

FUGLINSZKY ÁDÁM\*

## Die Vorhersehbarkeit als Allheilmittel des Schadensersatzrechts?\*\*\*

(Wer muss was und wann vorhersehen – ein  
Sensibilisierungs-versuch)

### 1. Einführung

Die Vorhersehbarkeitsklausel nach dem Modell des Art. 74 des Wiener Kaufrechtsabkommens (CISG) ist eine der wichtigsten vorgesehenen Änderungen der neuen ungarischen Privatrechtskodifikation im Bereich des Schadensersatzrechts. Es wird von dem Reformvorhaben zu Recht erwartet, dass die gründlich und gewissenhaft ausgesuchten Lösungen mehr Probleme lösen als mit sich bringen. Man hofft ferner, dass die neuen Vorschriften den Grundsätzen der Gerechtigkeit, der Effektivität und nicht zuletzt der Rechtssicherheit gerecht werden und keine größeren Verwirrungen anstiften. Man muss das Gleichgewicht finden, dass man den notwendigen Ermessensspielraum der Rechtsprechung nicht all zu viel einengt und somit die Flexibilität und die Anpassungsfähigkeit des Schadensrechts auf dem Altar der Berechenbarkeit nicht opfert. Jedenfalls muss man etwas Besseres schaffen als das geltende Recht. Es wird zu prüfen sein, ob die Vorhersehbarkeit diesen berechtigten Erwartungen entgegenkommen kann. Wenn die Antwort verneinend ist, ist

\* dr. habil. Ádám Fuglinszky LL.M. (Heidelberg) PhD (Hamburg), Universitätsdozent, Eötvös Loránd Universität Budapest, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht

\*\* Dieser Aufsatz ist die erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten an der Jahreskonferenz des Ungarisch-Deutschen Juristenvereins am 14–16 Mai 2010 in Szeged. Seit Abgabe des Manuskripts (Dezember 2010) wurde das neue Ungarische BGB als Gesetz Nr. V/2013 verabschiedet und hat teilweise andere Lösungen eingeführt als noch in diesem Aufsatz vorgesehen. Drei wichtige Unterschiede sollen hervorgehoben werden. (1) Der Gesetzgeber hat eine Non-cumul Klausel eingeführt, d.h. dass Vertragsparteien Schadensersatzansprüche gegeneinander nur aufgrund des vertraglichen Haftungsregime geltend machen können (vgl. §§ 6:145–6:146). (2) Die Anwendung der Vorhersehbarkeitsklausel ist nur im Fall einer vorsätzlichen Vertragsverletzung ausgeschlossen, nicht dagegen bei grober Fahrlässigkeit (vgl. § 6:543 III). (3) Die Haftung darf nur für Vorsatz im Voraus vertraglich nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Bei grober Fahrlässigkeit ist dies erlaubt (vgl. § 6:152). Siehe ausführlicher und vertiefend die aktuelle Auseinandersetzung mit der Thematik bei Ádám Fuglinszky, *The Reform of Contractual Liability in the New Hungarian Civil Code: Strict Liability and Foreseeability Clause as Legal Transplants*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 79 (2015), Heft 1 (im Erscheinen).

auf die Reform zu verzichten. Jedenfalls pflegt man in der Legislative große Hoffnungen hinsichtlich der Vorhersehbarkeitsklausel.

Der Begriff „Allheilmittel“ kann sowohl mit als auch ohne einen leicht ironischen Beigeschmack verstanden werden. Ist die Einführung der Vorhersehbarkeit wirklich der Balsam für etliche Wunden des Schadensrechts oder lediglich ein Placebo, und die Probleme werden nur reproduziert?<sup>1</sup>

In diesem Beitrag wird auf die sog. *Expertenvorlage* für das neue ungarische bürgerliche Gesetzbuch (fortan: EV)<sup>2</sup>, sowie auf das verabschiedete, aber aufgrund der Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht in Kraft tretende Gesetz Nr. CXX/2009 über das Bürgerliche Gesetzbuch der Republik Ungarn (fortan: nuBGB) Rücksicht genommen<sup>3</sup>.

## 2. Aller guten Dinge sind drei, „echte“ und „unechte“ Vorhersehbarkeit

Sowohl in der *Expertenvorlage* als auch in dem neuen Gesetz stößt man an drei Stellen auf den Vorhersehbarkeitsaspekt, aber mit unterschiedlicher Formulierung, juristischem Umfeld, Funktion und Wirkung. Erstmal müssen diese Varianten untersucht und voneinander abgegrenzt werden.

<sup>1</sup> FAUST, Florian, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996, 5, betont, dass die Vorhersehbarkeit, wo es in den nationalen Rechten bekannt ist, teilweise in die „weitgehende Bedeutungslosigkeit“ herabsinken gelassen wird, oder „zum Vehikel einer allgemeinen Billigkeitsrechtsprechung“ gemacht wird. Anderswo berichtet er über die Einsetzung der Vorhersehbarkeit, um andere Wertungen zu verdecken. Vgl. DERS., 94, 196. Zu dem englischen und US-amerikanischen Recht siehe auch 191 f. Zur internationalen Kritik, vgl. 193 ff. Siehe auch WADDAMS, S. M., *The Law of Damages*, Fourth Edition, Canada Law Books, Toronto (2004), Rdnr. 14.460, 571.; LINDEN in LINDEN, Allen M./ FELDTHUSEN, Bruce, *Canadian Tort Law*, 8th edition, LexisNexis Butterworths, Markham, 2006, 375 ff. Zum Verdeckungseffekt, vgl. auch SMITH, Joseph C., *The Limits of Tort Liability in Canada: Remoteness, Foreseeability and Proximate Cause*, in: LINDEN, Allen M. [Bearb.], *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, Toronto, 1968, 88–114, 111.

<sup>2</sup> Die Kodifikationsarbeiten sind im Jahre 1998 begonnen und wurden bis 30. August 2007 durch den dazu hervorgerufenen Kodifikationsausschuss durchgeführt. An diesem Tag wurde der Auftrag dem Ausschuss entzogen und der Kodifikationsvorgang wurde durch das Justizministerium durchgeführt. Die Mitglieder des Ausschusses haben sich entschlossen, dem ursprünglichen Entwurf und deren professionellen Vorstellungen entsprechend eine sog. *Expertenvorlage* zu erarbeiten und diese zu veröffentlichen. Dies geschah im März 2008. Vgl. Vékás Lajos [Bearb.], *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Complex, Budapest 2008, (fortan: *Expertenvorlage*/ Autor, 2008).

<sup>3</sup> Vgl. Verfassungsgerichtsbeschluss Nr. 436/B/2010.

## 2.1. Vorhersehbarkeit als eine der Bedingungen der Exkulpation im Bereich der vertraglichen Haftung

Im Bereich der vertraglichen Haftung kommt es zu einer wesentlichen Änderung im Vergleich zum geltenden Recht. Für die Vertragsverletzungen wird in der Zukunft verschuldensunabhängig gehaftet. Der Schuldner kann – nach der Formulierung des neuen Gesetzes – sich von der Haftung nur in dem Fall befreien, wenn *„die Vertragsverletzung durch einen, außerhalb seines Kontrollbereichs liegenden Umstand verursacht wurde, womit er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht rechnen musste, und es ist ihm nicht zumutbar, dass er diesen schädigenden Umstand vermeidet oder den Schaden abwendet.“* Man muss klarstellen, dass sich die Vorhersehbarkeit hier nicht auf die durch die nicht vertragsgemäße Erbringung der Leistung verursachten Schäden bezieht, sondern auf den Grund, der die Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder sonstige vertragliche Pflichtverletzung herbeigeführt hat<sup>4</sup>. Die Vorhersehbarkeit ist also gemäß der obigen Formulierung eine der Bedingungen, die alle erfüllt werden müssen, damit der Schuldner sich von der Haftung für die Schäden befreien kann. Wir können diesen Aspekt der Vorhersehbarkeit als *unecht* bezeichnen, weil es – wie gesehen – sich nicht auf die Schäden, sondern auf die Ursache der Vertragsverletzung bezieht. Die zitierte Vorschrift wirft Auslegungs- und Abgrenzungsprobleme auf, nach dem Motto, wie man zwischen der Vorhersehbarkeit des Grundes (die kaum von dem Begriff und Erscheinung des „Schadensablaufs“ abgegrenzt werden kann) zum einen und der Vorhersehbarkeit des Schadens zum anderen unterscheiden soll, um Überlappungen zu vermeiden.

## 2.2. Die klassische Vorhersehbarkeit im Vertragsrecht

Wenn man von dem Modell des Art. 74 CISG ausgeht, bezieht sich die klassische Vorhersehbarkeitsklausel als ein vernünftiges und funktionsfähiges Mittel zur Begrenzung der Totalreparation auf die verursachten Schäden. Das Vorhersehbarkeitskonzept in der neuen ungarischen Privatrechtskodifikation sieht auch nicht anders aus. Gem. § 5:119 II nuBGB sind die sog. *Folgeschäden* (die als Folge der Vertragsverletzung im Vermögen des Geschädigten eingetretenen sonstigen Schäden) und *der ausgebliebene Vermögensvorteil nur in dem Ausmaß zu ersetzen, in dem der Geschädigte nachweist, dass der Scha-*

<sup>4</sup> In der Expertenvorlage wird es auch klargestellt, vgl. Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008 § 5:121, 810, 812.

*den als mögliche Folge der Vertragsverletzung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war.* (Laut § 5:119 III nuBGB ist die Vorhersehbarkeit bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung im Zeitpunkt der Vertragsverletzung und nicht in dem des Vertragsabschlusses zu prüfen.) Es ist aus der Formulierung eindeutig zu entnehmen, dass die Beweislast auf den Geschädigten liegt, er muss die Vorhersehbarkeit der einzelnen Schadensposten im Bereich der Folgeschäden und des entgangenen Gewinns nachweisen, um auch für diese Einbußen Schadensersatz zu bekommen. Hier handelt es sich um eine *echte* Vorhersehbarkeitsgrenze, im Sinne des Art. 74 CISG.

### **2.3. Die klassische Vorhersehbarkeit im Deliktsrecht**

Wobei die Vorhersehbarkeit am meisten mit der vertraglichen Haftung verbunden ist (teils um die Strenge der verschuldensunabhängigen Haftung auszugleichen), taucht sie in der ungarischen Kodifikation auch im *Deliktsrecht* auf, selbst wenn die Deliktshaftung weiterhin verschuldensabhängig bleibt. Laut § 5:502 II nuBGB *braucht der Schädiger denjenigen Schaden, bezüglich dessen er nachweist, dass der Eintritt dessen zum Zeitpunkt der Schadenszufügung nicht vorhersehbar war, nicht zu ersetzen.* Hier – wie auch im Vertragsrecht – bezieht sich die Vorhersehbarkeit auf die Schäden, drei Unterschiede im Vergleich zum Vertragsrecht sind aber klar zu erkennen. Erstens liegt die Beweislast auf dem Schädiger. Um die Haftung zu vermeiden, muss er nachweisen, dass die betroffenen Schadensposten nicht vorhersehbar waren. Zweitens wird der Geltungsbereich der Vorhersehbarkeitsgrenze nicht auf die Folgeschäden und auf den entgangenen Gewinn beschränkt, alle Schäden sind (nur) im Rahmen des Vorhersehbaren zu ersetzen, und schließlich drittens ist der Referenzzeitpunkt der Vorhersehbarkeit logischerweise nicht der des Vertragsabschlusses (es gibt ja keinen Vertrag, oder selbst wenn es ihn gibt, der Schadensersatzanspruch wird nicht auf dessen Grundlage geltend gemacht), sondern – wobei es im Gesetzestext ausdrücklich nicht steht – der der Schadenszufügung.

## **3. Sinn und Zweck der Vorhersehbarkeit (Risikoverteilung statt moralischen Vorwurfs)**

Es wurde schon viel in der internationalen Lehre darüber geschrieben, warum die Begrenzung der Totalreparation erforderlich ist, welche Möglichkeiten dazu zur Verfügung stehen und was eigentlich Sinn und Zweck der Vorherseh-

barkeit (als eines der Beschränkungsmittel) ist. In diesem Aufsatz ist nun kurz darauf hinzuweisen, worin der ungarische Gesetzgeber die tragenden Punkte dieses Konzeptes gesehen hat<sup>5</sup>.

Im Bereich *des Vertragsrechtes* handelt es sich darum, dass die vertragliche Haftung nach herrschender Meinung statt moralischen Vorwurfs den *Risikoverteilungsaspekt* in den Mittelpunkt stellen müsse, diesem Zweck diene auch die Einführung der verschuldensunabhängigen Haftung, nach dem Motto; „die ordentliche Erfüllung eines Vertrags kann nicht von menschlicher Mühe abhängig gemacht werden.“<sup>6</sup> Man muss davon ausgehen, dass es der Gläubiger ist, der die potentiellen Konsequenzen einer Vertragsverletzung des Schuldners – insbesondere bezüglich der Folgeschäden und des entgangenen Gewinns – überblicken kann. Dementsprechend muss er entscheiden, ob er diese Risiken dem Schuldner im Laufe der Verhandlungen vor dem Vertragsabschluss mitteilt oder nicht. Wenn die Schadensgefahr mitgeteilt wird, wird der Schuldner in die Lage gesetzt, über die Übernahme des Risikos zu entscheiden. Durch die Mitteilung wird nämlich das Schadensrisiko auf jeden Fall auch für ihn vorhersehbar<sup>7</sup>. Erstens kann der (künftige) Schuldner das Risiko einfach hinnehmen und den Vertrag mit den ursprünglich ausgedachten bzw. vereinbarten Bedingungen abschließen. Zweitens kann er auf den Vertragsabschluss ganz verzichten, oder drittens kann er die Risiken in die Berechnung der Gegenleistung einbeziehen. Wenn der Gläubiger die Schadensgefahr nicht offenbaren möchte, ist es sein gutes Recht (er möchte vielleicht die Geschäftsgeheimnisse der Firma für sich behalten oder möchte eben, dass die Gegenleistung nicht erhöht wird), er muss aber in diesem Fall damit rechnen, dass die verborgenen Schadensrisiken aus der Sicht des Schuldners gegebenenfalls nicht vorhersehbar sind, und somit haftet er auch nicht für die betroffenen Schadensposten, wenn das Risiko eintreten soll. Mit diesem Überlegungsvorgang soll ein *Gleichgewicht der Gegenleistung und des Haftungsrisikos* eintreten, was nicht nur eine gerechte, sondern auch eine effiziente Lösung darstellt, die der ökonomisch gesehen meist perfekten Allokation der Ressourcen durch Verhaltenssteuerung erheblich beiträgt<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Vgl. dazu im Allgemeinen die Motive des verabschiedeten aber nicht in Kraft tretenden Gesetzes aus dem Jahr 2008 (fortan: Motive 2008), <http://www.parlament.hu/irom38/05949/05949.pdf>, letzter Abruf: 12. Juni 2010, § 5:477, 1266. Vgl. auch *Expertenvorlage/ LÁBÁDY*, 2008, § 5:516, 1121 f.

<sup>6</sup> Motive 2008, § 5:117, 966 f.; *Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS*, 2008, § 5:121, 809.

<sup>7</sup> Motive 2008, § 5:118, 968.; *Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS*, 2008, § 5:122, 811.

<sup>8</sup> SCHLECHTRIEM, Peter, *Internationales UN-Kaufrecht*, Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Waren-

Im *Deliktsrecht* kann man auf das oben beschriebene Argument nur beschränkt berufen, es gibt nämlich keine vertraglichen Verhandlungen, ein rechtsgeschäftliches Risikokalkül findet nicht statt. In den Motiven des neuen Gesetzes trifft man lediglich auf eine lapidare Erwägung, *es sei sinnlos*, den Schädiger auch die nicht vorhersehbaren Schäden ersetzen zu lassen<sup>9</sup>. Andererseits wird (vor allem in der Lehre) betont, dass die Vorhersehbarkeit dogmatisch gesehen eine ehrliche Beschränkungsmethode im Bereich des Schadensersatzrechts sei, im Gegensatz zu dem Herumspielen mit den Beweiserfordernissen seitens des Gerichtes, oder zu dem manchmal willkürlichen „Abbruch der Kausalitätskette.“<sup>10</sup>

#### **4. Die Vorhersehbarkeitsklausel von Außen (das juristische Umfeld der Vorschrift und ihr Verhältnis zu anderen Vorschriften, strukturelle Überlegungen)**

Bevor man auf die einzelnen Tatbestandmerkmale eingeht, ist das juristische Umfeld der Vorschrift genau zu erfassen. Dabei sind der genaue Geltungsbereich, der Problembereich der freien Anspruchskonkurrenz, das Verhältnis zu der ungarischen Adäquanzlehre, sowie die Abdingbarkeit der Vorschrift anzusprechen.

---

kauf, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996, Rdnr. 302.; SÁNDOR Tamás/ VÉKÁS Lajos, Nemzetközi adásvétel, A Bécsi Egyezmény kommentárja, Hvgorac, Budapest 2005, 437 f.; MANKOWSKI, Peter in: SCHMIDT, Karsten [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6, §§ 373–406 CISG, 2. Auflage, Beck München 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 21, 25.; vgl. auch Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812.

<sup>9</sup> Motive 2008, § 5:477, 1265.

<sup>10</sup> Vgl. die kritische Bemerkung von Vékás, siehe VÉKÁS Lajos, Előreláthatósági klauzula szerződészegésből eredő kártérítési igényeknél, in SÁRKÖZY Tamás/ VÉKÁS Lajos [Bearb.], *Eörsi Gyula emlékkönyv 1922–1992*, Hvgorac Budapest 2002, 207 f., 211. Etwas diplomatischer formulieren Kemenes und Vékás in der Expertenvorlage, und erwähnen noch einige Beispiele für die richterlichen Bestrebungen, welche die vernünftige Beschränkung des Schadensersatzes bezwecken, so z.B. die Adäquanzlehre, die Argumentation, dass der Kausalzusammenhang „zu locker“ sei, oder dass das betroffene Verhalten bezüglich des Gesamtgefüges aller Kausalzusammenhänge im konkreten Fall nicht entscheidend oder unwesentlich sei, etc. Vgl. Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 811.

#### 4.1. Der Geltungsbereich der Vorhersehbarkeitsklausel, oder wer kümmert sich um die Personenschäden?

Aus der Sicht des Geltungsbereichs ist zwischen der vertraglichen und der deliktsrechtlichen Vorhersehbarkeit zu unterscheiden. Im Deliktsrecht – wie oben dargestellt – erstreckt er sich auf alle Schadensarten. Im Vertragsrecht sind nur die Folgeschäden und der entgangene Gewinn betroffen.

Wenn das so ist, fallen die Personenschäden, insbesondere die *Nichtvermögensschäden* im Vertragsrecht nicht unter die Vorhersehbarkeitsklausel? Die Personenschäden haben sowohl materielle als auch immaterielle Konsequenzen. Die materiellen Konsequenzen verkörpern sich entweder als Einkommensausfall und gehören somit dem entgangenen Gewinn an, oder als sonstige Schäden im Vermögen des Geschädigten (zum Beispiel die Schadensminderungskosten) und können somit der Kategorie der Folgeschäden zugeordnet werden. Somit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorhersehbarkeitsklausel auch auf diese (materiellen) Konsequenzen<sup>11</sup>. Die immateriellen Einbußen sind aber weder entgangener Gewinn noch Folgeschäden im Vermögen. Das sind die Nichtvermögensschäden.

In dem nuBGB wird das Konzept der Nichtvermögensschäden durch das sog. Schmerzensgeld ersetzt. Im Gegensatz zu der bisherigen Rechtslage, muss der immaterielle Nachteil nicht bewiesen werden. Ein Schmerzensgeldanspruch besteht alleine dadurch, dass eines (oder mehrere) der Persönlichkeitsrechte des Geschädigten verletzt wurden. Der Betrag des Schmerzensgeldes wird durch das freie Ermessen des Richters festgelegt; laut § 2:91 III nuBGB mit Rücksicht auf die Schwere der Rechtsverletzung und des Verschuldens, sowie auf die Auswirkung der Rechtsverletzung auf den Geschädigten.

Selbst die klare terminologische Entscheidung macht es eindeutig, dass der Gesetzgeber das Konzept des Nichtvermögensschadens bewusst beiseite gelegt und durch das Schmerzensgeld ersetzt hat. Die *Persönlichkeitsrechtsverletzung* ist kein Schaden, sondern Persönlichkeitsrechtsverletzung, deren Rechtsfolge ist *Schmerzensgeld* und *kein Schadensersatz*. Da in der Formulierung der Vorhersehbarkeit über Schaden und Schadensersatz die Rede ist, gehören gemäß der grammatischen und logischen Auslegung die Persönlichkeitsrechtsverletzung und das Schmerzensgeld dem Anwendungsbereich der Vorhersehbarkeitsklausel definitiv nicht an. Die Rechtsfolgen der Persönlichkeitsverletzungen müssen also durch den Schädiger hingenommen und bezahlt werden, *ungeachtet deren Vorhersehbarkeit*. Die souveräne Entschei-

<sup>11</sup> Vgl. auch Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812.

dung des Gesetzgebers ist nachvollziehbar<sup>12</sup>. Durch diese Entscheidung wird aber das vertragliche Risikokalkül nicht unerheblich beeinträchtigt. Nicht nur ein Delikt, sondern auch eine Vertragsverletzung (z.B. eine mangelhafte Erfüllung) kann die Verletzung der Persönlichkeitsrechte mit sich bringen (z.B. die Verletzung der Gesundheit oder der körperlichen Unversehrtheit).

#### **4.2. Der deliktsrechtliche Schleichweg als Folge der freien Anspruchskonkurrenz**

In dem ungarischen Privatrecht gibt es keine Vorschrift, die die *freie Anspruchskonkurrenz* verbieten oder ausschließen würde. Das würde heißen, dass der Geschädigte frei entscheiden kann, ob er den Schadensersatzanspruch aufgrund der Vertragsverletzung oder auf dem Deliktsweg geltend macht<sup>13</sup>.

Das ungarische Haftungsrecht geht bezüglich der Struktur des Deliktsrechts „den französischen Weg“, das heißt, neben gewissen Spezialtatbeständen wird das Privatdelikt mittels einer *großen Generalklausel* erfasst, die weder das schädigende Verhalten, noch den verursachten Schaden näher bestimmt. Daran ändert nicht einmal die Neukodifizierung. Deswegen ist es ohne weiteres möglich, im Fall einer Vertragsverletzung den Schadensersatzanspruch nicht aufgrund des Vertragsrechts sondern aufgrund des Deliktsrechts geltend zu machen. Wenn das so ist, kann der Geschädigte das gesamte vertragliche Vorhersehbarkeitskonzept mittels des deliktsrechtlichen Schleichwegs ohne Probleme *umgehen*. Wie wir es oben gesehen haben, gibt es aus der Hinsicht des Geschädigten zwei gute Gründe, für den Deliktsweg zu entscheiden. Die Vorhersehbarkeit wird nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogen geprüft, sondern erst auf den Zeitpunkt der Ausübung des schädigenden Verhaltens (d.h. ggf. der Vertragsverletzung) bezogen, und die Beweislast (hinsichtlich der Nicht-Vorhersehbarkeit) liegt auf den Schädiger. Zwar ist die Deliktshaftung immer noch verschuldensabhängig, aber im Fall einer schuld-

<sup>12</sup> Das CISG selbst grenzt im Art. 5 den Tod und die Körperverletzung auch aus dem Anwendungsbereich des Abkommens aus. Schmerzensgeld gem. dem deutschen Schadensrecht kann aufgrund des CISG nicht verlangt werden. Vgl. dazu MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 11.

<sup>13</sup> Ob der Deliktsweg dem Geschädigten offen ist, ist auch in der Rechtsprechung des CISG streitig, vgl. FAUST, 1996, 8. MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 48 ist der Meinung, dass diesbezüglich das anzuwendende Deliktsrecht maßgebend sei, aus dem CISG selbst kann das non-cumul Prinzip nicht abgeleitet werden. Das CISG entscheide aber darüber, welche Verpflichtungen als vertragliche Nebenpflichten anzusehen sind und auf welche das Deliktsrecht somit nicht angewendet werden kann.



haften Vertragsverletzung steht der Bevorzugung des Deliktsrechtes nichts im Wege. (Insbesondere nicht, wenn man berücksichtigt, dass die Rechtsprechung das Verschulden im vertraglichen Bereich besonders streng ausgelegt und eine Befreiung von der Haftung kaum ermöglicht hat<sup>14</sup>.)

Es wäre natürlich auch möglich, für die Lösung des französischen Rechts auch aus einer anderen Sicht zu entscheiden: im Sinne des „*non-cumul*“ schließt das vertragliche Verhältnis die deliktsrechtlichen Ansprüche aus, so kann der Geschädigte nicht zwischen vertraglichem und deliktsrechtlichem Schadensersatzanspruch frei wählen. Dem Vertrag ist eine gewisse Schirmwirkung beizumessen.

Weder in der Expertenvorlage noch im verabschiedeten Gesetz findet man einen klaren Hinweis, ob die freie Anspruchskonkurrenz durch das Prinzip des „*non-cumul*“ ersetzt worden wäre. Die *Motive* des nicht in Kraft tretenden Gesetzes legen das Prinzip der freien Anspruchskonkurrenz in dem Zusammenhang fest, dass der Gläubiger ggf. frei zwischen den Gewährleistungsansprüchen und der Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums oder auffallend hoher Wertdifferenz wählen kann. Über das Wahlrecht zwischen vertraglichem und deliktsrechtlichem Schadensersatzanspruch ist an dieser Stelle keine Rede<sup>15</sup>. Wenn aber die freie Wahl sogar in einem breiteren Kreis (im Verhältnis von Gewährleistung und Anfechtung des Vertrages) zur Verfügung des Gläubigers steht, aus welchem Grund wäre ihm die freie Auswahl des Anspruches in einem kleineren Kreis, im Rahmen des Schadensersatzes (zwischen vertraglichem und deliktsrechtlichem Schadensersatzanspruch) zu entziehen? Mittels des „*Argumentum a maiori ad minus*“ soll der freien Anspruchskonkurrenz zwischen den beiden Schadensersatzansprüchen nichts im Wege stehen. Anderswo steht es in den Motiven, dass das vertragliche Verhältnis die Subjekte der Obligation bestimmt, und ferner, dass dasselbe Verhalten, das als Vertragsverletzung anzusehen ist, auch von dem vertraglichen Verhältnis unabhängig Schäden verursachen kann. Es wird der Fall genannt, wenn die (mangelhafte) Bauausführung oder Herstellung nicht nur dem Vertragspartner Schaden zufügt. Dieser Schaden (der Drittschaden) ist aufgrund des Deliktsrechtes zu ersetzen. Die vertragliche Haftung setzt aber – so die Motive – einen Vertrag voraus<sup>16</sup>. Es steht also nicht ausdrücklich in den Motiven, dass der Deliktsweg gegenüber dem Vertragspartner ausgeschlossen sei und aus dem Kontext ist

<sup>14</sup> Motive 2008, § 5:117, 967, Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:121, 809.

<sup>15</sup> Motive 2008, § 5:113, 962, Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:117, 806.

<sup>16</sup> Motive 2008, § 5:117, 965, genauso Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:121, 808.

es auch nicht zu entnehmen, es sei denn man interpretiert den Satz bezogen auf die Drittschäden („dieser Schaden ist nach dem Deliktsrecht zu ersetzen“) mittels des Umkehrschusses dahin, dass nur dieser Schaden (der einer Drittperson zugefügt worden ist) aufgrund des Deliktsrechts ersetzt werden kann, die Schäden aus Vertragsverletzung, die der Vertragspartner erleidet hat, dagegen nicht.

Die Formulierung in den Motiven kann aber auch so verstanden werden, dass die Drittschäden nur als Beispiel für den Deliktsweg erwähnt werden. Diese Interpretation ist vielleicht etwas überzeugender, weil sie mit der freien Anspruchskonkurrenz, wie es an anderer Stelle im anderen Kontext in den Motiven festgelegt wird (siehe oben), nicht im Widerspruch steht. Die Motive nicht, wohl aber die *Expertenvorlage* erkennt diesen Fragenkomplex, selbst wenn sie die potentielle Überlappung nur bezüglich der Haftung für Vertragsverletzungen zum einen und bezüglich der Spezialtatbestände der Deliktshaftung (insbesondere die Gefährdungshaftung) zum anderen anspricht (die große Generalklausel aber nicht erwähnt). Es wird ferner über die Rechtsprechung und Lehre berichtet, dass diese denjenigen Haftungstatbestand bevorzugen, der für den Geschädigten von Vorteil ist. Es wird in der *Expertenvorlage* schließlich darauf hingewiesen, dass es in der Zukunft etwas komplizierter wird überhaupt festzustellen, welcher Tatbestand für den Geschädigten günstiger ist, da die vertragliche Haftung von dem Verschuldensersfordernis losgelöst wird. Die Frage wird in der *Expertenvorlage* bewusst offen gelassen, was m.E. nicht wirklich der Rechtsentwicklung und der Rechtssicherheit beiträgt<sup>17</sup>.

Selbst wenn der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung durch Auslegung auf die Folgerung kommen würde, dass der Grundsatz des „*non-cumul*“ zu bevorzugen wäre, würde diese Entscheidung erhebliche *Abgrenzungsprobleme* mit sich bringen. Wo endet das vertragliche Verhältnis, insbesondere die vertraglichen Nebenpflichten oder die vertraglichen Schutzpflichten, und wo fängt das Terrain des Deliktsrechts an? Wenn der Fliesenleger in meinem Haus meine wertvolle chinesische Vase aus der Ming Zeit aus Versehen zerbricht, ist das die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, so ist darauf das vertragliche Schadensersatzregime anzuwenden, oder es ist als eine unabhängige deliktsrechtlich relevante Handlung zu bewerten und das Deliktsrecht sei anschlägig. Wenn der Gesetzgeber diese Fragen nicht beantwortet, dann muss die Rechtsprechung die Entscheidung treffen, wobei solche strukturelle Fragen eher dem Kompetenzbereich der Legislative angehören, nicht zuletzt der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit zuliebe.

<sup>17</sup> *Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS*, 2008, § 5:124, 814.

### 4.3. Wird die ungarische Adäquanzlehre durch die Vorhersehbarkeitsklausel ersetzt?

Weder die Expertenvorlage noch das verabschiedete Gesetz gehen darauf ein, ob das herrschende ungarische Zurechnungskonzept, die *Lehre des ad-äquaten Kausalzusammenhanges* wie es Gyula Eörsi erarbeitet hat, durch die Vorhersehbarkeitsklausel ersetzt wird oder ganz im Gegenteil, unangetastet weiter gelten soll. Zwischen den beiden Konzepten gibt es wohl Überlappungen. Gyula Eörsi hat den Präventionsaspekt in den Mittelpunkt seiner Haftungstheorie gestellt. Die Prävention kann nur dann effektiv zur Geltung kommen, wenn die Schädiger nur für solche Konsequenzen, die sie zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung haben vorhersehen können, zur Rechenschaft gezogen werden. Ansonsten funktioniert die angestrebte Verhaltenssteuerung nicht. In der ungarischen Lehre – ausgesprochen oder nicht – wird also die *Vorhersehbarkeit* in die Adäquanzlehre mit *hineininterpretiert*<sup>18</sup>. Die Einführung der expliziten Vorhersehbarkeitsklausel im Rahmen des zu ersetzenden Schadens verunsichert die Handhabung der ungarischen Adäquanzlehre.

Im CISG wird eindeutig und bewusst auf die verschiedensten Zurechnungstheorien verzichtet. Der Kausalzusammenhang wird aufgrund der sog. „condition sine qua non“ Theorie (Äquivalenztheorie) ermittelt, nach dem Motto, die vernünftige Beschränkung der Haftung wird durch die Vorhersehbarkeit vorgenommen<sup>19</sup>. In anderen Rechtsordnungen leben das Vorhersehbarkeitsprinzip und andere Zurechnungsüberlegungen friedlich nebeneinander, sie werden sogar simultan angewendet. Die Frage ist nun, was mit der ungarischen Adäquanzlehre geschehen soll. Wird sie weiterhin angewendet, welche Funktionen und Wirkungen sind den beiden Beschränkungsmethoden beizumessen? Wie sind die Überlappungen zu behandeln? Wie kann man den Unterschied zwischen den beiden ergreifen? Wiederum Fragen, deren Beantwortung unvermeidlich ist.

<sup>18</sup> Vgl. VILÁGHY Miklós, A Ptk. felülvizsgálatának elvi kérdései, Magyar Jog 8/1971, 449–459, 456, und auch PETRIK Ferenc, Kártérítési jog, az élet, testi épség, egészség megsértésével szerződésen kívül okozott károk megtérítése, Hvgorac, Budapest 2002, 68 f. Siehe noch VÉKÁS, 2002, 210 f.; Motive 2008, § 5:117, 966 und § 5:477, 1265, sowie Expertenvorlage/LÁBÁDY, 2008, § 5:516, 1122, *Menyhárd* berichtet darüber, dass die ungarische Adäquanzlehre und der Vorhersehbarkeitstest öfters zu gleichen Ergebnissen führen, vgl. MENYHÁRD Attila, Felelősség szerződészegésért, Polgári Jogí Kodifikáció, Nr. 2001/3, 25–26, 25.

<sup>19</sup> FAUST, 1996, 9, SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 300.; SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 435 f., Münch-KommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 18.

#### 4.4. Sind die neuen Vorschriften abdingbar?

Die im Laufe der Kodifikationsarbeiten erstellten Dokumente und Entwürfe enthalten *keinen Hinweis* bezüglich der Abdingbarkeit der neuen Vorschriften. Nach eindeutigem Axiom des Privatrechts sind die Vorschriften *des Schuldrechts* – im Gegensatz zu den des Sachenrechts – *abdingbar*, die Vertragsparteien können im gemeinsamen Einvernehmen von den gesetzlichen Vorschriften des Schuldrechts abweichen, diese durch andere Regelungen ersetzen, sogar ein komplett neues Haftungsregime erarbeiten und in das Vertragswerk einfügen<sup>20</sup>. Der Ausschluss und die Beschränkung der Haftung über die Vorhersehbarkeit hinaus sind nicht ohne weiteres möglich, wohl findet man festgeschriebene Grenzen der Grenzen im neuen Gesetz<sup>21</sup>. *Die Erweiterung der Haftung* – unter Umständen durch die Ausschaltung der gesetzlichen Beschränkungsmechanismen – ist dagegen nicht ausdrücklich geregelt. Anscheinend steht der vertraglichen Neutralisierung der Vorhersehbarkeitsgrenze nichts im Wege. Das kann insbesondere in einem unausgewogenen Vertragsverhältnis gefährlich sein, wo z.B. ein Großkonzern einem kleinen oder mittleren Unternehmen gegenübersteht und der Zulieferant oder der Subunternehmer auf die Arbeit angewiesen und dadurch dem Vertragspartner ausgeliefert ist. Die Lehre und die Rechtsprechung müssen Prinzipien und Fallgruppen erarbeiten, wann und unter welchen Bedingungen Haftungserweiterungsklausel als *unlauter*, *sittenwidrig*, etc. anzusehen sind.

### 5. Die Vorhersehbarkeitsklausel von Innen (die Tatbestandsmerkmale)

Selbst wenn man die oben gestellten Fragen vorübergehend unbeantwortet beiseite legt, kann einem die gründliche Untersuchung der einzelnen Tatbe-

<sup>20</sup> Art. 74 CISG ist auch abdingbar, vgl. MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 44.

<sup>21</sup> So auch bezüglich des Art. 74 CISG SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 434. Siehe im nuBGB § 5:129. Abs. 1 – fast wortwörtlich wie § 314 I des geltenden uBGB – verbietet der Ausschluss bzw. Beschränkung der Haftung für vorsätzlich, grob fahrlässig oder durch eine Straftat verursachte Schäden, sowie für Vertragsverletzungen, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die Gesundheit beeinträchtigt haben. Abs. 2 verlangt darüber hinaus im Bereich der Verbraucherverträge den Ausgleich der Haftungsbeschränkung durch die entsprechende Senkung der Gegenleistung oder durch einen anderen Vorteil. Die zweite Vorschrift ist auch im § 314 II des geltenden uBGB zu finden und nicht nur auf die Verbraucherverträge, sondern auf alle Verträge anzuwenden, wobei es im § 5:131 der Expertenvorlage überhaupt nicht enthalten ist.

standsmerkmale nicht erspart bleiben. Bezüglich der Vorhersehbarkeit gibt es keinen Mangel an auslegungsbedürftigen Teilaspekten. Diese können durch drei W-Fragen gruppiert und zum Ausdruck gebracht werden. Erstens muss man klarstellen, *wer* den Schaden voraussehen muss. Zweitens ist zu prüfen, *wann* man den Schaden voraussehen muss, also den relevanten Referenzzeitpunkt der Vorhersehbarkeit. Schließlich drittens: *was* muss man eigentlich vorhersehen.

### 5.1. Wer muss den Schaden vorhersehen?

Es wird in der internationalen Lehre der Vorhersehbarkeit immer wieder betont, dass es auf die Vorhersehbarkeit *einer vernünftigen Person in der gleichen Lage* ankommt, und nicht nur darauf, was der konkrete Schädiger vorhergesehen hat<sup>22</sup>. Neben dem konkreten Wissen des Schädigers begründet die Haftung für die betroffenen Schäden auch das Vorhersehenmüssen oder Vorhersehenkönnen. So steht es auch in den Motiven des nuBGB<sup>23</sup>.

Die vernünftige Person in der gleichen Lage ist auch eine auslegungsbedürftige Begrifflichkeit. Gemäß der Rechtsprechung des CISG ist das ein vertypter objektiver Maßstab, wobei *die Fachkenntnisse* des Schuldners zu berücksichtigen sind. Ferner ist es *zwischen Kaufleuten und Privatpersonen* zu unterscheiden. Dort endet aber der Typisierungsspielraum und Ermessungsfreiheit des Richters, er darf *sonstige, personenbezogene Gesichtspunkte*, wie z.B. das Alter, die Lebensstellung, die Fähigkeiten oder die persönliche Erfahrung des Schuldners, *nicht in Betracht ziehen*<sup>24</sup>. Es handele sich letzten Endes um die zu erwartende Vorhersehbarkeit. (Wenn der Schuldner über die spezifischen Risiken in Kenntnis gesetzt wurde, hat er selbstverständlich auch für diese einzustehen, vorausgesetzt der Beweispflichtige kann diesen Umstand hinreichend belegen.)

Aus dieser Stellungnahme lassen sich drei Folgerungen entnehmen. Erstens, wenn es auf die zu erwartende Vorhersehbarkeit der vernünftigen Person in der gleichen Lage ankommt, dann spielt die Beweislast bezüglich der Vorhersehbarkeit, insbesondere die unterschiedliche Verteilung der *Beweislast* im

<sup>22</sup> FAUST, 1996, 13. rechtsvergleichend 137 ff.; SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 438 f., Münch-KommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 24.

<sup>23</sup> Motive 2008, § 5:118, 969; Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812, auch im Deliktsrecht, vgl. Expertenvorlage/ LÁBÁDY, 2008, § 5:516, 1122. Bezüglich des CISG vgl. FAUST, 1996, 16.

<sup>24</sup> FAUST, 1996, 32 f.

Vertragsrecht und im Deliktsrecht im Ergebnis *eine geringere Rolle* als man auf dem ersten Blick denkt, da die Beurteilung der Vorhersehbarkeit eigentlich *eine juristische Bewertungsfrage* ist. Zweitens, die ungarische Lehre und Rechtsprechung müssen sich mit einem Problem auseinandersetzen, was nicht gerade neu und unbekannt ist, nämlich mit der so genannten „Resubjektivierung“ des vertypten Maßstabs. Seit diese Kategorie erstellt wurde, ist es eigentlich klar, dass es die vernünftige Person in der gleichen Lage nicht gibt. Der Richter muss sich in die Lage dieser fingierten Idealperson setzen und das zu erwartende Verhaltensniveau selbst überlegen. Letzten Endes wird es darauf ankommen – argumentieren die Skeptiker –, was der Richter selbst nach eigener Einschätzung vorhergesehen hätte. Drittens stellt diese Bewertungsmethode teilweise auch einen anderen Eckstein der Haftungsrechtsreform in Frage. Wie bereits erwähnt, für Vertragsverletzungen wird nach neuem Recht verschuldensunabhängig gehaftet. Das Verschulden, d.h. der objektive und vertypte Verschuldensmaßstab wird im Vertragsrecht keine Rolle mehr spielen. Das Verschulden hat sich in diesem Bereich (und im Deliktsrecht wird es weiterhin so bleiben) nicht auf den verursachten Schaden als Ergebnis der Handlung bezogen, sondern auf das schadenszufügende Verhalten (Handlung oder Unterlassen). Der Vorhersehbarkeitstest ist demgegenüber auf den Schaden anzuwenden. Rein dogmatisch gesehen gibt es also einen gravierenden Unterschied zwischen dem vertypten Verschuldensmaßstab und dem Vorhersehbarkeitserfordernis. Es ist aber zu befürchten, dass in der tagtäglichen Praxis die Handlung und deren Ergebnis nicht so einfach und klar voneinander abgegrenzt werden können und somit das aus dem Vertragsrecht verbannte *Verschulden durch die Hintertür der Vorhersehbarkeit zurückschleicht*. (In der ungarischen Lehre wird z.B. immer noch vertreten, dass die Möglichkeit der Konsequenzen, der drohenden Schäden bei der Auslegung des Verschuldens zu berücksichtigen sei, die Vorbildung der Schäden beeinflusse nämlich wohl das zu erwartende Verhalten<sup>25</sup>.)

## 5.2. Wann muss man den Schaden vorhersehen?

Im *Deliktsrecht* muss die Vorhersehbarkeit auf den *Zeitpunkt der Schädigung* bezogen geprüft werden. (Es ist auch logisch, im Deliktsrecht gibt es i.d.R. kein vorher abgestimmtes Rechtsverhältnis zwischen den Betroffenen,

<sup>25</sup> Vgl. BAUER Miklós, A polgári jogi helytállás formái: felelősség és kártérítés, Jogtudományi Közlöny 4/1988, 195–203, 202 f. und DERS., Felelősség és kártérítés de lege ferenda, Jogtudományi Közlöny 5/1988, 272–281, 279.

ein anderer Referenzzeitpunkt wäre schwierig vortellbar.) Im *Vertragsrecht* ist es aus den oben beschriebenen Gründen der *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*, es sei denn es handelt sich um eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Vertragsverletzung, was die Verschiebung des Referenzzeitpunktes zur Folge hat, und zwar – wie im Deliktsrecht – auf den Zeitpunkt der Schadensverursachung, d.h. der Vertragsverletzung.

Die vertragsrechtliche Regelung wirft einige Fragen auf. Ist es immer gerecht, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen und somit alle zusätzlichen, nachträglich erlangten Kenntnisse des Schuldners aus der Prüfung der Vorhersehbarkeit auszugrenzen? *Faust* spricht das Problem der *Dauerschuldverhältnisse* zu Recht an.<sup>26</sup> Im Fall eines langfristigen vertraglichen Verhältnisses wird einiges für die Vertragsparteien über den anderen Vertragspartner bekannt. Im Laufe der Kooperation kommt es relativ häufig vor, dass der Schuldner in die alltägliche Tätigkeit des Gläubigers, in die Funktionsweise der Herstellung oder des Betriebes bzw. Handelsgeschäfts im allgemeinen einen Einblick gewinnt, dadurch können ihm auch die wichtigsten, früher vielleicht nicht offensichtlichen Schadensrisiken bewusst werden. Ist das alles bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit irrelevant? Wegen des angestrebten Gleichgewichtes zwischen Gegenleistung und Risiko, grundsätzlich ja. Welcher soll aber der relevante Zeitpunkt sein, wenn die Parteien einen Rahmenvertrag abgeschlossen haben, und die einzelnen Lieferungen aufgrund periodischer Abrufe getätigt werden? Ist der Vertragsabschluss der Referenzzeitpunkt oder etwa die Rückbestätigung des konkreten Abrufs? Was ist der Unterschied, wenn die monatlich zu liefernden Mengen im Voraus in dem Rahmenvertrag selbst bestimmt sind?

Andererseits ist auch zu hinterfragen, ob die nachträgliche *Vertragsänderungen*, Ergänzungen und Anpassungen, insbesondere bezüglich der Gegenleistung als eine Art „*Novation*“ aus der *Hinsicht der Vorhersehbarkeit* angesehen werden können. Wenn man die gesetzliche Formulierung strikt und (nur) literarisch auslegt, findet eine *tabula rasa* bezüglich der Vorhersehbarkeit mit den nachträglichen Vertragsänderungen nicht statt. Es ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen<sup>27</sup>.

Man könnte aber mittels der teleologischen Auslegung zu einem anderen Ergebnis kommen. Die Zielsetzung des Gesetzgebers ist es u.a., dem Gleichgewicht von Risiken und Gegenleistung beizusteuern. Das Gleichgewicht geht

<sup>26</sup> FAUST, 1996, 115.

<sup>27</sup> Laut SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 439 ist eine gezielte Vertragsmodifizierung vorausgesetzt. So auch Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812.

verloren, wenn die Gegenleistung den Risiken nicht angepasst werden kann, meinen die Kodifikatoren. Das umgekehrte trifft auch zu, wenn die Gegenleistung nachträglich erhoben wird, ohne die in der Zwischenzeit bekannt gewordenen Risiken in die Vorhersehbarkeit mit einbeziehen zu können. Dann wird das Gleichgewicht ebenfalls gestört. Die Situation ist ähnlich, wenn das vertragliche Verhältnis nur noch formell fortbesteht, d.h. rechtstechnisch geht es lediglich um die Änderung oder Ergänzung des Vertrages, de facto wird aber beinahe der gesamte Vertragsinhalt durch andere Regelungen ersetzt. Wäre es nicht sachgerecht, in diesen Fällen den Zeitpunkt der wesentlichen Vertragsänderung als den Referenzzeitpunkt der Vorhersehbarkeit anzusehen? Wobei man auch in Kauf nehmen muss, dass dadurch die Rechtsprechung einem sehr schwierigen Problem gegenübergestellt wird, und zwar ob die Vertragsänderung einer derartigen inhaltlichen Neugestaltung des vertraglichen Rechtsverhältnisses gleichkommt, die die Novation aus der Sicht der Vorhersehbarkeit begründet. Dabei ist auf den wesentlichen Vertragsinhalt, präziser formuliert auf das Qualitative und nicht auf das Quantitative abzustellen<sup>28</sup>.

### 5.3. Was muss man vorhersehen?

Somit kommt man zu dem schwierigsten Problem der Vorhersehbarkeit. Die Vorhersehbarkeit ist die Bedingung des Schadensersatzes, selbst wenn die Merkmale des Haftungstatbestandes erfüllt sind. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit kann aber unterschiedlich – nach skeptischen Formulierungen: beliebig – ausgelegt werden, abhängig davon, was man genau unter Vorher-

<sup>28</sup> FAUST, 1996, 115 erwähnt Beispiele aus der US-amerikanischen Rechtsprechung, wo die nachträgliche Feststellung des genauen Termins der Fertigstellung von Bauleistungen auch die Verschiebung des Referenzzeitpunkts der Vorhersehbarkeit auf dieses spätere Momentum mit sich gebracht hat. Vgl. etwa *Spang Industries Inc. v. The Aetna Casualty and Surety Co., Torrington Construction Co. Inc.* 512 F.2d 365, insbesondere 369: „We conclude that, when the parties entered into a contract which, by its terms, provides that the time of performance is to be fixed at a later date, the knowledge of the consequences of a failure to perform is to be imputed to the defaulting party as of the time the parties agreed upon the date of performance. This comports, in our view, with both the logic and the spirit of *Hadley v. Baxendale*.“



sehbarkeit des Schadens versteht<sup>29</sup>, und mit welcher Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts man rechnen muss<sup>30</sup>.

### 5.3.1. Das Problem der „Fokaldistanz“

Das Ergebnis des Vorhersehbarkeitstests hängt im Wesentlichen davon ab, wie man die Fokaldistanz der Linse einstellt, bzw. *wie konkret der Schaden vorhersehen werden muss*. Wenn der Schädiger lediglich soviel vorhersehen muss, dass irgendein Schaden eintreten wird, dann sind alle Schäden vorhersehbar, unabhängig von dem Typus und von dem Umfang oder genauen Betrag der Einbußen. Wenn der konkrete, später eingetretene Schaden vorhersehen werden muss, mit der Bezifferung des genauen Schadensumfangs, dann wird eben nichts vorhersehbar. Zwischen diesen beiden Externalwerten, die wir sofort als ungeeignet und ungerecht verwerfen können, gibt es sicherlich vernünftige Kompromisslösungen. Die Frage ist nun, welcher Kompromiss bzw. welche Kombinationen am besten geeignet sind, der Totalreparation funktionsfähige und gerechte Grenzen zu setzen.

Im Gesetzestext des nuBGB steht „*mérték*“, was man als Ausmaß oder Umfang des Schadens übersetzen könnte. In den Motiven ist nicht nur über den Schadensumfang, sondern auch über die *Größenordnung des Schadens*, sowie über die *Schadensart* oder *Schadenstypus* die Rede. Diese beiden müssen laut authentischer Auslegung des Gesetzgebers vorhergesehen werden, nicht dagegen der genaue ziffermäßige Schadensbetrag<sup>31</sup>. Die herrschende Meinung bezüglich des Art. 74 CISG ist genau dieselbe, wobei *Faust* diese Lösung in Frage stellt und der Meinung ist, dass es nicht unbedingt gerechtfertigt sei, die Vorhersehbarkeit von beiden Aspekten zu verlangen<sup>32</sup>. Es sei wohl denkbar, dass der Schädiger einen entgangenen Gewinn in einer gewissen Höhe hat vorhersehen können, nicht dagegen einen Haftungsschaden<sup>33</sup> in derselben

<sup>29</sup> Zu den Unsicherheiten, vgl. FAUST, 1996, 5. Er zieht aus seiner rechtsvergleichenden Analyse die Folgerung, dass die durch ihn untersuchten Rechtsordnungen – im Bereich der vertraglichen Haftung – ausgesprochen oder unausgesprochen auch die Vorhersehbarkeit der Tatsache verlangen, dass der Schaden nicht durch ein Deckungsgeschäft verhindert werden kann. Vgl. DERS., 196.

<sup>30</sup> Vgl. auch SMITH, 1968, 98.

<sup>31</sup> Motive 2008, § 5:118, 968; Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812.

<sup>32</sup> Vgl. FAUST, 1996, 12, so aber SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 438 f., MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 23.

<sup>33</sup> Ein Schaden, der dadurch entsteht, dass der Gläubiger aufgrund der Vertragsverletzung des Schuldners selbst Schadensersatz an seine Vertragspartner (Abnehmer, Kunden) leisten muss.

Höhe. In diesem Fall war der Schadensumfang vorhersehbar, nicht dagegen der Schadenstypus. Wenn beide vorhergesehen werden müssen, ist die Schadensersatzklage in diesem Beispiel abzuweisen.

Wenn man das Beispiel umdreht, kann es genauso zu unbilligem Ergebnis führen. *Faust* zitiert einen anderen Fall, wenn wegen der Mangelhaftigkeit des Fasses ein wertvoller Wein, eine echte Rarität ausläuft. Der Schadenstypus war vorhersehbar, nicht dagegen der Schadensbetrag. Ist voller Schadensersatz zu leisten, oder soll das Gericht den Schadensersatz nur im Betrag eines durchschnittlichen Weines zuerkennen?<sup>34</sup> Um den Leser weiter zu sensibilisieren, kann man auch andere Beispiele hervorheben. Wenn man einen überdurchschnittlich wohlhabenden Geschäftsmann verletzt, dessen Einkommen weit über den Durchschnitt hinausgeht, ist Schadensersatz nur im Rahmen des durchschnittlichen zu leisten, weil nur der Schadenstypus, nicht dagegen der Schadensumfang vorhersehbar war?<sup>35</sup> Diese letzte Fragestellung führt einen schon zu der Problematik der Wahrscheinlichkeit und zu einer der wichtigsten Ausnahmegruppen, zu dem so genannten „thin-skull-doctrine“ hinüber, auf die später noch eingegangen wird. *Faust* beruft auf einen Lösungsvorschlag aus dem *common law*, nämlich darauf, dass bei *Personenschäden* nur der Schadenstypus, bei *Sachschäden* oder *sonstigen Vermögensschäden* grundsätzlich sowohl der Schadenstypus als auch die Größenordnung des Schadensbetrages vorhergesehen werden müssen.

Um all dies verantwortungsvoll entscheiden zu können, muss der Gesetzgeber (oder zumindest der Richter) wissen, was man eigentlich unter Schadenstypus oder Schadensart verstehen muss. Nicht einmal diesbezüglich gibt es eine *communis opinio*. Die verschiedenen Einbußen können nämlich unterschiedlich kategorisiert werden. Man kann auf verschiedenen Abstraktionsebenen breitere und engere Kategorien bilden. Nach der englischen Rechtsterminologie muss der „type of consequence“ aber nicht der „specific consequence“ vorhergesehen werden können. Dies wurde in dem englischen Fall *'H Parsons (Livestock) Ltd. v Uttley Ingham & Company Ltd.'* aus dem Jahre 1977 verdeutlicht. Der Schuldner hat einen Erdkastanienbehälter für Schweinefutter geliefert, wobei die Belüftung bei der Montage zugedeckt geblieben ist. Deswegen sind die Kastanien verdorben, was zu dem massenhaften Durchfall der Schweine und somit zu einer Infektion mit Kolibakterien

<sup>34</sup> FAUST, 1996, 29, 132

<sup>35</sup> Vgl. WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.550, 576. In diesem Fall sei der Schaden wohl vorhersehbar, nur die zum Ersatz erforderlichen Kosten nicht, worauf aber der Schädiger nicht berufen kann.

geführt hat. Nach der Entscheidung des *'England and Wales Court of Appeal'* der *'type of consequence'* ist die Erkrankung oder der Tod der Schweine und nicht die Koliinfektion, was man eher als *'specific consequence'* beschreiben muss. Wenn der *'type of consequence'* vorhersehbar war, ist die Vorhersehbarkeit und somit auch die Haftung zu bejahen<sup>36</sup>.

*Faust* analysiert eine andere Entscheidung, in welcher das Gericht dieser Logik eben nicht gefolgt hat. Es wurde die Haftung des verklagten Hotels verneint nach dem Motto, es habe den Asthmaanfall des Gastes (den er dadurch erleiden musste, dass er wegen einer Überbuchung in einem Personalzimmer in unzumutbarem Zustand übernachten musste) nicht vorhersehen können. *Faust* beanstandet zu Recht, wieso nicht einfach auf den Gesundheitsschaden (als *'type of consequence'*) abgestellt wurde, wie im Erdkastanienbehälterfall, und warum das Gericht die Vorhersehbarkeit des Asthmaanfalls (was vielmehr der *'specific consequence'* entspricht) geprüft hat<sup>37</sup>. Auch im Deliktsrecht wird auf das *'class or character of the injury'* abgestellt, nur das und nicht der konkrete Kausalverlauf muss vorhergesehen werden.

In der bekannten *'Hughes v. Lord Advocate'* Entscheidung des House of Lords aus dem Jahre 1963 ging es um Postangestellte, die einen Schacht geöffnet haben, um ein unterirdisches Kabel zu reparieren. In der Teepause haben sie ihre Leiter im Schacht stehen lassen, weswegen der Schacht nicht ordentlich zugedeckt werden konnte. So haben die Angestellten Paraffinlampen um die Öffnung des Schachtes herumgestellt, damit keine in die Grube fällt. Nicht viel später ist ein neugieriges achtjähriges Kind in den Schacht gestiegen, und auf dem Weg zurück, als es wieder herauskletterte, hat es versehentlich eine Paraffinlampe in den Schacht heruntergerissen, wo es zu einer heftigen Explosion kam, wodurch der Junge erhebliche Brandverletzungen erleiden musste. Die Haftung wurde bejaht, mit der Begründung, nicht der genaue Ablauf der Schädigung, sondern nur die Gefahrquelle (in diesem Fall ist das der Brand) muss vorhergesehen werden, da es bezüglich der einzelnen Schadenstypen endlos viele Eintrittsvarianten gibt, die man nicht alle überblicken kann<sup>38</sup>.

Weder diese Ergebnisse noch der Begriff *'class or character of the injury'* helfen viel weiter. Die Frage bleibt immer noch unbeantwortet, wie konkret die einzelnen Schadenstypen definiert werden müssen. Wenn man von der üb-

<sup>36</sup> Vgl. *'H Parsons (Livestock) Ltd. v Uttley Ingham & Company Ltd.* [1977] EWCA Civ 13 (18 May 1977) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1977/13.html>, letzter Abruf 13. Juni 2010.

<sup>37</sup> FAUST, 1996, 127 f.

<sup>38</sup> *'Hughes v. Lord Advocate*, 1963 SC (HL) 31', [http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/1963\\_SC\\_HL\\_31.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/1963_SC_HL_31.html), letzter Abruf: 14. Juni 2010.

lichen Klassifizierung *Vermögensschäden*, *Nichtvermögensschäden*, oder aus der Dreiheit des *damnum emergens*, des *lucrum cessans* und der *Schadensminderungskosten* hinausgeht, dann hat man ziemlich breite Kategorien gebildet, vieles wird vorhersehbar und somit zu ersetzen sein. Wenn man nur die Vorhersehbarkeit von irgendwelchen *Sachschäden*, *Gesundheitsschäden* und *sonstigen Vermögensschäden* prüft, ist das Ergebnis ähnlich. Wenn man aber engere Kategorien festsetzen würde, wie *Brandschäden*, *Explosionsschäden*, *Betriebsausfallsschäden*, die eigentlich auf die Art und Weise des Schadenseintrittes zurückzuführen sind, käme es häufiger zur Verneinung des Schadensersatzes wegen mangelnder Vorhersehbarkeit. Wie *Faust* zutreffend feststellt, je enger die Schadensart aufgefasst wird, desto mehr geht deren Prüfung in den Kausalverlauf auf, wobei nach der Rechtsprechung des Art. 74 CISG die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs nicht verlangt ist<sup>39</sup>. Wo ist die Grenze zwischen dem Kausalverlauf (Art und Weise des Schadenseintrittes) und der Schadensart?<sup>40</sup> Die Frage wird erst recht schwierig, wenn man sie etwas umformuliert. Ist bei der Schadensart von der Rechtsgutverletzung oder von dem Schaden hinauszugehen? Inwiefern sind beide voneinander abgrenzbar?

An diese Problematik knüpft sich eine der wichtigsten Ausnahmen aus der Vorhersehbarkeit an, die sog. *'thin-skull-doctrine'* des *common law*. Es handelt sich um die besondere Schadensanfälligkeit des Geschädigten. Die Schadensfolgen einer Körperverletzung sind auch dann zu ersetzen, wenn der Schädiger diese Konsequenzen hat nicht vorhersehen können. (Das klassische Beispiel ist das der ordnungswidrig dünnen Schädeldecke. In der neueren englischsprachigen Lehre sind öfters die Grenzen dieser Ausnahme diskutiert<sup>41</sup>. Es gibt auch eine Art *ökonomische thin-skull*, d.h. der gesamte Schaden ist zu ersetzen, selbst wenn der Schädiger nicht gewusst hat, dass er z.B. gerade einen wohlhabenden Geschäftsmann verletzt hat, der jetzt erhebliche Einkommenseinbußen erleidet. Noch interessanter ist die Beurteilung der sog. *'religious-thin-skull'*, wenn z.B. der Geschädigte aus religiösen Gründen die Teilnahme an gewissen medizinischen Behandlungen verweigert, die der

<sup>39</sup> Vgl. FAUST, 1996, 28 f, SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 438, der Kausalverlauf muss gem. der Expertenvorlage auch nicht vorhergesehen werden, vgl. Expertenvorlage/KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812.

<sup>40</sup> So auch LINDEN/FELDTHUSEN/LINDEN, 2006, 366.

<sup>41</sup> WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.500, 574, LINDEN/ FELDTHUSEN/ LINDEN, 2006, 380 ff., bei psychiatrischen Schäden ist jedoch *'person of ordinary fortitude'* verlangt, ansonsten sind diese Schäden nicht vorhersehbar, vgl. *'Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.'*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114<sup>7</sup> insbesondere 14 ff., <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc27/2008scc27.html>, letzter Abruf: 14. Juni 2010.

schnellen bzw. vollständigen Genesung erheblich beitragen könnten. Hat der Schädiger auch die sonderbare Weltanschauung des Geschädigten hinzunehmen, wie seine Schadensanfälligkeit oder seine finanzielle Lage, und hat er auch die teilweise daraus entstandenen Schäden zu ersetzen?<sup>42)</sup>

### 5.3.2. Die mögliche Folge v. ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit

In der Formulierung der Expertenvorlage und des neuen Gesetzes heißt es, dass man die Schäden als mögliche Folge vorhersehen muss. Die menschliche Phantasie hat kaum Grenzen, dementsprechend ist alles möglich. Wenn es bei der Anwendung der Vorhersehbarkeitsklausel zu keiner teleologischen Reduktion kommt, dann kann diese Vorschrift ihre Funktion als vernünftige Grenze des Totalersatzes nicht wirklich wahrnehmen<sup>43</sup>.

Es ist keine Überraschung, dass in anderen Rechtssystemen, wo die Vorhersehbarkeitsklausel schon auf eine längere Praxis zurückblickt, die Möglichkeit des Schadens nicht als ausreichend angesehen wird, man verlangt auch einen bestimmten Grad an Eintrittswahrscheinlichkeit, selbst dann, wenn dieses zusätzliche Erfordernis in der Lehre häufig als die Brutstätte *der richterlichen Willkür* kritisiert wird<sup>44</sup>. Jedenfalls scheint die Einschaltung einer Wahrscheinlichkeitsgrenze notwendig und vernünftig zu sein, insbesondere weil gewisse Wahrscheinlichkeiten durch Sachverständigerbeweis auch wissenschaftlich belegt werden können. Wo die Aufgabe des Sachverständigen aufhört und die juristische Bewertungsfrage beginnt, ist wiederum keine einfache Frage.

In den *common law* Rechtssystemen verwendet man folgende Begriffe eher unsystematisch, um die verlangte Wahrscheinlichkeit zu beschreiben: „*likely*“, „*not unlikely*“, „*on the cards*“, „*real danger*“, „*real risk*“<sup>45</sup>. Die *Motive* des neuen ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches enthalten auch den Begriff „*real risk*“<sup>46</sup>. Wenn man sich – zu Recht – für die Prüfung der Wahrscheinlich-

<sup>42</sup> Vgl. aus der neueren englischsprachigen Lehre RAMSAY, Marc, *The Religious Beliefs of Tort Victims: Religious Thin Skulls or Failures of Mitigation?*, *Canadian Journal of Jurisprudence* 2/2007, 399 ff.

<sup>43</sup> Genauso in der Lehre des CISG, vgl. FAUST, 1996, 13 f., 34.

<sup>44</sup> FAUST, 1996, 33 f., 150 f., das Wahrscheinlichkeitserfordernis wird aber in der Rechtsprechung des CISG konsequent abgelehnt.

<sup>45</sup> Vgl. die rechtsvergleichende Analyse von FAUST, 1996, 141 ff., 146 f. wobei er darauf hinweist, dass eine 25%-ige Wahrscheinlichkeit durch das *Haus of Lords* auch als genügend angesehen worden ist. Er berichtet auch über die Schwankungen der englischen und US-amerikanischen Rechtsprechung. So auch WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.230f, 560.

<sup>46</sup> *Motive* 2008, § 5:477, 1265, vgl. auch Expertenvorlage/ LÁBÁDY, 2008, § 5:516, 1122.

keit entscheidet, muss man gleich mit Auslegungsschwierigkeiten und mit der immanenten Unsicherheit des Haftungsrechts rechnen.

Die immanente Unsicherheit kann durch das folgende Beispiel bestens veranschaulicht werden. Aufgrund desselben Sachverhalts stehen zwei verschiedene veröffentlichte Entscheidungen zur Verfügung. Das Schiff „*Wagon Mound*“ hat im Hafen von Sydney gedockt. Wegen Fahrlässigkeit ist Öl vom Deck in das Wasser geflossen und dieser Ölfleck hat sich auf der Wasseroberfläche im Hafen verbreitet. Zwei Tage danach wurden auf einem anderen Schiff Schweißarbeiten durchgeführt. Ein Funke ist auf den Wasserspiegel gefallen und mittels eines Stückes Baumwolle wurde das Öl angezündet. Die Flammen sind sehr schnell in die Höhe geschlagen und das Dock sowie zwei Schiffe sind in Feuer und Rauch aufgegangen. Im ersten Prozess ist der Inhaber des Docks der Kläger gewesen, hat aber den Rechtsstreit gegenüber dem Inhaber des Schiffes verloren. Das *Privy Council* als höchstes Forum in den Angelegenheiten des *Commonwealth* hat die Schadensersatzklage abgewiesen, weil der Beklagte nicht gewusst hat und hätte damit auch nicht rechnen können, dass das Öl auf dem Wasserspiegel in Brand geraten kann<sup>47</sup>. In dem zweiten Prozess war die beklagte Partei dieselbe, die Kläger waren die Eigentümer der beiden anderen (vernichteten) Schiffe. In diesem Verfahren hat das Gericht dieselbe Frage (bezüglich der Vorhersehbarkeit des Schadens) völlig anders beantwortet und hat die Haftung des Beklagten bejaht, nach dem Motto, die vernünftige Person in der gleichen Lage, wie der Chefingenieur des *Wagon Mound* hätte gewusst, dass ein reales Risiko für die Entzündung des Öls auf der Wasserfläche besteht<sup>48</sup>. Wenn bezüglich desselben Sachverhalts dasselbe Gericht in einer solchen wichtigen Frage unterschiedliche Folgerungen schließt, kann man dies kaum als ein überzeugendes Zeichen für eine überschaubare und einheitliche Rechtsprechung betrachten.

<sup>47</sup> „the defendant did not know and could not reasonably be expected to have known that [the oil] was capable of being set afire when spread on water“ Vgl. *Overseas Tankship (UK) Ltd. v Morts Dock and Engineering Co Ltd. or The Wagon Mound (No 1)* [1961] UKPC 1, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1961/1.html>, letzter Abruf: 14. Juni 2010.

<sup>48</sup> „It follows that in their Lordships view the only question is whether a reasonable man, having the knowledge and experience to be expected of the chief engineer of the *Wagon Mound*, would have known that there was a real risk of the oil on the water catching fire in some way.“ Vgl. *Overseas Tankship (UK) Ltd. v The Miller Steamship Co or The Wagon Mound (No 2)* [1966] UKPC 1, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1966/1.html>, letzter Abruf 14. Juni 2010.

## 6. Gerechtigkeit und Funktionstauglichkeit der Vorhersehbarkeitsklausel, eine kritische Bewertung

### 6.1. Einwände

Gegen die Vorhersehbarkeitsklausel sind zahlreiche Einwände formuliert, und nicht nur in den Ländern, wo es diese Vorschrift nicht gibt, sondern auch in Rechtsordnungen, wo sie seit längerer Zeit fest verankert ist. Einige Einwendungen sind moralischer Natur, andere stellen die ökonomisch geprägte Funktionstauglichkeit in Frage, und wieder andere beziehen sich auf die richterlichen Attitüden, die an die Anwendung der Vorhersehbarkeit anknüpfen. Diese letzteren Einwendungen gehören eher dem Bereich der Rechtssoziologie an.

Aus *moralischer* Sicht wird kritisch hinterfragt, ob diese Verwirtschaftlichung des Haftungsrechts immer ein guter Ansatz sei, ob die Haftung für Vertragsverletzungen bei allen Verträgen notwendigerweise verschuldensunabhängig ausgestaltet werden soll, etc.<sup>49</sup> Um etwas konkreter zu formulieren, kann ferner den Kodifikatoren vorgeworfen werden, dass das Vorhersehbarkeitskonzept die von keiner der Vertragsparteien vorhergesehenen Schadensrisiken dem Geschädigten aufbürdet, wobei keiner den Geschädigten gefragt hat, ob er den Vertrag verletzt bekommen möge oder eine deliktsrechtlich relevante Schädigung erleiden wolle<sup>50</sup>. Trotzdem muss er die Schadensfolgen ertragen, die weder er noch der Schädiger habe vorhersehen können. Insbesondere im Deliktsrecht scheint dieses Ergebnis fragwürdig zu sein, da dem Geschädigten nicht einmal die Möglichkeit zur Verfügung steht, den Schädiger auf die potentiellen Schadensrisiken hinzuweisen. Diesbezüglich bleiben uns auch die Motive des neuen Gesetzes die Begründung schuldig, es wird lapidar nur so viel festgelegt, dass es nicht sinnvoll sei, den Schädiger über das Vorhersehbare hinaus zum Schadensersatz zu verpflichten.

<sup>49</sup> Zu der letzt genannten Teilfrage mit einer kritischen Verneinung, vgl. BÁRDOS Péter, *Kárfelelősség a Polgári Törvénykönyv rendszerében*, Hvgorac, Budapest 2001, 106 und CSÉCSY Andrea, *A kontraktuális felelősség fejlődése a római jogtól napjainkig*, in: STIPTA István [Bearb.], *Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensum*, Tomus 4/1, Fasciculus 1–17, Bíbor Kiadó, Miskolc 2004, 71 ff., 88, 91.

<sup>50</sup> Vgl. das Geständnis in der Expertenvorlage, wobei es dort mit dem allgemeinen Prinzip des „casus-nocet-domino“ erklärt wird. Vgl. *Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS*, 2008, § 5:122, 811. Das Problem hat schon Gyula Eörsi signalisiert, vgl. EÖRSI Gyula, *A szerződészegési kártérítés korlátozásáról*, *Magyar Jog*, 1/1974, 142–144, 143.

Wie wir oben gesehen haben, wird die Einführung der Vorhersehbarkeit im Vertragsrecht teilweise auf der Grundlage der sog. *ökonomischen Analyse des Rechts* stattfinden. Die Verhaltenssteuerung durch Risikoverteilung steht im Mittelpunkt. Diese Geistesrichtung geht aber von Prämissen aus, die selbst nach der Meinung der Vertreter dieser Theorie etwas steril und weltfremd sind. Rationales Verhalten, gleichberechtigte vertragsabschließende Parteien und Risikoneutralität werden nämlich vorausgesetzt<sup>51</sup>, wobei diese Kombination sich im Leben kaum verwirklicht. Sogar in der englischsprachigen Lehre – obwohl die angelsächsischen Rechtssysteme sich im Großen und Ganzen sowohl zur Vorhersehbarkeit als auch zu den ökonomischen Fundamenten des Rechts bekennen – wird die ökonomische Funktionstauglichkeit des Vorhersehbarkeitskonzepts in Frage gestellt. U.a. eine nicht ganz unbedeutende Lehre hat sich entfaltet, die sog. „*theory of the second contract*“, die davon ausgeht, dass die einfache Kenntnis der Schadensrisiken alleine die Haftung nicht begründen sollte, sondern eine bewusste und ausdrückliche Übernahme der Risiken seitens des Schuldners ebenfalls erforderlich sei. Insbesondere bei Verträgen mit fixen Tarifen sei der Schuldner nicht in der Lage, die Risiken bei der Feststellung der Gegenleistung zu berücksichtigen<sup>52</sup>. In dem späteren Fallrecht wurde diesem Ansatz nicht gefolgt.

Im Fall *'Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.'* hat das *Supreme Court of Canada* den Kurierdienst zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet, nach dem Motto, dem Angestellten des Schuldners wurde bei der Übernahme des Gepäcks mitgeteilt, dass es sich dabei um ein wichtiges Angebot handele, die zu einer öffentlichen Ausschreibung eingereicht werden sollte. Die Tatsache, dass der Kurierdienst mit Fixtarifen gearbeitet hat und der Angestellte nicht befugt war, den Preis zu erhöhen bzw. über den Preis überhaupt zu verhandeln, hat das Gericht nicht beeinflusst<sup>53</sup>. (Für diese Verträge besteht selbstverständlich die Möglichkeit, gewisse Haftungsbeschränkungen in den AGB aufzunehmen, wobei die gesetzlichen Grenzen der Vertragsgestaltung vor Augen gehalten werden müssen. Eine andere Lösung wäre, ver-

<sup>51</sup> Zu der ökonomischen Analyse der Vorhersehbarkeit, vgl. die sehr ausführliche Untersuchung von FAUST, 1996, 208 ff.

<sup>52</sup> Vgl. FAUST, 1996, 157 ff., gelegentlich wird diese Theorie vor allem in den Staaten der USA herangezogen, wenn das Gericht die Haftung doch als unbillig ansieht, vgl. *ders.*, 163f. Zum englischen und kanadischen Recht vgl. WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.130f, 556. Bei SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 304 taucht die „entsprechende Risikoübernahme“ auch auf.

<sup>53</sup> Vgl. das lapidare Urteil des Supreme Court of Canada *'Purolator Courier v. Cornwall Gravel*, [1980] 2 S.C.R. 118'. Sehr kritisch dazu Swan, John, *Canadian Contract Law*, First Edition, LexisNexis Butterworths, Canada, 2006, 377 ff., 381.



tragstypusbedingte gesetzliche Haftungsbeschränkungen festzulegen, die aber einer expliziten Entscheidung des Gesetzgebers bedürfen.) Sehr oft verzichtet der Schuldner freiwillig auf die Einbeziehung der bekannten Risiken in die Feststellung der Gegenleistung, weil er das Risiko der eigenen Vertragsverletzung gering einschätzt, so kommt das Gleichgewicht von Risiken und Gegenleistung häufig nicht zustande<sup>54</sup>.

Schließlich müssen die Einwendungen *rechtssoziologischer* Natur erwähnt werden, die einfach als die Kritik an das „richterliche Rückwärtsdenken“ summiert werden können. Es handelt sich darum, dass der Richter, als er von der Flexibilität des Vorhersehbarkeitskonzepts und somit von seinem Ermessensspielraum Gebrauch macht, den Fall so entscheidet, wie er das gemäß seiner richterlichen Intuition für richtig hält. Dann begründet er die Entscheidung mittels der Vorhersehbarkeit, weil gerade dieses Mittel durch den Gesetzgeber in seine Hand gedrückt worden ist, ohne auf die dogmatischen Fundamente oder auf die Rechtsprechung Rücksicht zu nehmen. Der Vorhersehbarkeitsmaßstab könne beliebig gebeugt werden<sup>55</sup>.

## 6.2. Töne der Hoffnung, positiver Ausklang

Trotz aller Einwendungen scheint die Vorhersehbarkeit als gruppenbildendes Kriterium zu funktionieren. Man kommt zumindest zu dieser Überzeugung, wenn man die Rechtsprechung zum Art. 74 CISG unter die Lupe nimmt. Selbstverständlich spielt das juristische Umfeld auch eine wichtige Rolle, und man darf nicht vergessen, dass der Geltungsbereich des CISG auf die internationalen Warenkaufverträge beschränkt ist. D.h. die Fallgruppen sind nicht notwendig eins zu eins in das ungarische Recht übertragbar, oder zumindest nicht mit allgemeiner Geltung. Jedenfalls gibt es die, und die Umrisse der einzelnen Fallgruppen sind mehr oder weniger klar sichtbar.

Der übliche *Weiterverkaufsgewinn* ist im Lichte des Art. 74 CISG i.d.R. vorhersehbar, und so nehmen die Motive des neuen Gesetzes auch Stellung<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> FAUST, 1996, 115.

<sup>55</sup> EÖRSI Gyula, A közvetett károk határai, in: NÉMETH János/ VÉKÁS Lajos [Bearb.], Emlékkönyv Beck Salamon születésének 100. évfordulójára, ELTE ÁJK Polgári Jogi valamint Polgári Eljárásjogi Tanszék, Budapesti Ügyvédi Kamara, Budapest, 1985, 59 ff., 60 f., zur beliebigen Anwendung im US-amerikanischen Recht, vgl. FAUST, 1996, 110.

<sup>56</sup> FAUST, 1996, 17 f., rechtsvergleichend DERS. 167 ff., SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 304, SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 440 f., MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 28, Motive 2008, § 5:118, 968.

Dabei bemerken die Motive, dass der Gewinn nur mit der Eintrittswahrscheinlichkeit proportional ersetzt werden muss. Dieser Ansatz ist nur schwierig nachzuvollziehen. Wieso sei der Ersatz noch einmal der Eintrittswahrscheinlichkeit entsprechend zu kürzen, wenn man bereits die Vorhersehbarkeit geprüft hat und der Schädiger nur sowieso im Rahmen des Vorhersehbaren zum Schadensersatz verpflichtet ist. Wenn der Gesetzgeber all das nicht meint, dann wäre eine präzise Formulierung in den Motiven hilfreich gewesen. Wenn diese Bemerkung nur den Inhalt und die Bedeutung der Vorhersehbarkeit verdeutlicht, dann ist es funktionslos und überflüssig, und kann – wie gesehen – zu Missverständnissen führen<sup>57</sup>.

Die Ersatzfähigkeit des *Betriebsausfallschadens* ist dagegen schon streitig. Wie *Faust* die verschiedenen Auffassungen in der Lehre zusammenfasst, sind einige der Meinung, dass dieser Schaden alleine schon dann ersatzfähig ist, wenn der Schuldner die Art und Weise der Verwendung des Vertragsgegenstandes kennt<sup>58</sup>. Andere Autoren sehen das anders und verlangen einen ausdrücklichen Hinweis seitens des Gläubigers, um die Haftung für diese Schadensposten feststellen zu können<sup>59</sup>. Die *notwendigen* und *angemessenen Aufwendungen* sind ebenfalls vorhersehbar, so u.a. die Kosten der Mängelermittlung, das Honorar eines Sachverständigen, die Lagerkosten, Versicherungs- und Kreditkosten, etc.<sup>60</sup> Der *Haftungsschaden* wird nicht einheitlich beurteilt. Der Schadensersatz<sup>61</sup>, was der Gläubiger seinen Abnehmern bezahlen muss, ist vorhersehbar, die Vertragsstrafe ist nur im Rahmen des Üblichen, die Schäden aus dem Abruf einer Bankgarantie dagegen i.d.R. nicht<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Motive 2008, § 5:118, 968.

<sup>58</sup> Sogar ohne diese Bedingung bejahend SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 440 f., zum Meinungsstand vgl. FAUST, 1996, 19.

<sup>59</sup> SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 305, danach darf der Schuldner i.d.R. davon ausgehen, dass der mündige Käufer für den Fall einer ausbleibenden oder mangelhaften Lieferung entsprechend Vorsorge trifft. Daher seien die Betriebsausfallschäden nur in dem Fall vorhersehbar, wenn darauf ausdrücklich hingewiesen worden ist, oder diese aus einem anderen Grund konkret und eindeutig vorhersehbar waren.

<sup>60</sup> Vgl. FAUST, 1996, 21, rechtsvergleichend DERS. 180 ff., SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 441, 444; MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 28 ff., 33 ff., 38.

<sup>61</sup> SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 442, MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 28, 31.

<sup>62</sup> Siehe FAUST, 1996, 18 f.; rechtsvergleichend DERS. 175 ff. Die Kosten einer Bürgschaft auch nicht, vgl. MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 31, SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 442, es sei denn der Gläubiger hat diese beim Vertragsabschluss dem Schuldner mitgeteilt. Noch zurückhaltender Meinung ist SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 304, weder die Vertragsstrafe noch die Schadensersatzleistungen an Kunden seien an sich – d.h. ohne Hinweis – vorhersehbar.

Bezüglich der Vorhersehbarkeit der *Mangelfolgeschäden* gibt es auch keinen Konsens. Diesem Umstand ist aus der Sicht des ungarischen Gesetzgebers deswegen eine große Bedeutung und Achtung beizumessen, weil die Vorhersehbarkeit im Vertragsrecht sich eigentlich nur auf die (Mangel)folgeschäden und auf den entgangenen Gewinn bezieht. Dabei verweisen wir auf den Überblick von *Faust*: Einige in der Lehre sind der Meinung, dass die Mangelfolgeschäden grundsätzlich vorhersehbar und somit zu ersetzen sind. Andere stellen es auf den Risikobereich ab, wessen Risikobereich der Schaden zugeordnet werden kann, bzw. schließen die Vorhersehbarkeit und die Haftung aus, wenn ein ganz ungewöhnlicher Kausalverlauf vorliegt<sup>63</sup>. Dabei muss der Kausalverlauf nach h.M. nicht, sondern nur der Schaden vorhergesehen werden. Insbesondere sensitiv ist die Kategorie des *Goodwillschadens*, u.a. der Verlust an Kundschaft. Diese Schadensposten sind laut internationaler Rechtsprechung zum Art. 74 CISG grundsätzlich nicht vorhersehbar, es sei denn auf diese Schadensposten wurde hingewiesen bzw. die Empfindlichkeit des Marktes oder die Vertrauensnatur der Tätigkeit des Gläubigers vor dem Schuldner bewusst war<sup>64</sup>.

Wie man es aus den oben geschriebenen entnehmen kann, schafft es bezüglich einiger Fallgruppen die Vorhersehbarkeit alleine, den Anwendungsbeereich sowie das Ergebnis des Vorhersehbarkeitstests mit hinreichender Sicherheit festzusetzen, bei anderen Fallgruppen schafft sie es nur unter Zuziehung von anderen Gesichtspunkten und Faktoren, die dann zur Herausbildung von Untergruppen führen. Solche *Aushilfefaktoren* sind die *Notwendigkeit* und *Verhältnismäßigkeit der Aufwendungen*, der *Risikobereichsgedanke* bei den Mangelfolgeschäden, der *Üblichkeitsbegriff* im Zusammenhang mit dem entgangenen Weiterverkaufsgewinn<sup>65</sup>, die Kenntnis der *Branche* und des *Marktes*, etc. In der Lehre werden noch die *Korrelation von Risiken und Gegenleistung*<sup>66</sup>, die *Versicherbarkeit des Schadens*<sup>67</sup>, der *Schutzzweck des Vertrages* so-

<sup>63</sup> FAUST, 1996, 22 f., 38 f.; so auch SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 442, MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 32.; rechtsvergleichend FAUST, 1996, 184 ff.

<sup>64</sup> Zum Meinungsstand bezüglich des CISG vgl. FAUST, 1996, 19 ff.; SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 306.; MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 42 f. und SÁNDOR/ VÉKÁS, 2005, 443 f., nach ihrer Meinung ist der Goodwillschaden auch bei Marktempfindlichkeit nur dann zu ersetzen, wenn keine andere Bezugsquelle zur Verfügung steht. Rechtsvergleichend vgl. FAUST, 1996, 174 f.

<sup>65</sup> Vgl. auch EÖRSI, 1974, 143.

<sup>66</sup> So auch EÖRSI, 1974, 143. zum englischen und kanadischen Recht vgl. WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.190, 558.

<sup>67</sup> Vgl. WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.340 f., 567. und DERS. auch in *Waddams, S. M., The Law of Contracts, Fifth Edition, Canada Law Books Inc., o.O., 2005, 737.* (Er weist darauf hin, dass

wie *das verletzte Rechtsgut, der Vertragstypus* und *der Präventionsaspekt*<sup>68</sup> als sekundäre Kriterien hinzugefügt. Die Anwendung des *Schutzzweckgedanken* im Rahmen der Vorhersehbarkeit im englischen und im US-amerikanischen Recht ist aus deutscher Hinsicht besonders interessant, weil diese Lehre einer der wichtigsten Zurechnungslehren im deutschen Recht ist. Faust erwähnt einen Beispielsfall, nach dessen Sachverhalt das Wasserversorgungsunternehmen aufgrund eines Ausfalls zum Ersatz der Brandschäden verpflichtet wurde, weil es dem Schutzbereich des Wasserversorgungsvertrages angehört, dass falls nötig, auch Löschwasser zur Verfügung steht, um Brandkatastrophen zu vermeiden<sup>69</sup>. Auf die Bedeutung *des verletzten Rechtsguts* wurde schon oben hingewiesen<sup>70</sup>. Eine Unterscheidung gemäß dem verletzten Rechtsgut findet man auch im US-amerikanischen *Uniform Commercial Code*. Aufgrund § 2-715 II ist die Vorhersehbarkeitsgrenze nur auf die Vermögensschäden, nicht dagegen auf die Substanzschäden (Personen- und Sachschäden) anzuwenden<sup>71</sup>. Die Bevorzugung der Körperschäden kommt – vor allem in der US-amerikanischen Rechtsprechung – dadurch zum Tragen, dass nur die Schadensart oder Schadenstypus, nicht dagegen der Betrag oder Größe vor-

---

der Eigentümer – ggf. der Geschädigte – eher in der Lage ist, seine Vermögensgegenstände versichern zu lassen, weil er die Risiken und Konsequenzen besser kennt, als der Schuldner. Es treffe auch auf die Betriebsstillstandversicherung zu, nicht dagegen auf die Personenschäden, die durch die Haftpflichtversicherung des Geschädigten effizienter gedeckt werden können.) Vgl. noch LINDEN/ FELDTHUSEN/ LINDEN, 2006, 379. Bezüglich des CISG vgl. MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 21.

<sup>68</sup> LINDEN/ FELDTHUSEN/ LINDEN, 2006, 379.

<sup>69</sup> Vgl. FAUST, 1996, 148, 195 und auch ein anderes Beispiel von ihm: der Verkäufer eines Mähreschers muss vorhersehen, dass die Ernte bei verspäteter Lieferung wegen schlechten Wetters verderbe, er haftet aber nicht, wenn sie durch einen Brand untergeht, vgl. FAUST, 1996, 12. Zur Anwesenheit des Schutzzweckgedanken in der Rechtsprechung des CISG vgl. SCHLECHTRIEM, 1996, Rdnr. 302. Durch eine Garantie oder einen dem Schuldner auch bekannten außergewöhnlichen Verwendungszweck wird der Schutzzweck erweitert und das Haftungsrisiko erhöht, durch detaillierte Produktbeschreibungen und Haftungsbeschränkungen dagegen verringert. Vgl. noch MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 32: nach seiner Meinung muss der Schaden Ausdruck derjenigen Gefahr sein, welche der Verkäufer mit der Lieferung der Sache gesetzt hat. Unsachgemäße bzw. bestimmungswidrige Verwendung des Vertragsgegenstandes, sowie die daraus entstandenen Mangelfolgeschäden sind nicht vorhersehbar.

<sup>70</sup> Bezüglich des englischen und des kanadischen Rechts, vgl. auch LINDEN/ FELDTHUSEN/ LINDEN, 2006, 379.

<sup>71</sup> „(2) Consequential damages resulting from the seller’s breach include:

(a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and

(b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.” <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-715>, letzter Abruf: 13. Juni 2010.

hersehbar sein muss, um den Schädiger zur Zahlung von Schadensersatz verpflichten zu können. Bei Sachschäden und sonstigen Vermögensschäden müssen beide, d.h. sowohl die Schadensart, als auch die Schadensgröße vorhersehbar sein<sup>72</sup>. In der Rechtsprechung des *common law* wird dem Vertragstypus auch erhebliche Bedeutung beigemessen. Bei Massenverträgen wie z.B. der Beförderungs- oder der Speditionsvertrag ist grundsätzlich weniger vorhersehbar, als bei Einzelgeschäften, wie der im Einzelnen ausgehandelte Kauf- oder Liefervertrag. Der Beförderer und der Spediteur wissen erheblich weniger über den Vertragsgegenstand, der transportiert wird, als der Verkäufer oder der Lieferant<sup>73</sup>. Die Expertenvorlage weist darauf hin, dass die „branchenüblichen“ Konsequenzen i.d.R. vorhersehbar sind<sup>74</sup>.

Die Vorhersehbarkeit scheint mit oder ohne Aushilfefaktoren ihrer Mission gerecht zu werden. Somit scheint deren Einführung aus praktischer Hinsicht einen Gewinn darzustellen. Der dogmatische Aspekt ist auch nicht zu unterschätzen. Es wird in der herrschenden ungarischen Lehre vertreten, dass es viel offener und ehrlicher sei, die Grenzen der Haftung im Bereich des ersatzfähigen Schadens zu ziehen, als den Richter zu einem zwangsläufig disharmonischen Auslegungsballet im Rahmen der Zurechnung zu zwingen. Selbstverständlich ginge es über den Rahmen dieses Aufsatzes hinaus, alle oben gestellten Fragen zu beantworten, es war auch nicht bezweckt. Die Zielsetzung ist, die ungarische (und befreundete) Juristengesellschaft für diesen Problemkreis zu sensibilisieren und zur gemeinsamen Bewältigung der Aufgabe zu gewinnen, damit man die Antworten auf die oben gestellten Fragen findet und ein gerechtes sowie funktionsfähiges Vorhersehbarkeitsregime erschafft.

<sup>72</sup> FAUST, 1996, 127 f., 185.

<sup>73</sup> WADDAMS, 2004, Rdnr. 14.300, 563 f.

<sup>74</sup> Expertenvorlage/ KEMENES/ VÉKÁS, 2008, § 5:122, 812, vgl. auch die branchenspezifische Fachkunde als Grundlage der Vorhersehbarkeit in der Rechtsprechung des CISG u.a. bei MünchKommHGB/ MANKOWSKI, 2007, Art. 74 CISG, Rdnr. 25.