidet sein Schadenersatzanspruch oft am Fehlen einer Schutznorm, welche der Schadensverursacher ihm gegenüber verletzt haben könnte. Soweit er jedoch in seinen *eigenen Rechten* verletzt worden ist, hat auch der "Reflexgeschädigte" einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schadensverursacher. Vgl. auch BGE 102 II 85, 89 ("La question de savoir si les demandereses sont lésées directement ou indirectement se recouvre ainsi avec celle de l'illicéité de l'acte incriminé."); BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 20. Vgl. auch BGE 82 II 36, 39 ("Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà jugé (RO 52 II 263, 57 II 181, 63 II 21), l'art. 41 CO ne permet d'allouer des dommages-intérêts qu'à la personne directement atteinte par l'acte illicite; les tiers lésés indirectement et par ricochet ne bénéficient pas d'un tel droit.").

tungen) erbracht worden sind¹⁰⁹. Solche Naturalleistungen werden vom Versorgten laufend konsumiert und stellen in seiner Vermögensbilanz jedenfalls dann kein Aktivum dar, wenn er *keinen rechtlichen Anspruch* auf sie hat, sondern bloss *faktisch* vom Versorger unterhalten wird¹¹⁰. Obschon in solchen Fällen der Wegfall von Versorgungsleistungen für den Versorgten *keinen Vermögensschaden* darstellt, gibt ihm das Gesetz in Art. 45 Abs. 3 OR einen *Schadenersatzanspruch*, da er trotz fehlender Vermögenseinbusse einen *geldwerten Vorteil* verliert. Der Gesetzgeber verwirft somit in diesem Fall – zumindest implizit – die klassische Vermögensdifferenztheorie, indem er für den Versorgungsschaden (auch ohne Vorliegen eines Rechtsanspruchs) auf den *Wert der tatsächlich empfangenen Naturalleistungen* abstellt und nicht auf die Vermögensbeeinträchtigung¹¹¹.

Damit stellt sich die Frage, wie die Lage zu beurteilen ist, wenn das Opfer einer unerlaubten Handlung, welches unentgeltlich, geldwerte Arbeitsleistungen zugunsten von Angehörigen erbringt, nicht getötet, sondern bloss *verletzt* und infolgedessen (teilweise) *arbeitsunfähig* wird. Eigentlich müsste hier ebenfalls von einem Anspruch der *reflexgeschädigten Angehörigen* auf Ersatz der geldwerten Versorgungsleistungen ausgegangen werden, die sie durch die (Teil-) Invalidität ihres Versorgers verlieren. Die bundesgerichtliche *Praxis* hat jedoch einen andern Weg beschritten, da sie den Schaden nicht bei den

¹⁰⁹ Vgl. BGE 82 II 36, 39 ("Cette assistance peut du reste affecter différentes formes. Le soutien n'est pas seulement celui qui remet à autrui les biens nécessaires à la vie ou de l'argent pour se les procurer. C'est aussi la personne qui consacre directement son travail à une autre, en préparant ses repas, en soignant ses vêtements et son logis, etc., car cette activité contribue également à l'entretien de celui qui en bénéficie.").

¹¹⁰ Dort, wo ein *rechtlicher Anspruch* (infolge gesetzlicher oder vertraglicher Unterhaltspflicht) auf Versorgungsleistungen besteht, die in Form von Naturalleistungen erbracht werden, wird man gegebenenfalls eine entsprechende *Forderung* auf Versorgungsleistungen als vermögenswertes Aktivum betrachten können. Wo hingegen Versorgungsleistungen ohne Rechtspflicht bloss *faktisch* erbracht werden, liegt kein Forderungsanspruch als vermögensmässiges Aktivum vor, so dass der *Wegfall* der Versorgungsleistungen beim Versorgten zu *keinem Vermögensschaden* führt. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die schweizerische Rechtspraxis seit jeher auf die *effektiven Versorgungsleistungen* und nicht auf den Verwandtschaftsgrad oder die rechtliche Verpflichtung zur Versorgung abstellt. Vgl. BGE 114 II 144, 146; REY, Haftpflichtrecht, N 288; BREHM, Berner Kommentar, Art. 45 N 42.

¹¹¹ Beim Haushaltsschaden als Versorgungsschaden wird daher zu Recht auf den Wert der *Naturalleistungen* abgestellt, welche dem Versorgten entgehen. Vgl. BGE 108 II 433, 436 ("la valeur économique des prestations"). Entschädigt wird also oder geschätzte Wert der *effektiven Hausarbeitsleistungen* und nicht der *entgangene Gewinn* aus (hypothetischer) alternativer Erwerbstätigkeit. Vgl. BGE 129 III 135, 151. Art. 46 OR spricht denn auch nicht von den Nachteilen aus *Erwerbsunfähigkeit*, sondern von den Nachteilen aus *Arbeitsunfähigkeit (incapacité de travail)*.

benachteiligten *Angehörigen* sieht, welche geldwerte Versorgungsleistungen *verlieren*, sondern beim arbeitsunfähigen *Versorger*, welcher unentgeltliche Versorgungsleistungen *erbringt*¹¹². Wird aber der Schaden nicht beim tatsächlich benachteiligten *Leistungsempfänger*, sondern beim *Leistungserbringer* lokalisiert, so kann dieser Schaden, da der Versorger als *unentgeltlicher* Erbringer von Arbeitsleistungen durch deren Reduktion oder Wegfall eher *entlastet* denn benachteiligt erscheint und jedenfalls *keine Vermögensbeeinträchtigung* erleidet, nur *abstrakt* bestimmt werden, da die Beeinträchtigung des Vermögens nicht realer, sondern fiktiver Natur ist¹¹³.

Der unausgesprochene Grund für diese etwas eigenartige Betrachtungsweise liegt in der (zu) engen Fassung von Art. 45 Abs. 3 OR, welcher den Ersatz des Versorgungsschadens der Versorgten zwar bei *Tötung*, nicht aber bei *Invalidität* des Versorgers erwähnt. Da es aus der Sicht des Leistungsempfängers indes keine Rolle spielt, ob er seine Versorgungsleistungen wegen des *Todes* oder wegen der *Invalidität* seines Versorgers verliert, hätte die Rechtsprechung für den Fall der Invalidität in Art. 45 Abs. 3 OR eine *echte Lücke* annehmen und diese *in majore minus* analog dem Fall der Tötung des Versorgers füllen können bzw. sollen¹¹⁴. Damit wären gewisse Ungereimtheiten in der aktuellen Praxis vermeidbar gewesen. So vermag es etwa nicht zu überzeugen, wenn beim *abstrakten Haushaltsschaden* der klassische vermögensbezogene Schadensbegriff namentlich mit dem Argument verworfen wird, der Beizug einer aussenstehenden Hilfsperson in die Haushalt-Privatsphäre sei dem Verletzten nicht zumutbar¹¹⁵, während gleichzeitig beim *Pflegeschieden*, wo es um die vergleichsweise intimere Privatsphäre geht als bei der gewöhnlichen Haushaltsführung, der Beizug einer Hilfsperson nicht nur als zumutbar,

¹¹² In BGE 99 II 221, 223 entschied das Bundesgericht, dass die Mitarbeit der Familienangehörigen im Haushalt, um die Teilinvalidität der Hausfrau zu kompensieren, nicht als Reflexschaden der Angehörigen, sondern als *eigener Schaden der Hausfrau* zu betrachten ist. Diese Betrachtungsweise wurde in der Folge beibehalten; vgl. BGE 127 III 403, 406 f. Vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 23.

¹¹³ Da mit dieser *abstrakten* Bestimmung des Schadens beim *Erbringer* unentgeltlicher Leistungen die Türe für fiktive Schäden aufgestossen wird, sah sich das Bundesgericht veranlasst in BGE 127 III 403, 405 diese Gefahr zumindest verbal einzudämmen ("Der Entzug allein der persönlichen Möglichkeiten zu Produktion (oder Genuss) kann unter Umständen als immaterieller Schaden berücksichtigt werden (Art. 47, 49 OR); als Vermögensschaden fällt er ausser Betracht").

¹¹⁴ Bei der *Genugtuung* sieht Art. 47 OR zwar auch nur im Falle der *Tötung* einen Anspruch für die reflexbetroffenen Angehörigen vor, aber im Falle der *Verletzung* eines Verwandten können dessen Angehörige über *Art. 49 OR* gegebenenfalls einen *eigenständigen* Genugtuungsanspruch begründen. Vgl. BGE 112 II 220, 225; BREHM, Berner Kommentar, Art. 49 N 68; HIRSCH, Tort moral, 272 f. – Siehe auch Art. 45e Abs. 3 des Vorentwurfs der Revision Haftpflichtrecht.

¹¹⁵ BGE 127 III 403, 406.

sondern sogar als Teil der *Schadensminderungspflicht* betrachtet wird, wenn der Erwerbsausfall des pflegenden Familienmitglieds höher ist als der Aufwand für eine Hilfsperson¹¹⁶. Fragwürdig ist im Weiteren die Differenzierung, wonach für die (unentgeltliche) Mitarbeit der Hausfrau im *Geschäft* des Ehegatten der klassische *konkrete Schaden* massgeblich sein soll, da der Bezug einer Hilfsperson zumutbar sei¹¹⁷, während für ihre Arbeit im *Haushalt* der *abstrakte Schaden* genügen soll. Diese Unterscheidung überzeugt deshalb nicht, weil der *Schadensbegriff* bei der Verrichtung *unentgeltlicher Arbeit* nicht ein unterschiedlicher sein kann, je nachdem, ob die Arbeitsleistungen als Hausarbeit oder als Mitarbeit im Geschäft verrichtet werden¹¹⁸.

B. Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden

In Anlehnung an die deutsche Diskussion¹¹⁹ wird in der Schweiz seit einiger Zeit – neben dem Haushaltsschaden sowie dem Betreuungs- und Pflegeschaden – die Relativierung des (klassischen) vermögensbezogenen Schadensbegriffs auch unter dem Gesichtspunkt des Kommerzialisierungs- und Frustrationsgedankens diskutiert¹²⁰. Der *Kommerzialisierungsgedanke* will dem Umstand Rechnung tragen, dass in unserer modernen Gesellschaft viele Güter und Dienstleistungen *nicht* wegen ihres *Sachwertes*, sondern wegen ihres *Gebrauchs-* oder *Nutzwertes* erworben werden und daher der Entzug entgeltlich erworbener Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten (z.B. Nichtbenutzbarkeit des Autos während der Reparatur oder eines Zimmers während dessen Renovation) einen wirtschaftlichen Schaden darstellen kann¹²¹. In analoger

¹¹⁶ BGer. 4C.276/2001 vom 26. März 2002, Erw. II.-6/b/aa. – Ein Widerspruch besteht auch zur Bestimmung des Schadens bei einem "ungeplanten Kind", wo das Bundesgericht, die von der Mutter zu leistende Betreuung und Pflege *nicht* als Schaden anerkannte, obwohl die Mutter im Geschäft des Ehemannes mitarbeite und durch die Pflege des Kindes in dieser Mitarbeit eingeschränkt wurde (vgl. BGE 132 III 359, 376).

¹¹⁷ BGE 127 III 403, 409.

¹¹⁸ Durch die Umschreibung als konkrete bzw. abstrakte *Schadensberechnung* (vgl. BGE 127 III 403, 408 f.) erweckt die Rechtsprechung den Eindruck, als würde innerhalb eines *einheitlichen Schadensbegriffs* der Schaden lediglich auf unterschiedliche Art *berechnet*. Tatsächlich werden aber für unentgeltliche Arbeitsleistungen unterschiedliche *Schadenskonzepte* verwendet, je nachdem, ob die Arbeitsleistung im Haushalt (Nichtvermögensschaden) oder im Geschäft (Vermögensschaden) verrichtet wird.

¹¹⁹ Vgl. dazu u.a. MünchKommBGB-OETKER, § 249 N 40 ff.; PALANDT-HEINRICHS, Vor § 249 N 11 f.

¹²⁰ Vgl. statt vieler, CHAPPUIS, Dommage, N 108 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 597 ff.; REY, Haftpflichtrecht, N 371 ff.; GAUCH, Grenzüberschreitungen, 302 ff.; WERRO, Responsabilité, N 90 ff.

¹²¹ ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 602 ff.; REY, Haftpflichtrecht, N 374 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 14.06.

Weise geht der *Frustrationsgedanke* davon aus, dass eine *Ausgabe*, welche im Hinblick auf den Gebrauch bzw. Nutzen einer Sache oder Dienstleistung (z.B. Kauf einer Eintrittskarte für ein Musikkonzert) getätigt worden ist, einen Schaden darstellt, wenn sich die Ausgabe nachträglich als *nutzlos* erweist, weil die erworbene Gebrauchs- oder Nutzungsmöglichkeit nicht wahrgenommen werden kann¹²². Zwar wird oft hervorgehoben, die Kommerzialisierungstheorie stelle auf den Wert des *Nutzenentgangs*, die Frustrationstheorie dagegen auf die *nutzlos gewordene Ausgabe* ab¹²³. Indes wird auch beim Frustrationsschaden die getätigte Ausgabe deshalb im eigentlichen Sinne "nutzlos", weil der entgeltlich erworbene *Forderungsanspruch* auf *Gebrauch* bzw. *Nutzung* einer Sache oder Dienstleistung nicht wahrgenommen werden kann¹²⁴. Es geht somit letztlich in beiden Fällen um dasselbe Problem¹²⁵, nämlich um die Frage, inwieweit der *Entzug* des *geldwerten Gebrauchs* oder *Nutzens* von Gütern bzw. Dienstleistungen einen rechtlich relevanten und damit *ersatzfähigen Schaden* darstellt, obschon keine Vermögensbeeinträchtigung im klassischen Sinne vorliegt. Mit andern Worten, es geht um die Grundsatzfrage, wie mit *geldwerten Nichtvermögensnachteilen* (oft als "immaterielle Schäden" bezeichnet) im Vertrags- und Haftpflichtrecht umzugehen ist.

V. Der Ersatz geldwerter Nichtvermögensnachteile ("Nichtvermögensschaden")

A. Ausgangslage: Vom konkreten Schaden (Vermögensschaden) zum abstrakten Schaden (Nichtvermögensschaden)

Die bisherigen Erörterungen belegen, dass der klassische, *vermögensbezogene Schadensbegriff* der wirtschaftlichen und sozialen Realität unserer modernen Gesellschaft nicht mehr vollständig gerecht zu werden vermag. Versteht man den *Schaden* als *unfreiwillige nachteilige Wertveränderung von Vermö-*

¹²² ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 610 ff.; REY, Haftpflichtrecht, N 389 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 14.07.

¹²³ So z.B. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 610 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2860; SCHWENZER, OR AT, N 14.07.

¹²⁴ Die Umstände, welche dazu führen, dass der Gebrauchs- oder Nutzungsanspruch nicht wahrgenommen werden kann, liegen entweder im *Gebrauchs-* oder *Nutzungsobjekt* selber (z.B. die Wohnung kann nicht benutzt werden, weil sie wegen Feuchtigkeitsschäden saniert werden muss) oder im *berechtigten Subjekt* (z.B. die Wohnung kann nicht benutzt werden, weil der Benutzer wegen Einstellung des Flugverkehrs im Ausland blockiert ist). Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/REY, Obligationenrecht, N 2666.

¹²⁵ So auch GAUCH/SCHLUEP/REY, Obligationenrecht, N 2679.

gensbestandteilen (Einzelaktiven, Einzelpassiven)¹²⁶ und das Vermögen als Summe der geldwerten Güter und Verbindlichkeiten¹²⁷, so wird der Entzug bzw. Verlust geldwerter Vorteile, welcher sich nicht im Vermögen niederschlägt (wie z.B. unentgeltliche, aber geldwerte Arbeitsleistung oder Gebrauchsüberlassung) aus definitorischen Gründen haftpflichtrechtlich nicht erfasst. Da das Ausblenden gewisser Teile der wirtschaftlichen Realität zu unbilligen Ergebnissen führen kann, setzt sich die normative Kraft des Faktischen gegenüber der juristischen Dogmatik letztlich dennoch durch, mit dem Ergebnis, dass das Konzept des konkreten Vermögensschadens einzelfallweise zugunsten des abstrakten Nichtvermögensschadens aufgegeben wird¹²⁸.

B. "Immaterieller Schaden" oder "geldwerter Nichtvermögensschaden"?

Geht man von der heute in der Schweiz (noch) vorherrschenden Auffassung aus, dass der Schaden als Vermögensbeeinträchtigung zu verstehen ist und daher immaterielle Nachteile – soweit sie nicht Immaterialgüterrechte betreffen¹²⁹ – nicht miterfasst sind¹³⁰, so ist der Begriff des "immateriellen Schadens" eine *contradictio in adjecto*, da ein Schaden als Vermögensbeeinträch-

¹²⁶ Vgl. oben, Abschnitt II./D./4, S. 23.

¹²⁷ Vgl. oben Abschnitt II./C./2/a, S. 10.

¹²⁸ Charakteristisch ist z.B. Pra 84 (1995), 549, 556 ("Die Besonderheit des Haushaltsschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt.").

¹²⁹ Immaterialgüterrechte gelten als Teil des Vermögens, vgl. etwa REY, Haftpflichtrecht, N 156; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 2 N 5. Dabei werden selbstgeschaffene Immaterialgüterrechte als aktivierungsfähig und von Dritten erworbene Immaterialgüterrechte als aktivierungspflichtig betrachtet. Vgl. BRÜLSAUER/POLTERA, Kommentar direkte Bundessteuer, Art. 58 N 66. Dies übersieht das Bundesgericht in BGE 132 III 379, wenn es die Verletzung eines Patentrechts nur dann als Vermögensschaden betrachtet, wenn der Patentinhaber es selber (oder durch einen Dritten) genutzt hätte.

¹³⁰ Vgl. statt vieler, BGE 127 III 403, 404 ("Als Schaden zu ersetzen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen einer schädigenden Handlung beim Geschädigten, die unfreiwillig erlittene Vermögensminderung oder der entgangene Gewinn, während die Beeinträchtigung persönlich-ideeller Rechtsgüter an sich keinen (Vermögens-)Schaden darstellt..."); BGE 123 IV 145 E. 4b/bb, 147 ("Schaden im zivilrechtlichen Sinne ist nach allgemeiner Auffassung Verminderung des Vermögens. Die Beeinträchtigung von persönlich-ideellen Rechtsgütern wie Ehre und Integrität zieht nur dann einen Schaden im Sinne des Obligationenrechts nach sich, wenn auch das Vermögen mitbetroffen ist. Deshalb stellt eine immaterielle Unbill keinen Schaden, sondern Genugtuung dar."); BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 69; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 584; LÜCHINGER, N 40.

tigung gerade *nicht ideeller* oder *immaterieller* Natur sein kann. Es ist daher zutreffender vom *geldwerten Nichtvermögensschaden* zu sprechen, denn einerseits handelt es sich – anders als bei der *immateriellen Unbill* des Genugtuungsrechts – nicht um einen ideellen, sondern um einen wirtschaftlichen, d.h. *geldwerten* Nachteil, andererseits schlägt sich dieser Nachteil *nicht* im *Vermögen* des Betroffenen nieder, weshalb er einen *Nichtvermögensschaden* darstellt. Auf diese Weise wird auch begrifflich klargestellt, dass es zwischen dem klassischen *Vermögensschaden* des *Schadenersatzrechts* einerseits und der immateriellen bzw. ideellen *Persönlichkeitsbeeinträchtigung* des *Genugtuungsrechts* andererseits eine *wirtschaftliche Sphäre* gibt, deren Beeinträchtigung einen geldwerten Nachteil darstellt, welcher sich im Vermögen nicht widerspiegelt. Am *Beispiel* erläutert: Wer wegen eines unverschuldeten Unfalls oder einer Strompanne im Zugverkehr das gebuchte (und bezahlte) Musikkonzert nicht besuchen kann, grämt sich weniger darüber, dass der Entgang der Muse Polyhymnia ihn in seiner Persönlichkeit verletzt hat, als dass er einen vertraglich erworbenen Anspruch auf eine geldwerte Leistung nicht wahrnehmen können. Mit andern Worten, was ihn ärgert ist der *Entgang des geldwerten Nutzens* der *entgeltlich erworbenen Dienstleistung*. Aus diesem Grunde geht das Argument, es fehle für einen Ersatzanspruch an der Kausalität, weil die Ausgabe schon vorher – und zudem freiwillig¹³¹ – getätigt worden sei¹³², am Kern der Sache vorbei, da das Problem *nicht* in der Bezahlung des *Kaufpreises*, sondern im *Entgang* des geldwerten Vorteils der *Gegenleistung* liegt¹³³.

Aus *rechtsvergleichender* Sicht ist in dieser Hinsicht zu beachten, dass der Begriff des "immateriellen Schadens" in anderen Rechtsordnungen oft im Sinne der "seelischen Unbill" des schweizerischen Genugtuungsrechts verstanden wird und insofern nicht dem hier interessierenden *geldwerten Nichtvermögensschaden* entspricht¹³⁴. Als Beispiel sei auf den *non-economic loss*

¹³¹ Vgl. CHAPPUIS, Dommage, N 110; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 612.

¹³² ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 612; CHAPPUIS, Dommage, N 110; siehe auch BGer. 4A_282/2009 vom 15. Dezember 2009, Erw. 3.

¹³³ Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/REY, Obligationenrecht, N 2673; STARK, Schädigungen, 315.

¹³⁴ Von "immateriellem Schaden" ("tort moral") sprach auch der (nicht mehr weiterverfolgte) Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Dessen Art. 45e Abs. 1 VE lautete: "Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, hat Anspruch auf Genugtuung für immateriellen Schaden, sofern die Schwere der Verletzung, insbesondere der körperliche oder seelische Schmerz, es rechtfertigt". Auch hier ist Regelungsgegenstand das Genugtuungsrecht.

des Draft Common Frame of Reference¹³⁵ und den immateriellen Schaden von § 253 BGB¹³⁶ hingewiesen¹³⁷.

C. **Gebrauchs- und Nutzungsentgang als geldwerter Nichtvermögensschaden**

I. *Der wirtschaftliche Wert von Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten*

Vielen Gütern und Dienstleistungen kommt sowohl im geschäftlichen als auch im privaten Lebensbereich ein Geldwert zu; daher werden sie regelmässig auf dem Markt (entgeltlich) angeboten und nachgefragt. Wer z.B. ein Auto kauft, tut dies meist nicht als Kapitalanlage wegen des *Sachwertes* des Fahrzeugs – wie dies etwa beim Kauf eines Oldtimers der Fall sein mag –, sondern typischerweise wegen seines *Gebrauchs-* und *Nutzwertes* als Investitions- oder Konsumgut, d.h. für den Transport von Personen und Gütern. Dementsprechend gibt der Kaufpreis bei einem Gebrauchs- oder Verbrauchsgut vorwiegend den auf die *Gegenwart kapitalisierten künftigen Gebrauchs-* bzw. *Nutzwert* wieder¹³⁸. Unsere Rechtsordnung verschliesst sich dieser wirtschaftlichen Realität nicht, sondern anerkennt sie in verschiedenen Bereichen¹³⁹. Dies trifft namentlich für das *Vertragsrecht* zu.

¹³⁵ Gemäss der Bestimmung in VI.-2:101 Abs. 4 lit. b DCFR ist unter dem Begriff des *non-economic loss* "pain and suffering and impairment of the quality of life" zu verstehen. In "Principle 34" wird diesbezüglich klargestellt, dass es dabei ausschliesslich um den Bereich der *Persönlichkeitsverletzung* geht ("Injuries to the person give rise to non-economic loss...").

¹³⁶ Diese Bestimmung stellt die Vereinigung der beiden früheren § 253 BGB ("immaterieller Schaden") und § 837 BGB ("Schmerzensgeld") dar. Vgl. MünchKommBGB-OETKER, § 253 N 2, 9. – Vgl. demgegenüber § 651f Abs. 2 BGB, wo eine Entschädigung für "nutzlos aufgewendete Urlaubszeit" vorgesehen wird.

¹³⁷ Vgl. im Weiteren auch Art. 496 port. ZGB ("*danos não patrimoniais*"); Art. 2059 ital. ZGB ("*danni non patrimoniali*").

¹³⁸ Weiteres Beispiel: Wird ein Computer beschädigt, so liegt ein vermögensmindernder Sachschaden vor, da der Computer als Aktivum an Wert verloren hat. Weniger Wert hat der Computer freilich nicht so sehr, weil sein *Substanzwert* abgenommen hat, sondern in erster Linie, weil sein *Gebrauchswert* auf Null gesunken ist. Auch hier spiegelt somit der Kaufpreis weitgehend den auf die Gegenwart kapitalisierten Gebrauchswert bzw. Nutzungswert wieder.

¹³⁹ So befassen sich im Obligationenrecht namentlich folgende Bestimmungen mit dem Gebrauch bzw. Nutzen von Sachen und Rechten bzw. Gütern und Dienstleistungen: Art. 40f Abs. 2 und 3, 153, 185, 195 Abs. 1 Ziff. 1, 196 Abs. 3, 197 Abs. 1, 208 Abs. 1, 220, 253, 256 Abs. 1, 258, 259a, 259b, 259d, 267 Abs. 1, 275, 302, 305, 306, 309, 310, 474, 481 Abs. 1 OR.

a) *Ersatz von Gebrauchs- und Nutzungsentgang im vertraglichen Rechtsverhältnis*

aa) *Ausgangslage*

Wer eine Sache *mietet*, lässt sich gegen Entgelt den künftigen *Gebrauch* des vertraglichen Objekts versprechen¹⁴⁰, und wer eine nutzbare Sache bzw. ein nutzbares Recht *pachtet*, sichert sich gegen Entgelt die künftige *Nutzung* des Pachtobjekts¹⁴¹. Entsprechendes gilt für andere Gebrauchsüberlassungsverhältnisse wie etwa für den Leasingvertrag¹⁴², den Lizenzvertrag¹⁴³, den Nutzungsungsvertrag¹⁴⁴ oder den Gesellschaftsbeitrag *quoad usum*¹⁴⁵. Falls jene Partei, welche die Überlassung eines Objekts zum Gebrauch oder zur Nutzung versprochen hat (z.B. Vermieter, Verpächter, Lizenzgeber, Leasinggeber), ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachkommt, gibt das Gesetz dem andern Vertragspartner für den *entgangenen Gebrauch* bzw. die *entgangene Nutzung* einen *Ersatzanspruch* und zwar typischerweise in Form einer Preisminderung¹⁴⁶. Dieser Preisminderungsanspruch beruht auf der Überlegung, dass der Gläubiger (z.B. Mieter oder Pächter) durch die fehlende oder mangelhafte Gebrauchs- bzw. Nutzungsfähigkeit des Vertragsgegenstandes einen geldwer-

¹⁴⁰ Art. 253 Abs. 1 OR ("Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen...").

¹⁴¹ Art. 275 OR ("Durch den Pachtvertrag verpflichten sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge zu überlassen.").

¹⁴² Vgl. TERCIER/FAVRE, Contrats, N 7769 ff.

¹⁴³ Vgl. TERCIER/FAVRE, Contrats, N 7950 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 746 ZGB.

¹⁴⁵ Art. 531 OR, CR CO II-CHAIX Art. 531 N 4.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 259d OR (Herabsetzung des Mietzinses), welcher sinngemäss auch für den Pachtvertrag gilt (Art. 288 Abs. 1 OR); siehe auch LACHAT, Bail, 255 ff. – Bei den Innominat-Gebrauchsüberlassungsverträgen fehlt es naturgemäss an analogen Sonderbestimmungen im Gesetz, weshalb über die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97, 102, 107 OR Schadenersatz geltend gemacht werden kann, soweit diese Möglichkeit nicht vertraglich gültig ausgeschlossen worden ist. Vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 N 100, 284. – Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre sehen in der Preisminderung freilich *keinen Ersatzanspruch*, sondern einen blossen *Wertausgleich*, da der Schadenersatz in Art. 259e OR geregelt sei (vgl. BGE 126 III 388, 394 f.). Art. 259e OR befasst sich indes nur mit dem *Mangelfolgeschaden*, welcher der Verschuldenshaftung unterstellt wird, nicht aber mit dem *Mangelschaden* selber. Als Vertragsverletzung (Schlechterfüllung) löst letzterer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Wertausgleich aus, sei es in Form der Rückerstattung des zu viel Bezahlten, sei es in Form einer Reduktion des künftig zu zahlenden Mietzinses. Ob dies als "Wertausgleich" oder "Wertesatz" bezeichnet wird, ist vorwiegend eine terminologische Frage. – Vgl. auch Art. 1 Abs. 2 PrHG, wo der Gesetzgeber ausdrücklich vom "Schaden" am fehlerhaften Produkt spricht.

ten Nachteil (Schaden) im Umfang des vorübergehenden *Gebrauchs-* bzw. *Nutzungsausfalls* erleidet (Äquivalenzstörung). Dabei steht der Ersatz- oder Ausgleichsanspruch dem Gläubiger auch dann zu, wenn er das Entgelt für den Gebrauch der Sache bereits *im Voraus* bezahlt hat¹⁴⁷ und insofern sein Vermögen (nach klassischer Betrachtungsweise) durch den späteren, zeitweisen *Gebrauchs-* oder *Nutzungsausfall* gar nicht (unfreiwillig) vermindert wird, er also eigentlich einen *geldwerten Nichtvermögensschaden* erleidet¹⁴⁸.

Diese Rechtsfolge wird im *Vertragsrecht* nicht in Frage gestellt, weil der Vertragsgläubiger Anspruch auf das *Erfüllungsinteresse* hat, also so zu stellen ist, wie wenn der vertraglich vereinbarte Gebrauch vertragskonform erfolgt bzw. ermöglicht worden wäre¹⁴⁹. Im Umfang des *Gebrauchs-* bzw. *Nutzungsausfalls* hat er daher Anspruch auf *Minderung* des noch zu bezahlenden bzw. auf (teilweise) *Rückerstattung* des bereits bezahlten Entgelts. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine Entschädigung für den Entgang des *persönlichen Genusses* oder *Nutzens* des Gläubigers nach seinem individuellem Empfinden, sondern um den Geldwert der *Gebrauchs-* bzw. *Nutzungsmöglichkeit*, welcher ihm entgangen ist. Mit andern Worten, es geht nicht um den *subjektiven Nutzen*, sondern um den *objektivierten Geldwert* der entgangenen *Nutzungsmöglichkeit* des Vertragsobjekts. Bei einem *entgeltlichen* Vertrag kann für diesen objektivierten Geldwert auf den vereinbarten Preis abgestellt werden, da dieser dem Willen der Parteien entspricht und gewissermassen das objektivierte Ergebnis der gegenläufigen Parteiinteressen darstellt. Bei *unentgeltlichen* Verträgen muss dagegen auf einen hypothetischen Marktwert zurückge-

¹⁴⁷ Gemäss Art. 257c OR sieht das *dispositive* Gesetz für die Mietzinsen eine *nachschüssige* Bezahlung vor, welche allerdings vertraglich oft – insbesondere bei der Immobiliarmiete – in eine *Vorschusspflicht* des Mieters abgeändert wird. Vgl. auch LACHAT, Bail, 310; TERCIER/FAVRE, Contrats, N 2259.

¹⁴⁸ Nach der klassischen Differenztheorie verändert sich das Vermögen bei *vorschüssiger Bezahlung der Gebrauchsüberlassung* nicht, wenn nach erfolgter Zahlung das Gebrauchsobjekt (vorübergehend) nicht genutzt werden kann, da der Gebrauchsausfall keine Verminderung der Aktiven darstellt, sondern die Abnahme der Aktiven bereits vorher durch die Bezahlung des Entgelts (z.B. Mietzins) erfolgt ist. – Nach zutreffenderer Betrachtungsweise wäre eine *geldwerte Forderung* auf Gebrauchsüberlassung anzunehmen, deren Beeinträchtigung einen Schaden darstellt, obwohl die Forderung nicht aktivierungsfähig ist und daher kein bilanzmässiges Aktivum darstellt. Je nach Betrachtungsweise liegt daher ein *geldwerter Nichtvermögensschaden* oder ein *Vermögensschaden* vor.

¹⁴⁹ Vgl. statt vieler, WEBER, Berner Kommentar, Art. 99 N 166; SCHWENZER, OR AT, N 14.30, 68.06. Die Frage, ob der Ausfall des Gebrauchs bzw. der Nutzung des Vertragsobjekts einen *konkreten* Einfluss auf das Vermögen des Gläubigers gehabt hat (Vermögensschaden) oder nicht (Nichtvermögensschaden), wird in diesem Zusammenhang regelmässig nicht gestellt.

griffen werden, d.h. auf jenen Preis, den eine vernünftige Person in der gleichen Situation für die konkrete Gebrauchsmöglichkeit zahlen würde¹⁵⁰.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass bei *vertraglich* vereinbarten *Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten* der Gebrauchs- oder Nutzungsausfall auch dann zu ersetzen ist, wenn er buchhalterisch nicht vermögenswirksam wird, sondern nur (aber immerhin) einen *geldwerten "Nichtvermögensschaden"* bewirkt. Wer also ein Hotelzimmer mit Balkon und Seeblick gebucht und bezahlt hat, aber dann in einem Zimmer ohne Balkon und Aussicht auf den See untergebracht wird, erleidet einen ersatzfähigen geldwerten Nutzungsausfall ("Nichtvermögensschaden"), welcher im Rahmen des Erfüllungsinteresses ersetzt wird. Wer für die Ferien ein Mietauto bezahlt hat, welches sich vor Ort als in so schlechtem Zustand erweist, dass es maximal mit einer Geschwindigkeit von 50 km/h gefahren werden kann, erleidet einen geldwerten Nichtvermögensschaden, welcher ebenfalls durch das Erfüllungsinteresse gedeckt wird.

bb) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts steht der Anerkennung geldwerter Nichtvermögensschäden *skeptisch* gegenüber, soweit sie nicht unter den vertraglichen Erfüllungsanspruch bzw. das gesetzliche Gewährleistungsrecht fallen. Drei Fälle seien kurz angeführt:

- Im Jahre 1989 hat das Bundesgericht verschiedenen Mietern von Ferienwohnungen, welche den vertraglichen Abmachungen nicht entsprachen, eine Mietzinsrückerstattung sowie den Ersatz der Auslagen für Umtriebe zugesprochen, dagegen eine Entschädigung für *entgangenen Feriengenuss* verweigert. Dies mit der Begründung, ein immaterieller Schadensbegriff

¹⁵⁰ Damit ist auch klar gestellt, dass das *Entgelt* für den Gebrauch bzw. für die Nutzung einerseits und der *Geldwert* des Gebrauchs- bzw. Nutzungsausfalls andererseits *nicht* miteinander *korrelieren*. Die Entgeltlichkeit der Einräumung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts an einem Vertragsobjekt ist *keine notwendige Bedingung* dafür, dass der erlittene Gebrauchs- bzw. Nutzungsausfall einen Geldwert hat. Daher kann grundsätzlich auch der Entgang des Gebrauchs an einem Objekt, welches *unentgeltlich* zum Gebrauch überlassen wird, einen Geldwert haben und gegebenenfalls einen Ersatzanspruch begründen. Wer z.B. ein Auto für eine bestimmte Dauer gratis geliehen erhält (Art. 305 OR), erleidet einen *geldwerten Nutzungsausfall*, wenn der Leihgeber das Auto in Verletzung des Vertrags vorzeitig und eigenmächtig wieder in Besitz nimmt oder etwa das Auto zugesicherte Eigenschaften (vgl. Art. 248 Abs. 2 OR analog) nicht aufweist und daher nicht zum vereinbarten Zweck verwendet werden kann (z.B. Transport von Möbeln). Allerdings wird in Anwendung von Art. 99 Abs. 2 OR die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung *haftungsmildernd* zu berücksichtigen sein.

sei abzulehnen und eine allfällige Entschädigung aufgrund des Genugtuungsrechts komme nicht in Betracht, weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt seien¹⁵¹. Der Entscheid anerkennt implizit den geldwerten Nichtvermögensschaden, welchen die Mieter durch den Gebrauchs- bzw. Nutzungsentgang der vereinbarten Ferienunterkunft erleiden, lehnt aber den Ersatz für den entgangenen *Ferienstausfall*, d.h. für den entgangenen *subjektiven Nutzen* der Ferien, welcher offenbar durch die störenden Umtriebe beeinträchtigt worden war, ab¹⁵².

- Im Jahre 2000 sah sich das Bundesgericht mit dem Fall konfrontiert¹⁵³, dass ein Architekt seinen Vertrag mit dem Bauherrn grob verletzte, weil er bei den Dichtungsarbeiten am Einfamilienhaus seine Überwachungs- und Kontrollaufgaben krass vernachlässigte und daher das Haus einige Jahre später wegen aufgetretener Feuchtigkeitsschäden saniert werden musste. Als Folge der Schäden und deren Behebung konnte der Eigentümer (mit seiner Familie) für einige Zeit *mehrere Zimmer des Hauses nicht benutzen* und forderte vom Architekten Schadenersatz für diesen Nachteil. Während die Vorinstanz ihm eine Entschädigung von Fr. 40'000.- zusprach, lehnte das Bundesgericht jede Entschädigung ab mit dem Argument, die entgangene Nutzungsmöglichkeit des Hauses stelle keinen Vermögensschaden dar¹⁵⁴.
- Im Jahre 2009 verneinte das Bundesgericht das Vorliegen eines Schadens für *Zinszahlungen* auf einem Bankkredit, mit welchem der Erwerber einer

¹⁵¹ BGE 115 II 474, 481 ("Die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür allenfalls zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung".)

¹⁵² Vgl. demgegenüber das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 13. November 1980, ZR 79 (1980), Nr. 131, wo die auftragswidrige Nichtbuchung eines Strandhotels durch die Fluggesellschaft dazu führte, dass der Reisende vor Ort ein lärmiges Hotel in der Innenstadt buchen musste und daher seine Aufwendungen als geldwerten Nichtvermögensschaden anerkannt wurden. – Im Weiteren das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 4./5. Juli 1978, PKG 1978, Nr. 3, 18, wo der Witwe ein Betrag von Fr. 1'500.- für den Verlust der "Annehmlichkeiten eines eigenen Hauses" zugesprochen wurde.

¹⁵³ Vgl. BGE 126 III 388, wobei in der amtlichen Publikation der Sachverhalt nur sehr rudimentär dargestellt wird und auch die rechtlichen Erwägungen nur auszugsweise wiedergegeben sind.

¹⁵⁴ BGE 126 III 388, 394 ("Par conséquent, à l'instar de la perte de jouissance des vacances, dont le Tribunal fédéral a déjà nié le caractère patrimonial (ATF 115 II 474 consid. 3a), il y a lieu de considérer que la perte de l'usage d'un bien ne constitue pas en soi un dommage au sens juridique... La perte de l'usage consécutive au défaut pourrait à la rigueur justifier une réparation morale au sens de l'art. 49 CO"). Diese Auffassung hat es in BGE 132 III 379, 384 bestätigt.

Villa den Kaufpreis zu tilgen beabsichtigte, jedoch der Verkäufer mit der Übergabe des Grundstückes in Verzug geriet und deshalb der Erwerber seinen Kredit für fast neun Monate verzinsen musste (rund Fr. 50'000.-), ohne ihn für die Tilgung des Kaufpreises einsetzen zu können¹⁵⁵.

cc) *Rechtsprechung des EuGH*

Die Frage nach der Zahlung von Schadenersatz für *verdorbene Ferien* hat im Jahre 2002 auch den EuGH beschäftigt¹⁵⁶. In Auslegung von Art. 5 der Pauschalreiserichtlinie¹⁵⁷ hatte er den Fall einer österreichischen Ferienreisenden zu beurteilen, welche in ihrem türkischen Ferienclub, wo sie sich im Rahmen eines "all-inclusive-Aufenthalts" ausschliesslich verpflegte, an einer Salmonellenvergiftung erkrankte und daher während mehrerer Tage an Fieber, Übelkeit, Durchfall und weiteren Krankheitssymptomen litt. Nach ihrer Heimkehr klagte sie gegen den Reiseveranstalter TUI auf Schadenersatz. Die erste Instanz sprach ihr ein *Schmerzensgeld* von 13'000 ATS zu, lehnte aber einen Ersatz des "immateriellen Schadens wegen entgangener Urlaubsfreude" ab. Das nationale Berufungsgericht unterbreitete in der Folge dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung¹⁵⁸, ob Art. 5 der Pauschalreise-RL bei Nicht- oder Schlechterfüllung der nach dem Pauschalreisevertrag geschuldeten Leistungen grundsätzlich einen Anspruch auf *Ersatz des immateriellen Schadens* verleihe. Der EuGH *bejahte* diese Frage und anerkannte damit die *Ersatzfähigkeit immateriellen Schadens* im Geltungsbereich der Pauschalreise-RL, ohne freilich zu präzisieren, was unter diesem Begriff genau zu verstehen ist, namentlich ob, es um den Entgang des subjektiven Genusses bzw. Nutzens der Ferien oder um den geldwerten Nichtvermögensschaden aus dem Entgang der Nutzungsmöglichkeit der vertraglich zugesagten Leistungen geht. Aus einzelnen Passagen ist zu schliessen, dass eher ersteres zutrifft¹⁵⁹.

¹⁵⁵ BGer. 4A_282/2009 vom 15. Dezember 2009, Erw. 3.

¹⁵⁶ EuGH-Entscheid vom 12. März 2002, Rs. C-168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Slg. 2002, I-2631.

¹⁵⁷ Richtlinie 1990/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23. Juni 1990, 59 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 267 AEUV.

¹⁵⁹ So spricht der EuGH in Erw. 22 vom "Schadenersatz wegen *entgangener Urlaubsfreude*" [Hervorhebung hinzugefügt] und Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 20. September 2001 in Erw. 43 vom "vollen effektiven Genuss" der Ferien. Vgl. zudem die Bezugnahme auf § 651f Abs. 2 BGB (in Erw. 41), wonach eine angemessene Entschädigung für "nutzlos aufgewendete Urlaubszeit" verlangt werden kann. Vgl. auch WERRO, Vacances gâchées, 700 ff.

dd) *Diskussion*

Aus der soeben referierten Rechtsprechung geht hervor, dass bezüglich des *entgangenen Feriengenusses* bei *Pauschalreisen* zwischen der Rechtsprechung des Bundesgerichts und jener des EuGH ein Widerspruch besteht, da das Bundesgericht die Ersatzfähigkeit *verneint*¹⁶⁰, der EuGH sie dagegen *bejaht*¹⁶¹. Im Lichte des Grundsatzentscheides des Bundesgerichts, wonach es im Anwendungsbereich der schweizerischen *leges europaeae*¹⁶² grundsätzlich der EuGH-Rechtsprechung zu folgen gedenkt¹⁶³, besteht grundsätzlich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass das Bundesgericht seine eigene Rechtsprechung in Zukunft ändern und die Rechtsprechung des EuGH übernehmen wird¹⁶⁴. Falls dieser Schritt erfolgen sollte, würden sich freilich insbesondere zwei Fragen stellen, nämlich jene nach der *rechtlichen Einordnung* des Ersatzes für "immateriellen Ferienschaten" ins schweizerische Recht sowie jene nach der Tragweite derartigen Ersatzes *ausserhalb* des *Pauschalreisegesetzes*.

Was zunächst die rechtliche Einordnung einer allfälligen Entschädigung für entgangenen Feriengenuss im Sinne der EuGH-Rechtsprechung anbelangt, ist diese anhand der konkret gegebenen *schweizerischen Rechtslage autonom* vorzunehmen. Obwohl gewisse Gründe für die Einordnung der Entschädigung als Sonderfall der *Genugtuung* sprechen¹⁶⁵, steht dieser Weg *de lege lata* nicht offen, denn der blosser Entgang von Feriengenuss stellt *keine Persönlichkeitsverletzung* und noch weniger eine *schwere* Persönlichkeitsverletzung dar, wie sie das geltende Gesetz in Art. 49 Abs. 1 OR verlangt. Zudem bildet die Richtlinie selber keine Rechtsgrundlage für die Schweiz. Bereits für Pauschalreiseverträge, welche dem nationalen Recht von *EU-Mitgliedstaaten* unterliegen, vermag die Pauschalreise-RL *keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten* zu entfalten, so dass die Umsetzung des Entscheides Leitner durch die nationalen Gerichte der EU-Mitgliedstaaten eine ausreichende *Rechtsgrundlage* im *nationalen* Recht voraussetzt, wie sie z.B. für Deutschland in § 651f Abs. 2 BGB besteht¹⁶⁶. Ohne eine solche spezifische

¹⁶⁰ BGE 115 II 474, 481 f.

¹⁶¹ EuGH-Entscheid vom 12. März 2002, Rs. C-168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Slg. 2002, I-2631.

¹⁶² Zum Begriff der *leges europaeae*, PROBST, Rechtsprechung, 231.

¹⁶³ BGE 129 III 335, 350. Für Einzelheiten zu diesem Entscheid sowie seiner Tragweite, siehe PROBST, Rechtsprechung, 225 ff.

¹⁶⁴ Dies hat es kürzlich beim Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681) getan, wo es – in Nachvollzug einer Rechtsprechungsänderung des EuGH – seine eigene Rechtsprechung änderte; vgl. BGE 136 II 5, 12 ff.

¹⁶⁵ Vgl. dazu WERRO, Vacances gâchées, 700 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu MünchKommBGB-TONNER, § 651f N 46.

oder gegebenenfalls eine allgemeine (mit genügend Interpretationsspielraum ausgestattete) nationale Gesetzesbestimmung lässt sich der Entscheid Leitner selbst in den EU-Mitgliedstaaten nicht auf dem Wege der *Rechtsprechung* umsetzen¹⁶⁷, sondern bedarf nötigenfalls einer Gesetzesrevision. Dies gilt *a fortiori* für die Schweiz als Nicht-EU-Staat. Die Pauschalreise-RL ist in der Schweiz nicht anwendbar und das Pauschalreisegesetz enthält keine eigenen Bestimmungen über die Genugtuung, so dass Art. 49 OR massgeblich bleibt. Angesichts des klaren Wortlauts dieser Bestimmung dürften die vom Bundesgericht in seinem Grundsatzentscheid vorbehaltenen Grenzen der binnensstaatlichen Methodologie¹⁶⁸ der *richterrechtlichen* Schaffung eines *Sondergenugtuungsrechts* für entgangenen Feriengenuss beim Pauschalreisevertrag entgegen stehen¹⁶⁹. Ohne eine Gesetzesrevision des *Genugtuungsrechts* kann daher eine Entschädigung für "verdorbene Ferien" *de lege lata* lediglich als Ersatz für *geldwerten Nichtvermögensschaden* verstanden werden, d.h. nicht als Ersatz für den Entgang des subjektiven Genusses oder Nutzens der Ferien, sondern als Entschädigung für den Entgang der *vertragskonformen Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit* der vom Reiseveranstalter im Pauschalreisevertrag versprochenen Leistungen¹⁷⁰. Dieser Weg ist möglich, weil das vertragliche Erfüllungsinteresse bereits *de lege lata* Nachteile abdeckt, die nach der klassischen Differenztheorie geldwerte Nichtvermögensschäden darstellen¹⁷¹.

¹⁶⁷ Dies wird auch von Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 20. September 2001 anerkannt (vgl. Erw. 17).

¹⁶⁸ Vgl. BGE 129 III 335, 350; PROBST, *Rechtsprechung*, 252, 255.

¹⁶⁹ Wenn bereits der blosser Entgang von Feriengenuss zu einer Entschädigung als Genugtuung berechtigt, wird das *bisherige System des Genugtuungsrechts* (vgl. BREHM, *Berner Kommentar*, Art. 49 N 23 ff.) unterlaufen und müsste daher revidiert werden, wenn Wertungswidersprüche und Rechtsungleichheiten verhindert werden sollen. Vgl. auch PETITPIERRE, *Préjudice patrimonial*, 69 ff.

¹⁷⁰ Ein Reiseveranstalter kann sinnvollerweise nicht für den *subjektiven Genuss* einstehen müssen, den schönes Wetter, flotter Segelwind und bräunende Sonne dem Reisenden verschaffen (sollen). Er hat aber dafür zu sorgen, dass das gesamte vertraglich versprochene Leistungspaket (Hotel-Infrastruktur, Service etc.) *vertragskonform genutzt* werden kann. Ist dies nicht der Fall, können dem Reisenden geldwerte Nichtvermögensnachteile entstehen, die über das Erfüllungsinteresse zu entschädigen sind. Wer z.B. beim Reisebüro ein bestimmtes Hotel am Strand bucht und dann vor Ort feststellt, dass gar keine Hotelreservation vorgenommen worden ist und deshalb in einem lärmigen Hotel im Stadtzentrum absteigen muss, erleidet einen ersatzfähigen Nichtvermögensschaden, weil er sein Geld (und seine Urlaubszeit) für die Nutzung einer seinen persönlichen Bedürfnissen besser entsprechenden Hotel-Infrastruktur und Umgebung einsetzen wollte.

¹⁷¹ Vgl. oben, Abschnitt V/C/1/a/aa, S. 39.

Damit ist zugleich auch die Frage nach der Bedeutung des Ersatzes von Nichtvermögensschäden *ausserhalb* des Anwendungsbereiches des *Pauschalreisegesetzes* beantwortet. Soweit geldwerte Nichtvermögensschäden vom vertraglichen Erfüllungsinteresse erfasst sind, haben sie aus Gründen der Kohärenz nicht nur beim Pauschalreisevertrag, sondern auch bei *allen andern Verträgen* als *ersatzfähig* zu gelten. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb für andere Verträge andere Regeln gelten sollten.

b) *Ersatz von Gebrauchs- und Nutzungsentgang im ausservertraglichen Rechtsverhältnis*

Im *ausservertraglichen* Rechtsverhältnis kann der Gebrauchs- oder Nutzungsentgang (= geldwerter Nichtvermögensschaden) naturgemäss nicht durch das (vertragliche) Erfüllungsinteresse erfasst und gedeckt sein. Da jedoch nach herrschender Auffassung im Privatrecht ein *einheitlicher Schadensbegriff* gilt bzw. gelten soll¹⁷², bedürfte es triftiger Gründe, um geldwerte Nichtvermögensschäden im ausservertraglichen Bereich *per se* als *ersatzunfähig* zu qualifizieren, weil sie dem Schadensbegriff nicht entsprechen. Solche Gründe sind nicht ersichtlich. Der massgebliche Unterschied zwischen der vertraglichen und der ausservertraglichen Schadenersatzlage liegt weder im Schadensbegriff noch im Kausalitäts- oder Verschuldensbegriff, sondern in der Rechtswidrigkeit (d.h. Widerrechtlichkeit bzw. Vertragswidrigkeit). Aus Gründen der Kohärenz und der Rechtsgleichheit ist es daher angezeigt, nicht nur im vertraglichen Bereich (anhand des Erfüllungsinteresses), sondern auch im ausservertraglichen Bereich geldwerte Nichtvermögensschäden in Form eines Gebrauchs- oder Nutzungsausfalls als *potentiell ersatzfähig* zu betrachten¹⁷³.

¹⁷² Vgl. oben, Abschnitt II/B, S. 5; namentlich auch BGE 132 III 379, 381 ff. – Das Bundesgericht verwendet sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Bereich die klassische Formel der Differenztheorie, vgl. z.B. BGE 132 III 359, 366 (Auftrag); 132 III 379, 381 (Patentverletzung); 127 III 403, 404 (SVG); 115 III 474, 481 (Reisevertrag).

¹⁷³ So liegt z.B. nach dem KHG ein ersatzfähiger Sachschaden ("Nuklearschaden") vor, wenn ein Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstand *verstrahlt* wird. Durch die Verstrahlung wird dieser Gegenstand in seiner Substanz jedoch nicht verändert, d.h. es liegt weder eine Zerstörung noch eine eigentliche körperliche Beschädigung der Sache vor; dagegen geht seine *Nutzungsmöglichkeit* praktisch vollständig verloren. Der Schaden liegt daher im *Nutzungsausfall* des verstrahlten Gegenstandes. Vgl. auch REY, Haftpflichtrecht, N 1352; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/3, § 29 N 250. – Auch beim *Personenschaden* wird im Rahmen des Ersatzes des Erwerbsausfalls (Art. 46 OR) (ganz selbstverständlich) die künftige *wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit* der eigenen Arbeitskraft, welche notabene keinen Vermögensbestandteil darstellt, ersetzt. Vgl. BGE 127 III 403, 405.

Ein *Beispiel* mag dies erläutern: (1) Hat jemand ein Theaterbillet gekauft und fällt die Theatervorstellung wegen Krankheit des Hauptdarstellers aus, so entgeht dem Billetinhaber der Nutzen der Vorstellung, d.h. er erleidet einen geldwerten Nichtvermögensschaden¹⁷⁴. Dieser Nichtvermögensschaden wird ihm über das *vertragliche Erfüllungsinteresse* durch Rückerstattung des bezahlten Eintrittspreises ersetzt. (2) Falls die Sachlage sich so ändert, dass der Inhaber des Theaterbillets am Abend der Vorstellung ins Theater geht und dort angekommen in der Eingangshalle von einem übereiligen *Theaterangestellten* auf der Treppe umgestossen wird, so dass er hinfällt, sich den Fuss verstaucht und an der Theatervorstellung nicht teilnehmen kann, entgeht ihm – wie im ersten Fall – der Nutzen der Theatervorstellung, d.h. er erleidet auch hier einen geldwerten Nichtvermögensschaden. Da das Theater für seine Hilfspersonen verantwortlich ist, wird es aus *positiver Vertragsverletzung* gegenüber dem (verletzten) Theaterbesucher haftbar¹⁷⁵ und neben dem Integritätsinteresse (z.B. allfällige Arztkosten) auch das Erfüllungsinteresse (Rückerstattung des Ticketpreises) zu ersetzen haben. (3) Ändert sich die Sachlage in dem Sinne, dass der Theaterbesucher auf der Treppe im Theater von einem *andern Theaterbesucher* grobfahrlässig umgestossen und verletzt wird, so haftet dieser aus *unerlaubter Handlung* für den verursachten Schaden. Eine konsequente Betrachtungsweise spricht dafür, dass in diesem Fall der fehlbare Theaterbesucher neben den Arztkosten *grundsätzlich* auch für den geldwerten Nichtvermögensschaden des verletzten Theaterbesuchers, d.h. für dessen nutzlose Auslagen für das Theaterbillet aufzukommen hat, dieser Nachteil also nicht *a priori* als *ersatzunfähig* disqualifiziert wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit sollte der *Schadensbegriff* in allen drei Konstellationen *derselbe* sein. Es vermöchte nicht zu überzeugen, wenn der vereitelte Besuch einer bestimmten Theatervorstellung je nach der *Ursache* des Hinderungsgrundes als Schaden oder aber als Nichtschaden betrachtet würde. Vielmehr sollte auch hier der geldwerte Nichtvermögensschaden als *potentiell ersatzfähig* betrachtet werden, um dann unter dem Gesichtspunkt der *Rechtswidrigkeit* (Vertragswidrigkeit, Widerrechtlichkeit) zu bestimmen, ob im konkreten Fall eine Haftung für geldwerte Nichtvermögensschäden zu bejahen ist oder nicht¹⁷⁶. Dabei sollte ein geldwerter Nichtvermögensschaden

¹⁷⁴ Durch den Kauf des Theaterbillets tätigt der Käufer eine Ausgabe und erwirbt dafür eine Forderung auf eine Dienstleistung, welche buchhalterisch (mangels Dauerhaftigkeit ihres Wertes) nicht aktivierbar und daher als Aufwand zu verbuchen ist. Ob in der Folge der Käufer die Theatervorstellung tatsächlich besucht oder nicht, hat keinen Einfluss auf sein Vermögen, so dass nach der Differenztheorie kein Schaden vorliegt. Dennoch liegt aber der Entgang eines geldwerten Nutzens vor, was im vorliegenden Beitrag jeweils als "geldwerter Nichtvermögensschaden" bezeichnet wird.

¹⁷⁵ Art. 97 OR; siehe auch WEBER, Berner Kommentar, Art. 97 N 67 ff.

¹⁷⁶ Ähnlicher Auffassung, SCHWENZER, OR AT, N 14.11.

denselben Beschränkungen unterworfen sein wie ein klassischer Vermögensschaden, d.h. dort, wo der Ersatz reiner Vermögensschäden mangels Verletzung einer Schutznorm ausscheidet, wo der Gesetzgeber reine Vermögensschäden als nicht ersatzfähig qualifiziert hat¹⁷⁷ oder wo ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden vorliegt, sollten "reine" geldwerte Nichtvermögensschäden ebenfalls nicht als ersatzfähig betrachtet werden, da es nicht darum gehen kann, geldwerte Nichtvermögensschäden gegenüber den klassischen Vermögensschäden zu privilegieren.

2. *Dogmatische Kohärenz vs. "Haftungsausuferung"?*

Wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, spricht die dogmatische Kohärenz dafür, dass geldwerte Nichtvermögensschäden nicht nur im vertraglichen, sondern auch im ausservertraglichen Rechtsverhältnis als *potentiell ersatzfähige Schadenselemente* zugelassen werden. Gleichzeitig sollten auch innerhalb des ausservertraglichen Bereichs Widersprüche vermieden werden. Ob z.B. ein Fussgänger, der auf dem Fussgängerstreifen von einem Auto angefahren und verletzt wird, sich mit einem *Kinobillet* in der Tasche auf dem Weg ins Kino befand oder aber mit einer soeben gekauften *DVD*, welche durch den Unfall beschädigt wird, auf dem Weg nach Hause in sein Heimkino war, sollte bezüglich der Anerkennung der Auslagen für das Kinobillet bzw. für die DVD als potentiell ersatzfähiger Schaden keinen Unterschied machen. Bloss weil im ersten Fall die *Nutzungsmöglichkeit einer Dienstleistung* (geldwerter Nichtvermögensschaden) und im zweiten Fall die *Nutzungsmöglichkeit eines Gebrauchsgutes* (Vermögensschaden) zur Diskussion steht, sollte nicht im ersten Fall ein ersatzfähiger Schaden verneint und im zweiten Fall bejaht werden. Die *Ersatzfähigkeit* der vom verletzten Opfer vertraglich erworbenen und vom fehlbaren Dritten (Autofahrer) vereitelten Nutzungsmöglichkeit sollte in beiden Fällen – im Grundsatz – gleich behandelt werden. Die Frage nach der *Ersatzpflicht* sollte dann insbesondere anhand der *verletzten Verhaltenspflicht* (Missachtung einer Schutzpflicht oder Schutznorm) beurteilt werden sowie danach, ob ein Verlust der *Nutzungsmöglichkeit per se* (z.B. Theaterbillet, DVD) oder bloss ein *vorübergehender Nutzungsausfall* (z.B. Wohnung während Spitalaufenthalt) vorliegt. Auf diese Weise dürften die – durchaus ernst zu nehmenden – Risiken einer "Haftungsausuferung" begrenzt sein¹⁷⁸. Dies auch deshalb, weil nicht der *subjektive Nutzen*

¹⁷⁷ Vgl. z.B. Art. 58 SVG, BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 16 ff.; Art. 27 EleG; Art. 40b Abs. 1 EBG ("Der Inhaber eines Eisenbahnunternehmens haftet für den Schaden, wenn die charakteristischen Risiken, die mit dem Betrieb der Eisenbahn verbunden sind, dazu führen, dass ein Mensch getötet oder verletzt wird oder ein Sachschaden entsteht.").

¹⁷⁸ Vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 613 ff. Vgl. auch STARK, Schädigungen, 318 f.

nach der individuellen Befindlichkeit, sondern immer nur die entgangene, *konkrete und geldwerte Nutzungsmöglichkeit* als ersatzfähiger Nichtvermögensschaden in Betracht kommt. Ein solcher Schaden ist namentlich dort *nicht* gegeben, wo sich das *Motiv* für ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft nicht verwirklicht. Wer z.B. ein zu verzinsendes Bankdarlehen aufnimmt, das er später als geplant für eine konkrete geschäftliche Transaktion einsetzen kann, hat über die Nutzungsmöglichkeit des Darlehens verfügt und erleidet somit keinen geldwerten Nichtvermögensschaden¹⁷⁹.

VI. Der Ersatz geldwerter Nichtvermögensschäden im Strassenverkehrsrecht

A. Allgemeines

Im Strassenverkehrsrecht gilt grundsätzlich der allgemeine obligationenrechtliche Schadensbegriff, da das SVG keine eigenständige Definition des Schadens enthält¹⁸⁰. Dagegen erklärt das Gesetz in Art. 58 Abs. 1 SVG nur den Personenschaden und Sachschaden als ersatzfähig und schliesst damit – durch qualifiziertes Schweigen – die Haftung für *reine Vermögensschäden* aus¹⁸¹. Dies bedeutet *a fortiori*, dass geldwerte Nichtvermögensschäden in Form von Gebrauchs- und Nutzungsausfall *a priori* nur dann als ersatzfähige Nachteile in Betracht kommen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Personen- oder Sachschaden stehen, d.h. wenn sie *Folgeschäden* solcher Primärschäden sind. Wer also in seinem Auto mit dem Opernbillet für "Carmen" in der Tasche im Verkehrsstau stecken bleibt, welcher durch einen Selbstunfall eines Lastwagens verursacht worden ist, kann vom Halter des Lastwagens keinen Ersatz für die entgangene Oper bzw. die unnütz gewordene Auslage für das Opernbillet verlangen. Wer dagegen selber als Opfer in den Unfall verwickelt wird und wegen der Beschädigung des Autos oder wegen einer Körperverletzung die Opernvorstellung nicht besuchen kann, erleidet einen geldwerten Nichtvermögensschaden als *Folgeschaden* eines Sach- oder Personenschadens, welcher als *potentiell ersatzfähig* zu betrachten ist. Diese Unterscheidung mag als willkürlich erscheinen, ist aber vom Gesetzgeber für *Vermögens-*

¹⁷⁹ BGer. 4A_282/2009 vom 15. Dezember 2009, insb. Erw. 3. Die *Nichtverwirklichung* des *Motivs* eines Rechtsgeschäfts ist weder unter dem Gesichtspunkt der Willensmängel noch unter jenem der entgangenen Nutzungsmöglichkeit einer vertraglichen Leistung relevant. – Anders verhält es sich dort, wo die andere Partei oder ein Dritter die nutzlosen Aufwendungen *veranlasst* hat (vgl. Art. 26 Abs. 1, 39 Abs. 1 OR).

¹⁸⁰ BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 15.

¹⁸¹ BGE 106 II 75, 77; REY, Haftpflichtrecht, N 1272; WERRO, Responsabilité, N 840; BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 16; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/2, § 25 N 297.

schäden so gewollt und muss daher *analog* auch für *geldwerte Nichtvermögensschäden* gelten.

Was sodann die *Genugtuung* anbelangt, verweist Art. 62 SVG auf die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts, d.h. auf Art. 47 und 49 OR¹⁸². Da der Entgang von Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten in aller Regel *keine Persönlichkeitsverletzung*, sondern einen geldwerten Nichtvermögensschaden darstellt, kommt eine *Genugtuung* regelmässig nicht in Betracht.

Im Folgenden interessieren für den Bereich des Strassenverkehrs namentlich zwei Fragen: Besteht ein Anspruch auf Ersatz der entgangenen Nutzung des verunfallten Motorfahrzeugs während seiner Reparatur in der Garage? (nachstehend, Abschnitt B)? Hat der im Strassenverkehr Verletzte Anspruch auf Ersatz für entgangene Ferien, wenn er die gebuchten Ferien nicht antreten kann? (nachstehend, Abschnitt C).

B. Gebrauchs- und Nutzungsentgang beim Motorfahrzeug

Motorfahrzeuge werden meist nicht wegen ihres Sachwertes, sondern in erster Linie wegen ihres Gebrauchs- und Nutzwertes als Transportmittel erworben. Wird bei einem Strassenverkehrsunfall ein Motorfahrzeug beschädigt, so dass es repariert werden muss, steht es während der von der Garage benötigten Reparaturzeit nicht mehr für den Gebrauch zur Verfügung. Falls die Garage dem Betroffenen gegen *Entgelt* ein *Ersatzfahrzeug* zur Verfügung stellt, entstehen Folgekosten, welche grundsätzlich als Teil des Sachschadens vom haftpflichtigen Halter zu ersetzen sind, wenn das Ersatzfahrzeug *gewerblich* und *beruflich*, also nicht bloss *privat* benutzt bzw. benötigt wird¹⁸³. Falls die Garage das Ersatzfahrzeug aus Kulanzgründen *kostenlos* zur Verfügung stellt, entstehen keine weiteren Folgekosten. Wie verhält es sich aber, wenn weder ein Ersatzfahrzeug gemietet wird noch anderweitig zur Verfügung steht und der Verunfallte sich *persönlich einschränkt*, indem er seine täglichen Verrichtungen (z.B. Arbeitsweg, Einkäufe) zu Fuss oder mit dem Velo, also ohne Folgekosten zu verursachen unternimmt? Soll diese persönliche Entbehrung dem Schädiger zugute kommen oder soll ein Anspruch auf Ersatz des geldwerten Nichtvermögensschadens infolge Entgangs der Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs anerkannt werden?

Die einfachste (und bequemste) Antwort geht dahin, dass nur *effektive Auslagen* als Schaden zu ersetzen sind. Damit wird freilich in Kauf genommen,

¹⁸² OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/2, § 25 N 623; BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 43.

¹⁸³ Für weitere Einzelheiten, BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 80 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 18.11.

dass dem Unfallopfer indirekt nahegelegt wird, im Zweifelsfalle eher ein Ersatzfahrzeug zu mieten und Folgekosten zu *verursachen*, als solche durch persönliche Einschränkungen möglichst zu *vermeiden*. Wirtschaftlich wünschenswert wäre indes, dass Folgekosten möglichst vermieden und persönliche Entbehrungen dem Opfer und nicht dem Schädiger zugute kommen. Dies wäre gegeben, wenn das Opfer für seinen Nutzungsausfall am verunfallten Motorfahrzeug (geldwerter Nichtvermögensschaden) nicht zum marktüblichen Tarif eines hypothetisch gemieteten Ersatzfahrzeugs entschädigt würde, sondern z.B. aufgrund des Erwerbpreises des Fahrzeugs, der auf die Anzahl Tage, während welcher es nicht benutzt werden kann, umgerechnet würde¹⁸⁴.

In Deutschland anerkennt die Rechtsprechung – trotz einer restriktiven Vorgabe des Gesetzgebers in § 253 Abs. 1 BGB – in gewissen Rahmen Entschädigungen für den Nutzungsausfall an Fahrzeugen¹⁸⁵ oder anderen Gebrauchsgegenständen¹⁸⁶, während dies in der Schweiz überwiegend abgelehnt wird¹⁸⁷. Eine vorsichtige Öffnung zugunsten der Anerkennung von Gebrauchs- und Nutzungsausfällen als geldwerte Nichtvermögensschäden wäre jedoch auch bei uns überlegenswert. Besonders dort, wo es nicht um Gebrauchsgegenstände wie Fahrzeuge geht, deren Nutzung bloss *vorübergehend* entbehrt wird, sondern wo die *Nutzbarkeit der gesamten Investition* verloren geht (wie bei Dienstleistungen), erscheint die Ablehnung jeglichen Ersatzes tendenziell als dogmatischer Bruch mit der wirtschaftlichen Realität¹⁸⁸. Dabei versteht es sich von selbst, dass ersatzfähig (als geldwerter Nichtvermögensschaden) immer nur der *tatsächliche* Entgang einer *konkreten* Nutzungsmög-

¹⁸⁴ Wer also sein Auto, das er für Fr. 45'000.- gekauft hat und eine durchschnittliche Gebrauchsdauer von zehn Jahren (3650 Tage) aufweist, wegen eines Unfalls für fünf Tage nicht nutzen kann, würde als geldwerten Nichtvermögensschaden einen Betrag von Fr. 61.- geltend machen können. Diese sehr rudimentäre Überschlagsrechnung, welche zu konkretisieren wäre, zeigt, dass ohne allzu grossen finanziellen Aufwand sowohl den Interessen des Schädigers (Vermeidung höherer Folgekosten) als auch den Interessen des Geschädigten (eigener Vorteil aus persönlicher Entbehrung) Rechnung getragen werden kann.

¹⁸⁵ Vgl. BGHZ 40, 345 ff.; MünchKommBGB-OETKER, § 249 N 58 ff. Siehe im Weiteren Urteil VI ZR 248/07 vom 10. Juni 2008.

¹⁸⁶ Vgl. namentlich die Grundsatzentscheidung des Grossen Senats für Zivilsachen vom 9. Juli 1986, BGHZ 98, 212 ff. Danach ist insbesondere darauf abzustellen, ob man auf eine Sache zur "eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist." (BGHZ 98, 222).

¹⁸⁷ Vgl. BREHM, Berner Kommentar, Art. 41 N 83 ff.; WERRO, Responsabilité, N 96.

¹⁸⁸ Es ist nicht unbedingt überzeugend, wenn das Unfallopfer vom Halter Ersatz der Rolexuhr, welche durch den Unfall zerstört worden ist, verlangen kann, nicht aber den Ersatz der Kosten für das Theaterbillet.

lichkeit sein kann, die ohne das schädigende Ereignis effektiv wahrgenommen worden wäre.

C. Entgang der Ferien als Folge eines Verkehrsunfalls

Der Entgang des *Ferien Genusses* stellt regelmässig keine schwere Persönlichkeitsverletzung dar, welche die Zusprache einer Genugtuung rechtfertigen würde¹⁸⁹. Als geldwerter Nichtvermögensschaden kommt der Entgang der Nutzungsmöglichkeit gebuchter und bezahlter Ferien zudem im Strassenverkehrsrecht nur als Folgeschaden eines Personen- oder Sachschadens in Betracht. Soweit aufgrund der konkreten Umstände ein widerrechtlicher Eingriff in die Rechtssphäre des Opfers dazu führt, dass die Nutzungsmöglichkeiten des Ferienaufenthaltes nicht wahrgenommen werden können, sollte sich das Haftpflichtrecht einer Anerkennung als ersatzfähiger Nachteil nicht generell verschliessen.

VII. Schlussfolgerung

Zwischen dem klassischen *Vermögensschaden* und der *seelischen Unbill (tort moral)* als Folge einer Persönlichkeitsverletzung liegt der Bereich der *geldwerten Nichtvermögensschäden*, d.h. der geldwerten Nachteile, die sich nach der Differenztheorie *nicht* im Vermögen einer Person auswirken. Dem Obligationenrecht fällt es eher schwer, diesen Zwischenbereich adäquat zu erfassen, da zwischen den überkommenen *dogmatischen Konzepten* und der *wirtschaftlichen Realität* – vor dem Hintergrund einer sich laufend verändernden Gesellschaft – gewisse Brüche und Diskrepanzen entstehen. Da es unwahrscheinlich ist, dass die wirtschaftliche Realität sich nach der rechtlichen Dogmatik richten wird, gehört es zu den Aufgaben des Obligationenrechts, geldwerte Nichtvermögensschäden adäquat zu erfassen. Während dies im Vertragsrecht über das Erfüllungsinteresse leichter fällt, ist im ausservertraglichen Verhältnis noch Einiges unklar. Längerfristig dürfte in diesem Bereich eine – im Vergleich zu heute – breitere Anerkennung entgangener Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten als *ersatzfähige, geldwerte Nichtvermögensschäden* resultieren. Dies bedeutet keineswegs, dass irgendwann in Zukunft *jeder* Verlust oder Entgang eines geldwerten Nachteils als ersatzfähiger Nichtvermögensschaden zu ersetzen sein wird. Es bedeutet aber, dass der vermögensorientierte Schadensbegriff zu einer stärkeren Hinwendung zur Frage führen wird, was im Obligationenrecht überhaupt unter *Vermögen* zu verstehen ist bzw. verstanden werden soll.

¹⁸⁹ Art. 49 OR in Verbindung mit Art. 62 OR.

VIII. Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/SCHLUEP WALTER R.,

Einleitung vor Art. 184 ff., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, [zit.: BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184].

BOOG MARKUS,

Kommentar zu Art. 110 Abs. 4 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I: Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007, [zit.: BSK StGB I-BOOG].

BREHM ROLAND,

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, [zit.: BREHM, Berner Kommentar].

BREHM ROLAND,

Motorfahrzeughaftpflicht, Bern 2008, [zit.: BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht].

BRÜLISAUER PETER/POLTERA FLURIN,

Kommentar zu Art. 58 DBG, in: Zweifel Martin/Athanas Peter [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, 2. Aufl., Basel 2008, [zit.: BRÜLISAUER/POLTERA, Kommentar direkte Bundessteuer].

CHAIX FRANÇOIS,

Kommentar zu Art. 530-551 OR, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc [Hrsg.], Commentaire romand, Codes des obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Basel 2008, [zit.: CR CO II-CHAIX].

CHAPPUIS BENOÎT,

Le dommage environnemental: un état des lieux, in: Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 11 juin 2011, Lausanne 2009, 1 ff., [zit.: CHAPPUIS, Dommage environnemental].

- CHAPPUIS BENOÎT,
Le moment du dommage, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2007, [zit.: CHAPPUIS, Dommage].
- CHAPPUIS CHRISTINE,
Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?, in: Le préjudice: une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004, Genf 2005, 15 ff., [zit.: C. CHAPPUIS, Que vaut Médor?].
- CHAUMONTET SÉBASTIEN,
Verursacherhaftungen im Schweizer Umweltrecht, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009, [zit.: CHAUMONTET, Verursacherhaftungen].
- DUPONT ANNE-SYLVIE,
Le dommage écologique, Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Diss. Genf 2005, [zit.: DUPONT, Dommage écologique].
- ENGEL PIERRE,
Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, [ENGEL, Traité].
- GAUCH PETER,
Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang [Hrsg.], Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 293 ff., [zit.: GAUCH, Grenzüberschreitungen].
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./HEINZ REY,
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, [zit.: GAUCH/SCHLUEP/REY, Obligationenrecht].
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SUSAN EMMENEGGER,
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, [zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT].
- HEINRICHS HELMUT,
Vor § 249 BGB, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomm. 68. Aufl., München 2009, [zit.: PALANDT-HEINRICHS].
- HIRSCH LAURENT,
Le tort moral dans la jurisprudence récente, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal [Hrsg.], Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Le préjudice corporel: bilan et perspectives, Bern 2009, 259 ff., [zit.: HIRSCH, Tort moral].

- HONSELL HEINRICH,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005,
[zit.: HONSELL, Haftpflichtrecht].
- HONSELL HEINRICH,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, [zit.: HON-
SELL, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., 2000].
- HONSELL HEINRICH/MEYER-MALY THEO/SELB WALTER,
Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1987, [zit.:
HONSELL/MEYER-MALY/SELB, Römisches Recht].
- KELLER ALFRED,
Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002, [zit.: KELLER,
Haftpflicht].
- KISSLING CHRISTA,
Dogmatische Begründung des Haushaltschadens, Ein Beitrag zur haft-
pflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten, Diss. Bern,
2006, [zit.: KISSLING, Haushaltschaden].
- KOLLER ALFRED,
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern
2009, [KOLLER, OR AT].
- KRAMER ERNST A.,
Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Grundkurs), Basel 2009, [zit.:
KRAMER, OR AT].
- LACHAT DAVID,
Le bail à loyer, Lausanne 2008, [zit.: LACHAT, Bail].
- LÜCHINGER NIKLAUS,
Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999, [zit.: LÜCHINGER,
Schadenersatz].
- OETKER HARTMUT,
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2,
Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007,
[zit.: MünchKommBGB-OETKER].
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W.,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil,
5. Aufl., Zürich 1995, [zit.: OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I].

- OFTINGER KARL/STARK EMIL W.,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil,
2. Teilband: Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1989, [zit.: OF-
TINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/2].
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W.,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil,
3. Teilband: Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1991, [zit.:
OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht II/3].
- PETITPIERRE GILLES,
Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?
in: Le préjudice: une notion en devenir, Journée de la responsabilité ci-
vile 2004, Genf 2005, 63 ff., [zit.: PETITPIERRE, Préjudice patrimonial].
- PROBST THOMAS,
Das Tier als Risikofaktor im Strassenverkehr, in: Probst Thomas/Werro
Franz [Hrsg.], Strassenverkehrsrechts-Tagung 2008, Freiburg 2008, 1
ff., [zit.: PROBST, Tier als Risikofaktor].
- PROBST THOMAS,
Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Heraus-
forderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Pri-
vatrecht, BJM 2004, 225 ff., [zit.: PROBST, Rechtsprechung].
- PROBST THOMAS,
La causalité aujourd'hui, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédicte
[Hrsg.], Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile
2006, Genève 2007, 15 ff., [zit.: PROBST, Causalité].
- REY HEINZ,
Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008,
[zit.: REY, Haftpflichtrecht].
- ROBERTO VITO,
Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, [zit.: ROBERTO, Haft-
pflichtrecht].
- ROBERTO VITO,
Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel 1997, [zit.: ROBERTO, Schadens-
recht].
- SCHWENZER INGEBORG,
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern
2009, [zit.: SCHWENZER, OR AT].

- STARK EMIL W.,
Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Artikel 919-941 ZGB, 3. Aufl., Bern 2001, [zit.: STARK, Berner Kommentar].
- STARK EMIL W.,
Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, in: Forstmoser Peter/Heini Anton et al. [Hrsg.], Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 311 ff., [zit.: STARK, Schädigungen].
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G.,
Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009, [zit.: TERCIER/FAVRE, Contrats].
- TONNER KLAUS,
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 611-704, 5. Aufl., München 2009, [zit.: MünchKommBGB-TONNER].
- TRÜEB HANS RUDOLF,
Kommentar zu Art. 59a USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, [zit.: TRÜEB, USG Kommentar].
- WEBER ROLF H.,
Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000, [zit.: WEBER, Berner Kommentar].
- WEISSENBERGER PHILIPPE,
Kommentar zu Art. 144^{bis} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II: Art. 111-392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007, [zit. BSK StGB II-WEISSENBERGER].
- WERRO FRANZ,
La responsabilité civile, Bern 2005, [zit.: WERRO, Responsabilité].
- WERRO FRANZ,
Contrat de voyage à forfait et...vacances gâchées? Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat? in: Tercier Pierre/Amstutz Marc et al. [Hrsg.], Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 695 ff., [zit.: WERRO, Vacances gâchées].

WESSNER PIERRE,

Les responsabilités environnementales: un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée, in: Viney Geneviève/Dubuisson Bernard, Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge, Brüssel/Paris 2006, 779 ff., [zit.: WESSNER, Responsabilités environnementales].

WESSNER PIERRE,

Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risque de développement, in: Bohnet François/Wessner Pierre [Hrsg.], Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel/Genf/München, 2005, 449 ff., [zit.: WESSNER, Risques de développement].