

edoc

Institutional Repository of the University of Basel

University Library

Schoenbeinstrasse 18-20

CH-4056 Basel, Switzerland

<http://edoc.unibas.ch/>

Year: 2011

## **"Verminderung der Aktiven..." - Schadensbegriff und Fair Value- Bewertung**

Handschin, Lukas

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A6174336>

Originally published as:

Handschin, Lukas. (2011) *"Verminderung der Aktiven..." - Schadensbegriff und Fair Value-Bewertung*. In: Private law : national - global - comparative : Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bd. 1. Bern, S. 697-713.



# «Verminderung der Aktiven ...» – Schadensbegriff und Fair Value-Bewertung

## Warum die Differenztheorie genügt

Lukas Handschin

### I. Einleitung

Praktisch unisono definiert die Lehre und Rechtsprechung den Schaden als Verminderung der Aktiven respektive Vermehrung der Passiven: «Er kann in einer *Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen* [...]»<sup>1</sup>; «[...] genügt die Vergleichung des Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis; man erhält sofort den bereits vorhandenen und abgeschlossenen, so genannten positiven, *Schaden, das damnum emergens, das durch Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist.*»<sup>2</sup>; «(Materieller) Schaden ist die ungewollte (unfreiwillige) Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten. *Er kann in einer Verminderung der Aktiven bzw. in einer Vermehrung der Passiven (damnum emergens = positiver Schaden) oder in entgangenem Gewinn (lucrum cessans) bestehen.*»<sup>3</sup>; Der Schaden kann zurückzuführen sein «*auf einen erlittenen Vermögensabfluss, sei es durch Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven des Geschädigten.*»<sup>4</sup>; «Nach einer Definition des BGR ist Schaden im Rechtssinne eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer *Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven* oder in einem entgangenen Gewinn bestehen kann (BGE 115 II 474, 481).»<sup>5</sup>; «Das Vermögen kann vermindert sein, weil entweder ein Vermögenswert entzogen wird, d.h. die *Aktiven vermindert* werden [...]»<sup>6</sup>; «Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non augmentation de l'actif ou d'une non diminution de passif.»<sup>7</sup>; «*Er kann*

1 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, Zürich 2008, N 2848 m.H. auf BGE 129 III 332.

2 OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, 42.

3 KRAMER, Grundkurs, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009, N 336.

4 BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N 154.

5 HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2005, 7.

6 ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 585.

7 CHAPPUIS, Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps de la détermination et la réputation du dommage, Diss., Fribourg 2007, N 52 m.H. auf BGE 129 III 332.

in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen [...]»<sup>8</sup>; «Es wird [...] lediglich untersucht, welche Aktiven weggefallen oder vermindert und welche Passiven entstanden oder angewachsen sind.»<sup>9</sup>; «Schaden [...] ist wirtschaftlich betrachtet jede unfreiwillige Vermögenseinbusse, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenem Gewinn bestehen kann.»<sup>10</sup>; «So führt die Beschädigung einer Sache regelmässig zu einer Verminderung der Aktiven, und durch entstehende Kosten werden Passiven erhöht (was wiederum eine Reduktion vorhandener Aktiven bewirkt).»<sup>11</sup>; «Der Schaden wird definiert als unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann.»<sup>12</sup>; «Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, die in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder in einem entgangenem Gewinn besteht.»<sup>13</sup>.

Dabei wird der Vermögensstand in Bezug auf den schädigenden Eingriff vor und nach dem schädigenden Eingriff gemessen; der Schaden ergibt sich aus der Differenz der beiden Werte. Diese für den Begriff des Schadens massgeblichen Überlegungen sind seit der grundlegenden Arbeit von MOMMSEN<sup>14</sup> «Zur Lehre von dem Interesse» im Grunde genommen unverändert geblieben.

Seit längerer Zeit wird die Differenztheorie kritisiert, sie sei nicht geeignet, die Schädigungen in komplexeren wirtschaftlichen Verhältnissen richtig wiederzugeben. So sei die Differenztheorie nicht geeignet, vermögensrechtlich relevante Erwartungen richtig abzubilden<sup>15</sup> und weiter würde sie den durch den Kommerzialisierungsgedanken erweiterten Schadensbegriff nicht erfassen.<sup>16</sup> Nur ein normati-

8 KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, Bern 2002, 64.

9 BernerKomm/BREHM, Art. 41 OR N 70.

10 REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008, N 151.

11 BaslerKomm/SCHNYDER, Art. 41 OR N 6.

12 SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, N 14.03 m.H. auf BGE 128 III 22, 26.

13 HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, N 607.

14 MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, 3, «Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde».

15 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2852 m.w.H.

16 FELLMANN, Normativierung des Personenschadens – der Richter als Gesetzgeber?, in: Personen-Schaden-Forum 2005, Verein Haftung und Versicherung, HAVE (Hrsg.), Zürich 2005, 13, 17 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2857; ROBERTO (Fn. 6), N 595, 602; HUGUENIN (Fn. 13), N 618; STARK, Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, FS Keller, Zürich 1989, 311, 312 m.w.H.; KELLER (Fn. 8), 69 f.; STEFFEN, Der normative Verkehrsunfallsschaden,

ver Schadensbegriff, der stärker auf den Schutzzweck der Norm, deren Verletzung Grundlage des Schadenersatzanspruchs ist, Bezug nimmt, und weiter auch den spezifischen Verwendungszweck des geschädigten Vermögens besser beachtet, könne die Unzulänglichkeiten der Differenztheorie überwinden.<sup>17</sup> Begründet wird die Unzulänglichkeit der Differenztheorie namentlich damit, dass der natürliche Schadens- oder Vermögensbegriff<sup>18</sup> diesen komplexeren Verhältnissen nicht gerecht wird.<sup>19</sup>

Erstaunlich ist dabei, dass sich die reichhaltige Literatur und Judikatur zu dieser Frage praktisch nicht mit den Vorschriften derjenigen Normen auseinandersetzt, auf die sie mit den Worten «Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven» letztlich verweisen: den Vorschriften des Rechnungslegungsrechts.

## II. Natürlicher und normativer Schadensbegriff?

### 1. Grundlagen

Würden rechnungslegungsrechtliche Überlegungen herbeigezogen, würde sich zeigen, dass bereits die Prämisse der Diskussion, die zum Begriff des normativen Schadensbegriffs geführt hat falsch ist, nämlich dass es einen natürlichen Schadens- oder Vermögensbegriff gibt.<sup>20</sup> Die Bewertung eines Vermögenswertes ist nie die Analyse oder die Feststellung einer natürlichen Begebenheit, sondern immer die Anwendung einer Norm.<sup>21</sup> Jeder Vermögensbegriff ist normativ, denn sein

NJW 1995, 2057, 2061; KITTNER, Schuldrecht, München 2002, Rn. 353; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 2000, 186.

17 SCHWENZER (Fn. 12), N 14.11; ROBERTO (Fn. 6), N 620; KELLER (Fn. 8), 70; FELLMANN (Fn. 16), 13, 20 f.; BERGER (Fn. 4), N 1548.

18 HONSELL (Fn. 5), 7, 8; REY (Fn. 10), N 162 f.; BERGER (Fn. 4), N 1547; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2852; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, 694; HONSELL/HARRER, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 442; FIKENTSCHER, in: FIKENTSCHER/HEINEMANN (Hrsg.), Schuldrecht, Berlin 2006, § 51 Rn. 586.

19 ROBERTO (Fn. 6), N 595; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008, 11; FELLMANN (Fn. 16), 13, 16.

20 «Nach dem natürlichen Schadensbegriff ist jeder beliebige unfreiwillige Nachteil als Schaden anzusehen. Nicht vorausgesetzt ist also ein finanzieller Nachteil, der Nachteil muss sich nicht einmal in Geld bemessen lassen», KOLLER (Fn. 18), 694; «Die «Naturalisten» sehen im Schaden einen natürlichen, dem Rechte vorgegebenen Begriff. Das Recht hat die Aufgabe, diesen Schaden dem einen oder anderen zur Tragung zuzurechnen.», FIKENTSCHER (Fn. 18), Rn. 586; «Schaden im natürlichen Sinne bedeutet zunächst nur die Einbusse, die jemand durch ein Ereignis an seinen Rechtsgütern (wie Leben, Gesundheit, Ehre, Eigentum) erleidet.», HONSELL/HARRER, JuS 1991, 441, 442.

21 FELLMANN (Fn. 16), 13, 28; FIKENTSCHER (Fn. 18), Rn. 586; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2853; ROBERTO (Fn. 6), N 620; HONSELL (Fn. 5), 8; OETKER, in: SÄCKER/RIXECKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, München 2007, § 249 BGB Rn. 15, 21 m.w.H.

Wert ergibt sich aus der Anwendung von *Bewertungsvorschriften*. Die Regel beispielsweise, dass sich der Schadenersatz bei einem zerstörten Automobil aus den Anschaffungskosten nach Abzug der Wertverminderung ergibt,<sup>22</sup> ergibt sich aus einer *Norm*, nämlich der Bestimmung der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften, wonach Aktiven zu ihrem Erwerbspreis nach Abzug der Wertverminderung durch Gebrauch oder Zeitablauf zu bewerten sind.<sup>23</sup> Diese Bewertung ist nicht natürlich, sondern normativ. Ebenso vertretbar (und damit auch «natürlich») wäre eine Regel, die statt an die Erwerbskosten an die Kosten anknüpft, die aufgewendet werden müssen, um einen gleichwertigen Ersatz zu beschaffen.<sup>24</sup>

Die Analyse dieses «natürlichen» Vermögensbegriffs zeigt, dass die Bewertungsvorschriften, die zu diesen «natürlichen» Werten führen, weitgehend den handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften entsprechen, wie sie seit Mitte des vorletzten Jahrhunderts gebräuchlich wurden. Dass bei diesen Vorschriften von einem natürlichen Schadensbegriff die Rede ist, lässt sich nur dadurch erklären, dass die Bewertungsvorschriften, die dabei angewendet werden, derart stark rezipiert worden sind, dass sie zum Eindruck geführt haben, ihre Ergebnisse seien «natürlich», nicht normativ.

## 2. Handelsrechtliche Bewertungsvorschriften sind vorsichtsbezogen, weil sie ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen verhindern wollen

Die Bewertungsvorschriften des (klassischen) Handelsrechts, die den «natürlichen» Vermögensbegriff beschreiben, bewerten einen Wert mittels Blick in die Vergangenheit, durch die Feststellung der Herstellungskosten und durch die Darstellung des zwischenzeitlichen Wertverlustes. Nutzungs- oder gar zukunftsbezogene Überlegungen und die spezifischen Verwendungsmöglichkeiten des bewerteten Gegenstandes bleiben unbeachtet. So fließt der möglicherweise höhere Wiederbeschaffungswert oder ein kapitalisierter Nutzwert nicht in die handelsrechtliche Bewertung. Der Grund dafür liegt in der Vorsichtsbezogenheit der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften. Diese Vorschriften sind mit der Zielsetzung geschaffen worden, überhöhte Bewertungen zu vermeiden aus der Sorge, dass überhöhte Bewertungen zu ungerechtfertigten Gewinnentnahmen und damit zu einer Schwächung des Eigenkapitals der Gesellschaft und mit ihr zur Benachteiligung der Gläubiger führen könnten. Eine Bewertung ist immer auch mit dem Risiko des Bewertungsfehlers verbunden, denn es gibt eben keinen natürlichen Wert, der wertfrei festgestellt werden kann. Die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften weisen das Risiko des Bewertungsfehlers der Gesellschaft zu. Das bedeutet,

<sup>22</sup> Vgl. dazu hinten IV.5.

<sup>23</sup> Art. 665 i.V.m. 669 Abs. 1 OR.

<sup>24</sup> Vgl. dazu hinten III.

dass sie die Gesellschaftsaktiven im Zweifelsfall zu tief und die Passiven im Zweifelsfall zu hoch bewerten muss.<sup>25</sup> Durch diese Methode wird das Eigenkapital der Gesellschaft durch die Bildung von zusätzlichen (stillen) Reserven gestärkt. Wirkung und Zielsetzung dieser zu tiefen Bewertungen lassen sich am besten an einem Beispiel erörtern:

Aktiven	wirklicher Wert	handelsrechtlicher Wert	Passiven	
Bargeld	5'000	5'000	Schulden	11'000
Maschinen	2'000	1'000		
Liegenschaft	10'000	8'000	Gewinn/Gewinnvortrag	0
			Aktienkapital/ gesetzliche Reserven	3'000
alle Aktiven	17'000	14'000	alle Passiven	14'000

Im Umfang der Differenz zwischen dem wirklichen Wert und dem handelsrechtlichen Wert (3'000) bestehen stille Reserven.

Die Wirkung der stillen Reserven erkennen wir, wenn wir annehmen, es würden die geschätzten wirklichen Werte in der Bilanz aktiviert. Das hätte im Beispiel zur Folge, dass die gesamten Aktiven nicht 14'000, sondern 17'000 betragen würden und dass weiter als Folge davon ein Gewinn/Gewinnvortrag von 3'000 ausgewiesen würde statt von Null. Nehmen wir zusätzlich an, die Gesellschaft würde diesen Gewinn ausschütten und es würde sich zudem in der Folge herausstellen, dass die Bewertungen zu hoch waren und die (ursprünglichen) handelsrechtlichen Werte richtig gewesen wären. Dann sähe die Bilanz wie folgt aus und die Gesellschaft wäre existentiell geschwächt. Die Reduktion des Bargeldes ergibt sich aus der Gewinnausschüttung, die der anderen Werte aus der Neubewertung.

Aktiven	wirklicher Wert	handelsrechtlicher Wert	Passiven	
Bargeld	2'000	2'000	Schulden	11'000
Maschinen	1'000	1'000		
Liegenschaft	8'000	8'000	Gewinn/Gewinnvortrag (Verlust)	-3'000
			Aktienkapital/ gesetzliche Reserven	3'000
alle Aktiven	11'000	11'000	alle Passiven	11'000

Die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften wollen dieses Risiko der ungerechtfertigten Gewinnausschüttung reduzieren. Diese Zielsetzung soll dadurch

<sup>25</sup> Zur Fragwürdigkeit dieses Konzeptes in der modernen Rechnungslegung vgl. hinten III.

erreicht werden, indem die Bewertungsvorschriften eine vorsichtige Bewertung der Aktiven vorschreiben; diese sollen eher zu tief, keinesfalls zu hoch bewertet werden.

Es ist wichtig, die Beweggründe für die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften zu verstehen, um zu erkennen, dass sie für die Bedürfnisse des Schadenersatzrechts völlig ungeeignet sind.

### 3. Vorsichtsbezogene Bewertungsvorschriften sind für die Feststellung des Schadens ungeeignet

Die Übernahme dieser handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften auf das Schadenersatzrecht als Quelle eines «natürlichen» Vermögensbegriffs ignoriert diese handelsrechtlichen Zielsetzungen völlig. Im Schadenersatzrecht geht es darum, den Wert festzustellen, der dem Geschädigten als Anspruch gegenüber dem Schädiger zustehen soll. Die Anwendung von Bewertungsvorschriften, die einen Wert anstreben, der im Zweifel unter dem wirklichen Wert liegt (unter Inkaufnahme einer zu tiefen Bewertung), auferlegt im Ergebnis das Bewertungsrisiko dem Geschädigten. Das ist sachlich nicht gerechtfertigt und wird in dieser ausdrücklichen Form auch nirgends postuliert, aber offenbar aus Unkenntnis der Beweggründe hinter den handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften in Kauf genommen.

Im Gegenteil: Der Schädiger, nicht der Geschädigte verletzt den Vertrag oder handelt widerrechtlich mit der Folge, dass (wenn einer der beiden das Risiko der falschen Bewertung tragen muss) der Schädiger dieses Risiko tragen müsste, nicht der Geschädigte. Die unreflektierte Übernahme handelsrechtlicher Bewertungsgrundsätze ignoriert diese Interessenlagen völlig.

Die Bemühungen der Lehre, sich vom «natürlichen» Schadensbegriff loszulösen, dienen alle dieser Zielsetzung, nämlich sicherzustellen, dass der Geschädigte vollen Schadenersatz erhält, und nicht nur teilweisen Schadenersatz, wie er sich aus der Anwendung handelsrechtlicher Bewertungsvorschriften ergibt.

## III. True and Fair-Bewertungsvorschriften als Lösung?

### 1. Grundlagen

Das fehlende Bewusstsein der Lehre und Praxis dafür, dass der Schadensbegriff sich letztlich aus den Bewertungsvorschriften des (handelsrechtlichen) Rechnungslegungsrechts ergibt, hat ganz offensichtlich auch dazu geführt, dass die Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechnungslegung nicht in die Diskussion über die Bemessung des Schadens eingeflossen sind. Seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs, stärker seit den siebziger und achtziger Jahren, hat sich die Prämisse der Bewertungsvorschriften unter angloamerikanischem Einfluss vollständig geändert.

Die Bewertungsvorschriften sollen nicht mehr zu vorsichtigen Bewertungen führen, sondern zu «richtigen» (*true and fair*) Bewertungen. Dabei stehen *weniger die historischen Kosten* und Entwicklungen im Mittelpunkt, sondern die spezifische Verwendung des zu bewertenden Gegenstandes, auch im Hinblick auf den Ertrag und den zukünftigen Nutzen. Die Risiken, die sich aus einer zu hohen Bewertung ergeben, werden nach dem System der True and Fair-Bewertung durch spezielle offene Reserven oder Rücklagen in den Passiven erfasst, sodass – so jedenfalls die Zielsetzung – die Gefahr einer als Folge von überhöhten Bewertungen entstandenen überhöhten Ausschüttung nicht erhöht wird.

Aktiven	wirklicher Wert	handelsrechtlicher Wert ( <i>true and fair</i> )	Passiven	
Bargeld	5'000	5'000	Schulden	11'000
Maschinen	2'000	2'000		
Liegenschaft	10'000	10'000	Gewinn/Gewinnvortrag	0
			Aufwertungsreserve	3'000
			Aktienkapital/ gesetzliche Reserven	3'000
alle Aktiven	17'000	17'000	alle Passiven	17'000

Methodisch treten an Stelle einer bewusst zu tiefen Bewertung (die zur Bildung stiller Reserven führt) spezielle offene Reserven, die im Beispiel als Aufwertungsreserven bezeichnet werden.<sup>26</sup> Diese können nicht ausgeschüttet werden. Wenn sich die Bewertungen als falsch – weil zu hoch – erwiesen haben, kann die Aufwertungsreserve im Umfang der Bewertungskorrektur aufgelöst werden, im Extremfall in vollem Umfang.

Handelsrechtliche Bewertungsvorschriften «bauen» Ausschüttungssperren in die Bewertung der einzelnen Aktiven ein und schaffen dadurch stille Reserven. True and Fair-Bewertungsvorschriften streben eine Bewertung zum wirklichen Wert an und kontrollieren das Ausschüttungsrisiko durch besondere offene Ausschüttungsreserven. Die «Entfernung» der Ausschüttungsreserve aus der Bewertung des einzelnen Aktivums in den True and Fair-Bewertungsvorschriften macht diese für das Schadenersatzrecht interessant. Insbesondere leidet dieser Begriff nicht mehr unter vorsichtsbezogenen Nachteilen des traditionellen handelsrechtlichen Aktivenbegriffs. Denn: Im Schadenersatzrecht ist anzustreben, dass die festgestellten Werte in der Rechnung «Verminderung der Aktiven, Vermehrung der

<sup>26</sup> Vgl. dazu Swiss GAAP FER, Fachempfehlungen zur Rechnungslegung, Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (Hrsg.), Zürich 2007, Swiss GAAP FER 18, Ziff. 13, «Wenn die aktuellen Werte die bisher ausgewiesenen Nettobuchwerte (net carrying amount) übersteigen, sind die sich daraus ergebenden Aufwertungen erfolgsneutral als Neubewertungsreserven im Eigenkapital (revaluation reserve) zu erfassen».

Passiven» möglichst dem wirklichen Wert entsprechen und weiter, dass das Risiko der falschen Bewertung nicht der Geschädigte trägt, sondern der Schädiger, denn er hat durch sein Verhalten die Notwendigkeit der Feststellung des Schadenersatzes überhaupt erst geschaffen.

Es rechtfertigt sich also, einen Blick auf True and Fair-Bewertungsvorschriften zu werfen und zu versuchen im Anschluss daran festzustellen, inwieweit die Anwendung von True and Fair-Bewertungsvorschriften bei der Feststellung des Schadens hilfreich sein kann. Insbesondere wird zu prüfen sein, zu was für Lösungen die Anwendung der Differenztheorie mit True and Fair-Werten in denjenigen Fällen führt, anhand derer ihr Ungenügen und die Notwendigkeit normativer Schadensbegriffe vertreten wird.<sup>27</sup>

## 2. Grundsatz: Wiederbeschaffungswert statt historische Kosten

True and Fair-Bewertungsvorschriften knüpfen an den gegenwärtigen Wert der Sache an, wie er sich aus der spezifischen Verwendung des Aktivums ergibt. Das bedeutet, dass der gleiche Gegenstand je nach der Art seines Gebrauchs unterschiedlich bewertet werden kann. Eine Sache, die kommerziell im Hinblick auf die Erzielung eines Ertrags genutzt wird, hat einen anderen Wert, als die gleiche Sache, die aus Freude daran gehalten wird. True and Fair-Bewertungsvorschriften berücksichtigen diese subjektiven Verhältnisse bereits auf der Ebene der Wertfeststellung, also bei der Frage: «Verminderung der Aktiven?».

Die Gegenwarts- und Zukunftsbezogenheit der True and Fair-Bewertungsvorschriften führt dazu, dass die primäre Frage nicht lautet: «Was wurde bezahlt?», sondern: «Was müsste heute dafür bezahlt werden?». Der Standardwert bei True and Fair-Bewertungsvorschriften sind die «Current Cost» oder der Wiederbeschaffungswert.<sup>28</sup> Er ist massgebend, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der weiteren Methoden fehlen. Der Wiederbeschaffungs- oder Tageswert (*Current Cost*) eines Aktivums ergibt sich durch den Preis, der am Bilanzstichtag für den Erwerb des Aktivums im normalen Geschäftsverlauf entrichtet werden müsste.<sup>29</sup> Das bedeutet, dass sich die Bewertung nicht aus den effektiven Kosten ergibt, die für die Herstellung oder den Erwerb des Aktivums entstanden sind, sondern aus den Kosten, die aufgebracht werden müssen, um dieses Aktivum in dieser Qualität wieder zu beschaffen. Die Bewertung ist nicht vergangenheitsbezogen (Blick auf

die Herstellungskosten), sondern zukunftsbezogen. Das grundsätzliche Abstellen auf den Wiederbeschaffungswert als *Current Cost* löst eine ganze Reihe von im Schadenersatzrecht kontrovers besprochenen Fragen. Auch auf die Frage, ob unnütze Aufwendungen Schaden sind, gibt der True and Fair-Schadensbegriff vernünftige Antworten.<sup>30</sup>

### 3. Netto-Marktwert (*Net Selling Price oder Fair Value less Costs to Sell*)

Wenn der Gegenstand einen Marktwert hat, dann wird auf diesen *Netto-Marktwert (Net Selling Price oder Fair Value less Costs to Sell)* abgestellt. Auch dieser ist im Ergebnis ein Wiederbeschaffungswert. Der Netto-Marktwert entspricht dem Betrag, welcher durch den Verkauf des Vermögensgegenstandes zwischen sachverständigen, vertragswilligen und voneinander unabhängigen Geschäftspartnern vereinbart wird, abzüglich der Verfügungskosten (wie Transport, Verkaufskommissionen, Steuern). Im Schadenersatzrecht geht es nicht nur um die Bewertung eines Aktivums in der Bilanz, sondern auch darum, die Transaktionskosten zu entschädigen, also um Ersatz des Brutto-Betrags. Zu ersetzen ist also der ganze Marktwert.

### 4. Nutzwert (*Value in Use, Discounted Cash Flow*)

Wenn der Gegenstand einen wirtschaftlich messbaren Nutzen abwirft, dann erfolgt die Bewertung zu diesem *Nutzwert (Value in Use, Discounted Cash Flow)*: Der Nutzwert entspricht dem Barwert der zu erwartenden zukünftigen Geldzu- und Geldabflüsse aus der weiteren Nutzung des Aktivums, einschliesslich eines allfälligen Mittelzuflusses am Ende der Nutzungsdauer. Ein Nutzwert entsteht auch durch erwartete Einsparungen an zukünftigen Geldabflüssen (wie sie sich zum Beispiel bei steuerlich verrechenbaren Verlustvorträgen oder bei zukünftig erwarteten Erträgen ergeben). Auf den Nutzwert wird beispielsweise bei kommerziellen Gütern abgestellt, weil diese immer nur unter dem Aspekt ihres wirtschaftlichen Nutzens gehalten werden und es daher sachlich richtig ist, bei deren Bewertung ausschliesslich auf diesen wirtschaftlichen Nutzen abzustellen.

Barwert-Überlegungen werden auch unter dem klassischen Schadensbegriff als Teil des entgangenen Gewinns im Zusammenhang mit Versorgerschäden thematisiert.<sup>31</sup> Im Ergebnis wird der Barwert oder der Ertragswert des Versorgers ermittelt. Ob dies als entgangener Gewinn bezeichnet wird oder als Wegfall eines Ertragswertes ist letztlich unerheblich.

27 Vgl. dazu hinten IV.

28 BÖCKLI, Einführung in die IFRS/IAS, Zürich 2005, N 92.

29 Zulässige Bewertungskonzepte von Aktiven und Verbindlichkeiten, Zulässige Bewertungskonzepte von Aktiven, Aktuelle Werte (*Fair Value*), Tageswert (*Current Cost*): «Der Tageswert eines Aktivums ergibt sich durch den Preis, der am Bilanzstichtag durch den Erwerb des Aktivums im normalen Geschäftsverlauf entrichtet werden müsste»; SWISS GAAP FER (Fn. 26), Rahmenkonzept Ziff. 26.

30 Vgl. dazu hinten IV.2.

31 Vgl. dazu hinten IV.1.

### 5. Liquidationswert

Ein Aktivum kann immer unter der Annahme der Fortführung oder unter der Annahme der Liquidation beurteilt werden. Bei einer Bewertung zu Fortführungswerten wird davon ausgegangen, das Aktivum würde weiterhin in einer bestimmten Art genutzt werden; bei der Bewertung zu Liquidationswerten zählt der Wert, der bei einer sofortigen Veräusserung des Aktivums erzielbar wäre. Nach True and Fair-Vorschriften ist die Bewertung zum Liquidationswert fast immer tiefer. Die Anwendung des Liquidationswerts dürfte im Schadenersatzrecht eher die Ausnahme, dann aber richtig sein, wenn feststeht, dass der Geschädigte den Gegenstand nicht mehr mit der Absicht der Fortführung gehalten hat.

Das führt im Ergebnis zu zwei Bewertungsgrundsätzen: Der Entschädigung des Wiederbeschaffungswerts, allenfalls festgestellt anhand eines Marktwerts oder des Nutzwerts.

### 6. «Vermehrung der Passiven» – Bewertung von Verbindlichkeiten

Schaden kann auch Vermehrung der Passiven sein. Verbindlichkeiten werden nach True and Fair-Grundsätzen entweder zum Tageswert (*Current Cost*) erfasst mit dem nicht-diskontierten Betrag, der nötig wäre, um die Verbindlichkeit per Bilanzstichtag zu erfüllen oder zum Barwert (*Present Value*) des künftigen Nettomittelabflusses, der erwartungsgemäss im normalen Geschäftsverlauf für die Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlich ist.

Das Konzept des Barwerts kann also sowohl für die Verminderung der Aktiven, wie auch die Vermehrung der Passiven verwendet werden. Hilfreich ist das True and Fair-Konzept zur Festlegung der «Vermehrung der Passiven» wenn der Schaden darin besteht, dass durch das schädigende Ereignis zusätzliche finanzielle Pflichten entstehen, wie beispielsweise bei einem ungewollten Kind.<sup>32</sup>

## IV. Einzelfälle

Die Auswirkungen der Anwendung von True and Fair-Bewertungsvorschriften im Rahmen der Differenztheorie sei nachfolgend an Sachverhaltsbeispielen erläutert, die in der Lehre vielfach zum Anlass genommen werden, das Unge-nügen der Differenztheorie zu belegen.

32 Vgl. dazu hinten IV.3.

### 1. Haushaltsschaden

Als Hausarbeit gilt neben der Haushaltstätigkeit auch die Kindererziehung und Familienbetreuung.<sup>33</sup> Beim Haushaltsschaden stellt sich die Frage, ob auch dafür Ersatz zu gewähren ist, wenn die haushaltsführende Person auf Grund eines schädigenden Ereignisses, an der Ausübung ihrer Arbeit verhindert oder eingeschränkt ist, obwohl der Wegfall der Möglichkeit, die Haushaltsarbeit zu verrichten, nicht zu einer Vermögenseinbusse führt, wenn auf die Differenztheorie handelsrechtlich ermittelte Werte angewendet werden.<sup>34</sup>

Bei einem True and Fair-Schadensbegriff bereitet die Anwendung der Differenztheorie keine Mühe und führt zu vernünftigen Lösungen, die vom Ergebnis her im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung sind. Massgebend für die Bemessung des Vermögensstandes «Verminderung der Aktiven» sind die Wiederbeschaffungskosten. Diese ergeben sich aus dem Barwert der Aufwendungen für eine Haushaltshilfe während der Dauer der Beeinträchtigung. Ob der Geschädigte diese Leistungen bei Dritten einkauft oder ob diese Zusatzleistungen aus dem Kreise der Familie erbracht werden, spielt bei einer Schadensberechnung nach True and Fair-Grundsätzen keine Rolle, denn der Wiederbeschaffungswert eines Aktivums besteht unabhängig davon, ob der Geschädigte eine Wiederbeschaffung tätigt, oder ob er sich einschränkt oder anderweitig behilft.

Herrschende Lehre und Rechtsprechung kommen zum gleichen Ergebnis: Haushaltsschaden ist «Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts»<sup>35</sup>. Hat eine haftpflichtrechtlich relevante Körperverletzung oder gar Tötung den Ausfall in der privaten und unentgeltlichen Haushaltsführung zur Folge, anerkennt die einhellige Schweizer Lehre und Rechtsprechung<sup>36</sup> gestützt auf einen normativen Schadensbegriff<sup>37</sup> einen Anspruch auf Schadenersatz der durch die Führung des Haushaltes begünstigten Person.<sup>38</sup>

33 KISSLING, Dogmatische Begründung des Haushaltsschadens, Diss., Bern 2006, 2.

34 Vgl. SCHWENZER (Fn. 12), N 14.10; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN (Fn. 19), 11; KISSLING (Fn. 33), 7 f.; FELLMANN (Fn. 16), 13, 22; vgl. auch BGE 127 III 403 ff.; ESSER/SCHMIDT (Fn. 16), 190 f.

35 So BGE 127 III 403, 405.

36 Vgl. SCHWENZER (Fn. 12), N 14.10 m.w.H.; vgl. auch BGE 127 III 403 ff. und die darin erwähnte Literatur und bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. zudem SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN (Fn. 19), 11; CHAPPUIS (Fn. 7), N 133 ff.; OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 85.

37 Anstatt vieler GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2854; FELLMANN (Fn. 16), 13, 23; SCHWENZER (Fn. 12), N 14.10.

38 Vgl. KISSLING (Fn. 33), 1, die bei dem auf einer Tötung basierenden Schadenersatzanspruch des durch die Haushaltsführung Begünstigten von einem «Versorgungs-Haushaltsschaden» spricht.

## 2. Entgangener Urlaubsgenuss, entgangene Freizeit

Eine weitere in der Lehre lebhaft diskutierte Konstellation bezieht sich auf die Frage, wie vorzugehen ist, wenn ein schädigendes Ereignis dazu führt, dass eine bereits bezahlte Urlaubsreise nicht vorgenommen oder ein bereits bezahlter Theaterbesuch nicht erfolgen kann. Die Diskussion zeigt, dass sich die herrschende Lehre und Rechtsprechung nicht von handelsrechtlichen vorsichtsbezogenen Bewertungsvorschriften lösen kann. So wird im vereitelten Genuss eine immaterielle Unbill gesehen, die keinen Schaden darstelle.<sup>39</sup> Obwohl der bezahlte Genuss in der Form der erkauften Reise oder des Theaterbesuchs vereitelt wird, könne kein Schadenersatz geltend gemacht werden, da der Vermögensstand mit und ohne die Handlung des Dritten gleich hoch sei. Begründet wird die fehlende Ersatzpflicht dadurch, dass die deliktische Einwirkung erst nach der geldwerten Aufwendung erfolgte, demzufolge nur der Genuss verunmöglicht, nicht aber das Vermögen vermindert wird.<sup>40</sup>

Die Bedenken gegen diese Auffassung, dass Ferien einen aus ökonomischer Sicht bestimmbaren Wert haben, da diese «in der Regel durch Arbeit «erkauft» werden»<sup>41</sup> und dadurch einen Vermögenswert erlangten, obwohl es sich eigentlich um immaterielle Werte handle,<sup>42</sup> sind sachlich gerechtfertigt. Mit einer Vielzahl von Begründungen wird versucht, dies zu korrigieren: Mit einem ökonomisch strukturierten Schadensbegriff; wonach Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeiten, die «in den Marktpreis eines Nutzungsträgers einbezogen sind»<sup>43</sup>, einen wirtschaftlichen Wert haben und demnach Vermögensqualität besitzen, so dass bereits eine Verhinderung der Wahrnehmung einer abstrakten Gebrauchsmöglichkeit zu Schadenersatz führen soll.<sup>44</sup> Oder es wird versucht, die vergeblichen Aufwendungen als Schaden zu definieren, so die sog. «Frustrationslehre» (von *frustra*, lat. für vergeblich), die aber mehrheitlich verworfen wird mit der Begründung, sie würde ins Uferlose führen.<sup>45</sup>

Würden wir uns vom vorsichtsgeprägten handelsrechtlichen Aktiven-Begriff loslösen und an seiner Stelle die Frage gestützt auf True and Fair-Rechnungsvorschriften beantworten, wäre die Antwort rasch gefunden: Sowohl die Urlaubsreise, wie auch der Theaterbesuch haben als *Fair Value* den Wert, der am Bilanzstichtag für den Erwerb des Aktivums im normalen Geschäftsverlauf ent-

39 BGE 127 III 404 f.; 126 III 394; 123 IV 147; 115 II 481 f.

40 BernerKomm/BREHM, Art. 41 OR N 83 f.

41 SCHWENZER (Fn. 12), N 14.11; HONSELL, Die misslungene Urlaubsreise, JuS 1976, 222.

42 OFTINGER/STARK (Fn. 2), 57; REY (Fn. 10), N 179; ESSER/SCHMIDT (Fn. 16), 187 f.

43 REY (Fn. 10), N 180.

44 Vgl. REY (Fn. 10), N 185 ff.

45 ROBERTO (Fn. 6), N 605; HONSELL (Fn. 5), 92; REY (Fn. 10), N 373; SCHWENZER (Fn. 12), N 14.11; KOLLER (Fn. 18), 71; BaslerKomm/SCHNYDER, Art. 41 OR N 4.

richtet werden müsste. Es geht um den Wiederbeschaffungswert. Der Geschädigte verliert als Folge der schädigenden Handlung, die Möglichkeit die Theateraufführung zu nutzen, der Wiederbeschaffungswert ist der Wert, der bezahlt werden muss, um dem Geschädigten zu ermöglichen eine gleichartige Theateraufführung zu besuchen. Gleichermassen ist beim vereitelten Feriengenuss vorzugehen. Potentielle Exzesse können (wie immer) durch die Schadenminderungspflicht (die den Geschädigten verpflichten kann zu versuchen, einen Ersatz zu finden) und die Vorteilsanrechnung kontrolliert werden, wenn dem schadensbedingten «Ersatzprogramm» ebenfalls ein (wenn auch tieferer) *Fair Value* zukommt. Dass diese Werte nicht wissenschaftlich-mathematisch festgestellt werden können, sondern erhebliches Bewertungsermessen des Richters bedingen, trifft zu, aber ist weder für das Schadenersatzrecht noch das Rechnungslegungsrecht eine Besonderheit.

## 3. Das ungewollte Kind

Dass ein ungewolltes Kind ein Schaden sein soll, ist schwierig vermittelbar und isoliert betrachtet auch falsch. Nicht das ungewollte Kind ist «Schaden», denn dies würde der Menschenwürde widersprechen; «sie verbietet es, das menschliche Dasein zu kommerzialisieren»<sup>46</sup>. Der Gedanke, dass die Geburt eines ungeplanten Kindes mit einem Schadenersatzanspruch in Verbindung gebracht wird, wird erträglicher, wenn der Anspruch als Anspruch aus einem Fehlverhalten<sup>47</sup> verstanden wird, das dazu führt, dass Verbindlichkeiten entstehen, die ohne dieses Fehlverhalten nicht entstanden wären. Eine *Fair Value*-Berechnung dieses Schadens im Umfang des Barwerts des künftigen Nettomittelabflusses erfasst die Kosten, die erwartungsgemäss im normalen Geschäftsverlauf für die Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlich sind. Nicht das Kind ist der Schaden, sondern die Verpflichtung, die sich daraus ergibt,<sup>48</sup> solange eine Vertragsverletzung oder rechtswidrige Tat Auslöser für die Geburt des Kindes war. Die Berechnung des Schadens erfolgt nach der Differenztheorie. Es ist die wirtschaftliche Situation der Unterhaltsverpflichteten mit und ohne Vorliegen der Unterhaltsbelastung zu vergleichen.<sup>49</sup>

46 So OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 28 m.V. auf BGHZ 76, 249, 253.

47 Rechtswidrige Tat, bspw. Vergewaltigung oder Vertragsverletzung, vorwerfbarer Behandlungsfehler; fehlerhafte Sterilisation solange gerade das Nicht-wollen eines Kindes Grundlage des Eingriffes war; Versagen eines Verhütungsmittels, usw.; BGE 132 III 359 ff.; SCHWENZER (Fn. 12), N 14.04.

48 Vgl. anstatt vieler BaslerKomm/SCHNYDER, Art. 41 OR N 4; SCHWENZER (Fn. 12), N 14.04; a.A. OFTINGER/STARK (Fn. 2), 47, «Ebenso wenig ist ein Schaden vorhanden, wenn sich eine Ehefrau aus medizinischen Gründen sterilisieren lassen wollte, der Eingriff vom Chirurgen nicht kunstgerecht ausgeführt worden ist, die Frau in der Folge gegen ihre Absicht konzipiert und ein normales Kind zur Welt bringt, ohne sich einen körperlichen Nachteil zuzuziehen; denn die Geburt eines Kindes ist kein Schaden, sondern einer der Zwecke der Ehe».

49 OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 29.

#### 4. Der widerrechtlich zerstörte Baum

Wird ein Baum widerrechtlich zerstört, kann dies zu einer Wertveränderung des Grundstücks, auf dem er steht, führen. Die Wertveränderung des Grundstücks als Folge der schädigenden Handlung an einem sich auf dem Grundstück befindlichen Baum ist jedoch nicht einfach festzustellen. Um den Wertverlust des Grundstücks nach der Differenztheorie zu ermitteln, müssten die Angebote von Kaufinteressenten für das Grundstück eingeholt und untersucht werden, ob sich die Kaufpreise für das Grundstück einerseits im ursprünglichen Zustand mit Baum und andererseits nach Beseitigung des Baums oder mit beschädigtem Baum unterscheiden würden. Eine allfällige Differenz würde den Wertverlust darstellen und müsste vom Schädiger ersetzt werden.<sup>50</sup>

Das Bundesgericht folgt in dieser Frage unausgesprochen dem True and Fair-Vermögensbegriff und bezeichnet die Wiederbeschaffungskosten für einen gleich grossen Ersatzbaum (sog. Totalrestitution) als zu ersetzender Schaden.<sup>51</sup> Dass beim zerstörten Baum die Wiederbeschaffungskosten ersetzt werden müssen, beim zerstörten Auto nur die Zeitwertkosten<sup>52</sup> lässt sich eigentlich rational nicht erklären; vielleicht hat es mit der Mystifizierung von Bäumen in der schweizerischen Rechtsordnung zu tun.<sup>53</sup> Richtigerweise müsste allerdings auch hier eine Vorteilsanrechnung stattfinden: Wenn der Wert des Grundstücks steigt, weil der nun mehr zerstörte Baum die Überbaubarkeit des Grundstücks erleichtert oder erst durch seine Zerstörung eine bessere Aussicht ermöglicht wird, ist die daraus resultierende Wertsteigerung des Grundstücks<sup>54</sup> zu berücksichtigen.

#### 5. Zerstörtes Auto

Gestützt auf handelsrechtliche Bewertungsvorschriften wird ein Automobil zu den Anschaffungskosten abzüglich des zeitbedingten Wertverlustes (sog. Abschreibungen) bewertet.<sup>55</sup> Wenn diese Prinzipien auf die Differenztheorie angewendet werden, führt dies dazu, dass der Schadenersatz dem Wert entspricht, zu dem das Automobil vor seiner Zerstörung aktiviert werden durfte. Diese Lösung

50 ROOS, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss., Zürich 2002, 245.

51 ROOS (Fn. 50), 250 f. m.w.H.; vgl. dazu ausführlich BGE 129 III 331 ff.; 127 III 73 ff.

52 Vgl. zum Auto HONSELL (Fn. 5), 89 f.; vgl. zur Wertberechnung von Bäumen ROOS (Fn. 50), § 8, sowie Richtlinien der Vereinigung Schweizerischer Stadtgärtnereien und Gartenbauämter zur Wertberechnung von Bäumen, Bern 1991.

53 Bspw. Gesetz zum Schutz und zur Förderung des Baumbestandes im Kanton Basel-Stadt vom 16. Oktober 1980 (Baumgesetz, BSchG, SG 789.700); Baumschutzverordnung vom 19. Dezember 2000 (BSV, SG 789.710); Verordnung über Abgeltungsbeiträge zur Schaffung und Erhaltung von ökologischen Ausgleichsflächen vom 27. Juni 1995 (SG 789.600).

54 Vgl. dazu BGE 127 III 76; ROOS (Fn. 50), 244 m.w.H.

55 Art. 665 i.V.m. 669 OR.

wird in vielen Fällen den Interessenlagen nicht gerecht. Das Beispiel des zerstörten Automobils zeigt weiter, dass sein Wert für den Geschädigten von der Art der Nutzung abhängt, der für eine Privatperson ein anderer sein kann, als für ein Unternehmen, das den Wagen kommerziell nutzt.

Diese Überlegungen haben dazu geführt, dass bei kommerziell genutzten Gütern nach der Lehre vom «Kommerzialisierungsschaden» anerkannt wird, dass bestimmte Nutzungsmöglichkeiten von Gütern kommerzialisiert sind und somit einen Vermögenswert darstellen. Entscheidend, ob etwas «kommerzialisierbar» ist bzw. eine in Geld messbare Einbusse vorliegen kann, ist die Antwort auf die Frage, ob für diese (Einbusse) ein Markt<sup>56</sup> vorhanden ist.<sup>57</sup> In diesem Fall anerkennt die deutsche Rechtsprechung<sup>58</sup> einen Ersatzanspruch für diesen Nutzungsausfall. Das soll auch dann gelten, wenn nach der Differenztheorie (gestützt auf handelsrechtliche Bewertungen) keine negative Veränderung im Vermögen der an der Nutzung des Aktivums berechtigten Person entsteht.<sup>59</sup>

True and Fair-Bewertungsvorschriften lösen diese Fragestellung bereits auf der Ebene der Bewertung der Aktiven vor der Schädigung, also im Einklang mit der Differenztheorie. Die True and Fair-Bewertung des Automobils ergibt sich aus seiner spezifischen Nutzung und sein Wert ist ein Nutzwert, wenn der Wagen kommerziell genutzt wird, oder ein Wiederbeschaffungswert im Falle der privaten Nutzung. True and Fair-Bewertungsvorschriften führen also beim kommerziell genutzten Automobil zu einem ähnlichen Ergebnis, wie die Lehre vom «Kommerzialisierungsschaden», allerdings ohne die Notwendigkeit eine Ausnahme von der Differenztheorie zu begründen. Für den anderen Fall, den privat genutzten Wagen, wo die Anwendung der Lehre vom «Kommerzialisierungsschaden» strittig ist, führt die Anwendung von True and Fair-Grundsätzen auf die Differenztheorie dazu, dass der Schädiger nicht den «Buchwert» ersetzen muss, sondern den Wiederbeschaffungswert,<sup>60</sup> also den Betrag, der aufgewendet werden muss, um einen

56 Auch Sachen ohne Markt können einen Vermögenswert haben (einmalige Kunstgegenstände, Antiquitäten) und bei ihrer Beschädigung Vermögensschaden darstellen, solange «sie mit einem marktmässigen Vorteil vergleichbar bzw. diesem gleichzuachten sind», OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 48; vgl. auch ESSER/SCHMIDT (Fn. 16), 195 f.

57 OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 37; auch REY (Fn. 10), N 188, 375; FELLMANN (Fn. 16), 13, 18; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 1), N 2859.

58 OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 57 ff. m.w.H.

59 SCHWENZER (Fn. 12), N 14.06, 14.11; ESSER/SCHMIDT (Fn. 16), 192; illustrativ BGHZ 98, 212 ff.

60 Vgl. dazu auch HONSELL (Fn. 5), 89; Der Wiederbeschaffungswert ist ebenso bei erheblich beschädigten Neuwagen (weniger als 1 Monat alt und weniger als 3'000 km Fahrleistung, sog. Schadenberechnung auf Neuwagenbasis) geschuldet, da eine Reparatur für den Geschädigten als unzumutbar erachtet wird, vgl. dazu Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 28. März 2008, Az: 14 U 95/07, II. 1. b); vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. März 1976 – VI ZR

Ersatzwagen der gleichen Art und mit der gleichen Funktionalität zu erwerben. Bei alten, aber sich in gutem Zustand befindlichen Fahrzeugen, führt die Anwendung von True and Fair-Vorschriften zu höheren Schadenersatzzahlungen. Die sachlich nicht zu begründende Rechtsfolge, dass der Eigentümer eines widerrechtlich zerstörten Wagens, «Schadenersatz» in einer Höhe (oder besser: Tiefe) erhält, die es ihm nicht erlaubt gleichwertigen Ersatz zu erwerben, gibt es bei der Anwendung von True and Fair-Vorschriften nicht.

## V. Schlussfolgerung

Der Schadensbegriff ermittelt durch die Differenztheorie als «Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven» führt durchwegs zu vernünftigen Resultaten, die teilweise<sup>61</sup> auch durch Lehre und Rechtsprechung geteilt werden, wenn der Formel «Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven» richtig ermittelte Werte zu Grunde gelegt werden. Die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften sind dafür nicht geeignet. Sie sind vorsichtsgeprägt und führen zu einer Bewertung, die im Zweifel zu tief sein soll. Die Anwendung von Bewertungsvorschriften, die einen Wert anstreben, der im Zweifel unter dem wirklichen Wert liegt (unter Inkaufnahme einer zu tiefen Bewertung), auferlegt im Ergebnis das Bewertungsrisiko dem Geschädigten. Das ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Es gibt zwei Ansätze die Unzulänglichkeiten zu bereinigen, die sich aus der Anwendung eines handelsrechtlichen Aktivenbegriffs auf die Differenztheorie ergeben. Zum einen kann diese verworfen oder durch weitere Überlegungen in Richtung eines normativen Schadensbegriffs ergänzt werden. Dieser Weg wird durch Lehre und Rechtsprechung verfolgt.

Möglich und sachlich richtig ist ein anderer Ansatz, der an der Differenztheorie festhält, diese aber getreu der Formel «Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven» mit einem modernen Vermögensbegriff verbindet, wie er sich aus True and Fair-Rechnungslegungsvorschriften ergibt. Die Schwächen der Differenztheorie<sup>62</sup> können überwunden werden, wenn statt nach handelsrechtlichen Grundsätzen, nach True and Fair ermittelte Werte angewendet werden. Die Rettungsversuche, etwa die «in der Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu ermitteln»<sup>63</sup>, auch auf Kosten eines einheitlichen Schadensbegriffs, sind letztlich überflüssig, wenn True and Fair-Bewertungsansätze verwendet werden. Zwischen den Aussagen: «Der [...] Schadensbegriff im Rechtssinne knüpft

14/75, NJW 1976, 1202, 1203; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. November 1981 – VI ZR 234/80, NJW 1982, 433.

61 Vgl. dazu vorn IV.

62 Vgl. dazu ausführlich OETKER (Fn. 21), § 249 BGB Rn. 19 f.

63 Vgl. dazu ausführlich OETKER (Fn. 21), a.a.O.

demgegenüber allein an ökonomisch Messbares an»<sup>64</sup> und «[...] einen normativen Schadensbegriff setzen, mit dem Ziel, bestimmte Nachteile unter Berücksichtigung normativer Bewertungsgesichtspunkte auch dann für ersatzfähig zu betrachten, wenn keine Vermögensdifferenz im eigentlichen Sinne vorliegt»<sup>65</sup>, gibt es richtigerweise gar keinen Unterschied, wenn die nach der Differenztheorie ermittelten Werte *Fair Value* sind.

64 SCHWENZER (Fn. 12), zur Differenztheorie, N 14.03.

65 SCHWENZER (Fn. 12), zum normativen Schaden, N 14.05.