

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 36

**Der Frustrierungsgedanke  
und die Kommerzialisierung  
immaterieller Schäden**

Darstellung und Versuch einer Kritik

Von

Dr. Martin Tolck



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

**MARTIN TOLK**

**Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung  
immaterieller Schäden**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 36**

# Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden

Darstellung und Versuch einer Kritik

Von

Dr. Martin Tolk



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Tolk, Martin**

Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden: Darst. u. Versuch e. Kritik. — 1. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 36)

ISBN 3-428-03795-2

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bartholdy & Klein, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03795 2

## Vorwort

Diese Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen im Wintersemester 1975/76 als Dissertation vorgelegen. Die Literatur konnte bis Herbst 1975 berücksichtigt werden; später erschienene Arbeiten sowie die Rechtsprechung wurden in die Fußnoten eingearbeitet.

Für die Anregung der Arbeit und die vielfältige Unterstützung danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Fritz Baur, Tübingen.

Dank schulde ich auch Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. Johannes Broermann, Berlin, für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Bürgerlichen Recht.

Tübingen, im Juli 1976

*Martin Tolk*



# Inhaltsverzeichnis

## ERSTER TEIL

A. Einleitung .....	13
B. Das Problem .....	14
I. Die Regelung der §§ 249 ff. BGB .....	14
II. Ansätze zur Ausweitung der Schadensersatzpflicht .....	15
1. Der Kommerzialisierungsgedanke .....	15
2. Der Frustrierungsgedanke .....	16
3. Die Bedarfslehre .....	16
4. Der Funktionsschadensbegriff .....	16
C. Gang der Untersuchung .....	16

## ZWEITER TEIL

### Der Schadensbegriff der Verfasser des BGB

A. Der Einfluß der gemeinrechtlichen Interessellehre .....	18
B. Der Begriff des Vermögensschadens .....	18
C. Der Ersatz von Nichtvermögensschäden .....	19

## DRITTER TEIL

### Die Rechtsprechung zu den Fallgruppen

A. <i>Fallgruppe</i> : Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden ....	21
I. Frühere Rechtsprechung .....	21
1. Reitpferd-Fall OLG Dresden .....	21
2. Villa-Fall OLG Colmar .....	23
3. Die „Abwässerentscheidung“ des Reichsgerichts .....	24
II. Grundlagen und Entwicklung der Kommerzialisierungsrechtsprechung des BGH zu den entgangenen Gebrauchsvorteilen von Kfz ..	25
1. Die Gebrauchsmöglichkeit als Vermögenswert .....	25
2. Die Feststellung des Vermögensschadens .....	26

3. Begründung des Anspruchs über § 249 oder § 251 BGB? .....	27
4. Die Höhe des Schadens .....	28
5. Die „Fühlbarkeit“ .....	28
III. Die Kommerzialisierung der Nutzungsmöglichkeit anderer Ge- brauchsgegenstände .....	29
1. Tonband-Fall .....	29
2. Pelzmantel-Fall .....	30
3. Wohnhaus-Fall .....	31
4. Schwimmhalle-Fall .....	31
5. Motorboot-Fall .....	33
IV. Das Problem der persönlichen Nutzungsverhinderung .....	34
1. Jagdpacht-Fall .....	34
a) Der Gesichtspunkt des Kommerzialisierungsgedankens ....	34
b) Der Gesichtspunkt der nutzlosen Aufwendungen (Frustrie- rungsgedanke) .....	35
c) Lösung nach der Interessetheorie .....	35
V. Zwischenergebnis .....	35
B. <i>Fallgruppe</i> : Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen gemacht wurden, als Vermögensschaden .....	36
Seereise-Fall .....	36
1. Der Reisegenuß als Vermögenswert .....	37
2. Beeinträchtigung des Reisegenusses als Vermögensschaden .....	38
C. <i>Fallgruppe</i> : Beeinträchtigung von Urlaub (Freizeit) „als solchem“ als Vermögensschaden .....	39
I. Entscheidungen, die dem Urlaub „als solchem“ einen Vermögens- wert beimessen .....	40
1. Kommerzialisierung von Urlaubstagen eines Arbeitnehmers, dargestellt am Bungalow-Fall .....	40
2. Kommerzialisierung von Urlaubstagen eines Selbständigen, dargestellt am Rumänienreise-Fall .....	41
a) Urlaub als Vermögenswert .....	42
b) Urlaubsbeeinträchtigung bzw. -vergeudung als Vermögens- schaden .....	42
3. Kommerzialisierung von Urlaubstagen eines schulpflichtigen Jungen .....	43
II. Entscheidungen, die die Kommerzialisierung von Urlaubstagen ablehnen .....	44
1. Urlaub kein Vermögenswert .....	44
2. Keine rationale Bemessungsgrundlage .....	44
III. Zwischenergebnis zu den Urlaubsfällen .....	45

## VIERTER TEIL

**Literaturmeinungen**

A. Der Kommerzialisierungsgedanke .....	46
Die Auffassung Grunskys .....	46
1. Der Vermögensbegriff .....	46
2. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden .	46
3. Fallgruppe: Urlaub — Freizeit .....	47
B. Der Frustrierungsgedanke .....	49
I. Die Entwicklung des Frustrierungsgedankens .....	49
II. Versuche einer dogmatischen Einordnung .....	50
1. von Tuhr .....	50
2. Löwe .....	52
3. Larenz .....	52
4. Eike Schmidt .....	53
III. Begrenzungskriterien .....	54
IV. Die Schadensberechnung .....	55
V. Die Schadensminderungspflicht .....	56
VI. Die Lösung der Fallgruppen nach dem Frustrierungsgedanken ...	57
1. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden .....	57
2. Fallgruppe: Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen gemacht wurden, als Vermögensschaden .....	57
3. Fallgruppe: Urlaub (Freizeit) „als solcher“ als Vermögensschaden .....	58
C. Der Funktionsschadensbegriff .....	59
I. Der Vermögensbegriff bei Mertens .....	59
II. Der Begriff des Vermögensschadens bei Mertens .....	60
1. Die Vermögensgutsbeeinträchtigung .....	60
2. Vermögensfunktionsstörung in Form fehlgeschlagener Aufwendungen .....	60
3. Die Soziabilitätsschranke .....	61
III. Die Lösung der Fallgruppen nach dem Funktionsschadensbegriff .	62
1. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile .....	62
a) Durch sachgerichteten Eingriff .....	62
b) Durch persönliche Nutzungsverhinderung .....	62
2. Fallgruppe: Urlaub — Freizeit .....	63

D. Die Bedarfslehre .....	63
I. Der Bedarfsschaden .....	63
II. Die Lösung der Fallgruppen nach der Bedarfslehre .....	64
1. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden .....	64
2. Fallgruppe: Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen gemacht wurden, als Vermögensschaden .....	65
3. Fallgruppe: Beeinträchtigung von Urlaub (Freizeit) „als solchem“ als Vermögensschaden .....	66
E. Vergleichende Betrachtung der wirtschaftlichen Ergebnisse der dargestellten Ansätze .....	67
I. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden .....	67
II. Fallgruppe: Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen gemacht wurden, als Vermögensschaden .....	68
III. Fallgruppe: Beeinträchtigung von Urlaub (Freizeit) „als solchem“ als Vermögensschaden .....	69
IV. Schlußfolgerungen .....	69

## FÜNFTER TEIL

### Grundlagen und Methode der Kritik der dargestellten Ansätze

A. Schadensbegriff und Interessenbewertung .....	71
B. Die Interessenlage bei Erlaß des BGB und ihre Bewertung durch den Gesetzgeber .....	73
C. Die veränderte Interessenlage .....	74
I. Das Problem der Unfallschäden .....	75
1. Auswirkungen auf das gesamte System des Schadensausgleichsrechts .....	77
2. Die wirtschaftlichen Folgen .....	78
3. Die Reformvorschläge für die Regelung von Unfallschäden ....	78
II. Der Bereich des Massentourismus — Reiserecht .....	79
D. Kritik und eigene Meinung für ein „Zweckprogramm“ des Schadensausgleichsrechts .....	81
I. Zwei grundsätzliche theoretische Positionen im Hinblick auf ein „Zweckprogramm“ des Schadensausgleichsrechts .....	81
1. Möglichst weitgehende Entlastung des Individuums von jedem Risiko des täglichen Lebens .....	81
2. Beschränkung des Schadensausgleichs auf elementare Bedürfnisse .....	83
II. Kritik der Praxis der Rechtsprechung .....	83

SECHSTER TEIL

**Vorschlag für eine interessengerechte Lösung:  
Differenzierung nach vertraglicher und deliktischer Ausgleichspflicht**

A. Problem .....	85
B. Die Praxis der Rechtsprechung .....	86
C. Die verschiedenen Formen des Interesses .....	86
D. Nutzlose Aufwendungen und Interesseersatz .....	87
I. Ersatz von Aufwendungen im Rahmen des negativen Interesses ..	87
II. Ersatz von Aufwendungen im Rahmen des Erfüllungsinteresses	88
E. Folgerungen für die Fallgruppen .....	89
I. Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen gemacht wurden, als Vermögensschaden .....	89
1. Wandelung — Minderung .....	90
2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung .....	91
II. Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden .....	92
1. Nutzungsausfallentschädigung in Höhe der fiktiven Mietkosten	92
2. Ersatz von Aufwendungen .....	93

SIEBENTER TEIL

**Die Kritik der Ausweitung  
der Schadensersatzpflicht bei deliktischer Schädigung**

A. Die Kritik des Kommerzialisierungsgedankens und der Bedarfslehre	94
I. Der Vermögensbegriff .....	94
1. Der Vermögensbegriff im Hinblick auf die Fallgruppen .....	95
a) Gebrauchsmöglichkeit als Vermögenswert .....	95
b) Urlaub und Freizeit als Vermögenswert .....	96
aa) Urlaub eines Arbeitnehmers nach dem BUrlG als Ver- mögenswert .....	96
bb) Freizeit als Vermögenswert .....	97
cc) Kommerzialisierung von Freizeit durch Aufwendungen	98
II. Kritik am Begriff des Vermögensschadens .....	98
1. Kritik der Schadensfeststellung und -berechnung bei der Kom- merzialisierung von Gebrauchsvorteilen .....	100
2. Kritik der Schadensfeststellung und -berechnung bei Urlaubs- bzw. Freizeitfällen .....	101
a) Schadensberechnung, wenn Aufwendungen für Freizeitwert gemacht wurden .....	101

b) Schadensberechnung bei Urlaub (Freizeit) „als solchem“ ....	101
c) Die Schadensberechnung nach der Bedarfslehre .....	103
B. Die Kritik des Frustrierungsgedankens .....	104
I. Aufwendungsersatz und Schadensersatz .....	104
1. Der Begriff der Aufwendungen und der Schadensbegriff .....	104
2. Die Fallgruppen .....	105
a) Ersatz der Aufwendungen, die zur Beseitigung von Schäden gemacht wurden .....	105
b) Ersatz der Aufwendungen für Vorsorgemaßnahmen .....	105
c) „Frustrierte“ Aufwendungen .....	107
II. Kritik der Begründungsversuche .....	107
1. Kritik einer Analogie bei Larenz .....	107
a) Begriff und Voraussetzungen einer Analogie .....	107
b) Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes in bezug auf „frustrierte“ Aufwendungen? .....	109
2. Kritik der Ableitung des Frustrierungsgedankens aus dem „Austauschgeschäft“ .....	111
III. Der Begriff der Frustration .....	112
1. Zur Wortbedeutung .....	112
2. Kritik der Versuche zur Begrenzung des Frustrierungsschadens	112
a) Begrenzung aus dem Frustrationsbegriff systematisch ableit- bar? .....	112
b) Die Praktikabilität der Begrenzungskriterien .....	114
c) Die Zweckverfehlung von Aufwendungen .....	116
IV. Kritik der Schadensberechnung .....	117
C. Die Kritik des Funktionsschadensbegriffs .....	118

## ACHTER TEIL

### Schluß

A. Zusammenfassung .....	120
B. Folgerungen für die Lösung der Fallgruppen .....	121
I. Fallgruppe: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden	121
II. Fallgruppe: Urlaubs-/Freizeitgenuß, für den Aufwendungen ge- macht wurden, als Vermögensschaden .....	121
III. Fallgruppe: Beeinträchtigung von Urlaub (Freizeit) „als solchem“ als Vermögensschaden .....	121
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>123</b>

## ERSTER TEIL

### A. Einleitung

Rechtsprechung und Literatur zum Schadensbegriff haben kaum mehr überschaubare Ausmaße angenommen. Bei der Beurteilung der Lage des Schadensausgleichsrechts herrschen eher kritische Stimmen vor<sup>1</sup>.

Die Entwicklung des Schadensausgleichsrechts ist gekennzeichnet durch die Abkehr vom subjektiven Schadensbegriff der Differenztheorie und die Hinwendung zu einem objektiven, normativen oder funktionellen Schadensbegriff<sup>2</sup>. Die Rechtsprechung entscheidet immer mehr einzelfallbezogen oder fallgruppenbezogen und gibt den einheitlichen Schadensbegriff der traditionellen Schadenslehre, den das Reichsgericht und anfangs auch der Bundesgerichtshof vertrat<sup>3</sup>, auf.

Eine Auswirkung dieser Entwicklung ist, daß das dem Schädiger aufzubürende Maß an Belastungen immer größer wird<sup>4</sup>. Der Grund für diese Entwicklung dürfte unter anderem darin liegen, daß der Schädiger in vielen Fällen *versichert* ist und daher den Schaden nicht individuell tragen muß, oder daß z. B. bei „Massenverträgen“ die Stellung des *Verbrauchers* durch die Androhung umfangreicher Schadensersatzansprüche besser geschützt werden soll<sup>5</sup>.

Diese Tendenz zur Ausweitung der Schadensersatzpflicht zwingt auf der anderen Seite aber langfristig zur Einführung einer *Reduktionsklausel*, um grobe Unbilligkeiten beim individuellen Schadensausgleich im Einzelfall zu vermeiden<sup>6</sup>. Dadurch entsteht jedoch ein erhebliches

---

<sup>1</sup> *Baur*, FS L. Raiser, 119 ff.; *Grunsky*, JZ 1973, 427 (die Praxis wurstle sich von Fall zu Fall durch); *Hagen*, FS Larenz, 877 (Begriffsverzerrungen und Kriterienwirrwarr); *Lieb*, JZ 1971, 358 (desolater Zustand des Schadensersatzrechts); *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 36 (diffuse, innerlich unwahrhaftige Rechtsprechung).

<sup>2</sup> Vgl. dazu den ausführlichen Überblick bei *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 50 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Neuwald*, Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung, Diss., 128.

<sup>4</sup> Darauf weisen *Baur*, FS L. Raiser, 138 und *Zeuner*, AcP 163, 380 (393) besonders hin.

<sup>5</sup> *Baur*, FS L. Raiser, 120 ff.; *Larenz*, FS Nipperdey I, 507 FN 40; LG Freiburg NJW 1972, 1720; *Heldrich*, NJW 1967, 1737 (1740).

<sup>6</sup> Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums (Entwurf 1967) sieht die Einführung eines § 255a in das BGB vor, dessen Abs. I lauten soll: „Ist der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht begründenden Umstände

Maß an *Rechtsunsicherheit*, da die Entscheidungen im Einzelfall nicht mehr mit einiger Sicherheit vorhersehbar sind, wie das beim einheitlichen Schadensbegriff der traditionellen Schadenslehre<sup>7</sup> der Fall ist.

Hier soll nicht versucht werden, *den* richtigen neuen Schadensbegriff zu entwickeln, aus dem sich alle Probleme ohne weiteres lösen lassen<sup>8</sup>. Anliegen der Arbeit ist es vielmehr aufzuzeigen, wie in Rechtsprechung und Literatur anhand einiger dogmatischer Figuren versucht wird, entgegen den Intentionen der Verfasser des BGB auch die Beeinträchtigungen von *Gebrauchs-* und *Genußmöglichkeiten* als Vermögensschaden ersatzfähig zu machen. Es wird zu prüfen sein, ob diese Entwicklung den Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit besser gerecht wird als die Lösungen, die sich aus einem im Sinne der traditionellen Schadenslehre weiterentwickelten *subjektiven* Schadensbegriff ergeben.

Eine solche Fortentwicklung könnte bei der differenzierten Behandlung der Fälle *vertraglicher* und *deliktischer* Schädigung ansetzen. Entsprechende Ansätze sind schon in der Judikatur des *Reichsgerichts* zu erkennen.

## B. Das Problem

### I. Die Regelung der §§ 249 ff. BGB

Im Gegensatz zu ausländischen Rechtsordnungen sieht das BGB grundsätzlich keine *Geldentschädigung* für Schäden vor, die nicht Vermögensschäden sind<sup>9</sup>. Die Abgrenzung zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden hat daher eine erhebliche praktische Bedeutung und ist gerade bei den hier behandelten Fallgruppen heftig umstritten.

Das BGB gibt keine Definition des Schadens, sondern setzt ein „natürliches“ Schadensverständnis voraus<sup>10</sup>. Es sind jedoch zwei mögliche *Formen* des Schadensersatzes zu erkennen: zum einen die Herstellung (Restitution) gem. § 249 BGB und zum anderen die Geldentschädigung (Kompensation) gem. § 251 BGB<sup>11</sup>. Der Herstellungsanspruch bringt das

---

außergewöhnlich hoch, so kann das Gericht die Ersatzpflicht insoweit einschränken, als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde.“

<sup>7</sup> Kritisch zu dieser Reduktionsklausel: *Esser*, SchR I, § 40 II 4; *Löwe*, VersR 1970, 289.

<sup>8</sup> Ob es diesen überhaupt geben kann, muß gründlich bezweifelt werden; so werden allein bei *Mertens* 13 verschiedene Autoren dargestellt. Vgl. auch *Zeuner*, AcP 163, 380 (384 ff.).

<sup>9</sup> Rechtsvergleichend *Stoll*, Gutachten zum 45. Dt. Juristentag, 75 ff.

<sup>10</sup> § 253 BGB lautet: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“

<sup>11</sup> *Mertens*, 21 ff.

<sup>12</sup> Einen guten Überblick über Restitution und Kompensation als Funktionen

Vermögen des Geschädigten auch seiner *Zusammensetzung* nach in den schadensfreien Zustand, während der Entschädigungsanspruch nur das *Wertinteresse* des Geschädigten wahr<sup>12</sup>.

Herstellung gem. § 249 BGB kann der Geschädigte sowohl bei Vermögens- als auch bei Nichtvermögensschäden verlangen<sup>13</sup>. Der Herstellungsanspruch wird also von § 253 BGB nicht berührt, während ein Entschädigungsanspruch bei Nichtvermögensschäden grundsätzlich ausgeschlossen ist. Wird ein Nichtvermögensschaden festgestellt, so heißt das, daß der Geschädigte nur dann einen Anspruch hat, wenn Herstellung **(noch) möglich ist**, ansonsten geht der Geschädigte leer aus. Die Abgrenzung, ob ein Vermögens- oder Nichtvermögensschaden vorliegt, wird daher oft — gerade bei den hier behandelten Fallgruppen — darüber entscheiden, ob der Geschädigte überhaupt einen Anspruch hat.

## II. Ansätze zur Ausweitung der Schadensersatzpflicht

Um die Konsequenzen dieser Regelung zu vermeiden, haben sich in Rechtsprechung und Literatur einige Ansätze herausgebildet, die im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß dem Geschädigten auch im Falle von Nichtvermögensschäden eine Entschädigung in Geld zugebilligt wird. Während in der Rechtsprechung der Kommerzialisierungsgedanke überwiegt, ist in der Literatur eine starke Tendenz zum Frustrierungsgedanken erkennbar. Jedoch ist auch festzustellen, daß sich diese dogmatischen Figuren annähern, und daß die Rechtsprechung dazu neigt, hilfsweise auf die übrigen<sup>14</sup> hier genannten Ansätze zurückzugreifen.

### 1. Der Kommerzialisierungsgedanke<sup>15</sup>

Danach haben Gebrauchs- und Genußmöglichkeiten, denen die *Verkehrsauffassung* einen wirtschaftlichen Wert beimißt und die im Verkehr gegen Geld erworben werden können, einen Vermögenswert. Bei Beeinträchtigung dieses „Vermögenswerts“ entsteht ein Entschädigungsanspruch aus § 251 BGB, dessen Höhe sich in der Regel an den Herstel-

---

des Schadensersatzes gibt *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 6 ff.; die Einordnung des § 250 BGB als Herstellungs- oder Entschädigungsanspruch ist streitig. Für Herstellungsanspruch: *Esser*, SchR I § 41 II 3c; *Frotz*, JZ 1963, 391; *Medicus*, Bürgerliches Recht, § 33 II 2; a. A. *Larenz*, SchR I § 28 II.

<sup>12</sup> *Medicus*, JuS 1969, 449 (450); *ders.*, Bürgerliches Recht, § 33 II 2; nach *Medicus* wird mit §§ 249, 250 BGB das „Integritätsinteresse“ ersetzt; ebenso *Esser*, SchR I § 41 I 4 und § 41 II 3b.

<sup>13</sup> *BGHZ* 20, 70; *Esser*, SchR I § 42 IV; *Larenz*, SchR I § 28 III; *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 8; *Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 5.

<sup>14</sup> Auch die Bedarfslehre oder der Funktionsschadensbegriff sind nur andere Formen der Kommerzialisierung immaterieller Schäden.

<sup>15</sup> Vgl. dazu unten III. Teil und IV. Teil, A.