

HARALD SCHOLZ

**Der objektive Wert als
Rechtsbegriff im Bürgerlichen Recht**

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 25



TENEA

Die Vorstellung, dass jeder Sache ein bestimmter fester Geldwert aus sich heraus zukomme, ist antiquiert. Gleichzeitig verweist das Bürgerliche Recht in zahlreichen Normen auf »den Wert« von Sachen und Gegenständen. Die vorliegende Arbeit behandelt die sich hieraus ergebende Rechtsfrage, wie der objektive Wert (Marktwert, Verkehrswert) in einer Gesellschaftsordnung mit hoch differenzierten Märkten ermittelt werden kann, wie also der relevante Teilmarkt zu bestimmen ist und wie man vom Einzelpreis zum Wert gelangt. Besondere Probleme stellen sich, wenn kein regulärer Markt für die zu bewertende Sache existiert, die gesetzlichen Normen aber eine Bewertung verlangen.

Die rechtlichen Vorfragen als Basis jeder Tatsachenerhebung über Preise und Werte werden mit zahlreichen Praxisbeispielen beleuchtet.

Harald Scholz studierte Rechtswissenschaft in Bonn, Heidelberg und Singapur und promovierte an der Universität Bielefeld. Er ist als Rechtsanwalt in Hamm/Westfalen tätig.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

HARALD SCHOLZ

Der objektive Wert als
Rechtsbegriff im Bürgerlichen Recht

TENEA



Harald Scholz:

Der objektive Wert als
Rechtsbegriff im Bürgerlichen Recht

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 25)

Zugleich Universität Bielefeld
Dissertation 2002

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-936582-74-2

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis.....	VI
Literaturverzeichnis.....	XI
Erster Teil: Einführung und Erarbeitung der Fragestellung	1
<i>§ 1 Einführung und Gang der Untersuchung.....</i>	<i>1</i>
<i>§ 2 Funktionen des Wertbegriffs im BGB</i>	<i>5</i>
I. Wertersatznormen.....	5
1. Herausgabe eines Gegenstandes.....	6
2. Ausgleich widerstreitender Interessen an einem Gegenstand	6
3. Verwendungsersatz	7
4. Nutzungsausgleich.....	8
5. Schadensersatz	9
II. Wert als Richtschnur bei der Bewertung der Wirksamkeit von Verträgen.....	10
1. Nichtigkeit wegen Preisüberhöhung.....	10
2. Anfechtbarkeit wegen fehlerhafter Vorstellung über den Wert	12
3. Durchführung einer Vertragsanpassung mittels Wertvergleich (Minderung)	14
III. Andere Funktionen.....	14
1. Leistungsbestimmung und -modifikation in Verträgen.....	15
2. Wert als Tatbestandsmerkmal	15
IV. Zusammenfassung	16
<i>§ 3 Objektiver Wert: Untersuchung der Begriffsbildung.....</i>	<i>17</i>
I. Begriffliche Unmöglichkeit eines objektiven Wertes?.....	17
II. Begriffliche Einordnung und Definitionen	18
1. Objektiver Wert - Gemeiner Wert - Verkehrswert.....	18
2. Definitionen, ihre Unterschiede und Gemeinsamkeiten	19

Zweiter Teil: Die Auswahl des relevanten Marktes	22
§ 4 Markt und Teilmarkt	22
I. Vollkommene und unvollkommene Märkte	22
II. Folgen für die Wertermittlung	23
III. Allgemeine Überlegungen zur Auswahl des relevanten Teilmarktes	24
§ 5 Marktstufen	27
I. Zeitwert und Wiederbeschaffungswert im Schadensrecht	27
1. Problemstellung	27
2. Einordnung als Problem der Wahl zwischen Marktstufen	28
3. Ersatz des Wiederbeschaffungswertes als Folge der Marktwahl	30
II. Marktwahl bei Marktstufen im allgemeinen	32
1. Schadensrecht	32
a. Grundfall	32
b. Stufendurchbrechung	33
aa. Werksrabatt	34
bb. Fabrikverkauf	35
2. Bereicherungsrecht	36
a. Berücksichtigung von Marktstufen	37
b. Wahl zwischen Marktstufen im Bereicherungsrecht	39
c. Exkurs: Marktstufe und Gewinnherausgabe in § 818 BGB	41
3. Fundrecht	42
4. Käufer- oder Verkäuferposition?	43
§ 6 Ort des Marktes	45
I. Schadensrecht	45
1. Grundsatz der Marktpräsenz	45
2. Ortswechsel	47
II. Bereicherungsrecht und Fundrecht	48
§ 7 Zeitpunkt der Wertermittlung	50
I. Schadensrecht	50
1. Maßgeblichkeit des Erfüllungszeitpunkts	51
2. Abweichende Auffassungen	52
a. Kein endgültiger Zeitpunkt der Wertermittlung	52
b. Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Schadenseintritts	53
3. Diskussion	54
II. Bereicherungsrecht	55
III. Fundrecht	56

IV. Ergebnis.....	59
§ 8 Vergleichbarkeit von Waren	60
I. Grundfragen	60
1. Unvertretbare Sachen	61
2. Abgrenzung zwischen Qualität der Ware und Umfeld der Ware	62
II. Ausgewählte Einzelfragen als Beispiele.....	64
1. Verlagszeugnisse.....	64
2. Reimporte aus der EU, insbesondere Kfz.....	66
a. Rechtliche Grundlagen.....	67
b. Einordnung als Frage der Marktwahl	68
c. Reimportierte Kfz als identische Ware?.....	68
aa. Äußere Unterschiede	69
bb. Rechtliche Unterschiede.....	69
cc. Faktische Nachteile	71
dd. Ergebnis	72
§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse und Marktwahl bei anderen Normen....	73
I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.....	73
II. Anwendung der gefundenen Marktwahlregeln auf andere Normen	75
1. Verwendungsersatz	75
2. Auseinandersetzung von Gesellschaften und Gemeinschaften.....	76
3. Ausgewählte weitere Wertersatznormen	77
Dritter Teil: Die Objektivität des Wertes.....	79
§ 10 Die Ermittlung objektiver Werte	79
I. Vom einzelnen Preis zum Wert	79
II. Durchschnittsbildung	81
§ 11 Vertragspreis und objektiver Wert	83
I. Grundverständnis.....	83
II. Individueller Wert.....	84
III. Übereinstimmung von Vertragspreis und Wert als Regel?.....	86
1. Meinungsstand	87
2. Unrichtigkeit der faktischen Gleichsetzung von Preis und Wert.....	88
IV. Der Vertragspreis als Obergrenze für den objektiven Wert?.....	90
V. Ergebnis.....	92

Vierter Teil: Besondere Marktsituationen 93

§ 12 Fehlen eines Marktes..... 93

I. Meinungsstand.....	94
1. Wertbestimmung nach der Verkehrsauffassung	94
2. Wertbestimmung unter strenger Marktbindung	95
II. Diskussion: Gründe für das Fehlen eines Marktes.....	95
1. Mangelnde Deckung von Angebot und Nachfrage	96
2. Mangelndes Angebot.....	97
3. Mangelnde Nachfrage.....	100
a. Eigenbauten und Unikate	100
b. Spezialmaschinen und andere Sonderanfertigungen	100
aa. Meinungsstand	101
bb. Vorüberlegungen	101
cc. Eigener Ansatz: Richtige Marktwahl und Loslösung vom engen Begriff des gemeinen Wertes.....	102
dd. Folgen für die Bewertung bei Affektionsinteressen	105
c. Zusammenfassung.....	106
4. Rechtliche Grenzen für ein Marktgeschehen.....	107
a. Vertragliche Grenzen	107
b. Gesetzliche Verbote.....	108
aa. Schatzfund	108
bb. Organspende und Organhandel.....	109
cc. Handel mit geschützten Tieren	109

§ 13 Besondere und irreguläre Märkte 111

I. Notmarkt.....	111
II. Kleinstmärkte	112
III. Markt bei Sachen mit negativem Wert	113
IV. Schwarzmarkt	115
1. Echter Schwarzmarkt	115
2. Unechter Schwarzmarkt (Grauer Markt).....	116
a. Rechtliche Anerkennung der Verträge auf dem grauen Markt.....	116
b. Folge für allgemeine Bewertungsfragen.....	117

Fünfter Teil: Einzelne Gegenstände in der Bewertung..... 120

§ 14 Rechtsfragen der Sachbewertung bei bestimmten Sachen..... 120

I. Grundstücke und der "wahre innere Wert"	120
1. Grundsätze.....	120
2. Wahrer innerer Wert als eigenständiger Wertbegriff?	121
a. Begriff und Anwendung in der Rechtsprechung.....	121

b. Unvereinbarkeit mit allgemeinen Grundsätzen der Bewertung	122
II. Kunstwerke: Bewertung und Urheberrecht	125
III. Lieferung von Strom, Gas und Wasser	127
§ 15 Bewertung sonstiger Gegenstände	130
I. Gesamtheiten	130
II. Andere Gegenstände als Sachen.....	131
1. Forderungen.....	131
2. Lebensversicherungen	132
3. Dienst- und Werkleistungen.....	133
a. Grundfragen	133
b. Wert von Schwarzarbeit	134
Sechster Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	136
I. Einleitung und Erarbeitung der Fragestellung	136
II. Die Auswahl des richtigen Teilmarktes bei verschiedenen Normen	137
III. Objektivität des Wertes	142
IV. Besondere Marktsituationen.....	144
V. Einzelne Gegenstände in der Bewertung	145

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AbIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kaskoversicherung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
a.M.	am Main
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden - Württemberg
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BayObLG in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
BewG	Bewertungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BinSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BW	Baden - Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
CMR	Konvention über den grenzüberschreitenden Gütertransport
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DenkmalSchG	Denkmalschutzgesetz
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift)
DM	Deutsche Mark
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	EG - Vertrag
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ErbbauRVO	Erbbaurechtsverordnung
EVO	Eisenbahnverkehrsordnung
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift

Fußn.	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HausratsVO	Hausratsverordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KfZ	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
km	Kilometer
KostO	Kostenordnung
LandesenteignungsG	Landesenteignungsgesetz
LG	Landgericht
li.Sp.	linke Spalte
LKW	Lastkraftwagen
LM	Lindenmaier - Möhring
LZ	Leipziger Zeitung (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
MietR	Mietrecht
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MünchKomm	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

NJW - RR	Rechtsprechungsreport der NJW (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ - RR	Rechtsprechungsreport der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (Zeitschrift)
o.a.	oben angegeben
o.ä.	oder ähnliches
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
ÖstJBl	Österreichische Juristenblätter (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
re.Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte - Kommentar
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
r+s	recht + schaden (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
s.	siehe
SchwArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r/s)
Sp.	Spalte
st.	ständige
TransportR	Transportrecht (Zeitschrift)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
v.	vom
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Volkswagen
WarnR	Warneyers Rechtsprechung (Zeitschrift)
WertVO	Wertermittlungsverordnung
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WoVermG	Wohnungsvermittlungsgesetz
WRP	Wettbewerbsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozeßordnung

Literaturverzeichnis

Baumgärtel, Gottfried: Die Bedeutung der sogenannten „tatsächlichen“ Vermutung im Zivilprozeß, Festschrift für Schwab 1990, S. 43 ff.

Bellinger, Bernhard / *Vahl*, Günter: Unternehmensbewertung in Theorie und Praxis, 2. Auflage, Wiesbaden 1992

Bender, Wolfgang: Der Zeitpunkt der Schadensberechnung, Diss. Köln 1973

Bruck, Ernst / *Möller*, Hans / *Johannsen*, Ralf: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechts, 8. Auflage, Berlin / New York 1994

Butzer, Hermann: Die Ermittlung des Ersatzwertes für Unikate im Frachtrecht - zugleich ein Beitrag zum Begriff des „gemeinen Wertes“, *VersR* 1991, S. 854 ff.

Bydlinski, Franz: Die Stellung der *laesio enormis* im Vertragsrecht, *ÖstJBl* 1983, S. 410 ff.

Cosack, Konrad / *Mitteis*, Heinrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 8. Auflage Jena 1927

Creutzig, Jürgen: Fabrikneue Kraftfahrzeuge vom „grauen Markt“: ein Widerspruch?, *BB* 1987, S. 283 ff.

Creutzig, Jürgen: Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen im Kfz-Bereich, *EuZW* 1995, S. 723 ff.

de la Motte, Harald: CMR: Schaden - Entschädigung - Versicherung, *VersR* 1988, S. 317 ff.

Diederichsen, Uwe: Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur ungerechtfertigten Bereicherung, *Juristische Analysen* 1970, S. 378 ff.

Ehlke, Michael: Zum bereicherungsrechtlichen Wertersatz (§ 818 II BGB), *WM* 1979, S. 1022 ff.

Enneccerus, Ludwig / *Lehmann*, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958

Enneccerus, Ludwig / *Nipperdey*, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 9. Auflage, Münster 1993, zit.: Erman - (Bearbeiter)

Esser, Josef: Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 4. Auflage Heidelberg 1971

- Esser, Josef / Schmidt, Eike*: Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1995, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg 1993
- Esser, Josef / Weyers, Hans Leo*: Schuldrecht, Band 2, 6. Auflage, Heidelberg 1984
- Finger, Peter*: Urheberrecht und Zugewinnausgleich, GRUR 1989, S. 881 ff.
- Furtner, Georg*: Zur Frage der Bemessung der Höhe des nach § 818 II, III BGB zu leistenden Wertersatzes, MDR 1961, S. 649 ff.
- Gabler Wirtschaftslexikon*, 14. Auflage, Wiesbaden 1997
- Gierschmann, Theodor*: Die Inhaltsbestimmung des Zeitwerts gem. § 13 Abs. 1 AKB, VersR 1981, S. 1010 ff.
- Giesen, Dieter*: Kraftfahrzeug - Totalschaden und Haftpflichtrecht, NJW 1979, S. 2065 ff.
- Goetzke, Heinrich*: Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht - zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatischen Denkens im heutigen Zivilrecht, AcP 173 (1973), S. 289 ff.
- Gottwald, Peter*: Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979
- Großfeld, Bernhard*: Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht - zur Barabfindung ausscheidender Gesellschafter, 3. Auflage, Köln 1994
- Grunsky, Wolfgang*: Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, Bad Homburg u.a. 1968
- Hackmann, Annette*: Unternehmensbewertung und Rechtsprechung, Wiesbaden 1987
- Hagen, Horst*: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik: ein Beitrag zur Koordinierung von Rechtsfortbildungen, Frankfurt a. Main 1971 (zugleich Habil.schr. Kiel 1969 / 70)
- Heuer, Carl - Heinz*: Die Bewertung von Kunstgegenständen, DStR 1995, S. 438 ff.
- Heymann*: Handelsgesetzbuch, Band 4, 4. Buch (§§ 343 - 460; Anhang), 1989
- Heymann / Kötter*: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin - New York 1971
- Hofmann, Edgar*: Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 23.2.1979 (VersR 1979, 613), VersR 1980, S. 59 ff.
- Hohloch, Gerhard*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.7.1984 (BGHZ 92, 85), JR 1985, S. 195 ff.
- Honsell, Heinrich / Harrer, Friedrich*: Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, S. 441 ff.

- Hübner*, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin / New York 1996
- Immenga*, Ulrich / *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, 2.Auflage, München 1992
- Jakobs*, Horst Heinrich: Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964 (zugleich Diss. Bonn 1963)
- Jauernig*, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 1997
zit.: Jauernig - (Bearbeiter)
- Jordan*, Michael: Die Abwicklung des Kraftfahrzeug - Totalschadens, VersR 1978, S. 688 ff.
- Keuk*, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Klingelhöffer*, Hans: Pflichtteilsrecht, München 1996
- Köhler*, Helmut: Schwarzarbeiterverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz, JZ 1990, S. 446 ff.
- Köhler*, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 24. Auflage, München 1998
- Koller*, Ingo: Transportrecht: Kommentar zu Spedition und Straßentransport, München 1990
- Köndgen*, Johannes: Ökonomische Aspekte des Schadensproblems, AcP 177 (1977), S. 1 ff.
- Koppensteiner*, Hans - Georg / *Kramer*, Ernst A.: Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage, Berlin u.a. 1988
- Koppensteiner*, Hans - Georg: Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, S. 588 ff, S. 1769 ff.
- Koziol*, Helmut: Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988) S. 183 ff.
- Krusch*, Walter: Grundzüge eines neuen Fundrechtes, AcP 148 (1943), S. 282 ff.
- Lange*, Hermann: Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts, Band 1, 2. Auflage Tübingen 1990
- Larenz*, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Auflage, München 1986

- Larenz, Karl*: Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, *VersR* 1963, S. 312 ff.
- Larenz, Karl*: Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, *VersR* 1963, S. 1 ff.
- Larenz, Karl / Canaris, C.-W.*: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997
- Lenz, Jürgen*: Illegaler Tierhandel: eine strafrechtliche, kriminologische und kriminalistische Studie über den Erwerb, Besitz und Handel von besonders geschützten Tieren unter Berücksichtigung der Verstöße gegen § 30a Bundesnaturschutzgesetz, Diss. Frankfurt a. M. 1990
- Maier, Joachim*: Der Verkauf von Körperorganen: Zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen, Diss. Heidelberg 1990
- Makower, Hermann*: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1907
- Mayer, Jörg*: Die Veräußerung kommunaler Vermögensgegenstände unter Wert, *BayVBl.* 1994, S. 65 ff.
- Medicus, Dieter*: Bürgerliches Recht: eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 18. Auflage, Köln 1999
- Medicus, Dieter*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.7.1984 (BGHZ 92, S. 85ff.), *JZ* 1985, S. 42 ff.
- Meincke, Jens Peter*: Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, Frankfurt a. Main 1973
- Mertens, Hans - Joachim*: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart u.a. 1967
- Metzger, Ernst*: Nichtigkeit und Wirksamkeit von Geschäften der Schattenwirtschaft, Köln u.a. 1996 (zugleich: Diss. Erlangen / Nürnberg 1996)
- Meyer, Friedrich - Wilhelm*: Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich bei freiberuflicher Praxis, Berlin 1996 (zugleich: Diss. Münster 1995)
- Mugdan, Benno*: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Neudruck, Berlin 1979
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,
 Band 1: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1993,
 Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1994,
 Band 3: Schuldrecht - Besonderer Teil, 1. Halbband, 3. Auflage, München 1995,
 Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil, 3. Halbband, 3. Auflage, München 1997,
 Band 6: Sachenrecht - 3. Auflage, München 1997,

Band 7: Familienrecht - 1. Halbband, 3. Auflage, München 1993
zit.: MünchKomm - (Bearbeiter)

Neuner, Robert: Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 277 ff.

Niebling, Jürgen: Der Schutz selektiver Vertriebssysteme gegen Außenseiter am Beispiel der Automobilindustrie, RIW 1995, S. 881 ff.

Nirk, Rudolf: Die Bewertung von Aktien bei Pflichtteilsansprüchen, NJW 1962, S. 2185 ff.

Oertmann, Paul: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906

Ott, Alfred E. : Einführung in die Preistheorie, 3. Auflage 1984

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999,
zit.: Palandt - (Bearbeiter)

Peters, Frank: Praktische Probleme der Minderung bei Kauf und Werkvertrag,
BB 1983, S. 1951 ff.

Piltz, Jürgen / *Wissmann*, Eike: Unternehmensbewertung beim Zugewinnausgleich nach
Scheidung, NJW 1985, S. 2673 ff.

Piltz, Detlev Jürgen: Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 2. Auflage,
Düsseldorf 1989

Pinger, Winfried: Wertersatz im Bereicherungsrecht, MDR 1972, S. 101 ff.

Planck, Gottfried: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz, 3. Band: Sachenrecht, 1. Hälfte (§§ 854 - 1112), 5. Auflage,
Berlin 1933

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen
Gesetzbuches, Band III, Sachenrecht, Berlin 1899

Pritting, Hanns: Gegenwartsprobleme der Beweislast, Tübingen 1983

Rauscher, Thomas: Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall?,
NJW 1986, S. 2011 ff.

Reinking, Kurt / *Eggert*, Christoph: Der Autokauf: Rechtsfragen beim Kauf neuer und
gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 6. Auflage Düsseldorf 1996

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts und
des Bundesgerichtshofs, Berlin / New York
Band I (§§ 1 - 240), 12. Auflage 1982,
Band II, 2. Teil (§§ 414 - 610), 12. Auflage 1978,
Band II, 5. Teil (§§ 812 - 831), 12. Auflage 1989,
Band III, 1. Teil (§§ 854 - 1011), 12. Auflage 1979
zit.: RGRK - (Bearbeiter)

- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl - Heinz / Gottwald, Peter*: Zivilprozeßrecht, 15. Auflage, München 1993
- Ross, Franz Wilhelm / Brachmann, Rolf / Holzner, Peter*: Ermittlung des Bauwertes von Gebäuden und des Verkehrswertes von Grundstücken, 27. Auflage, Hannover 1993
- Rössler, Rudolf / Langner, Johannes / Simon, Jürgen*: Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten - eine umfassende Darstellung der Rechtsgrundlagen und praktischen Möglichkeiten einer zeitgemäßen Verkehrswertermittlung, 5. Auflage, Neuwied 1986
- Schaub, Günter*: Arbeitsrechtshandbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagwerk für die Praxis, 8. Auflage, München 1996
- Schlegelberger*: Handelsgesetzbuch, Band VI (§§ 383-460), 5. Auflage, München 1977
- Schmidt, Eike*: Das zerstörte Unikat - BGHZ 92, 85 - , JuS 1986, S. 517 ff.
- Schultz, Michael*: Schadensfortentwicklung und Prozeßrecht, AcP 191 (1991), S. 433 ff.
- Selbach, Peter*: Der Ersatz des individuellen Wertes, Diss. Heidelberg 1973
- Soergel, Hans Theodor*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart u.a.,
 Band 1: Allgemeiner Teil, 12. Auflage 1988,
 Band 2: Schuldrecht I, 12. Auflage 1990,
 Band 3: Schuldrecht II, 12. Auflage 1991,
 Band 4: Schuldrecht III, 11. Auflage 1985,
 Band 7: Familienrecht I, 12. Auflage 1989
 zit.: Soergel - (Bearbeiter)
- Staudinger, J. von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin
- Vorauslagen:
 1. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage 1957,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 243 - 254), 12. Auflage 1983
- Aktuelle Auflagen:
 Erstes Buch: Allgemeiner Teil (§§ 134 - 163), 13. Bearbeitung 1996,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 244 - 248), 13. Bearbeitung 1997,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 249 - 254), 13. Bearbeitung 1998,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 255 - 292), 13. Bearbeitung 1995,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433 - 534), 13. Bearbeitung 1995,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 535 - 563), 13. Bearbeitung 1995,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 652 - 704), 13. Bearbeitung 1995,
 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 812 - 822), 13. Bearbeitung 1994,
 Drittes Buch: Sachenrecht (§§ 925 - 984), 13. Bearbeitung 1995,
 Viertes Buch: Familienrecht (§§ 1363 - 1563), 13. Bearbeitung 1994
 zit.: Staudinger - (Bearbeiter)

Stein / Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3 (§§ 253 - 299a), 21. Auflage, Tübingen 1997

Steindorff, Ernst: Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/60), S. 431 ff.

Tiedtke, Klaus: Die gegenseitigen Ansprüche des Schwarzarbeiters und seines Auftraggebers, DB 1990, S. 2307 ff.

Toussaint, Guido: Naturalherstellung und Geldentschädigung, Diss. Berlin 1992

von Maydell, Bernd: Geldschuld und Geldwert - Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden, München 1974

Wieling, Hans Josef: Sachenrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1997

Wilburg, Walter: Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), S. 346 ff.

Wolf, Ernst: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, Köln 1978

Wolf, Ernst: Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, Festschrift Schiedermaier, München 1976, S. 545 ff.

Wolf, Ernst: Die Unhaltbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadensersatz bei Totalschäden an Kraftfahrzeugen, 1984

Zeuner, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963), S. 380 ff.

Zimmermann, Peter / *Heller*, Robert E.: Grundstücksbewertung: Prüfung von Verkehrswertgutachten in der gerichtlichen und außergerichtlichen Praxis, Bonn 1996

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, 21. Auflage, Köln 1999

Erster Teil: Einführung und Erarbeitung der Fragestellung

§ 1 Einführung und Gang der Untersuchung

Der Begriff des Wertes findet sich in zahlreichen Normen des BGB. Er findet sich dann, wenn - aus verschiedenen Gründen - ein Gegenstand nicht als solcher Anknüpfungspunkt für Rechte und Pflichten zwischen Parteien sein soll, sondern in Frage steht, welche Menge anderer Güter wirtschaftlich dem Gegenstand entspricht. Diese Entsprechung wird üblicherweise in dem allgemeinen Wertmesser Geld ausgedrückt.

Wenn einer Rechtsnorm gemäß Gegenstände bewertet werden sollen, stellt sich der Jurist zunächst vielfach die Frage, ob ein "objektiver" oder ein "subjektiver" Wert gemeint ist, beispielsweise beim Wertersatz im Bereicherungsrecht nach § 818 Abs. 2 BGB. Ist diese Frage erst einmal geklärt, scheint der Rest, die eigentliche Wertermittlung, keine primär juristische Arbeit zu sein, sondern eine Sache der Tatsachenfeststellung, bei der nötigenfalls ein Sachverständiger hilft. Vielfach ist auch die Auffassung verbreitet, eine Sache habe einen bestimmten Wert, der ihr sozusagen wie ein Etikett anhafte.¹

So überrascht es nicht, daß Grundfragen der Bewertung im BGB wenig diskutiert worden sind.² Solche Bewertungsfragen rücken aber immer wieder einmal anhand einzelner Problemfälle in den Blickpunkt, sei es in der Rechtsprechung, sei es in der sonstigen Praxis des Juristen. Nicht immer sind diese Fragen als Bewertungsfragen unmittelbar zu erkennen, sie gehören aber in den hier gezogenen Kreis. Einige Beispielfälle seien genannt, die alle noch im Verlauf der Untersuchung zu behandeln sein werden:

1. Ein Bastler baut in jahrelanger Arbeit ein originalgetreues, schwimmfähiges Modell einer Bundeswehrfregatte mit elektrischer Steuerung, das es so nicht zu kaufen gibt. Ein Besucher zerstört es versehentlich. Welcher Betrag ist, wenn überhaupt, als Schadensersatz zu leisten? (Modellbootfall nach BGHZ 92, 85 ff.)

¹ So auch *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 150.

² Allgemeine Grundlegung unter dem besonderen Aspekt der Nachlaßbewertung bei *Meincke*, Nachlaßbewertung, passim.

2. Bei Zerstörung gebrauchter Sachen wird im Schadensrecht der sogenannte Wiederbeschaffungswert ersetzt. Stimmt das auch im Bereicherungsrecht?
3. Kann bei Schadens- oder Wertersatz für ein aus der EU reimportiertes Fahrzeug der inländische Listenpreis angesetzt werden?
4. Wie sind Sachen zu bewerten, deren Besitz legal, deren Handel aber verboten ist?
5. Kann bei Ersatz für eine Fußballkarte auch der "Schwarzmarktwert" maßgeblich sein?
6. Besteht eine Vermutung dafür, daß eine Sache den gezahlten Preis wert ist?

Die vorliegende Untersuchung hat das Ziel, die Rechtsfragen herauszuarbeiten und zu diskutieren, die gedanklich nach der Entscheidung liegen, daß ein "objektiver Wert" oder "Verkehrswert" zu ermitteln ist, aber vor der bloßen Tatsachenfeststellung zur Wertermittlung.

Denn der zweite Schritt kann z.B. durch einen Sachverständigen geleistet werden. Jedoch kann ein Sachverständiger nicht den Wert einer Sache selbst, sondern nur auf einem gegebenen Markt verlangte oder gezahlte Preise ermitteln. Der Jurist muß klären, wo - auf welchem Markt - diese Ermittlungen stattzufinden haben; und wie aus den ermittelten Preisen der gewünschte "objektive Wert" zu bestimmen ist.

Die Untersuchung soll *normübergreifend* sein, sie soll die *rechtlichen Grundfragen* offenlegen, sie soll vorrangig die *Sachbewertung* behandeln. Der normübergreifende Ansatz meint: Bewertungsprobleme tauchen praktisch sehr häufig im Zusammenhang mit Schadensersatz auf. Im Schadensrecht dominieren aber spezielle schadensrechtliche Begrifflichkeiten. Wertprobleme lassen sich notfalls über die Figuren des entgangenen Gewinns oder des Mitverschuldens lösen. Dadurch wird manchmal verdeckt, daß es im Kern um eine Frage des Sachwerts geht. Dieselbe Frage ließe sich im Bereicherungsrecht oder etwa beim Zugewinnausgleich mit diesen Strukturen nicht lösen. Soweit möglich soll daher versucht werden, ein Bewertungsproblem aus dem Blickwinkel unterschiedlicher Normen zu betrachten.

Die Betonung der rechtlichen Grundfragen meint: Die Untersuchung soll nicht technischen Einzelfragen der Bewertung bestimmter Sachen, Gegenstände oder Sachinbegriffe dienen, sondern allgemeine Linien verfolgen. Über die Unternehmensbewertung im Bilanzrecht, Steuer-

recht und auch beim Unternehmenskauf gibt es z.B. mannigfache Literatur.³ Es gibt auch detaillierte Bewertungsnormen, beispielsweise das Bewertungsgesetz im Steuerrecht oder die Wertermittlungsverordnung für Grundstücke.⁴ Diese sollen gleichfalls nicht Gegenstand der Arbeit sein, obschon auch dort bei der eigentlichen Bewertung natürlich Rechtsfragen auftauchen. Die Untersuchung konzentriert sich aber auf die Vorfragen der Bewertung, die Auswahl des richtigen Marktes und die Herstellung von "Objektivität".

Dabei geht es vor allem um Sachbewertung, weil hier die größten Schwierigkeiten bei der Marktauswahl liegen. Einzelfragen der Sachbewertung werden dort behandelt, wo rechtliche Besonderheiten bei der Bewertung bestehen oder die Ermittlung des Werts rechtlich zweifelhaft ist. Fragen nach der Bewertung anderer Gegenstände sind zur Abrundung exemplarisch mitbehandelt. Auch sonst wird gelegentlich auf Beispiele zurückgegriffen, die nicht Sachen betreffen, sondern Leistungen oder andere Gegenstände.

Zunächst soll im *Ersten Teil* ein Überblick über die Funktionen des Begriffs "Wert" in Normen des BGB gegeben werden (§ 2). Danach sind die häufig gebrauchten Begriffe "objektiver Wert", "gemeiner Wert" und "Verkehrswert" auf ihren Gehalt zu untersuchen, also darauf, wie in Anwendung dieser Begriffe der Wert von Gegenständen zu ermitteln ist (§ 3). Es wird sich erweisen, daß diese Begriffe einmal auf den außerjuristischen Bereich des Marktes verweisen, zum anderen eine objektive, vom einzelnen losgelöste Bewertung erstreben.

Im *Zweiten Teil* wird dann der Aspekt des Marktes im einzelnen behandelt. Da es "den" Markt nicht gibt, sondern geographisch, zeitlich und funktional verschiedene Teilmärkte, muß zwischen diesen eine Auswahl getroffen werden, bevor eine Tatsachenfeststellung beginnen kann. Diese Frage der Auswahl des relevanten Marktes in seinen einzelnen Aspekten wird in diesem Kapitel behandelt. Es wird sich herausstellen, daß die Marktwahl nicht stets gleich vorgenommen werden kann, sondern abhängig ist von Sinn und Zweck der jeweiligen Norm, die Wert-

³ Aus neuerer Zeit etwa *Bellinger/Vahl*, Unternehmensbewertung in Theorie und Praxis, 2.Aufl. Wiesbaden 1992; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Köln 1994; *Hackmann*, Unternehmensbewertung und Rechtsprechung, Wiesbaden 1987; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 2. Aufl. Düsseldorf 1989; speziell zum Zugewinnausgleich *Meyer*, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich bei freiberuflicher Praxis, Berlin 1996.

⁴ Auch hierzu ist Literatur nicht knapp, vgl. etwa *Zimmermann/Heller*, Grundstücksbewertung, Bonn 1996; *Ross/Brachmann/Holzner*, Ermittlung des Bauwertes von Gebäuden und des Verkehrswertes von Grundstücken, 27.Aufl. Hannover 1993.

ermittlung vorschreibt. Das wird anhand des Schadens-, Bereicherungs- und Fundrechts entwickelt und sodann auf andere Normzusammenhänge übertragen.

Im *Dritten Teil* geht es um die Frage, wie der "objektive" Charakter einer Wertermittlung herzustellen ist. Daneben sind unterschiedliche Ansätze zu bewerten, die bei Verträgen zwischen den Parteien, mögen diese Verträge auch nichtig sein, der getroffenen Preisabrede Vorrang vor dem objektiven Wert einräumen wollen.

Sind so die Grundlagen der Wertermittlung geklärt, werden im *Vierten Teil* Schwierigkeiten behandelt, die sich für die Bewertung beim Fehlen eines Marktes ergeben - mit der Kernfrage, ob dadurch die Wertlosigkeit vorgezeichnet ist. Auch weitere Sonderformen des Marktes, wie Notmarkt, Nischenmarkt sowie (echter und unechter) Schwarzmarkt, werden untersucht.

Im *Fünften Teil* geht es um Rechtsfragen bei der Bewertung einzelner Sachen und anderer Gegenstände. Die Einzelfragen machen deutlich, daß sich die Rechtsprechung bei der Bewertung oft schwertut. Der abschließende *Sechste Teil* faßt die Ergebnisse dann zusammen.

§ 2 Funktionen des Wertbegriffs im BGB

Der Wert von Sachen, sonstigen Gegenständen oder Sachgesamtheiten kommt in zahlreichen Vorschriften des BGB vor. Bevor im einzelnen eine Analyse solcher Begriffe wie "objektiver Wert" oder "Marktwert" vorgenommen wird, erscheint es hilfreich, sich einen Überblick zu verschaffen, in welchen Normzusammenhängen der Begriff Wert eine Rolle spielt. Hier genügt nicht eine Liste der Vorschriften, die mit dem Begriff des Wertes operieren, sondern sinnvoll ist eine Aufgliederung nach den Hauptfunktionen.¹

Eine Durchsicht ergibt, daß der Begriff des Wertes immer wieder in bestimmten funktionalen Zusammenhängen auftaucht. Die erste große Gruppe ist die des *Wertersatzes* im weitesten Sinn; hier wird an die Stelle realer Gegenstände deren Wert gesetzt. Die zweite Gruppe betrifft solche Normen, in denen der objektive Wert eine Richtschnur bei der Beurteilung der *Wirksamkeit eines Vertrages* hergibt, wobei als Rechtsfolge neben Nichtigkeit auch Umgestaltung des Vertrages in Betracht kommt. Neben diesen beiden deutlichen Funktionen bleibt ein Rest, der sich einer plakativen Überschrift entzieht (*sonstige Funktionen*).

I. Wertersatznormen

Die offensichtlichste Funktion des Wertbegriffs folgt aus Normen, die Wertersatz anordnen. Damit ein Wert in Geld ersetzt werden kann, muß man ihn ermitteln. Der Begriff Wertersatz wird hier in einer weiten Bedeutung verwendet; es geht um Wertersatz immer dann, wenn in einer Norm für eine Sache, eine Sachgesamtheit oder einen anderen Rechtsgegenstand der Geldwert eingesetzt wird, und dieser Geldwert oder ein Teil davon anstelle des Gemeinten geleistet werden soll. Diese Ersatzanordnung kann verschiedene Gründe haben.

¹ Vollständigkeit ist nicht angestrebt; eine komplettere Zusammenstellung findet sich, anders geordnet, bei *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 12 ff.

1. Herausgabe eines Gegenstandes

Wertersatz wird im BGB zunächst dort angeordnet, wo an sich ein Gegenstand herausgegeben werden müßte, der Schuldner dazu aber nicht imstande ist. Der typische Fall findet sich im Bereicherungsrecht: dort hat der Schuldner das Erlangte an den Leistenden bzw. an den Berechtigten herauszugeben. Ist er dazu nicht in der Lage - die Sache ist zerstört, weiterveräußert oder verbraucht, die Forderung erloschen - hat er den Wert des Erlangten zu ersetzen (§ 818 Abs. 2 BGB). Diese Ersatznorm kann, entsprechend der weitgefächerten Anspruchsnormen im Bereicherungsrecht, auf vertragliche oder außervertragliche Sachverhalte Anwendung finden. Ganz ähnlich funktionieren andere Rückabwicklungsnormen im Vertragsrecht. Bei Wandlung oder Rücktritt sind die jeweiligen Leistungen zurückzugewähren, widrigenfalls tritt der Geldwert an die Stelle des Gegenstandes, vergleiche §§ 467, 346 ff. BGB.

2. Ausgleich widerstreitender Interessen an einem Gegenstand

Neben diese erste Funktion tritt die Lösung von Interessenkonflikten. Zwei Parteien haben bezüglich eines Gegenstandes im Grundsatz ein berechtigtes Interesse. Entscheidet sich das Gesetz, den Gegenstand selbst einer Seite allein zuzusprechen, werden die Interessen der anderen Seite oftmals in Geld abgefunden, wobei die Höhe der Abfindung wiederum billigerweise am Wert oder ausgehend vom Wert der Sache oder Sachgesamtheit zu bemessen ist.

Ein typischer Fall ist der sogenannte Finderlohn. Der Konflikt zwischen Finder und Eigentümer wird dinglich zugunsten des Eigentümers gelöst, doch erhält der Finder einen Teil des Sachwertes als Kompensation (§ 971 BGB). - Ähnlich stellt sich die Lage beim ehelichen Zugewinnausgleich im gesetzlichen Güterstand dar. Der berechtigte Ehegatte kann aus dem Vermögen des anderen Ehegatten zwar keine bestimmten Gegenstände fordern², doch werden die Vermögen beider Ehegatten bewertet und verglichen; es entsteht dann ein Wertausgleichsanspruch in Höhe der Differenz (§§ 1372 ff. BGB) unter dem Gedanken, daß der während der Ehe erzielte Vermögenszugewinn der Ehepartner typischerweise auf gemeinsamer Leistung

² Jedenfalls außerhalb der Vorschriften der HausratsVO, vgl. dort § 3 ff. für die Wohnung, § 8 ff. für Hausrat.

und Arbeitsteilung basiert. - Im Erbrecht fand sich das Prinzip des Wertausgleichs für "aberkannte" Rechte in der Stellung des nichtehelichen Kindes.³ Der Interessenkonflikt, dem nichtehelichen Kind einerseits die Erbschaft als Vermögen erhalten zu wollen, andererseits aber den "Familienfrieden" zu wahren, führte zu der gesetzlichen Lösung, dem nichtehelichen Kind neben nahen Verwandten des Erblassers nur einen Erbersatzanspruch als Wertersatz zuzubilligen. Der Wert des Nachlasses war dabei zu ermitteln (früherer § 1934a BGB). Eine konstruktiv ähnliche Lösung bietet weiterhin das Pflichtteilsrecht, mit dem das Interesse bestimmter gesetzlicher Erben an der Erbschaft über einen Ausgleichsanspruch, der sich am Wert des Nachlasses bemißt, teilweise kompensiert wird. - Das Prinzip findet sich ferner auch im Gesellschaftsrecht. Scheidet ein Gesellschafter beispielsweise aus einer BGB-Gesellschaft aus, so hat er ein Interesse an seinem Anteil an der Gesellschaft. Soll diese jedoch nach dem Vertrag unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen, überwiegt deren Interesse daran, daß nicht Teile des Inventars, ggf. Betriebsteile, Grundstücke mitgenommen werden. Soweit es sich um ständiges Gesellschaftskapital handelt, muß sich der ausscheidende Gesellschafter daher mit einem Wertanteil begnügen. Dieser berechnet sich gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich nach dem Auseinandersetzungswert der Gesellschaft, wofür der Wert des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln ist (§ 738 Abs. 2 BGB).⁴

3. Verwendungsersatz

Ähnlichen Grundgedanken folgt die Ausgestaltung der verschiedenen Regeln über Verwendungsersatz, bei denen der Wert eine entscheidende Rolle spielt. Die Sache steht der einen Partei zu, die andere Seite hat Verwendungen getätigt, die ihr ein Interesse an der Sache verleihen. Auch hier heißt die Konfliktlösung, der einen Seite die Sache selbst zuzubilligen, der anderen Seite einen Anspruch auf Wertersatz hinsichtlich der getätigten Verwendungen. Je nach Art der Verwendung ist der Anspruch oft noch abgestuft; etwa in den §§ 994, 996 BGB, wonach der gutgläubige Besitzer Ersatz für notwendige und nachhaltig werterhöhende Verwendungen beanspruchen kann, der bösgläubige nur noch die notwendigen Verwendungen

³ Nunmehr geändert durch das Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder v. 16.12.1997, BGBl. I, S.2968.

⁴ Das ist der wirkliche Wert eines Unternehmens, nicht der Bilanzwert, BGHZ 17, 131 (136).

nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Eine Wertermittlung bzw. Ermittlung der noch vorhandenen Wertsteigerung ist bei den nützlichen Verwendungen nötig.

Auch im vertraglichen Bereich spielt Verwendungsersatz eine Rolle. Wo von vornherein vereinbart ist, daß eine überlassene Sache zurückzugeben ist, müssen doch die Folgen einer Wertsteigerung durch Verwendungen des Nutzers geregelt werden. Im Pachtvertrag findet sich eine Regelung in § 582a BGB; ist die Übernahme und spätere Rückgabe des Inventars jeweils zum Schätzwert vereinbart, muß der Pächter das Inventar "auf dem laufenden" halten, erhält aber auch eine vorhandene Wertsteigerung bei Pachtende vergütet. Die jeweiligen Werte sind dafür zu ermitteln. Ähnlich bei der Landpacht: Wertverbessernde Verwendungen sind gemäß § 591 BGB dem Pächter bei Rückgabe zu ersetzen. Die Frage der Wertsteigerung ist durch Wertermittlung zu klären. Eine weitere besondere Regel enthält § 596a BGB; die Früchte "auf dem Halm" sind bereits Ergebnis der Aufwendungen an Material und Arbeitskraft des Pächters. Endet der Pachtvertrag zwischen Saat und Ernte, ist der zukünftige Wert der Früchte oder - falls für eine Wertermittlung zu früh - der Wert der Aufwendungen zu ersetzen. - § 27 ErbbauRVO bestimmt, daß bei Heimfall des Grundstücks der Wert der aufstehenden Baulichkeiten, falls vom Erbbau-Berechtigten errichtet, zu ersetzen ist.

4. Nutzungsausgleich

Neben der Rückgabe einer Sache kann manchmal auch ein Ausgleich für Nutzungen verlangt werden. Ähnlich wie bei Unmöglichkeit der Rückgewähr einer Sache selbst ist für die gezogenen Nutzungen - die immateriell und daher nie als solche herausgabefähig sind - der Wert zu ersetzen. Regelungen finden sich verteilt im BGB, am bedeutsamsten in § 987 BGB für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, in §§ 346, 347 BGB für den Rücktritt vom Vertrag.

5. Schadensersatz

Die §§ 249 ff. BGB sind nicht in erster Linie Wertersatznormen. Dennoch dient Schadensersatz (auch) dem Ausgleich erlittener Vermögenseinbußen. Dieser Ausgleich wird rechtstechnisch vorrangig durch Naturalrestitution, in zweiter Linie durch Ersatz in Geld erreicht.

Der objektive Wert von Gegenständen spielt bei Geldersatz (§ 251 BGB) eine gewichtige Rolle. Auch in diesem Bereich ist zwar grundsätzlich auf den individuellen vom Geschädigten erlittenen Schaden abzustellen. Im Rahmen der §§ 249 S. 2, 251 BGB⁵ werden der subjektiv erlittene Schaden und der objektive Wert oder Marktwert der zerstörten Sache jedoch zumeist deckungsgleich sein.⁶ Wer für eine stets am Markt erhältliche Sache Schadensersatz in Geld zu verlangen hat, wird kaum dartun können, er sei in Ansehung der Sache selbst um einen größeren Betrag geschädigt, als die Neubeschaffung erfordert. Vielmehr ist der Wiederbeschaffungswert zu ersetzen.⁷ In diesen Alltagsfällen hat die Frage der Wertermittlung auch ihre größte praktische Bedeutung.

In einigen Normen - allerdings außerhalb des BGB - ist Schadensersatz bereits lediglich mit der Maßgabe geschuldet, daß dieser sich nach dem "gemeinen (Handels-)Wert" berechnen soll. Beispiele finden sich einerseits im Transportrecht, wie etwa in den Regelungen des Frachtvertrags (§ 430 HGB a.F., etwas anders jetzt § 429 HGB), der Seefracht (§ 658 f. HGB) oder im Eisenbahn- und Binnenschifferwesen (§§ 85 Abs. 1 EVO, 26 BinSchG). Derartige Beschränkungen finden sich daneben in Spezialvorschriften (z.B. §§ 31 Abs. 3 AtomG, 117 Nr. 2 BBergG) des öffentlichen Rechts.

Unabhängig davon spielt der objektive Wert im Schadensrecht noch für diejenigen Autoren eine gewisse Rolle, die von einem stets zu ersetzenden Mindestschaden in Höhe eben des

⁵ Bei neuen Sachen kommt Geldersatz zur Naturalrestitution in Betracht (§ 249 S.2 BGB), bei gebrauchten Wertersatz nach § 251 BGB, vgl. *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 12; anders für Ersatzkauf eines Gebrauchtfahrzeugs BGHZ 115, 375 (378). Die Ergebnisse weichen nicht voneinander ab.

⁶ So auch *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 19 f.

⁷ BGHZ 92, 85 (90); 117, 29 (31); *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 10.

objektiven Wertes ausgehen.⁸ Ob diese These zutrifft, kann hier nicht diskutiert werden.⁹ Jedoch dürfte es zu kurz greifen, sie deshalb zu kritisieren, weil der objektive Wert oft schwer feststellbar sei.¹⁰ Denn diese Probleme müssen auch außerhalb des Schadensrechts allerorten bewältigt werden.

II. Wert als Richtschnur bei der Bewertung der Wirksamkeit von Verträgen

Die zweite Funktion des Wertbegriffs besteht darin, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung im Vertrag zu beurteilen, mit verschiedenen Rechtsfolgen. Der Vertrag kann in seinem Bestand insgesamt zu negieren sein oder eine Anpassung erfahren.

1. Nichtigkeit wegen Preisüberhöhung

Der objektive Wert einer Ware dient als Kontrollmaßstab für die zwischen den Parteien vereinbarten Preise. Über den Preis können zwar die Parteien grundsätzlich frei disponieren, doch findet diese Freiheit ihre Schranke im Verbot sittenwidrigen Verhaltens. Hier stoßen in besonderem Maße die Grundsätze der Marktwirtschaft und des freien Handels und das Postulat aufeinander, daß sozialschädliches Verhalten ab einem gewissen Grad von der Rechtsordnung nicht hingenommen wird.

Ausdrücklich normiert ist der Tatbestand des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB), der neben einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt, daß eine besondere Unterlegenheit des anderen Teils (Zwangslage, Willensschwäche, Unerfahrenheit) ausge-

⁸ *Neuner* AcP 133 (1931), 277 (309); *Wilburg* JherJb 82 (1932), 51 (125 ff.); aus neuerer Zeit etwa *Erman-Sirp* § 249 Rdnr. 75; *Larenz* Schuldrecht I § 29 I b; *Palandt-Heinrichs* vor § 249 Rdnr. 53; *Soergel-Mertens* vor § 254 Rdnr. 54. Überblick bei *Lange*, Schadensersatz, § 6 I, S. 247.

⁹ Bekannte Schulbeispiele: Der Bäcker erfüllt einen Backauftrag, indem er vom gelieferten Teig einen Teil für sich entnimmt, die herzustellenden Brötchen dann etwas kleiner macht und diese vom Besteller für den normalen Preis verkauft werden. - Ein Unbefugter entnimmt Fische aus einem Teich, der durch Vergabe von Angellizenzen genutzt wird, die unverändert weiterlaufen. - Es kann nicht dem Schädiger helfen, wenn die objektiv im Wert geminderte Substanz ohne Verlust vermarktet wird. Hätte der Eigentümer selbst die Entscheidung getroffen, wäre ihm außer den geplanten Einnahmen auch der vom Schädiger gezogene Entnahmegewinn zugute gekommen. Ähnlich *Lange*, Schadensersatz, S. 247 Fußn. 7.

¹⁰ *Lange*, Schadensersatz, S. 41; ähnlich auch *Mertens*, Vermögensschaden, S. 71.

beutet wird. Darüber hinaus hat sich im Rahmen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB ergänzend die Fallgruppe der wucherähnlichen Verträge herausgebildet, soweit ausfüllungsbedürftige Schutzlücken im Wuchertatbestand verbleiben.¹¹

Notwendige Voraussetzung für beide Varianten ist ein auffälliges Mißverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und der dafür erbrachten Gegenleistung. Im Grundsatz besteht Einigkeit, daß allein dieses Mißverhältnis zur Sittenwidrigkeit nicht hinreicht¹², denn ein solches Mißverhältnis liegt bei einer Schenkung oder einem Freundschaftspreis stets vor, obwohl diese Geschäfte sozialadäquat sind. Es müssen also noch weitere Umstände hinzutreten, um zur Sittenwidrigkeit zu gelangen. Allerdings soll bei besonders grobem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB eine verwerfliche Gesinnung regelmäßig zu vermuten sein, was sehr weit geht.¹³ Festzuhalten bleibt, daß für den anzustellenden Preis-Wert-Vergleich der objektive Wert der Leistungen zu ermitteln ist.

Über § 138 BGB hinaus bieten verschiedene Normen Schutz auch bereits allein vor objektiven Preisüberhöhungen. Eine Anpassung zu zahlender Entgelte an den objektiven Wert von Leistungen enthält z.B. § 32 Abs. 2 DM-Bilanzgesetz, um einen Schutz vor krassen Äquivalenzstörungen bei der Umstellung der ostdeutschen Wirtschaft zu gewähren.¹⁴ - Auch § 4a WoVermG sieht einen solchen verstärkten Schutz vor. Wenn der Wohnungssuchende Inventarstücke oder Einrichtungsgegenstände vom bisherigen Mieter im Zusammenhang mit dem Übergang des Mietverhältnisses ankauft, reicht bereits das objektiv bestehende Mißverhältnis zwischen dem Wert der Sachen und dem vereinbarten Preis für einen Anspruch auf Preisanpassung hin.¹⁵ Das auffällige Mißverhältnis soll jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn

¹¹ Dazu *Koziol AcP* 188 (1988), 183 (187 ff.); *Staudinger-Sack* § 138 Rdnr. 227 ff.

¹² BGHZ 80, 153 (155 ff.); BGHZ 125, 135 (137); *Koziol AcP* 188 (1988), 183 (193 f.); *Palandt-Heinrichs* §138 Rdnr. 34; *Staudinger-Sack* § 138 Rdnr. 230.

¹³ BGH NJW 1992, 899; BGH DB 1997, 92 (tatsächliche Vermutung); damit geht im Ergebnis die Rechtsprechung zuweilen schon über das gemeinrechtliche Institut der *laesio enormis* hinaus, denn dieses verlangte immerhin als weitere Feststellung, daß der Übervorteilte das Mißverhältnis verkannt hatte. Siehe dazu *Koziol, AcP* 188 (1988), 183 (194), auch zu § 934 ABGB in Österreich, der dieses Institut bewahrt hat. Ausführlich *Bydlinski, Die Stellung der laesio enormis im Vertragsrecht, ÖstJBl* 1983, 410 ff.

¹⁴ Dazu BGH NJW 1993, 1387.

¹⁵ Der Text des § 4a Abs.2 lautet: "Ein Vertrag, durch den der Wohnungssuchende sich im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Mietvertrages über Wohnräume verpflichtet, von dem Vermieter oder dem bisherigen Mieter eine Einrichtung oder ein Inventarstück zu erwerben, ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß der Mietvertrag zustande kommt. Die Vereinbarung über das Entgelt ist unwirksam, soweit dieses in einem auffälligen Mißverhältnis zum Wert der Einrichtung oder des Inventarstücks steht." - Der Text des WoVermG ist abgedruckt etwa bei *Staudinger-Reuter Vorbem. zu §§ 652 ff. Rdnr. 69.*

der Preis den objektiven Wert der Sachen um mehr als 50% überschreitet.¹⁶ Rechtsfolge ist nicht die Nichtigkeit der Abrede, sondern eine geltungserhaltende Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß; das folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift ("soweit").¹⁷ - Ebenfalls ein besonderer Schutz soll aus Art. 75 Abs. 1 der bayerischen Gemeindeordnung folgen. Diese Vorschrift verbietet es, gemeindliche Vermögensgegenstände zu verschenken und "in der Regel" auch, sie unter Wert zu veräußern. Dies soll ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB sein, bei Abweichung von Preis und Wert sei das Geschäft also nichtig.¹⁸ Das dürfte zu weit gehen, da zwischen kommunalrechtlichen Vorgaben und zivilrechtlichen Folgen zu differenzieren ist.¹⁹ Insbesondere würde es die Rechtssicherheit unzumutbar beeinträchtigen, bei einer Veräußerung unter Wert die nichtigen Regelfälle von den zulässigen und wirksamen Ausnahmefällen zu trennen, denn nur "in der Regel" ist eine Veräußerung unter Wert unzulässig.

2. Anfechtbarkeit wegen fehlerhafter Vorstellung über den Wert

Zu erwägen ist bei Fehlvorstellungen über den Wert einer Sache, insbesondere über das Verhältnis von Preis und Wert, auch eine Anfechtung eines geschlossenen Vertrages. Die Bewertung des Vertragsgegenstandes mit dem objektiven Wert und der Vergleich mit dem gezahlten Preis sind hier nur der erste Schritt. Dem folgt die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen eine Anfechtung wegen einer solchen Fehlvorstellung gestattet sein soll.

Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB wird allgemein abgelehnt, zumeist mit dem Argument, der Wert sei selbst keine Eigenschaft, sondern die Folge der (wertbildenden) Eigenschaften der Sache.²⁰ Dem entspricht die Definition von Eigenschaften als der "rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, die infolge ihrer Beschaffenheit und Dauer

¹⁶ BGH NJW 1997, 1845.

¹⁷ BGH NJW 1997, 1845 (1846 f.). So schon die bis dahin überwiegende Meinung, *Staudinger-Emmerich* Vorbem. zu §§ 535, 536 Rdnr. 259 m.w.N. Der BGH zieht - entgegen dem Leitsatz - die Grenze nicht "jedenfalls", sondern genau bei 50%, denn sonst hätte er im o.a. Fall den Kaufpreis weiter reduzieren müssen.

¹⁸ BayObLGZ 1983, 85 (91) - zur Versenkung -; BayObLG NVwZ-RR 1996, 342 - zur Veräußerung unter Wert -.

¹⁹ So auch (ausführlich) *Mayer BayVBl* 1994, 65 (67 ff.).

²⁰ BGHZ 16, 54 (57); BGHZ 34, 36 (41); BGH LM Nr. 52 zu § 123 BGB, LM Nr. 2 zu § 779 BGB; BGHZ 70, 47 (48); stRspr.; *Erman-Brox* § 119 Rdnr. 47; *Hübner* Rdnr. 789; *Palandt-Heinrichs* § 119 Rdnr. 27; *RGRK-Krüger-Nieland* § 119 Rdnr. 41.

auf die Brauchbarkeit und den Wert von Einfluß sind".²¹ Neuerdings wird vermehrt die Frage nach der Eigenschaft auch offengelassen und betont, jedenfalls müsse in einem Wirtschaftssystem, das freie Preisvereinbarungen zulasse, der einzelne Akteur Fehleinschätzungen als Korrelat dieser Freiheit hinnehmen, um dieses System nicht ad absurdum zu führen.²² Daher scheidet eine Anfechtung aus. Gleiches muß dann aber auch bei festgesetzten Preisen jeglicher Art gelten.²³

Die Irreführung über den objektiven Wert der Ware kann durch § 123 BGB erfaßt sein. Positive Erklärungen zum Wert oder zur "Günstigkeit" des Preises müssen richtig sein, wenn es sich nicht nur um reklamehafte Anpreisungen²⁴ handelt. So sind unrichtige Aussagen, man biete einen "Sonderpreis"²⁵ oder einen "ordentlichen Preis"²⁶, an der Realität gemessen und als Täuschung bewertet worden. - Eine Aufklärungspflicht über den Wert der Sache oder über die relative Höhe des verlangten Preises besteht im Grundsatz nicht.²⁷ Da jeder sein Marktrisiko selbst trägt und es in der Hand hat, Preise zu vergleichen, muß auch keineswegs auf Fragen nach der Günstigkeit des Preises oder dem Wert der Sache geantwortet werden.²⁸ Eine Aufklärungspflicht kann sich nur in besonderen Konstellationen ergeben. So hat etwa das OLG Hamm gemeint, wer es aus Gefälligkeit übernehme, eine Wohnung zu vermitteln, müsse den Eigentümer über deren Wert aufklären und dürfe nicht ohne weiteres ein niedriges eigenes Angebot machen, wenn er gewiß sei, die Wohnung selbst teurer verkaufen zu können.²⁹ Ähnlich hat der BGH in einem Fall entschieden, in dem zwei Unternehmen zunächst Filmrechte

²¹ BGHZ 70, 47 (48) und stRspr.

²² Zuerst *Staudinger-Coing*, 11. Auflage 1957, § 119 Rdnr. 29 im Anschluß an *Ripert*, *Traité élémentaire du Droit Civil* (1949) II S. 208; dem folgend *Larenz/Wolf* S. 676 mit Fußn. 42; *MünchKomm-Kramer* § 119 Rdnr. 114; *Köhler* § 14 Rdnr. 18; wohl auch *Soergel-Hefermehl* § 119 Rdnr. 51.

²³ Anders die wohl h.M.: *Enneccerus-Nipperdey* I. Bd. 2.Halbband, S.1048; *Erman-Brox* § 119 Rdnr. 47; *Soergel-Hefermehl* § 119 Rdnr. 51; *MünchKomm-Kramer* § 119 Rdnr. 114; *Larenz* AT 7.Aufl. S.384 (nicht mehr in *Larenz/Wolf*, 8.Aufl.). Es gilt aber entweder ohnehin § 134 BGB; oder es geht um einen unechten Festpreis, wie bei der Buchpreisbindung: Dann hat bei Unterschreitung der Händler Pech, bei Überschreitung hat er zumindest fahrlässig den Käufer irreführt, der den Festpreis zu zahlen meinte (c.i.c.). Einer Anfechtung durch den Käufer mit der Folge des § 122 BGB bedarf es in keinem Fall.

²⁴ Vgl. statt aller *MünchKomm-Kramer* § 123 Rdnr. 12; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1396 (1396 f.); OLG Hamm NJW-RR 1993, 628 (629).

²⁵ OLG Frankfurt DAR 1982, 294 f. - der Preis lag über dem empfohlenen Listenpreis des Herstellers -.

²⁶ OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248 (249) - der Preis für Handwerksleistungen war je nach Position 100-300% überteuert -.

²⁷ RGZ 111, 233 (234 f.); *MünchKomm-Kramer* § 123 Rdnr. 15.

²⁸ Anders für sonstige Fragen (nach Eigenschaften): *Palandt-Heinrichs* § 123 Rdnr. 5a; Einzelfälle: BGHZ 74, 383 (392); BGH NJW 1967, 1222; BGH NJW 1977, 1915; bereits RGZ 91, 80 (81).

²⁹ OLG Hamm NJWE-MietR 1996, 270.

gemeinsam vermarktet hatten, dann aber die deutsche Gesellschaft dem amerikanischen Unternehmen für wenig Geld die Zweitverwertungsrechte abkaufte, um sie für mehrere Millionen DM an das ZDF zu vergeben.³⁰ In beiden Fällen lagen besondere Vertrauenstatbestände vor. Zu fragen ist letztlich, ob aus besonderen Umständen heraus der vermeintlich Getäuschte davon ausgehen darf, der andere Teil werde nicht nur seine eigenen Vermögensinteressen wahrnehmen und versuchen, möglichst hohen Gewinn zu erzielen, sondern auch die Interessen des Vertragspartners von selbst angemessen berücksichtigen.

Für alle diese Irrtumsfälle ist der Tatbestand einer Diskrepanz zwischen objektivem Wert und Vertragspreis erst die Voraussetzung, über Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtung zu diskutieren. Auch hierfür ist demnach die Bestimmung des objektiven Wertes erforderlich.

3. Durchführung einer Vertragsanpassung mittels Wertvergleich (Minderung)

Der objektive Wert spielt als Maßstab auch da eine Rolle, wo eine Preisanpassung erforderlich wird. Typischer Fall ist die Minderung wegen Mangelhaftigkeit der Sache (§§ 471 ff. BGB beim Kauf, ebenso für Werkvertrag und Miete). Hier wird bei Durchführung der Minderung der Tatsache Rechnung getragen, daß der gezahlte Preis dem Wert der mangelfreien Sache nicht entsprechen muß. Die Minderungsregel ermittelt, was die gekaufte Sache objektiv in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand wert ist. Wer als Preis vorher x% des Wertes einer mangelfreien Sache bezahlt hat, bezahlt nun auch den geminderten Preis von x% des Wertes der mangelhaften Sache. Ein gutes Geschäft bleibt gut und umgekehrt. Voraussetzung ist auch hier die Ermittlung des objektiven Werts der Sache losgelöst von dem einzelnen Geschäft.

III. Andere Funktionen

Mit der Ausgleichsfunktion (Wert tritt an die Stelle eines Gegenstandes) und der Funktion als Beurteilungsmaßstab für Verträge sind die Funktionen des Begriffs Wert noch nicht erschöpft.

³⁰ BGH LM Nr. 52 zu § 123 BGB.

Er taucht in einer Reihe weiterer Normen des BGB auf, ohne daß weitere Funktionen scharf abzugrenzen wären.

1. Leistungsbestimmung und -modifikation in Verträgen

Es wurde bereits gezeigt, daß der Wert von Sachen und sonstigen Gegenständen Orientierungspunkt bei der Bewertung vertraglicher Vereinbarungen ist. Auch im übrigen dient der Wert von Gegenständen als Anhaltspunkt für eine Leistungsbestimmung, mit dem Unterschied, daß der Wert nicht zur rechtlichen Überprüfung vollständig getroffener Regelungen genutzt wird, sondern zur Ausfüllung unbestimmter Vertragsbegriffe in solchen Verträgen.

So ist in § 915 BGB bei Überbau ein Abkaufsrecht vorgesehen. Der Kaufpreis in diesem Zwangsvertrag ist der zu bestimmende Wert des Grundstücksteils. Auch sonst muß sich eine billige Bestimmung eines Preises für eine Sache an deren Wert orientieren, etwa in § 315 BGB.³¹ Eine Geldschuld in ausländischer Währung kann im Zweifel im Inland in DM gezahlt werden, wobei der Kurswert bei der Umrechnung maßgeblich ist (§ 244 Abs. 2 BGB). Der schuldrechtlich Vorkaufsberechtigte hat an sich eine Nebenleistung, die der dritte Käufer versprochen hat, auch selbst zu erbringen. Ist er dazu außerstande, wandelt sich der Vertrag dahin, daß statt dessen der Wert dieser Nebenleistung zu erbringen ist, wenn der Wert ermittelbar ist (§ 507 S. 1 BGB).

In diesen Fällen wird die Leistung in einem Vertrag durch den Wert bestimmt oder modifiziert.

2. Wert als Tatbestandsmerkmal

Verschiedentlich ist der Wert von Sachen auch Tatbestandsmerkmal von Normen, wobei sich dies einer Systematisierung entzieht. Es sollen nur einige Beispiele aufgeführt sein:

Im Gewährleistungsrecht ist die Minderung des Wertes bereits alternatives Tatbestandsmerkmal für den Mangelbegriff (§§ 459, 633, 651 c BGB). - Eine Fundanzeige darf unterbleiben,

³¹ BGHZ 1, 353 (354).

wenn die Sache nicht mehr als 10 DM wert ist (§ 965 Abs. 2 BGB). - Hat eine Pfandsache einen Börsen- oder Marktpreis, darf sie zu diesem Preis freihändig verkauft werden (§§ 1221, 1235 Abs. 2, 1295 BGB). - Im Schenkungsrecht kann bei Rechts- oder Sachmangel der verschenkten Sache die Vollziehung einer Auflage nur verlangt werden, wenn der Wert der mangelhaften Sache noch über den erforderlichen Aufwendungen liegt oder insoweit aufgefüllt wird (§ 526 BGB). - Bei der Einordnung eines Vertrages als Kauf oder gemischte Schenkung spielen die objektiven Wertverhältnisse ebenfalls eine Rolle, jedoch kommt es wesentlich auf den inneren Willen an, die Leistung teilweise unentgeltlich zu erbringen³², so daß der wahre Wert lediglich ein Indiz darstellt. - Kann ein Vorkaufsberechtigter eine vom Dritten versprochene Nebenpflicht nicht erbringen und ist diese Pflicht auch nicht in Geld zu schätzen (Wert)³³, kann das Vorkaufsrecht ausgeschlossen sein (§ 507 S. 2 BGB). Auch diese Fälle verlangen sämtlich eine Bewertung nach dem objektiven Wert.

IV. Zusammenfassung

Der objektive Wert von Sachen und sonstigen Gegenständen ist als Begriff in einer Reihe von Rechtsnormen enthalten oder für deren Durchführung von Bedeutung. Die Ermittlung des Werts dieser Gegenstände ist dann erforderlich.

³² BGH NJW 1961, 604 (605).

³³ Das nahm das Reichsgericht bei Pflege durch Verwandte an, vgl. RGZ 121, 140.

§ 3 Objektiver Wert: Untersuchung der Begriffsbildung

Die Funktionsbeschreibung im vorangehenden Abschnitt zeigt, daß die Bestimmung von objektiven Werten notwendig ist, weil das Gesetz sie vorsieht. Wenn etwa in §§ 138, 472 BGB auf den Wert gerade als außervertragliches Kriterium verwiesen wird, dann ist eine solche Bestimmung objektiv, ohne Rücksicht auf die Bewertung der Parteien, durchzuführen. Gleiches gilt für § 818 Abs. 2 BGB und eine Reihe anderer Normen, wenn man mit der jeweils vorherrschenden Ansicht den objektiven Charakter der Wertbestimmung herausstreicht. Um die nähere Bestimmung des Begriffs vom objektiven Wert kommt man dann nicht herum. Der Begriff ergibt sich nicht schon - wie man bei erster Überlegung vielleicht annehmen könnte - aus dem mit Wertermittlungen eher vertrauten Bilanzrecht oder aus dem Steuerrecht. Beide verfolgen ganz eigene Ziele, denen die dort herrschenden Wertbegriffe untergeordnet sind. So werden in der Handelsbilanz Gegenstände des Anlagevermögens erfaßt mit dem Anschaffungspreis abzüglich festgelegter Abschreibungen, die z.B. bei Grundstücken meist weit über einen tatsächlichen Wertverzehr hinausgehen. Durch Wahlrechte werden bisweilen bewußt Wertansätze dem Bilanzierenden freigestellt, die mit dem Tauschwert der Güter in Geld nichts mehr gemein haben.¹ Auch das Steuerrecht verfolgt mit der Bewertung nicht in erster Linie das Ziel, den Marktwert von Sachen abzubilden, sondern es will eine Grundlage für öffentlich-rechtliche Abgaben durch Bewertung schaffen, die sich am "wirklichen Wert"² orientieren kann, aber nicht muß.³ Der Begriff des objektiven Wertes ist daher für das BGB eigenständig zu untersuchen.

I. Begriffliche Unmöglichkeit eines objektiven Wertes?

Bereits am Begriff "objektiver Wert" setzt die Kritik von *Ernst Wolf* an. Objektiv und subjektiv könne nur der Inhalt der geistigen Tätigkeit eines Menschen oder seines Gedächtnisses sein; der Wert sei aber kein solcher Inhalt, weshalb es einen objektiven Wert nicht geben könne.

¹ *Köndgen* AcP 177 (1977), 1 (19); *Meincke*, Nachlaßbewertung,, S. 163; *Soergel-Lange* § 1376 Rdnr. 7; gegen Bilanzwerte im Zugewinnausgleich bereits BGH NJW 1968, 1589 (1590).

² BGH FamRZ 1986, 37 (39).

³ BGH NJW 1984, 2165 (2166 re. Sp.) zu § 9 Abs.2 des Bewertungsgesetzes; OLG Hamm VersR 1979, 613.

Damit sei vielmehr ein allgemeiner Wert im Gegensatz zu einem individuellen gemeint.⁴ Diese Auffassung hat einiges für sich, obwohl letztlich die individuelle Bewertung einer Sache den subjektiven Vorstellungen und Gedanken des betreffenden Individuums entspringt, so daß die Bezeichnung als "subjektiver Wert" so fern nicht liegt. Vor allem aber bringt diese Frage die Diskussion in der Sache nicht weiter, da unabhängig von der Terminologie ein objektiver Wert der Sache nach bestimmt werden muß, mag man ihn auch anders nennen. Da ohnehin - wie sich sogleich zeigen wird - verschiedene Wertbegriffe weitgehend synonym verwendet werden, trifft die Kritik auch nur beschränkt. Im folgenden wird daher der Begriff "objektiver Wert" weiter verwendet.

II. Begriffliche Einordnung und Definitionen

1. Objektiver Wert - Gemeiner Wert - Verkehrswert

Eine einheitliche Terminologie gibt es im Bereich der Wertbestimmung von Gegenständen nicht, wie bereits eine Durchsicht gängiger Lehrbücher zum Schuldrecht zeigt. Bei *Larenz* heißt es, nach Rücktritt vom Vertrag sei die Sache zurückzugeben oder "ihr objektiver (gemeiner) Wert zu erstatten".⁵ Im Schadensrecht lasse sich der Wert für den Inhaber bestimmen, aber auch "allgemein, als objektiver oder gemeiner Wert".⁶ Im Kaufrecht gehe es um den "gemeinen Wert"⁷, im Bereicherungsrecht versteht die h.L. in § 818 Abs. 2 BGB unter Wert "den sogenannten gemeinen Wert oder Verkehrswert".⁸ *Esser* kritisiert für § 818 Abs. 2 BGB die Bezugnahme der h.M. auf den "Verkehrswert".⁹ Zu § 346 BGB heißt es hier, maßgeblich sei mangels besonderer Vertragsabsprache der "objektive Verkehrswert".¹⁰ Schon diese eher zufällige Aufnahme zeigt, daß ein Unterschied zwischen den Begriffen "objektiver Wert", "gemeiner Wert" und "Verkehrswert" regelmäßig nicht gemacht wird, daß sie vielmehr aus-

⁴ *E. Wolf*, Schuldrecht, S. 149 ff.; *ders.* in Festschrift Schiedermaier S. 570 f.

⁵ *Larenz*, Schuldrecht I, S. 404.

⁶ *Ebd.*, S. 462.

⁷ *Larenz*, Schuldrecht II, S. 37.

⁸ *Ebd.*, S. 574.

⁹ *Esser*, Schuldrecht, 4. Aufl., S. 378; gleiche Formulierung noch bei *Esser/Weyers*, 6. Aufl. 1984.

¹⁰ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Bd. 1, S. 314.

tauschbar verwendet werden.¹¹ Alle Begriffe dienen zur Abgrenzung vom Begriff des "besonderen, subjektiven Wertes" und vor allem des "Affektionswertes", dem Wert, den ein einzelner der Sache beimißt. Auch im Verlauf dieser Untersuchung wird kein Bedeutungsunterschied zwischen den genannten Begriffen gemacht.

2. Definitionen, ihre Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Zum Begriff des objektiven oder gemeinen Wertes finden sich verschiedene Definitionen, die nicht vollständig übereinstimmen.

Eine erste Gruppe sieht darin einen *Verkaufswert*¹², darunter die gesetzlichen Definitionen in der Kostenordnung, dem Baugesetzbuch und dem Bewertungsgesetz.¹³ Danach ist der gemeine Wert (Verkehrswert) der Preis, der bei einer Veräußerung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache zu erzielen wäre. Eine gängige Definition in der Rechtsprechung lautet ähnlich: "Gemeiner Wert ist der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für den Gegenstand zu erzielende Preis, also der Verkehrswert und der objektive Tauschwert, den der Gegenstand für jedermann hat".¹⁴ Für andere bestimmt sich der gemeine Wert nach dem *Beschaffungspreis* der Sache. Der Wert sei der Preis, welcher für ein betreffendes Gut angemessen sei oder der vernünftigerweise dafür angelegt werden könne; regelmäßig sei das der Marktpreis, wenn ein solcher bestehe.¹⁵ Einige definieren auch ohne Ausrichtung auf einen Kauf oder Verkauf. Gemeiner Wert ist danach "der Wert, den [der Gegenstand] nach seiner Art für jedermann hat".¹⁶

Der Unterschied zwischen den Definitionen besteht also in der Ausrichtung auf einen Beschaffungsvorgang gegenüber einem Verkaufsvorgang, oder im Fehlen einer solchen Spezifizierung.

¹¹ So unter Aufzählung weiterer Begriffe auch *Selbach*, S. 6 ff.; ähnlich *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 187 ff.

¹² Vgl. insbesondere *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 187 ff.

¹³ § 19 Abs. 1 S. 2 KostO, § 194 BauGB, § 9 Abs. 2 BewG.

¹⁴ BGHZ 31, 238 (241); BGHZ 39, 198 (200); auffallend hier die Redundanz.

¹⁵ *Neuner AcP* 131, 277 (307); dem folgend *Mertens*, Vermögensschaden, S. 70 ff., 136 ff.; ähnlich *Hagen*, Drittschadensliquidation, S. 184; *Honsell/Harrer JuS* 1991, 444.

¹⁶ *Esser*, Schuldrecht, 4. Aufl., S.378; ganz ähnlich die Definition im gemeinen Recht, etwa ALR I 2 § 112: "Der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann, ist ihr gemeiner Wert". Auch *Gottwald* meint, der gemeine Wert könne entweder ein Verkaufs- oder Ankaufswert sein, S. 123.

Die heute überwiegend angenommene Bestimmung nach dem Verkaufswert festigte sich zum Ende des 19. Jahrhunderts, vor allem aus dem Steuer- und Handelsrecht kommend.¹⁷ Zunächst hindert der Unterschied in der Blickrichtung eine Wertbestimmung nicht, denn auch verkaufen kann nur, wer einen Käufer hat. Daher ist ein Veräußerungswert im ersten Grundsatz auch gleichzeitig ein Beschaffungswert. Die Frage taucht erst wieder auf, wenn es um die Frage der Auswahl des relevanten Marktes geht. Die Marktbestimmung wird sich in manchen Fällen nach einem gedachten Beschaffungsvorgang richten, so daß in diesen Fällen die Beschreibung des gemeinen Wertes als Beschaffungswert naheliegt.¹⁸ Der kritische Test für eine allgemeine Definition des objektiven Wertes über die Verkäuflichkeit liegt dann in der Frage, ob eine unverkäufliche Sache wertlos ist.¹⁹ Daher wird auf die Definitionsfrage zurückzukommen sein.

Vorerst reicht es aus, die Gemeinsamkeiten aller Definitionen zu erfassen. Diese liegen in zwei Elementen: Erstens in der Verweisung auf einen Vorgang der Wirtschaft, auf den *Markt* als prinzipiell außerrechtliches Gebiet. Zweitens in der Betonung auf einer Bewertung durch ein Kollektiv und bezogen auf den Normalfall, nicht durch eine einzelne Person und ohne Rücksicht auf deren persönliche Vorlieben und Wertungen; das ist die *Objektivität* der Bewertung.

Der Verweis auf den Markt bedeutet zunächst eine Absage an Versuche, losgelöst irgendeinen "richtigen" Preis rechtlich zu bestimmen. Vielmehr muß das wirkliche Marktgeschehen beobachtet werden. Da hier schnell die Erkenntnis erwächst, daß es den einen und einheitlichen Markt nicht gibt, befaßt sich der *Zweite Teil* mit den Methoden der Auswahl zwischen verschiedenen Teilmärkten.

Die Beobachtung des Marktgeschehens ergibt aber auch dann noch keine Werte für eine Sache, schon gar nicht objektive Werte, wenn der relevante Markt ermittelt ist. Denn als Tatsachen ermittelt werden können nur zwei Dinge: Erstens die auf dem Markt verlangten oder angebotenen Preise, die eine subjektive Einschätzung des Sachwertes in der derzeitigen Marktsituation durch den Anbieter oder Nachfrager darstellen. Zweitens die Preise abgeschlossener Verträge, immerhin Ergebnis einer Bewertung zweier Vertragspartner, aber von Vertrag zu Vertrag unterschiedlich ausfallend. Aus diesem Datenmaterial muß dann der

¹⁷ *Meincke*, Nachlaßbewertung, S. 187 f.

¹⁸ Siehe den *Zweiten Teil*, zusammenfassend unten § 9 I; in einem abstrakten Sinn liegt darin für die Marktteilnehmer, die an den Beschaffenden verkaufen, natürlich auch ein Verkaufswert.

¹⁹ Dazu unten § 12.

objektive Wert erst noch gebildet werden. Mit der Rechtsfrage, wie dies geschehen soll, und auch mit der Frage, ob nicht ein Vertragspreis mitunter als "gemeiner Wert inter partes" eingesetzt werden kann, beschäftigt sich der *Dritte Teil*.

Zweiter Teil: Die Auswahl des relevanten Marktes

§ 4 Markt und Teilmarkt

Die Definitionen zum objektiven Wert verwiesen auf den "Verkehr", das Marktgeschehen. Eine Beobachtung des Marktes soll Aufschluß über den dort gemeinhin erzielten Preis für ein bestimmtes Gut geben.

I. Vollkommene und unvollkommene Märkte

Ein Markt im wirtschaftlichen Sinn ist der ökonomische Ort des Tauschens.¹ Ein Zusammentreffen der Vertragsparteien an einem bestimmten geographischen Ort ist dagegen nicht erforderlich. Durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage bilden sich Preise.²

Die Wirtschaftswissenschaft unterscheidet vollkommene und unvollkommene Märkte.³ Der vollkommene Markt setzt voraus, daß

- die angebotenen Güter sachlich gleichartig sind, also im Sinn von § 91 BGB vertretbar (Bsp.: Weizen, Kanada Western Güteklasse 2).
- die Käufer keine persönlichen Präferenzen für bestimmte Anbieter haben
- räumliche Differenzierungen nicht vorhanden sind
- zeitliche Differenzierungen fehlen (Lieferzeiten)

¹ Ott, S. 32.

² Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Markt.

³ Damit ist keine normative Bewertung i.S. einer Überlegenheit verbunden, der Begriff ist deskriptiv, vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Markt.

- der Markt vollständig transparent ist, d.h. alle Teilnehmer über vollständige Informationen verfügen.⁴

Allein für solche vollkommenen Märkte gilt, daß es nur einen einheitlichen Preis für eine Ware geben kann. Sobald einer der Anbieter etwa einen höheren Preis verlangen wollte, würde er keine Ware absetzen können, da die Nachfrager sich von den Wettbewerbern preiswerter eindecken könnten.⁵ Daraus folgt umgekehrt: Ist ein Markt unvollkommen, werden verschiedene Preise auf den Teilmärkten möglich. Den vollkommenen Markt gibt es nur annähernd, etwa an den Warentermin- und Wertpapierbörsen.⁶ Im übrigen herrscht der unvollkommene Markt, denn regelmäßig fehlt vollständige Transparenz, weiter trifft die Annahme einer Unabhängigkeit von Ort und Zeit zumeist nicht zu. Bei weitem nicht alle Waren sind austauschbar. Auch das Fehlen persönlicher Präferenzen ist eine bloße Annahme, allerdings eine, die sich im Begriff des "objektiven" Wertes möglicherweise wiederfindet.

II. Folgen für die Wertermittlung

In der Realität herrschen also unvollkommene Märkte. Diese Unvollkommenheit bewirkt, daß es einen einheitlichen Markt mit gleichem Preis nicht gibt, sondern verschiedene Teilmärkte und unterschiedliche Preise. Diese Fragmentierung hat verschiedene Aspekte, die einen objektiven oder aber subjektiven Charakter haben können.

Die Unterteilung kann einmal aus den persönlichen Präferenzen der Marktteilnehmer erwachsen, die im vollkommenen Markt hinweggedacht sind. Schlechte Information, Bequemlichkeit, persönliche Verbundenheit oder langfristige vertragliche Bindungen sorgen dafür, daß der einzelne möglicherweise nicht vollständig rational einkauft oder verkauft. Diese Umstände sind abhängig von den Verhältnissen jedes einzelnen Marktteilnehmers. Daneben gibt es aber auch Umstände, die den Markt untergliedern und typischerweise sämtliche Marktteilnehmer betreffen. Märkte sind geographisch unterschiedlich ausgeprägt, und es existieren Marktstufen, wenn

⁴ Ott, S. 33.

⁵ Ott, S. 34.

⁶ Selbst hier treten kleinste Abweichungen und Zeitverzögerungen zwischen den Börsen auf, die von Händlern genutzt werden, vgl. *Gabler Wirtschaftslexikon*, Stichwort: Arbitrage I.

Händler beim Vertrieb der Ware vom Hersteller an den Verbraucher zwischengeschaltet sind, wie es unserer Wirtschaftsordnung in vielen Bereichen entspricht.

Es wird somit erforderlich, eine Entscheidung darüber zu treffen, auf welchem Teilmarkt eine rechtlich erforderliche Bewertung vorzunehmen ist. Insbesondere für die Berücksichtigung von Marktstufen ist das in verschiedenen Zusammenhängen seit langem erkannt.⁷ Mit der Auswahl der Marktstufe und der Angabe des Markortes ist allerdings die Bewertungssituation noch nicht vollständig erfaßt. Daneben kommt es auf die Angabe des Bewertungszeitpunktes an, da sich die Preisverhältnisse mit der Zeit ändern können. Schließlich muß auch vorgegeben werden, welche Waren in den Vergleich einzubeziehen sind. Das ist bei standardisierten Produkten einfach, bei eher individuell gefertigten Waren kann es Probleme bereiten. Die Bewertungsvorgaben *Marktstufe*, *Markort*, *Bewertungszeitpunkt* und *Warenstandard* werden einzeln in den §§ 5 bis 8 behandelt. Mit diesen Vorgaben ist beschrieben, wie der jeweils rechtlich relevante Teilmarkt auszuwählen ist. Es handelt sich bei diesen Vorfragen um Rechtsfragen, die notwendig sind, um die Grundlage für eine relevante Tatsachenermittlung zu schaffen.⁸

III. Allgemeine Überlegungen zur Auswahl des relevanten Teilmarktes

Die Erkenntnis, daß es den einen uniformen Markt nicht gibt, auf dem sich "der" objektive Wert einer Sache feststellen ließe, daß vielmehr ganz unterschiedliche Teilmärkte bestehen, führt direkt zu der Frage, auf welche Weise sich der jeweils "richtige" Teilmarkt bestimmen läßt.

Grundsätzlich lassen sich die verschiedenen geographischen Möglichkeiten, die unterschiedlichen Zeitpunkte, die Marktstufen usw. nach den Gesetzen der Kombinatorik zu sehr vielen verschiedenen Märkten zusammenstellen. Ohne Auswahlkriterien läßt sich eine Wahl zwischen

⁷ Bereits RGZ 98, 150 ff.; BGH NJW 1965, 1756 (1757); NJW 1984, 2165 (2166); OLG Schleswig VersR 1976, 1183; OLG Hamm NJW-RR 1990, 468 (469); OLG Frankfurt NJW 1995, 3259; aus der Literatur etwa Gierschmann VersR 1981, 1010 (1012); Gottwald, S. 123; Johannsen in: Bruck-Möller, Fahrzeugversicherung, Anm. J 127; Jakobs, Eingriffserwerb, S. 18.; MünchKomm-Grunsky § 251 Rdnr. 9.

⁸ Gottwald, S. 123: "Erst wenn der materiellrechtliche Bewertungsmaßstab feststeht, ist es Aufgabe des Gerichts, diesen Wert nach § 287 ZPO zu finden."

diesen möglichen Teilmärkten nicht treffen. Angesichts der Tatsache, daß mittels der anwendbaren Rechtsnorm, welche eine Bewertung erfordert, Konflikte zwischen Streitparteien entschieden werden sollen, fällt die Vorauswahl nicht schwer. Die meisten denkbaren Teilmärkte sind ersichtlich irrelevant, weil sie mit dem zu entscheidenden Fall nichts zu tun haben. Die Möglichkeiten begrenzen sich mit Blick auf die Parteien des Falles und ihre Interessen. Bei der Beschädigung einer antiken Uhr interessiert eben nicht der Wert einer solchen Uhr vor 50 Jahren, sondern ein aktueller Wert. Hat der Fall mit Japan nichts zu tun, kann es auf die Preisverhältnisse dort nicht ankommen. Streiten sich zwei Verbraucher, interessiert keinen von beiden der Großhandelswert einer Sache, für die Wertersatz zu leisten ist. Zweifelsfälle ergeben sich dann, wenn Berührungspunkte zu verschiedenen Teilmärkten gegeben sind. Welcher Markt dann zu wählen ist, läßt sich mangels anderer Anhaltspunkte nur aus den Interessen der Parteien herleiten, die wiederum in der anwendbaren Rechtsnorm vorgezeichnet sind. Marktwahlfragen sind daher aus der Funktion, dem Zweck der anwendbaren Rechtsnorm zu beantworten.⁹ Geht es etwa um die Bewertung eines geschlossenen Vertrages, wie beim Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB, dann kann der vorgesehene Wertvergleich nur auf exakt dem Markt in allen seinen Ausprägungen erfolgen, auf dem die Parteien den Vertrag geschlossen haben. Denn die Norm stellt der tatsächlich erzielten Vereinbarung eine gedachte angemessene Verhaltensweise gerade in derselben Situation vergleichend gegenüber. Auch ansonsten muß regelmäßig der Markt des geschlossenen Vertrages maßgeblich sein, wenn die zu bewertende Sache Gegenstand des Vertrages war.

Ebenso oft hat die Wertermittlung allerdings mit einem Vertrag zwischen den Parteien nichts zu tun. Die Parteien haben sich hier auf keinem Markt getroffen, sondern geraten mehr oder weniger zufällig aneinander. Das Problem der Marktauswahl stellt sich dann anders: Es muß ein gedachter Kauf- oder Verkaufsvorgang gebildet werden, der dem Normzweck folgend unterstellt, eine der Parteien würde unter bestimmten Bedingungen eine Sache kaufen oder verkaufen.¹⁰ Es bleibt Rechtsfrage der Marktermittlung, welche Transaktion anzunehmen ist und aus Sicht welcher Partei. Der Rückbezug auf den jeweiligen Normzweck macht bereits deutlich, daß unter Anwendung verschiedener Normen nicht notwendig derselbe Markt aus-

⁹ OLG Frankfurt NJW 1995, 3259; vgl. auch *Meincke*, S. 153: "Denn die Auswahl des im Einzelfall maßgeblichen Wertansatzes richtet sich nach der Funktion der Bewertung im jeweiligen Gesetzeszusammenhang und damit nach dem Bewertungszweck."

¹⁰ Kauf und Verkauf meint hier exemplarisch jegliches Austauschgeschäft.

zuwählen wäre, sondern der relevante Teilmarkt und damit der Wert einer Sache unter dem Blickwinkel verschiedener Normen durchaus unterschiedlich ausfallen können.¹¹

Diese Marktwahlfragen sollen nun konkret erörtert werden, und zwar gesondert hinsichtlich der verschiedenen Aspekte Ort, Zeit, Stufe und Warenstandard. Es soll jeweils die Marktwahl am Beispiel dreier Normen erörtert werden. Wegen der praktischen Bedeutung sind Wertersatz nach § 251 BGB¹² und bereicherungsrechtlicher Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu behandeln, daneben wird als dogmatisch vergleichsweise wenig erörtertes Gebiet das Fundrecht mit dem Recht auf Finderlohn (§ 971 BGB) dargestellt.

¹¹ A.A. *Hofmann* VersR 1980, 59 (60): Der gemeine Wert einer Sache müsse stets gleich sein.

¹² Weiter unter der Prämisse, daß der reine Sachschaden nicht höher sein kann als der Wert der Sache bei der Ersatzbeschaffung.

§ 5 Marktstufen

Teilmärkte sind nicht nur örtlich und zeitlich verschieden. Teilmärkte sind auch die verschiedenen Marktstufen. Der Vertrieb von Produkten kann ganz unterschiedlich sein, doch gibt es bei vielen Produkten die Kette vom Hersteller über Großhändler und Einzelhändler zum Endverbraucher. Der Wert der Ware steigt auf dem Weg zum Verbraucher, der Mehrwert entsteht im Handel durch dessen spezifische Leistung, nämlich Transport, Verteilung, Präsentation sowie Vermittlung zwischen Hersteller und Verbraucher im Sinne einer Maklertätigkeit (Mehrwert durch Information).¹

Ist Wertersatz zu leisten, stellt sich demnach die Frage, auf welcher Marktstufe der Wert ermittelt werden soll. Einen Sonderfall dieser allgemeinen Frage stellt - wie sich erweisen wird - die Diskussion im Schadensrecht dar, die sich um die Begriffe "Zeitwert" und "Wiederbeschaffungswert" dreht. Das wird vorab behandelt.

1. Zeitwert und Wiederbeschaffungswert im Schadensrecht

Im Schadensrecht, insbesondere bei Kfz, unterscheidet man Zeitwert und Wiederbeschaffungswert.

1. Problemstellung

Zeitwert ist nach verbreiteter Definition der Preis, den der Geschädigte - objektiv betrachtet - in der gedachten Sekunde vor dem Unfall für ein Fahrzeug (oder eine andere Ware) hätte Erlösen können.² Der Wiederbeschaffungswert bestimmt sich nach dem Preis, den ein Geschädigter aufwenden muß, um ein gleichwertiges Fahrzeug bei einem seriösen Gebrauchtwagen-

¹ *Gabler Wirtschaftslexikon*, Stichwort: Handel.

² *Giesen*, NJW 1979, 2065 (2067) m.N.; *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 8.

händler zu erwerben;³ er wird üblicherweise ausgehend vom Zeitwert durch einen Zuschlag für Händlerspanne, Untersuchung und Garantie errechnet.

Daß bei Zerstörung oder Verlust im Schadensrecht dieser Wiederbeschaffungswert zu zahlen ist, darüber besteht seit langem kein Streit mehr⁴, sondern allenfalls noch über Detailfragen. Auch im Versicherungsrecht bei der Kaskoversicherung ist dies nur unwesentlich anders; zwar wird dort höchstens der gemeine Wert (Zeitwert) ersetzt (§ 13 Abs.1 AKB). Doch hat der BGH inzwischen klargestellt, der Begriff bedeute - richtig ausgelegt - hier keine Beschränkung auf den Verkaufswert des Kfz, sondern zu ersetzen sei ein durchschnittlicher Wiederbeschaffungspreis, bei dem weder Händlerverkaufspreise allein zu berücksichtigen seien noch besonders günstige Abschlußmöglichkeiten.⁵ Der Versicherungsnehmer verstehe diesen Begriff so, weil er berechtigterweise erwarte, ein gleichwertiges Fahrzeug mit der Versicherungsleistung erwerben zu können.

2. Einordnung als Problem der Wahl zwischen Marktstufen

Für die Untersuchung ist besonders von Interesse, wie sich die eingeführten Begriffe Zeitwert (im Sinne eines Verkaufswertes) und Wiederbeschaffungswert zum objektiven Wert einer Sache verhalten. Hier kann man beides lesen: Bei *Larenz* heißt es, bei Sachen mit einem Marktpreis sei als unmittelbarer Schaden deren gemeiner Wert zu ersetzen; das sei in der Regel der Wiederbeschaffungspreis.⁶ Dagegen führt etwa *Giesen* aus, mit dem Begriff des Zeitwerts i.S. eines Verkaufswerts identisch seien die Begriffe "Verkehrswert" und "gemeiner Wert", auf die aber aus Gründen terminologischer Klarheit verzichtet werden solle.⁷ Auch im übrigen wird einmal der Wiederbeschaffungspreis, einmal der Verkaufspreis als objektiver Wert genannt.⁸

³ *Giesen* NJW 1979, 2065 (2068) m.w.N.; *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 8.

⁴ Vgl. BGHZ 92, 85 (90); BGH NJW 1966, 1454; OLG Stuttgart NJW 1967, 254; OLG Celle NJW 1968, 1478 und stRspr; *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 13; *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 8; teilweise a.A. allerdings *E. Wolf*, Totalschäden, S. 37 ff.

⁵ BGH NJW 1984, 2165.

⁶ *Larenz* VersR 1963, 1 (6).

⁷ *Giesen* NJW 1979, 2065 (2068); ähnlich *Jordan* VersR 1978, 694.

⁸ Hinweis auf die Problematik bei *Lange* § 6 I, S.247.

Bei Licht betrachtet sind *beide* genannten Werte objektive Werte. In der Diskussion wird nur nicht immer klar erkannt, daß es sich bei Verkaufswert und Wiederbeschaffungswert nicht etwa um verschiedene Werte auf einem einheitlichen Markt handelt, sondern um eine Frage der Auswahl zwischen zwei verschiedenen Märkten. Sowohl bei dem Zeitwert als auch bei dem Wiederbeschaffungswert einer Sache nach den obigen Definitionen handelt es sich um objektive Werte, denn sie werden losgelöst von der Wertschätzung einzelner ermittelt. Es handelt sich aber um verschiedene Märkte, auf denen das Gut gehandelt wird. Auf einem einheitlichen Markt sind objektiver Beschaffungswert und Verkaufswert einer Sache per definitionem gleich, weil der eine Wert das Spiegelbild des anderen ist. Der Kauf einer Sache zu einem bestimmten Preis ist immer gleichzeitig auch der Verkauf einer solchen Sache zu diesem Preis. Wenn also der Zeitwert als potentieller Verkaufspreis und der Wiederbeschaffungswert als Einkaufspreis sich unterscheiden, dann deshalb, weil die Geschäfte sich auf verschiedene Märkte beziehen.

Dies läßt sich am Beispiel der häufigen Kfz-Schadensfälle erläutern. Die Frage nach Zeitwert und Wiederbeschaffungswert stellt sich nur bei gebrauchten Fahrzeugen. Bei Neuwagen oder solchen Wagen, die von der Rechtsprechung wie Neuwagen behandelt werden⁹, ist der Neupreis maßgeblich. Gebrauchte Kfz werden einmal zwischen Privaten direkt gehandelt, aber auch auf dem Weg über Gebrauchtwagenhändler. Der Verkaufspreis, den ein Privater objektiv¹⁰ erzielen kann, wird sich nicht sonderlich nach dem Vertragspartner unterscheiden, da der Verkaufsmarkt einheitlich ist, also Händler und Privatleute nebeneinander als Nachfrager auftreten. Bei der *Beschaffung* eines gebrauchten Wagens hat aber der private Käufer zwei unterschiedliche Möglichkeiten. Er kann entscheiden, ob er vom Händler oder von Privat kauft. Das sind jedoch zwei verschiedene Märkte. Der Händler erwirtschaftet seine Spanne dadurch, daß er a) Ordnung und Übersicht in das Angebot an Gebrauchtwagen bringt, b) durch sein Fachwissen im Idealfall Vertrauen in die von ihm verkaufte und geprüfte Ware erzeugt und c) durch das gebündelte Angebot eine bequemere Auswahlmöglichkeit für den Kunden schafft, als dies etwa aufgrund von Kleinanzeigen aus der gesamten Region möglich ist. Der Kunde,

⁹ BGH NJW 1982, 433 (1000 km Fahrleistung oder 3000 km im ersten Monat nach Kauf); näher BGH NJW 1983, 2694; *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 14 m.N.

¹⁰ Natürlich kann es im Einzelfall Präferenzen geben, die sich auf den Preis auswirken, etwa der Kauf vom vertrauenswürdigen Bekannten oder günstige Anzahlungnahme beim Neuwagenkauf. Ansonsten wird der Verkäufer immer mindestens den Preis verlangen, den er beim Händler (bequemer) erreichen könnte, der Käufer wegen der größeren Unsicherheit nicht viel mehr bezahlen wollen.

der vom Händler kauft, nimmt also zusätzlich zum Produkt selbst eine Dienstleistung in Anspruch, die das Produkt verteuert und einen getrennten Markt schafft.

Das bedeutet: Der Begriff Wiederbeschaffungswert beschreibt aus Sicht des Endverbrauchers die Möglichkeit des Einkaufs von einem (seriösen) Gebrauchtwagenhändler. Der Begriff Zeitwert beschreibt dagegen den Wert bei Beschaffung von Privat (was gleichzeitig auch den Verkaufswert für Private festlegt). Bei der Frage des Wertes für eine Ersatzbeschaffung geht es also im Kern um die Frage der Marktwahl zwischen einem Kauf von Privat und einem Kauf vom Händler.

Das ist eine Frage der Marktstufe. Der Kauf vom Händler beschreibt den üblichen Verlauf der Handelskette. Die Besonderheit beim Kauf gebrauchter Kfz - und vieler anderer gebrauchter Güter - liegt hinsichtlich der Marktwahl darin, daß der Private unproblematisch auch Zugriff auf den Markt hat, auf dem der Handel selbst einkauft. Denn bei gebrauchten Gütern deckt sich auch der Handel beim Endverbraucher ein, wo aber jeder kaufen kann.

Es ist also nicht präzise, unter Hinweis auf Verkaufsstatistiken den Verkauf an Händler als "gewöhnlichen Geschäftsverkehr" und folglich den Händlereinkaufspreis allein als objektiven Wert der Sache zu definieren.¹¹ Denn weder der Kauf gebrauchter Sachen vom Endverbraucher noch der Kauf vom Händler sind in irgendeiner Weise unüblich. Vielmehr handelt es sich um Teilmärkte mit eigenen Preisverhältnissen, auf denen sich jeweils ein objektiver Wert ermitteln läßt. Da ein- und dieselbe Sache auf diesen Märkten einen unterschiedlichen objektiven Wert hat oder haben kann, muß eine Marktwahl nach rechtlichen Gesichtspunkten getroffen werden.

3. Ersatz des Wiederbeschaffungswertes als Folge der Marktwahl

Ist eine Sache zerstört worden, geht das Interesse des Geschädigten dahin, den Wert zur Anschaffung einer gleichwertigen Ersatzsache zu erhalten. Beschreibt man dieses Interesse als gedachtes Rechtsgeschäft, ist also von einem fiktiven Kauf des Geschädigten auszugehen, nicht von einem Verkauf. Damit ist die Frage nach dem zu ersetzenden Wert aber noch nicht beant-

¹¹ So aber *Giesen NJW 1979, 2065 (2069)*.

wortet. Da der Geschädigte, wenn er Endverbraucher ist, die Ware auf zwei verschiedenen Marktstufen erhalten kann, wie soeben dargelegt wurde, ist die Frage des objektiven Werts der Sache nur nach einer *Wertung* zu beantworten. Weder Wiederbeschaffungs- noch Zeitwert sind "der" objektive Wert des Kfz, sondern jeder der Werte ist ein objektiver Wert, bezogen auf einen bestimmten Teilmarkt. Es ist dann zu entscheiden, auf welchem Markt der Geschädigte sich die Ersatzsache - zum dortigen Verkehrswert - zu beschaffen hätte. Die Entscheidung zwischen Zeitwert und Wiederbeschaffungswert kann so präziser gestellt werden, nämlich als Entscheidung zwischen den (objektiven) Beschaffungswerten auf zwei verschiedenen Märkten, die dem Geschädigten zugänglich sind.

Diese Entscheidung als Abweichen von der "objektiven" Bewertung einer Ware hin zu einer subjektiven Betrachtung zu charakterisieren, wäre nicht korrekt.¹² Der auf jedem der Märkte zu bezahlende Preis kann objektiv ermittelt werden. Vielmehr ist die Rechtsfrage zu klären, auf welchem der zu Verfügung stehenden Märkte der gedachte Einkauf erfolgen soll.¹³ Diese Wertungsfrage ist von der Rechtsprechung dahin entschieden worden, daß der Kauf vom (seriösen) Händler Grundlage für die Wertfindung sein solle. Das Ergebnis läßt sich damit begründen, daß es dem Geschädigten nicht zumutbar wäre, die Unbequemlichkeit der Suche im privaten Markt und die Unsicherheit über den Zustand des zu kaufenden Ersatzfahrzeuges (oder sonstiger Waren) hinzunehmen.¹⁴ Es ist ein Grundgedanke des Schadensersatzes, daß der Geschädigte einen Weg zur Erlangung des Ersatzes einschlagen darf, der keine übermäßige Mühe macht: Zwar wird er für vertane Freizeit - auch bei der Abwicklung des Schadensfalls - nicht entschädigt¹⁵, doch muß er etwa bei einer Reparatur nicht die billigste ihm bekannte Werkstatt, sondern nur eine mit angemessenen Kosten, beauftragen.¹⁶ Er muß also erst recht nicht nach der billigsten Werkstatt suchen, um den Schädiger zu entlasten. Der Gedanke ist ebenfalls in der Variante anerkannt, daß eine Ersatzbeschaffung einer gebrauchten Sache unzumutbar sein kann, etwa wenn diese nur schwer zu finden sein wird¹⁷; dann darf sogar eine neue Sache unter Abzug neu für alt angeschafft werden. Dieser Gedanke der möglichst mühe-losen Ersatzbeschaffung läßt sich auch dahin übertragen, daß bereits bei der Marktwahl der

¹² So mißverständlich *Gottwald* S.133 unter Hinweis auf § 287 ZPO.

¹³ Hier zutreffend *Gottwald* S.123.

¹⁴ So ausdrücklich etwa BGH NJW 1982, 1864.

¹⁵ BGHZ 66, 112; 69, 36; 106, 32; *Palandt-Heinrichs* vor § 249 Rdnr. 38.

¹⁶ OLG Nürnberg, VersR 1968, 506; OLG Köln VersR 1969, 1006; *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr.18.

¹⁷ Statt aller *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 17 m.N.

Kauf vom Händler als zeitsparender Weg zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt der Aspekt der Sicherheit über den Zustand des ersatzweise anzuschaffenden Fahrzeugs.¹⁸

Die bestehende Rechtsprechung läßt sich mithin auch unter dem Gesichtspunkt der Marktwahl betrachten und begründen.

II. Marktwahl bei Marktstufen im allgemeinen

Es ist nun im nächsten Schritt zu untersuchen, ob die gefundenen Ergebnisse sich auch auf die Frage der Marktstufen allgemein übertragen lassen.

I. Schadensrecht

a. Grundfall

Auf verschiedenen Marktstufen hat eine Ware regelmäßig einen verschiedenen objektiven Wert. Je nachdem, auf welchem Markt das (fiktive) Ersatzgeschäft getätigt wird, ergeben sich verschiedene Werte. Wo das Ersatzgeschäft zu tätigen wäre, ist eine Wertungsfrage. Die Grundregel kann nur lauten: Das Geschäft ist auf dem Teilmarkt anzunehmen, wo der Geschädigte hinreichend sicher und bequem Ersatz erlangen kann. Daraus ergibt sich, daß bei Schäden je nach der Marktstufe, auf der sich der Geschädigte befindet, verschiedene Beträge als Wert zu ersetzen sind. Das Interesse des Geschädigten an der Sache kann bei objektiver Betrachtung nur dem Betrag entsprechen, der vernünftigerweise gerade in der Position des Geschädigten für das Gut angelegt werden kann.¹⁹ Für einen Großhändler ist die Ware regelmäßig weniger wert als für den Einzelhändler und für diesen weniger als für den Verbraucher, weil jeweils andere Bezugsquellen offenstehen. Dies muß berücksichtigt werden, weil sonst gegen den Grundgedanken, daß Schadensersatz dem Geschädigten Ausgleich, aber nicht Vorteil bringen soll, verstoßen würde.²⁰ Demgemäß ist auch die Differenzierung längst anerkannt,

¹⁸ Hier findet eine Typisierung dahin statt, daß es auf vorhandene subjektive Sicherheit über den Zustand des zerstörten Fahrzeugs zur Zeit des Unfalls nicht ankommt; auch wer ein ungepflegtes Fahrzeug hatte und befürchten mußte, bald von Pannen eingeholt zu werden, bekommt den Wert eines überprüften Fahrzeuges mit Garantie.

¹⁹ BGHZ 115, 364 (369).

²⁰ Palandt-Heinrichs vor § 249 Rdnr. 4.

daß die Höhe des Wiederbeschaffungswerts von der Handelsstufe abhängt, auf der sich der Geschädigte bewegt.²¹

Für den Verbraucher gilt also im Grundsatz der (Einzel-)Händlerpreis, für den Händler sein Einkaufspreis im Großhandel oder beim Hersteller.

b. Stufendurchbrechung

Es gibt aber auch Fälle, in denen jeder Verbraucher oder gerade der Geschädigte direkte Bezugsquellen unter Ausschaltung des Handels hat. Der vielleicht wichtigste Fall - Gebrauchtwagenhandel - ist bereits beschrieben. Jeder Verbraucher hat die Möglichkeit, dort einzukaufen, wo auch der Gebrauchtwagenhandel einkauft: bei anderen Privatleuten. Dennoch ist mit der Anerkennung des "Wiederbeschaffungswerts" der Markt zwischen Händler und Verbraucher als relevanter Markt für das gedachte Ersatzgeschäft des Verbrauchers und damit für die Wertermittlung definiert worden.

Es gibt weitere Beispiele einer solchen "Stufendurchbrechung". Immer verbreiteter wird der sogenannte Fabrikverkauf, bei dem der Hersteller an zentraler Stelle Waren ohne Zwischenschaltung des Handels direkt an den Verbraucher bringt, zu beiderseitigem Vorteil. Das gleiche Designerhemd etwa kann der Verbraucher dort deutlich preiswerter erstehen als im Laden, wo es aber weiterhin erhältlich ist.

Eine weitere Form des direkten Handels entwickelt sich derzeit im Internet, und man darf sicher sein, daß sich diese Form des Direktvertriebs rasant entwickeln wird. Erst kürzlich las man etwa, das Unternehmen Sony gewähre bei Käufen im Internet 15% Rabatt.²² Auch hier könnte der Verbraucher in Zukunft vermehrt die Wahl haben zwischen dem Einkauf auf zwei Teilmärkten, nämlich vom Handel oder direkt vom Hersteller.

²¹ BGH NJW 1965, 1756; OLG Schleswig VersR 1976, 1183; OLG Hamm NJW-RR 1990, 469; *Lange* § 6 XIV 5f dd; *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 9; *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 14; *Staudinger-Schiemann* § 251 Rdnr. 42.

²² FAZ v. 10.3.1998, S.21.

Schließlich ist auch das Problem des Werksrabatts hier einzuordnen. Entscheidend ist dabei die Tatsache, daß der Mitarbeiter nicht über den Handel einkaufen muß, sondern direkt auf den Einkaufsmarkt des Handels zugreifen kann, nämlich den Hersteller selbst.

In allen geschilderten Fällen stellt sich die Frage, ob der Geschädigte für seinen gedachten Ersatzkauf auf den "Sondermarkt" verwiesen werden kann und daher auch eine Geldentschädigung nur in geringerer Höhe erhält. Für den Ersatz gebrauchter Kfz ist die Entscheidung dahin gefallen, daß der Geschädigte die Leistung eines seriösen Händlers in Anspruch nehmen darf. Er muß nicht die - regelmäßig billigere - Möglichkeit eines Kaufs von Privat in Anspruch nehmen, muß also seinen direkten Zugang zum Einkaufsmarkt der Händler nicht nutzen.

aa. Werksrabatt

Dagegen liest man überwiegend, wenn der Geschädigte Werksrabatt erhalte, mindere dies seinen Ersatzanspruch.²³ Anders soll es lediglich dann sein, wenn der Anspruch auf Werksrabatt nur in bestimmten Zeitabständen oder Kontingenten besteht und zum Zeitpunkt des Schadensfalls erschöpft ist.²⁴ Die zu dieser Frage veröffentlichte und zitierte Rechtsprechung scheint dies zu bestätigen.²⁵ Auf den zweiten Blick sind die angeführten Urteile allerdings zu einer speziellen Regelung im Versicherungsrecht ergangen. § 13 Abs.9 AKB²⁶ sah vor, daß der Listenpreis bei Neuwagen nur ersetzt wurde, soweit die Verwendung der Entschädigung zur Wiederherstellung oder zur Wiederbeschaffung eines anderen Fahrzeuges innerhalb zwei Jahren nach Feststellung der Entschädigung sichergestellt war. Es kam mithin gerade auf die tatsächlich getätigte Aufwendung an, im Gegensatz zur sonst geltenden Dispositionsfreiheit. War diese tatsächliche Aufwendung wegen des Werksrabatts geringer, kam dies der Versicherung

²³ *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr.9; *Lange* § 6 IV 5f dd; *Soergel-Mertens* § 249 Rdnr. 82; zweifelnd *Staudinger-Medicus* (12. Aufl.) § 251 Rdnr. 43, der darauf hinweist, daß unter dem Gedanken der Vorteilsausgleichung diese Vergünstigung dem Schädiger nicht zugute kommen könne, auch noch *Staudinger-Schiemann* § 251 Rdnr. 42

²⁴ *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 9; *Staudinger-Schiemann* § 251 Rdnr. 42.

²⁵ BGH VersR 1975, 127; KG DAR 1973, 156; OLG Stuttgart VersR 1974, 374; enger OLG Stuttgart VersR 1990, 379: Berücksichtigung nur bei Rechtsanspruch auf Rabatt am Schadenstag.

²⁶ Bis AKB 88 (§ 13 Abs.10), nicht mehr in AKB 95.

nach der vertraglichen Absprache zugute. Aus dieser Sondersituation in der Kaskoversicherung auf das allgemeine Schadensrecht zu schließen, erscheint demgegenüber sehr problematisch.

Bei der Lösung der Problems läßt sich auch hier die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen es dem Geschädigten zumutbar ist, auf den ihm zugänglichen Händlereinkaufsmarkt zuzugreifen. Es ist ihm nicht zuzumuten, wenn es gute Gründe gibt, die Inanspruchnahme des Werksrabatts zu unterlassen. Es ist den genannten Stimmen²⁷ beizupflichten, daß die Anrechnung eines Werksrabatts nicht in Frage kommt, wenn dieser auf gewisse Zeit "verbraucht" ist. Denn der Geschädigte hat Anspruch auf sofortige volle Entschädigung dem Wert nach, so daß er direkt in die Lage versetzt wird, Ersatz zu erwerben. Aber auch darüber hinaus muß der Geschädigte nicht eigene Ansprüche zum Wohle des Schädigers aufgeben; da in der Regel der Anspruch auf Werksrabatt zeitlich und mengenmäßig rationiert ist, müßte der Geschädigte bei Inanspruchnahme seinen Anspruch ohne Nutzen für sich selbst verbrauchen und dann warten, bis der Anspruch neu entsteht. Wenn man bedenkt, daß die Möglichkeit, den mit Rabatt gekauften Wagen nach ein oder zwei Jahren auf dem gewöhnlichen Markt ohne Verlust abzusetzen, auch Geldwert bedeutet, ergibt sich die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme. Das wird besonders deutlich an Fällen, in denen der Geschädigte den Arbeitsplatz wechselt und letztmalig Anspruch hätte. Der relevante Markt ist daher auch bei Werksrabatt der Händlermarkt.²⁸ Allenfalls wenn der Werksrabatt unbeschränkt und jederzeit erhältlich ist und sonstige Nachteile gegenüber dem Kauf vom Händler nicht ersichtlich sind, kann diese Entscheidung anders ausfallen. Das dürfte jedenfalls bei Kfz kaum vorkommen.

bb. Fabrikverkauf

Es bleibt die Fallgruppe des sonstigen Einkaufs vom Hersteller, etwa über Formen des Direktverkaufs ab Fabrik. Diese Fälle ähneln denen des Werksrabatts, doch können regelmäßig alle Endverbraucher ohne zeitliche oder wesentliche mengenmäßige Begrenzung dort einkaufen. Bei der Beantwortung, ob dieser Markt in Anspruch genommen werden muß, kommt es zunächst nicht darauf an, wo die beschädigte Ware gekauft wurde, ob sie also aus Direktver-

²⁷ *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 9; *Staudinger-Schiemann* § 251 Rdnr. 42.

²⁸ Gegen Berücksichtigung des Werksrabatts auch OLG Stuttgart VersR 1986, 459.

kauf stammt. Solange es sich nach der Verkehrsauffassung um dieselbe Ware handelt²⁹, ist auch ihr objektiver Wert gleich. Denn es geht um Wiederbeschaffung einer identischen Sache, nicht darum, wie günstig der Geschädigte zuvor eingekauft hatte. Zu entscheiden ist vielmehr, ob die Inanspruchnahme des anderen Teilmarktes zumutbar ist. Regelmäßig ist der Einkauf ab Fabrik mit erheblichen Anfahrtkosten verbunden, und die Beratung reicht an die des Handels bewußt und gewollt nicht heran. Bei Versand eines Artikels entstehen oft Wartezeiten. Das entspricht dem Postulat des einfachen, sicheren und bequemen Ersatzes nicht. Aber auch, wenn im Einzelfall diese Nachteile einmal nicht auftreten würden, läßt sich für die Marktwahl auf die Üblichkeit des Kaufs im Handel abstellen. Solange sich nicht bestimmte andere Vertriebsformen für eine Ware durchgesetzt haben, darf der Käufer den Handel in Anspruch nehmen und ist der relevante Marktwert der Beschaffungswert im Einzelhandel.

Es läßt sich insgesamt festhalten: Erhält ein Endverbraucher Schadensersatz, ist der Markt zwischen Einzelhändler und Endverbraucher in der Regel auch dann relevant, wenn der Verbraucher Zugriff auf Märkte anderer Marktstufen hätte, es sei denn, der anderweitige Zugriff wäre für den Geschädigten ausnahmsweise nachteillos, weil ebenso bequem und sicher.

2. Bereicherungsrecht

Auch im Bereicherungsrecht muß die Tatsache verarbeitet werden, daß die Wirtschaft mehrstufig aufgebaut ist. Das hergestellte Produkt findet oft über mehrere Händlerebenen zum Verbraucher. Es ist daher zu prüfen, ob das Modell verschiedener objektiver Werte aus dem Schadensrecht auf § 818 Abs. 2 BGB übertragen werden kann.

Die Rechtsprechung hat auch speziell im Rahmen des Bereicherungsrecht den objektiven Wert definiert als "Wert, den die Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit für jedermann habe", wobei "persönliche Umstände" an und für sich außer Betracht blieben und die Bereicherung "aus rein gegenständlichen Fragen zu beurteilen" sei.³⁰ Das steht im Ansatzpunkt einer Differenzierung nach Marktstufen entgegen, denn zu deren Berücksichtigung müßte sich der

²⁹ Vgl. im einzelnen noch unten § 8.

³⁰ RGZ 147, 396 (398); BGHZ 5, 197 (200 f.); 82, 299 (304); BGH MDR 1960, 920; WM 1967, 1250 f.; WM 1977, 260.

Blick von "rein gegenständlichen" Fragen lösen und die beteiligten Personen individualisierend mit einbeziehen.

a. Berücksichtigung von Marktstufen

Zunächst ist zu fragen, ob die Wertungen des Schadensrechts übertragbar sind. Bisher wurde lediglich kurz auf die dortige Akzeptanz der Berücksichtigung von Händlerstufen hingewiesen.³¹ Begründet wird die Differenzierung des Schadens nach der Stufe des Geschädigten im Wirtschaftsnetz so: Der erforderliche Aufwand i.S. des § 249 S. 2 BGB sei zwar objektiv zu bestimmen, jedoch sei die besondere Lage des Geschädigten dabei zu berücksichtigen (sog. Subjektbezogenheit des Schadens).³² Es sei der Betrag zu ersetzen, den "ein verständiger und wirtschaftlich denkender Eigentümer in der besonderen Lage des Geschädigten zur Herstellung aufwenden würde", soweit dies zumutbar ist.³³

Das ist so formuliert ein speziell schadensrechtliche Ansatz, der sich im Bereicherungsrecht mit seinen unterschiedlichen Wertungen nicht ohne weiteres verfolgen läßt, und ebensowenig etwa bei der Kaskoversicherung, wo vom gemeinen Wert als grundsätzlich zu ersetzendem Betrag ausgegangen wird. Im zweiten Bereich hat der BGH die Frage entscheiden müssen und ist zu der Lösung gelangt, die Unterschiede bei der Preisbildung auf den verschiedenen Handelsstufen könnten bei der Bemessung des gemeinen Werts nicht unbeachtlich sein. Der gemeine Wert sei daher nicht der "Wert für jedermann", sondern der Wert für jedermann auf der entsprechenden Handelsstufe; die Definition des Reichsgerichts sei dahingehend zu verfeinern.³⁴

Beides, die schadensrechtliche Betrachtung und die Betrachtung des gemeinen Werts, liegen ohnedies sehr dicht beieinander. Sowohl der gemeine Wert als auch der zum Schadensausgleich erforderliche Aufwand sind im Ansatz objektiviert zu bestimmen. Der gemeine Wert ist ohnehin objektiv zu bestimmen, und im Schadensrecht erfolgt die Objektivierung über die

³¹ Oben bei Fußn. 21.

³² OLG Schleswig VersR 1976, 1183; OLG Hamm NJW-RR 1990, 468: nur Ersatz des Händlereinkaufspreises bei Schaden des Händlers; in BGH NJW 1965, 1756 wurde von vornherein nicht mehr verlangt.

³³ Allgemein BGHZ 54, 82 (85); 61, 346 (349); 115, 364 (369); BGH NJW 1972, 832 (833 li.Sp.); 1972, 1800; VersR 1975, 184 (185).

³⁴ BGH NJW 1984, 2165 (2166); auch das RG hatte das Problem bereits berührt: RGZ 97, 44 (48); 98, 150 ff.

Figur des "verständigen und wirtschaftlich denkenden Eigentümers". Bei marktgängigen Waren ist es für einen solchen nicht erforderlich, mehr anzulegen, als am Markt verlangt wird. In beiden Fällen wird demnach eine Berücksichtigung der Marktstufe erreicht, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung. Dieser Vergleich zeigt, daß es sich bei der Frage der Marktstufen letztlich nicht um ein schadensrechtliches Phänomen handelt, sondern um ein Problem der Wertermittlung schlechthin, dessen Lösung im Schadensrecht nur passend "eingekleidet" wird. Die Frage der Wahl zwischen Marktstufen bei der Ermittlung eines objektiven Wertes stellt sich in jedem Normkontext, auch im Bereicherungsrecht ist ihr nicht auszuweichen.

Die Marktstufe ist daher auch im Bereicherungsrecht bei der Bestimmung des objektiven Werts grundsätzlich zu berücksichtigen.³⁵

Das bedeutet zugleich, daß auch für das Bereicherungsrecht der Begriff des objektiven Wertes zu modifizieren ist. Die Ausdeutung der Wendung "Wert für jedermann" ist zu präzisieren. Dabei reicht es nicht vollständig aus, mit dem BGH³⁶ den Wert für "jedermann auf der gleichen Handelsstufe" ermitteln zu wollen. Denn erstens fehlt noch - für Zwischenhändler - die "Blickrichtung", denn diese sind auf zwei Märkten aktiv, ihrem Einkaufs- und ihrem Verkaufsmarkt. Zweitens kann man bei der Anerkennung der Marktstufe nicht stehenbleiben, weil damit der relevante Teilmarkt nicht vollständig definiert ist. Eine Individualisierung ist bezüglich aller Aspekte der Marktwahl notwendig. Das viel gebrauchte Kriterium "für jedermann" kann erst dann wieder Bedeutung gewinnen, wenn der relevante Markt individuell ermittelt ist.

³⁵ Offengelassen in BGH NJW 1984, 2165 (2166).

³⁶ BGH NJW 1984, 2165 (2166).

b. Wahl zwischen Marktstufen im Bereicherungsrecht

Da nach den soeben gemachten Ausführungen Marktstufen zu berücksichtigen sind, bleibt zu klären, zu welchen Ergebnissen das im Bereicherungsrecht führt. Diese Ergebnisse sind aus der Funktion des Bereicherungsrechts abzuleiten und nicht aus dem Schadensrecht zu übertragen. Beim Schadensersatz kommt es darauf an, dem Geschädigten die Möglichkeit zur Wiederbeschaffung zu geben; die Wertermittlung erfolgt also in Form eines fiktiven Kaufvorgangs mit dem Geschädigten in der Käuferposition. Für das Bereicherungsrecht gilt dieser Grundsatz nicht; vielmehr soll der Bereicherte das herausgeben, was er ohne Rechtsgrund erlangt hat.

Bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge stellt sich die Situation unkompliziert dar. Die Leistungsbeziehung, der (nichtige) Vertrag spielt sich auf einem bestimmten Markt ab; auf diesem Markt ist dann auch der objektive Wert zu bestimmen, der gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzen ist.³⁷ Die Bestimmung kann allenfalls dann einmal Schwierigkeiten machen, wenn die Beteiligten der Leistungsbeziehung unklar sind, so bei Irrtum über die Person des Leistenden³⁸; das ist aber keine Frage der Marktwahl an sich, sondern das Problem betrifft die Vorfrage der Bestimmung der Leistungsbeziehung.

In Fällen der Eingriffskondition gibt es einen Markt, den die Parteien selbst gewählt haben, nicht. Es muß daher der relevante Markt erst bestimmt werden. Die Rechtsprechung hat für Fälle des Gebrauchs und Verbrauchs fremder bzw. rechtsgrundlos erlangter Gegenstände die Formel aufgestellt, der Bereicherte müsse das bezahlen, was er bei Zugrundelegung des angemessenen Entgelts erspart habe.³⁹ Zwar ist die Konstruktion, erlangt i.S. des § 812 BGB sei die Ersparnis, auf berechtigte Kritik gestoßen⁴⁰, doch stellt sich im Ergebnis die Frage genauso, wenn man Genuß oder Nutzung selbst als Bereicherungsgegenstand ansieht. Denn dann ist deren Wert gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzen, weil eine Herausgabe in Natur nicht mehr

³⁷ Solche Fälle sind die Regel, vgl. etwa BGHZ 36, 321 (323); 37, 258 (264); 55, 128 (135) - übliche oder angemessene Vergütung für Dienstleistungen - ; BGH NJW 1982, 879 f. - Vergütung für genehmigte Planung eines anderen Architekten - .

³⁸ Dazu BGHZ 36, 30 ff.; 40, 272 ff.; Überblick über den Meinungsstand bei *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdnr. 687 f.

³⁹ RGZ 97, 310 (312); BGHZ 20, 270 (275); 55, 128 (135).

⁴⁰ Siehe etwa *Staudinger-W.Lorenz* § 818 Rdnr. 29; *Erman-Westermann* § 818 Rdnr. 17 f.

möglich ist. Im Rahmen der Wertbestimmung trägt der Gedanke der ersparten Aufwendungen die Erkenntnis in sich, daß bei der Marktwahl auf die Person des Bereicherten abzustellen ist. Erspart ist der Betrag, den der Bereicherte auf dem ihm zugänglichen Markt aufwenden müßte, also der dortige objektive Wert.

Beispiel: Auf dem Weg von der Brauerei zum Großhandel fällt ein Faß Bier vom LKW. E findet dieses und verbraucht es, indem er es bei der nächsten Feier ansticht. - Betrachtet man diesen Fall nur aus bereicherungsrechtlicher Sicht, ist Wert i.S. von § 818 Abs.2 BGB der Wert eines Fasses Bier für Verbraucher im Getränkeladen (Einzelhandel), auch wenn der Verkaufswert bei Verkauf an den Großhandel - mit diesem Wert war das Faß "unterwegs" - vielleicht nur 50% davon beträgt.

Bei der Ermittlung des objektiven Wertes ist schon deswegen auf den Markt zurückzugreifen, der dem Bereicherten zugänglich ist, weil nur so das Prinzip umzusetzen ist, daß der Bereicherungsausgleich nicht zu einer Schädigung des Bereicherten führen soll.⁴¹ Auch der "Bösgläubige", bei dem nicht mit § 818 Abs. 3 BGB korrigiert werden kann, braucht danach jedenfalls nicht mehr zu ersetzen, als der Bereicherungsgegenstand auf seinem Beschaffungsmarkt wert gewesen ist. Bei der Marktwahl ergibt sich dadurch ein deutlicher Unterschied zum Schadensrecht. Kommt es im Schadensrecht darauf an, zu welchem Preis der Geschädigte, also der Gläubiger, sich den Gegenstand auf "seinem" Markt wiederbeschaffen könnte, geht es im Bereicherungsrecht um den Bereicherungsschuldner und um den Markt, auf dem dieser sich die Sache ansonsten (rechtswirksam) hätte beschaffen müssen. Der Einwand, sich den Bereicherungsgegenstand sonst nicht geleistet zu haben, ist nach h.M. erst im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB relevant, die Beschaffung also für § 818 Abs. 2 BGB zu unterstellen. Das gedachte Rechtsgeschäft ist wie im Schadensrecht ein Kauf, aber aus einem anderen Grund. Dort geht es um Wiederbeschaffung, hier um die Bewertung eines Zuflusses zum Vermögen des Bereicherten. Die Bewertung ist durch Vergleich mit den Kosten einer rechtsbeständigen Beschaffung des Bereicherungsgegenstandes möglich. Sowohl für die Leistungs- als auch für

⁴¹ In BGHZ 55, 128 (134) als "Grundgedanke des Bereicherungsrechts" bezeichnet; vgl. auch *Soergel-Mühl* § 818 Rdnr. 30 f.; kritisch *Goetzke*, AcP 173 (1973), 289 (309 f.).

die Nichtleistungskondition kommt es mithin auf ein gedachtes Erwerbsgeschäft des Bereicherungsschuldners zum maßgeblichen Zeitpunkt an. Bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge stimmt dies mit dem Verkaufswert für den Bereicherungsgläubiger notwendig überein, weil es um denselben Markt geht. Ansonsten ist die hier vorgenommene Präzisierung auf ein Erwerbsgeschäft des Bereicherungsschuldners notwendig.

c. Exkurs: Marktstufe und Gewinnherausgabe in § 818 BGB

Ist ein Händler Bereicherungsschuldner, kommt es nach den bisherigen Ausführungen bei der Wertermittlung auf die Marktstufe an, auf der er sich befindet, und es kommt auf seinen Einkaufsmarkt an. Dieses Ergebnis weist auch für die bekannte Frage der Gewinnhaftung im Rahmen des § 818 BGB eine Richtung, ohne allerdings schlechthin ein bestimmtes Ergebnis zu fordern. Die Herausgabe eines Veräußerungsgewinns als Wertersatz wird nach wie vor überwiegend verneint.⁴² Eine starke Gegenansicht verweist auf die gleichartige Rechtslage bei § 816 BGB und § 281 BGB⁴³ und darauf, daß dem von Bereicherungsgläubiger zu tragenden Verlustrisiko auch die Chance auf Gewinn entsprechen müsse.⁴⁴ Die Frage kann hier nicht tiefgehend behandelt werden. Bei der Diskussion sollte aber ein Normalfall der Gewinnentstehung nicht aus dem Blick geraten, nämlich der des Warenhandels auf verschiedenen Marktstufen.

Beispiel: Ein Hersteller liefert in 100 Fällen einen Posten Ware an einen Großhändler. Dieser veräußert die Ware weiter mit der üblichen Händlerspanne an den Einzelhandel. 99 Verträge sind wirksam, ein Vertrag zwischen Hersteller und Großhändler erweist sich als nichtig.

Der relevante Wert ist nach dem hier Gesagten der Wert auf dem Einkaufsmarkt des Großhändlers, denn auf den Beschaffungsmarkt des Bereicherungsschuldners kommt es an. Wer im

⁴² RGZ 86, 343 (347); 101, 389 (391); BGHZ 112, 288 (294 f.); obiter dicta in BGHZ 75, 203 (206); 82, 299 (307 f.); *Staudinger-W. Lorenz* § 818 Rdnr. 27 f. m.N.

⁴³ *Erman-Westermann* § 818 Rdnr. 17 f.; *Esser/Weyers* S. 487 f.; *Koppensteiner/Kramer* S. 150 f.; *Jakobs* S. 72 f., 128; im Ergebnis - über § 818 Abs.1 - auch *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 35.

⁴⁴ *Koppensteiner* NJW 1971, 1769 (1771).

Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB einen anderen Wert ansetzen will, der den Gewinn des Bereicherten enthält, nämlich den Wert auf der Marktstufe zwischen Großhandel und Einzelhandel, muß für diese abweichende Marktwahl gute Gründe haben. Das Beispiel macht deutlich, daß der Großhändler nicht gerade durch den unwirksamen Erwerb besondere Gewinnchancen erhielt, sondern sie unabhängig von der Wirksamkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts bei ihm bestanden. Wer durchgängig eine Gewinnherausgabe befürwortet, muß diese Position auch anhand des Beispielsfalles einsichtig machen. Insgesamt ist die Forderung nach einer Gewinnherausgabe hier kaum einleuchtend.

3. Fundrecht

Bereits der Vergleich von Schadensrecht und Bereicherungsrecht hat gezeigt, daß die Marktwahl bei der Bewertung der Funktion der angewandten Norm folgt. Besonders deutlich wird diese Abhängigkeit der Marktwahl von wertenden Kriterien beim Fundrecht. Der oben geschilderte Fall soll einmal abgewandelt werden:

Beispiel: Der LKW verliert ein Faß Bier auf dem Weg von der Brauerei zum Großhändler. E findet dieses und bringt es zum Fundbüro, wo der Eigentümer ermittelt werden kann.

Die Berechnung des Finderlohns gestaltet sich schwierig. Zu ersetzen sind 5% des Wertes; gemeint ist der objektive Wert. Da eine Ware nicht einen einzigen objektiven Wert hat, ist der relevante Markt zu bestimmen. Einerseits ließe sich der Markt für Endverbraucher von Bier heranziehen, andererseits der Markt zwischen Hersteller und Großhändler, da sich das Gut bei Verlust auf dieser Marktstufe befand. Ohne weitere Wertung läßt sich eine Aussage in die eine oder andere Richtung aber nicht treffen. Die notwendige Wertung wiederum kann nur aus dem Verständnis des Fundrechts stammen, genauer aus dem Verständnis über Sinn und Zweck des Finderlohns.

Für die Bestimmung des relevanten Marktes aus Sicht des Finders könnte sprechen, daß dieser zur Meldung des Fundes motiviert werden soll.⁴⁵ Die Belohnung sollte sich dann am Wert ausrichten, den die Sache auf dem Markt des Finders hat. Aus der Sicht des Berechtigten wird

⁴⁵ Vgl. *Protokolle* III, S. 263. Dem entspricht die Verwirkung bei Verheimlichung des Fundes, § 971 Abs. 2 BGB.

dagegen der Finderlohn gezahlt, weil die Sache zurückgegeben ist und der Berechtigte sie wieder nutzen kann. Danach käme als Bezugspunkt für die Wertermittlung nur der Berechtigte in Frage. Beide Zwecke verfolgt der Finderlohn: Er soll Motivation zur Ehrlichkeit sein, ein gewisser pauschaler Ersatz für die Mühewaltung des Finders, aber eben auch Belohnung für die Wiedererlangung der Sache. Die letztere Wertung kehrt wieder in § 971 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach auch Finderlohn geschuldet ist, wenn die Sache nur für den Berechtigten einen Wert hat, für den Finder selbst aber nicht. Auch die Konstruktion der Anspruchsdurchsetzung spricht für die Dominanz des Gedankens, daß die Sicht des Berechtigten maßgeblich ist. Der Finderlohn soll grundsätzlich über das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden (§ 972 BGB). Nur bei tatsächlicher Abgabe an den Berechtigten ist er zu zahlen, und der Berechtigte kann sich auch nach Empfang der Sache von seiner Verbindlichkeit durch Rückgabe befreien (§ 1001 S. 2 BGB). Das rechtfertigt es insgesamt, bei der Marktwahl von der Sichtweise des Berechtigten auszugehen.⁴⁶ Der Berechtigte hatte die Sache verloren, so daß der Wert ihrer Auffindung und Herausgabe sich für ihn so darstellt, daß er den Neuerwerb einer entsprechenden Sache nicht vornehmen muß. Der Wert bestimmt sich demnach aus einer fiktiven Wiederbeschaffung durch den Berechtigten. Für den Beispielsfall heißt das, der Finderlohn berechnet sich (je nach Berechtigtem) aus dem Wert auf dem Markt zwischen Hersteller und Großhändler oder nach den Gestehungskosten des Herstellers.

4. Käufer- oder Verkäuferposition?

Die Berücksichtigung von Marktstufen bei der Bestimmung des objektiven Wertes macht es erforderlich, jeweils die maßgebliche Person im Schuldverhältnis zu bestimmen, aus deren "Blickwinkel" der relevante Markt bestimmt wird. Zusätzlich kann sich die Frage stellen, ob eine Einkaufs- oder Verkaufsposition maßgeblich ist bei der Marktwahl. Die Fragen sind bereits im Zusammenhang mitbehandelt, so daß hier nur eine Zusammenfassung erfolgen muß.

Die Unterscheidung nach Käufer- oder Verkäuferposition ergibt, ob das gedachte Rechtsgeschäft, das den relevanten Markt bestimmt, ein Erwerbsvorgang oder ein Veräußerungsvorgang sein soll. Eine Rolle spielt das nur dann, wenn sich ein Verkaufsvorgang auf einem anderen Markt abspielen würde als ein Erwerb, insbesondere auf einer anderen Marktstufe. Rele-

⁴⁶ Zu Konsequenzen - zwei verschiedene Wertbegriffe im Fundrecht - noch unten § 7 III.

vant wird das etwa bei Marktbestimmung aus Sicht eines Händlers, der Ware an- und wieder verkauft.

Im Schadensrecht kommt es auf einen gedachten Kauf des Geschädigten an, denn Sinn und Zweck des Schadensersatzes in Geld ist die Möglichkeit zur Wiederbeschaffung der zerstörten Sache. Im Bereicherungsrecht ist gleichfalls ein Kauf maßgeblich, aber aus Sicht des Bereicherungsschuldners, der sich den anderweitigen Erwerb eines Gegenstandes durch den rechtsgrundlosen Vermögenszufluß erspart hat. Im Fundrecht ist nach der hier getroffenen Wertung die Sicht des Berechtigten maßgeblich, der die Sache ohne die Rückgabe wiederbeschaffen müßte, wenn er stehen wollte wie vor dem Verlust. Das fiktive Rechtsgeschäft ist demnach ein Kauf aus Sicht des Berechtigten.

§ 6 Ort des Marktes

Die Preise für Waren können von Ort zu Ort unterschiedlich sein. Fährt man durch Deutschland oder Europa, sieht man verschiedene Benzinpreise. Lederwaren und Schuhe kauft man preiswerter in Italien; Kfz sind regelmäßig im benachbarten Ausland (Italien, Dänemark, Niederlande) billiger zu haben als in Deutschland, auch wenn es sich um deutsche Fabrikate handelt.¹ Was hierzulande nur Schrottwert hat², wird in Nigeria als gesuchter Gebrauchtwagen gehandelt. Arzneimittel kosten aufgrund der Preisgestaltung der Hersteller in jedem Land verschieden viel. Die Aufzählung ließe sich fortsetzen bis hin zu Unterschieden in der Lebenshaltung in verschiedenen Teilen Deutschlands oder zwischen Stadt und Land. Bestehen solche örtlich oder regional unterschiedlichen Teilmärkte, ist vor der Ermittlung des Wertes einer Ware die Festlegung notwendig, auf welchem Teilmarkt der hypothetische Kauf oder Verkauf stattfinden soll.

I. Schadensrecht

1. Grundsatz der Marktpräsenz

Im Schadensrecht soll der Wertbetrag den Geschädigten in den Stand versetzen, sich die Sache wiederzubeschaffen. Geht es um einen Nichterfüllungsschaden aus Vertrag, ist grundsätzlich dem Käufer der Schaden nach den Preisen am vorgesehenen Ablieferungsort der Ware zu ersetzen.³ Das entspricht der Regelung des § 376 Abs. 2 HGB.⁴ Außerhalb von Verträgen ist der Markt zu wählen, auf dem der Geschädigte normalerweise präsent ist.⁵ Das ist für eine Privatperson grundsätzlich die geographische Region um den Wohnort herum, weil dort in der Realität noch ohne Bequemlichkeitsverlust oder größeren Aufwand eingekauft werden könnte.

¹ Zum Kfz-Reimport siehe unten § 8 II.

² Nach Implementierung der neuen Vorschriften zur fachgerechten Entsorgung mit Nachweis dürfte der Wert von Altautos demnächst vielfach sogar negativ werden, siehe dazu noch § 13 III.

³ Aus der Rechtsprechung bereits ROHG 21, 247 (249); RGZ 6, 26 (27); *Keuk* S. 129; *MünchKomm-Emmerich* § 325 Rdnr. 106 f. unter Hinweis auf die gängige Praxis, dem Gläubiger ein Wahlrecht zu geben.

⁴ Ähnlich § 430 HGB a.F., anders aber jetzt § 429 Abs.2 S.1 HGB: Ort der Übernahme zum Transport.

⁵ So auch *Touissant* S.121. Das ist durchaus auch in der Praxis gängig. Bei Kosten von Reparaturen werden "mittlere ortsübliche Stundenverrechnungssätze" von Sachverständigen-Organisationen ermittelt, die nach Regionen aufgeschlüsselt sind, vgl. etwa OLG Hamm r+s 1996, 357. - Die Baupreisschätzung kennt neben gesamtdeutschen Durchschnittswerten - Preis pro Kubikmeter umbauten Raumes für bestimmte Objektarten - auch Zu- und Abschläge nach Regionen, die getrennt ermittelt und regelmäßig veröffentlicht werden.

Wie weit diese Region geographisch gezogen werden sollte, ist eine Frage des Einzelfalls und bestimmt sich danach, in welche Entfernung ein vernünftiger Geschädigter schauen würde. Regelmäßig kommt bei Endverbrauchern der eigene Wohnort in Betracht, nur in besonderen Fällen ein weiterer Umkreis, wenn das Angebot am Ort offensichtlich unzureichend ist.⁶

Die Wertung fällt bei Unternehmen schwerer, denn diese sind oftmals auf vielen lokalen Teilmärkten "präsent", nicht selten auch weltweit.⁷ Hat etwa ein weltweit tätiges Handelsunternehmen eine Ware aus Indien importiert, muß es sich im Fall der Zerstörung auf diesen Markt verweisen lassen, weil es dort "präsent" ist, also gerade dort die fraglichen Waren einzukaufen pflegt. Nach erfolgtem Import ist die Ware allerdings mehr wert als den dortigen Einkaufspreis, weil die Kosten für Transport, Verpackung und Zoll auf sie verwendet worden sind. Um eine in Deutschland zerstörte Ware am Platz zu ersetzen, sind auch diese Kosten notwendig. Die eigene Handelsspanne erhält das Unternehmen nur über § 252 BGB, nicht aber als Wertersatz. Die genaue Abgrenzung zum eigentlichen Sachwert ist deswegen notwendig, weil ganz ähnliche Konstellationen auch im Bereicherungsrecht entstehen können.

Für die "Präsenz" auf einem Markt reicht es nicht aus, dort einmal eingekauft zu haben. Wer im Urlaub eine Lederjacke für 300 DM ersteht, die in vergleichbarer Qualität in der Heimat 700 DM kostet, braucht sich mit einem Geldersatz auf Basis eines Neuwertes von 300 DM nicht zufriedenzugeben. Die Jacke hatte zwar - im türkischen oder italienischen Markt - einen objektiven Wert von 300 DM. Es kommt aber gar nicht darauf an, wo die beschädigte Sache gekauft worden ist, sondern wo die (fiktive) Ersatzbeschaffung vorzunehmen wäre. Günstiger Einkauf sowie Wegfall gesonderter Transportkosten (Urlaub) und vorteilhafte Zollregeln haben es dem Käufer ermöglicht, eine am hiesigen Markt wertvollere Ware preiswert an den Heimatort zu bringen. Das heißt aber nicht, daß der Geschädigte bei der Neubeschaffung diese Möglichkeit in bequemer und sicherer Weise wieder hätte; anders kann dies nur in Ausnahmefällen sein,

⁶ Für die Anmietung eines Ersatzwagens z.B.: LG Kempten DAR 1993, 434; AG Arnsberg ZfS 1995, 454: Nur am eigenen Ort. - Bei nur einem Unternehmen am Ort ohne Langzeitrabatt auch überregional, OLG Düsseldorf VersR 1996, 988.

⁷ Die Präsenz kann auch je nach benötigter Ware unterschiedlich sein. Ein Unternehmen kann Ware oder Rohstoffe weltweit einkaufen, Betriebsmittel aber nur regional.

wenn etwa ein Pilot bestimmte Städte allwöchentlich anfliegt. Im Fall des Neuwertersatzes der Lederjacke hat der Geschädigte also 700 DM zu bekommen.

2. Ortswechsel

Fraglich ist die Marktauswahl, wenn der Geschädigte nach dem Schadensfall den Wohnort wechselt. Nach dem Grundansatz ist der Wert der zerstörten Sache auf dem Markt zu ersetzen, auf dem der Geschädigte präsent ist. Da es nach überwiegender Auffassung auf den Zeitpunkt des Schadensausgleichs für die Bewertung ankommen soll, wären die Verhältnisse am neuen Wohnort maßgeblich. Die Frage kann erhebliche Auswirkungen haben; beispielsweise kostet ein Mittelklassewagen in Singapur durch Zölle und besondere Steuern so viel wie ein Wagen der Oberklasse hierzulande, also das Doppelte. Grundsätzlich ist dieser höhere Wert in Ansatz zu bringen. Im Ergebnis kann dies aber nur dann gelten, wenn ohne Schadensfall mit der Überführung des Kfz an den neuen Wohnort und mit der Weiternutzung keine besonderen Kosten verbunden gewesen wären. Im eben angeführten Beispiel hätte ohne den Schadensfall der Geschädigte ein Kfz in Deutschland gehabt, das erst mit erheblichen Kosten (Transport, Zoll usw.) für den Einsatz in Singapur hätte tauglich gemacht werden müssen. Berücksichtigt man das nicht, hätte der Geschädigte einen Vorteil durch den Schadensfall, was unbillig wäre.

Eine Korrektur kann entweder dadurch erfolgen, daß man den Geschädigten gegen den Grundsatz auf den Markt des "Standorts der Sache" zur Zeit des Schadensfalles verweist. Oder aber man folgt dem Grundsatz und ersetzt den Wert "vor Ort", rechnet aber die ersparten Kosten im Wege der Vorteilsausgleichung an. Der zweite Weg ist vorzuziehen, weil er zunächst dogmatisch klarer ist und den Geschädigten nicht - auch nicht fiktiv - auf einen Markt für die Wiederbeschaffung verweist, zu dem er nur noch erschwert Zugang hat. Vor allem muß keine Abgrenzung getroffen werden, ab welchen Kostenunterschieden vom Grundsatz des "Wertes am Wohnort" abzuweichen ist. Die Vorteilsausgleichung läßt sich hier flexibler handhaben.⁸

⁸ Vgl. zur Vorteilsausgleichung etwa *MüchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 93-112c m.w.N.

II. Bereicherungsrecht und Fundrecht

Im *Bereicherungsrecht* stellen sich die Fragen in ähnlicher Weise. Nur ist für die Wahl des relevanten Marktes auf die Umstände des Bereicherten abzustellen, wie sich aus den bereits angestellten Zweckbetrachtungen⁹ ergibt. Will man ermitteln, welchen Wert der Bereicherungsgegenstand hat, ist der örtliche Teilmarkt zugrunde zu legen, auf den der Schuldner zum maßgeblichen Zeitpunkt Zugriff hat und daher mit Wahrscheinlichkeit eine eigene Beschaffung getätigt hätte. Das ist bei Bereicherungsansprüchen, denen ein Vertrag zugrundeliegt, der Vertragsmarkt. Während im Schadensrecht ein (fiktiver) Kauf des Geschädigten angenommen wird und demzufolge wertend nach der Zumutbarkeit der Inanspruchnahme eines bestimmten Marktes gefragt werden kann, kommt es im Bereicherungsrecht darauf an, wo ein anderweitiger Einkauf vom Bereicherten wahrscheinlich getätigt worden wäre.

Da es zeitlich für die Ermittlung des Wertes nach überwiegender Ansicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Bereicherung bzw. des Wertanspruchs ankommt¹⁰, entsteht das oben geschilderte Problem des nachträglichen Ortswechsels nicht. Wohl aber ist zu fragen, ob bei nichtigem Rechtsgeschäft auf einem nur ausnahmsweise erreichbaren Markt dieser maßgeblich für die Wertbestimmung ist. Kauft beispielsweise ein Ehepaar im Türkei-Urlaub einen teuren Teppich und muß das Geschäft rückabgewickelt werden, ist bei Unmöglichkeit der Rückgabe des Teppichs zu prüfen, ob der Wert in Deutschland oder in der Türkei zu ermitteln ist. Richtigerweise ist der Wert in der Türkei maßgeblich, denn der Wert zum Zeitpunkt des Eintritts der Bereicherung ist an den objektiven Kosten einer sofortigen wirksamen Beschaffung zu messen; diese hätte wie das nichtige Geschäft vor Ort stattgefunden. Das entspricht der Erkenntnis, daß bei vertraglichen Beziehungen zwischen den Bereicherungsparteien der Wert auf dem Markt in allen seinen Ausprägungen zu ermitteln ist, auf dem sich die Parteien getroffen haben. Für die Eingriffskondition gilt ebenfalls das Prinzip des Marktzugriffs zur Zeit der Bereicherung: Wer unberechtigt (gutgläubig) Sachen gebraucht oder verbraucht, hatte Bedarf an Nutzungen oder Verbrauch "vor Ort", ein fiktives Ersatzgeschäft bei Erkenntnis der Rechtsgrundlosigkeit hätte ebenfalls dort stattgefunden.

⁹ Siehe oben § 5 II 2.

¹⁰ Im einzelnen unten § 7 II.

Im *Fundrecht* läßt sich wiederum die Wertungsfrage aufzeigen, die der Wertermittlung vorausgeht. Denkbar wäre ein Abstellen auf den Wert am Fundort, den Wert auf dem für den Finder zugänglichen Markt oder auf dem für den Berechtigten zugänglichen Markt, je nachdem, wie man die Kompensation durch Finderlohn versteht. Nach der bereits oben verfolgten Auffassung¹¹ wird der Finderlohn vom Wert auf dem Markt bestimmt, auf dem sich der Berechtigte die Ware hätte wiederbeschaffen müssen. Auf diese Weise wird am besten dem Zweck gedient, den Finder auch dann zur Abgabe zu veranlassen, wenn die Sache für ihn selbst nur geringen Wert hat. Außerdem bietet sich so die Gewähr, daß der Empfangsberechtigte nicht u.U. überproportional hohem Finderlohn ausgesetzt ist, sondern es bei 5% des objektiven Wertes aus seiner Sicht, also von den objektiven Gestehungskosten auf seinem Wiederbeschaffungsmarkt, bleibt.

¹¹ Siehe oben § 5 II 3.

§ 7 Zeitpunkt der Wertermittlung

Der Wert einer Sache kann im Verlauf eines Zeitraumes schwanken. Um einen bestimmten Wert ermitteln zu können, ist stets die Angabe des relevanten Zeitpunktes erforderlich, da jede Wertbestimmung notwendig nur eine Momentaufnahme sein kann. Wenn der maßgebliche Zeitpunkt in der Norm selbst nicht angegeben ist, kommen mehrere Zeitpunkte in Betracht. Typischerweise sind das z.B. einerseits der Zeitpunkt, zu dem der Anspruch entsteht, andererseits der Zeitpunkt seiner Erfüllung.

Es ist Definitionsfrage, ob man die zeitliche Dimension als Frage der Marktwahl versteht oder als gesonderten Faktor, nach dem sich der objektive Wert auf einem gegebenen Markt wandelt. Jedenfalls stellen sich dieselben Probleme wie bei den übrigen Faktoren der Marktwahl: Die rechtlich richtige Bestimmung der Wertermittlung als Momentaufnahme gelingt nur, wenn alle Faktoren zutreffend vorgegeben sind. Die Darstellung der Marktwahl wäre ohne die Frage nach dem Zeitpunkt daher unvollständig.

I. Schadensrecht

§ 251 BGB sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung des Gläubigers in Geld vor. Ist ein Gut problemlos auf dem Markt erhältlich, darf diese Geldentschädigung mit dem Wert der Sache (Wiederbeschaffungswert) gleichgesetzt werden.¹

Der Zeitablauf seit dem Schadensereignis spielt auf zwei verschiedene Weisen eine Rolle.² Zunächst können Schadensfolgen aus dem Ereignis noch nach langer Zeit entstehen. Wie man dann, besonders im Fall eines Rechtsstreits, mit Spätfolgen und zukünftigen Folgen umgeht, ist eine Frage, die hier nicht zu behandeln ist. Denn die Höhe des Schadensersatzes ändert sich hier durch hinzutretende oder wegfallende Positionen.

Der Zeitablauf ist aber auch wichtig, weil sich die Preisverhältnisse mit der Zeit ändern. Die Preise für ein bestimmtes Gut steigen oder fallen. Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt die

¹ So auch *Meincke* S. 19 f.

² *Bender* S. 158 ff. unter Bezug auf *Oertmann ZfHWiss* und *Hprax* 1918, 218 (219).

Bewertung stattfindet, fällt der bezifferte Schadensersatz dann höher oder niedriger aus, obwohl der reale Schaden sich nicht ändert. Die Verpflichtung des Schädigers zum Geldersatz bedeutet juristisch eine Geldwertschuld.³ Die Höhe der Zahlungsverpflichtung steht dabei noch nicht fest, sondern muß erst durch eine Wertberechnung ermittelt werden.⁴ Dafür benötigt man in jedem Rechts- und Wirtschaftssystem, das Preisschwankungen zuläßt, einen Stichtag.

1. Maßgeblichkeit des Erfüllungszeitpunkts

Im Schadensrecht soll dieser Bewertungszeitpunkt nach herrschender Ansicht der Moment der Erfüllung sein.⁵ Bis dahin sind Schwankungen im Wert erheblich. Prozessual kann in aller Regel nur die Wertentwicklung bis zur letzten mündlichen Verhandlung berücksichtigt werden, weil weder der Erfüllungszeitpunkt noch die künftige Wertentwicklung bekannt sind. Die prozessuale Einschränkung ist nach vorherrschender Ansicht von der materiell-rechtlichen Frage zu trennen.⁶ Im Prinzip soll es möglich sein, durch weiteres Urteil spätere Wertschwankungen bis zur Erfüllung noch einzubeziehen.⁷ Von dem Prinzip der Maßgeblichkeit der Preisverhältnisse bei Erfüllung werden Ausnahmen gemacht. §§ 430, 611 HGB etwa schreiben die Bemessung des Ersatzes nach dem Zeitpunkt der geschuldeten Ablieferung der Sache vor.⁸ Eine Abweichung ergibt sich auch durch die sogenannte abstrakte Schadensberechnung bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dafür gilt jedenfalls ein früherer Zeitpunkt als der Zeitpunkt der Erfüllung der Schadensersatzforderung, nämlich je nach vertretener Ansicht der Wert im Zeitpunkt der Fälligkeit der Lieferverpflichtung, des Verzugesintritts oder des Ablaufs der Nachfrist.⁹ Auch bei der Errechnung eines etwaigen merkantilen Minderwerts gilt ein

³ *Staudinger-K.Schmidt* Vorbem § 244 Rdnr. D 55; *von Maydell*, Geldschuld S. 325.

⁴ So *Staudinger-K.Schmidt* Vorbem § 244 Rdnr. D 46.

⁵ BGH NJW 1980, 1742; BGH WM 1988, 1837 (1838); *Lange* § 1 IV 2a) m.w.N.; *Jauernig-Teichmann* vor § 249 Anm. 2; *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 126; *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50.

⁶ vgl. etwa *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 126.

⁷ *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 126; für "wesentliche" Schwankungen ebenso *Staudinger-Medicus* (12. Aufl.) § 249 Rdnr. 240; ferner *Lange* § 1 IV 2b). Anders für Zinsforderung BGHZ 100, 211 ff., da es sich um eine Prognoseentscheidung handele; dazu wiederum *Schultz AcP* 191 (1991), 433 (455 ff.). Es ist sehr fraglich, ob überhaupt der Wille zu einer Prognose beim Urteilsspruch besteht.

⁸ Eine ähnliche Vorschrift im BGB - § 240 des ersten Entwurfs - wurde gestrichen, was nach historischer Auslegung die handelsrechtlichen Normen zu Ausnahmen machen dürfte, vgl. *Mugdan* Materialien Bd. 2, Neudruck 1979, VIII S.27; s. auch *MünchKomm-Emmerich* § 325 Rdnr. 103 ff.

⁹ Vgl. nur *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50 m.w.N.

anderer Zeitpunkt, nämlich der Zeitpunkt der Beschädigung bzw. der Ingebrauchnahme nach Reparatur.¹⁰ Daß der Geschädigte den Wagen stetig weiterbenutzt und der merkantile Minderwert dadurch schrumpft, wird nicht berücksichtigt.

Das Problem schwankender Preise zwischen Schadens- und Erfüllungszeitpunkt wird über allgemeine Grundsätze gelöst, ohne den maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung zu ändern. Ein Preisverfall ab dem Zeitpunkt der Schädigung bewirkt grundsätzlich, daß der zu ersetzende Schaden schrumpft. Der Gläubiger kann dagegen vorbringen, er hätte rechtzeitig verkauft (§ 252 S.2 BGB)¹¹, aber auch, bei sofortiger Ersatzleistung hätte er den Preisverfall abwarten und selbst beim Neukauf profitieren können (Verzugsschaden).¹²

2. Abweichende Auffassungen

a. Kein endgültiger Zeitpunkt der Wertermittlung

Es ist weitergehend vertreten worden¹³, auch der Erfüllung des Anspruchs komme keine fixierende Wirkung zu. Jedenfalls dann, wenn die zerstörte Sache nicht ohne weiteres am Markt erhältlich sei, könnten Zahlungen nur den gegenwärtig entstandenen Schaden ausgleichen, die Weiterentwicklung aber nicht aufhalten. Bei gängigen Waren müsse sich der Gläubiger allerdings entgegenhalten lassen, den erhaltenen Betrag nicht sofort eingesetzt zu haben, so daß Teuerung zu seinen Lasten gehe.¹⁴ Diese Auffassung ist entschieden unpraktikabel, weil insbesondere bei wechselhaftem Markt ein ewiges Band zwischen den Parteien mit Nachschuß- und Rückerstattungspflichten geschaffen würde.¹⁵ Außer durch Vergleich kämen die Parteien gar nicht auseinander. Auch dogmatisch ist die Figur eines nicht endgültig erfüllbaren Ersatzanspruches zweifelhaft; § 362 BGB sieht nur die endgültige Erfüllung vor, nicht aber eine Kategorie der "derzeitigen oder vorläufigen Erfüllung". Schließlich kommt bei nicht oder schwer

¹⁰ Für ersteres OLG Stuttgart VersR 1961, 912, für letzteres BGH NJW 1967, 552.

¹¹ *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 125; *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50; RG DJ 1940, 1014.

¹² *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 125; *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50 in Fußn. 29; *Lange* § 1 IV 2 a)

¹³ *Schultz* AcP 191 (1991), 433 ff.

¹⁴ Ebd. 447.

¹⁵ *Schultz* sinnt dementsprechend alsbald selbst über prozessuale Grenzen nach, ebd. 461.

beschaffbarem Ersatz bereits im Grunde nicht ohne weiteres eine Wertersatzpflicht in Geld in Betracht.¹⁶ Daher bringt dieser Ansatz keine Verbesserung.¹⁷

b. Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Schadenseintritts

Eine andere Möglichkeit, den Zeitpunkt der Wertermittlung zu bestimmen, besteht darin, den Zeitpunkt des Schadenseintritts zu wählen. Der Grundgedanke leuchtet ein: Die Wiederherstellungspflicht des Schädigers würde idealerweise sofort nach der Schädigung erfüllt. Langwierige Prüfungs- und Gerichtsverfahren sind dem Schadensersatzanspruch nicht immanent.¹⁸ Der Schaden tritt ein, indem eine bestimmte Sache aus dem Vermögen des Geschädigten entfernt wird; die entstehende Geldwertschuld wird direkt in eine Geldsummenschuld umgewandelt, den sich ergebenden Betrag hat der Schädiger zu ersetzen. Verspätet er sich, zahlt er (Verzugs-)Zinsen. Steigende Preise lassen sich ebenfalls über Verzug erfassen. Fallende Preise interessieren hingegen nicht.

Dieser Zeitpunkt der Schadensberechnung hätte gewisse Vorteile. Jede Spekulation auf Kosten des Geschädigten würde verhindert.¹⁹ Etwa müßte bei Maßgeblichkeit des Erfüllungszeitpunktes ein Schädiger, der eine Computeranlage zerstört hat, das Verfahren nur einige Jahre betreiben, um den Schaden vollständig verschwinden zu lassen, so schnell fallen in diesem Markt die Preise. Dies ist eine Möglichkeit, die sich bei Bewertung zum Schädigungszeitpunkt nicht bietet. Ein weiterer Vorteil wäre, daß problemlos ab dem Schädigungszeitpunkt Zinsen ausgeworfen werden könnten. Es ist zwar im Prinzip anerkannt, daß auch Geldwertschulden zu verzinsen sind.²⁰ Solche Zinsen sind ohne feststehende Hauptsumme aber gar nicht auszurechnen. Wer den Gegenwert eines VW Golf schuldet, schuldet ein Jahr später z.B. 104% des Gegenwerts. Ausrechnen kann man aber die Zinsen als Betrag erst bei Festlegung der geschuldeten Hauptsumme, also nach h.M. zur Zeit der Erfüllung. Das hieße, es würden

¹⁶ Vgl. zum parallelen Problem des Notmarkts vorerst nur *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 5.

¹⁷ Es mag allerdings Einzelfälle geben, in denen bereits in der kürzestmöglichen Zeit zwischen Erhalt der Ersatzsumme und Nachkauf sich große Wertveränderungen ergeben, etwa durch Börsenturbulenzen. Hier könnte man - insoweit trägt der Gedanke von *Schultz* - mit Treu und Glauben aushelfen; ähnlich *Staudinger-Schiemann* vor § 249 Rdnr. 82.

¹⁸ So auch *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50.

¹⁹ Gegen Spekulationsmöglichkeit etwa *Bender* S. 165 ff.

²⁰ BGH NJW 1965, 392 (zu § 849 BGB); *Staudinger-K.Schmidt* Vorbem § 244 Rdnr. C 18; *Staudinger-Löwisch* § 288 Rdnr. 5 und § 290 Rdnr. 3.

sodann Zinsen für die Vergangenheit aus einem Wert geschuldet, der für diesen zurückliegenden Zeitraum womöglich noch gar nicht galt..

Eine Bewertung nach dem Schadenszeitpunkt wird auch sporadisch in der Praxis vorgenommen.²¹ Die Literatur versucht teils eine differenzierende Betrachtung. Etwa geht *Mertens* davon aus, die Wertermittlung zur Zeit des Schadensausgleichs sei nur der Normalfall, von dem unter speziellen schadensrechtlichen Wertungen - die allerdings noch im Dunkeln lägen - abgewichen werden könne.²²

3. Diskussion

Da es für diese Untersuchung vor allem auf die vergleichende Darstellung der Zeitpunktfrage in den verschiedenen Wertersatznormen ankommt, kann nur eine kurze Bewertung geleistet werden. Am Zeitpunkt der Erfüllung für die Schadensbewertung sollte trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten festgehalten werden. Grundsätzlich spricht für den Erfüllungszeitpunkt, daß Ermittlungen über vergangene Wertverhältnisse vermieden werden. Auch ist der Zeitpunkt der Erfüllung - anders als der Zeitpunkt des Schadenseintritts, etwa bei schleichender Schädigung - stets eindeutig.²³ Vor allem entspricht diese Auffassung den allgemeinen Regeln über Geldwertschulden. Auch die "Ausnahme" der abstrakten Schadensberechnung paßt sich ein: Die Vertragsparteien haben hier durch Vereinbarung des Erfüllungszeitpunktes vertraglich festgelegt, zu welchem Zeitpunkt der Sachwert dem Käufer zufließen sollte. Dadurch wird mittelbar auch der maßgebliche Zeitpunkt der Bewertung bestimmt, während etwa bei Zerstörung einer Sache dieser Vereinbarungscharakter fehlt. Es wäre zu überlegen, ob dieser Vereinbarungsgedanke nicht auf jeden Schadensersatz wegen Nichterfüllung zutrifft, wenn es um den Wert der

²¹ Aus neuerer Zeit v.a. BGH NJW 1984, 2570; kritisch dazu *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 125 in Fußn. 369.

²² *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50 unter Bezug auf BGH NJW 1978, 262 (263 f.); ähnlich *Lange* § 1 IV 2a).

²³ *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 50. Das Bereicherungsrecht freilich muß sich solchen Problemen stellen, s. noch unten § 7 II. Ein schlagendes Argument liegt hierin also nicht.

geschuldeten Leistung selbst geht, ob er also über den Bereich des Handels hinaus ausgedehnt werden kann.²⁴

Es ist festzuhalten: Im Schadensrecht gilt grundsätzlich der Zeitpunkt der Erfüllung zur Wertbestimmung. Der hypothetische Nachkauf des Geschädigten ist auf den Zeitpunkt zu legen, zu dem er vom Schädiger das Geld dazu in Händen hat.

II. Bereicherungsrecht

Im Bereicherungsrecht wird ebenfalls die Auffassung vertreten, für den Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB und die Bewertung komme es auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an.²⁵ Das entspräche der vorherrschenden Auffassung im Schadensrecht, jedenfalls prozessual. Diese Interpretation ist aber vereinzelt geblieben. Überwiegend gehen Rechtsprechung und Lehre davon aus, daß der Zeitpunkt der Entstehung des Kondiktionsanspruches maßgeblich sei.²⁶ Andere stellen auf den Zeitpunkt ab, in dem der Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB entsteht, also erst auf den Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur.²⁷ Einen Unterschied macht das vor allem für die Fälle, in denen die rechtsgrundlos erlangte Sache nach einer Weile weiterveräußert wird. Eine zwischenzeitliche Wertsteigerung, so das stärkste Argument der zweiten Ansicht, dürfe nicht dem Bereicherungsschuldner zugute kommen, da dieser bis zur Minute der Veräußerung den bereits höherwertigen Gegenstand in natura herausgeben mußte.

²⁴ Enge Auffassung in BGH NJW 1980, 1742: Wird eine Verpflichtung zur Grundstücksübergabe nicht erfüllt, kann für die Bewertung nicht allein deshalb auf den Zeitpunkt der feststehenden Nichterfüllung abgestellt werden, um der Unsicherheit auszuweichen, ob der Gläubiger bei Erfüllung das Grundstück frühzeitig weiterveräußert hätte.

²⁵ *Esser-Weyers* § 51 I 3b); *Koppensteiner/Kramer*, S.175 ff (178).

²⁶ RGZ 101, 389 (391); 119, 332 (336); BGHZ 5, 197 (201); BGH NJW 1963, 1299 (1301); *Diederichsen* Jura 1970, 378 (397); *Palandt-Thomas* § 818 Rdnr. 26; *RGRK-Heimann-Trosien* § 818 Rdnr. 19; *Staudinger-Gursky* § 951 Rdnr. 31; *Wilburg* AcP 163 (1964), 346 (352).

²⁷ *Erman-H.P. Westermann* § 818 Rdnr. 21; *Furtner* MDR 1961, 649 (650); *Koppensteiner* NJW 1971, 588 (591); *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 42; *Pinger* MDR 1972, 101 (188).

Eine weitere Ausnahme läßt sich für die Fälle des Bauens auf fremdem Grund denken. Die Praxis ermittelt auch hier den Wertsteigerung des Grundstücks zur Zeit des Einbaues²⁸; und in den Fällen einer Zweckverfehlung nach dem Zeitpunkt, da die Zweckverfehlung feststeht²⁹, weil dann der Bereicherungsanspruch entsteht. Weil hier allein aufgrund der Wertung des § 946 BGB, den Gegenstand dinglich im Vermögen des Grundeigentümers zu belassen, ein Anspruch entsteht, wird verschiedentlich eine Korrektur für angezeigt gehalten.³⁰ Vor der Erfüllung des Wertersatzanspruchs stehe schuldrechtlich das Erlangte noch dem Gläubiger zu, inklusive Wertveränderungen. Die Richtigkeit dieser Prämisse ist bestritten.³¹ In der Tat spricht der Wortlaut der §§ 946, 951 BGB dafür, daß Rechtsverlust und Entschädigung für diesen Verlust wie ein "Zwangskauf zum gemeinen Wert" im Zeitpunkt der Eigentumsänderung gedacht sind.³² Daher geht die h.M. mit Recht davon aus, die Zuweisung des Eigentums impliziere die darin enthaltenen Verwertungschancen.³³

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß jedenfalls abweichend vom Schadensrecht im Bereicherungsrecht für die Wertermittlung ein anderer Zeitpunkt maßgeblich ist, wenn man jeweils der überwiegenden und in der Praxis angewandten Methode folgt.

III. Fundrecht

Der nach § 971 BGB geschuldete Finderlohn beträgt zwischen 3% und 5% des Sachwerts. Auch hier kann der Zeitpunkt eine gewichtige Rolle spielen. Der Wert etwa eines aufgefundenen Laptop-Computers oder eines Koffers voller Dollarnoten kann zwischen Verlustdatum, Funddatum und Herausgabetag sehr verschieden sein. Die Frage des Zeitpunkts für die Wert-

²⁸ BGH NJW 1962, 2293; BGH WM 1963, 1066 (1068); BGH WM 1973, 71; aus praktischen Gründen wird einheitlich auf die Fertigstellung des Bauwerks abgestellt. Zustimmend *RGRK-Heimann-Trosien* § 818 Rdnr. 19; ausführlich *Staudinger-Gursky* § 951 Rdnr. 31, der selbst konsequent auf den Zeitpunkt des Einbaues abstellt.

²⁹ BGHZ 35, 356 ff.; BGH NJW 1970, 136 (137); BGH WM 1961, 700; *RGRK-Heimann-Trosien* § 818 Rdnr. 18; *Staudinger-W. Lorenz* § 818 Rdnr. 31.

³⁰ *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 45; vgl. auch *Koppensteiner/Kramer* S.178, die daraus die Regel ableiten wollen.

³¹ Etwa *Staudinger-Gursky* § 951 Rdnr. 31.

³² Zu entschädigen ist nach dem Wortlaut zwar der "Rechtsverlust", jedoch ist die Bereicherung beim Gläubiger auf die Wertsteigerung seines Grundstücks begrenzt; so auch *Jauernig-Schlechtriem* § 818 Anm. 5b).

³³ So etwa *Staudinger-Gursky* § 951 Rdnr. 31; *Staudinger-K.Schmidt* Vorbem § 244 Rdnr. D 55.

ermittlung ist Streitig. Weit überwiegend wird der Zeitpunkt der Herausgabe genannt³⁴, aber auch der Zeitpunkt des Fundes kommt in Betracht.³⁵

Für den Zeitpunkt des Fundes spricht immerhin der Zweck des Finderlohns, den Finder zur Anzeige des Fundes zu motivieren.³⁶ Das würde durch die Gewißheit eines Finderlohnes, den der Finder sich schon ausrechnen kann³⁷, unterstützt - doch dürfte der Gedanke an mögliche Wertveränderungen bis zur Ablieferung den Willen zur Ehrlichkeit kaum beeinflussen.

Für den Zeitpunkt der Herausgabe läßt sich anführen, daß es dem Empfangsberechtigten auf die Wiedereingliederung des Wertes in sein Vermögen ankommt, darauf zahlt er aus seiner Sicht den Finderlohn.³⁸ Diese Wertungen entsprechen weitgehend denen bei den übrigen Marktaspekten.³⁹

Aus Sicht des Berechtigten spricht auch die Möglichkeit von Preisschwankungen für den Rückgabezeitpunkt als Stichtag. Als Beispiel mag der Fall dienen, daß die Fundsache zwischen Verlust- oder Fundzeitpunkt und Rückgabezeitpunkt stark im Wert gefallen oder wertlos geworden ist. Es droht bei Wertberechnung zum Verlustzeitpunkt aus Sicht des Berechtigten ein unangemessen hoher Finderlohn. Zwar kann der Finderlohn vom Finder lediglich über ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden (§ 972 BGB); nach Herausgabe der Sache ist er dann einklagbar, doch kann sich der Empfangsberechtigte durch Rückgabe der Fundsache befreien (§ 1001 S. 2 BGB). Durch diese Konstruktion ist der Empfangsberechtigte immerhin davor geschützt, Finderlohn für eine gänzlich wertlos gewordene Sache - z.B. Inhaberaktien eines in Konkurs geratenen Unternehmens - leisten zu müssen. Hält man aber das Funddatum für den maßgeblichen Bewertungszeitpunkt, kann bei stark gesunkenem Wert

³⁴ Ganz h.M.: *Erman-Hefermehl* § 971 Rdnr. 2; *Krusch* S. 297; *Palandt-Bassenge* § 971 Rdnr. 1; *Planck-Brodmann* § 971 Anm. 2c); *RGRK-Pikart* § 971 Rdnr. 4; *Staudinger-W.Lorenz* § 971 Rdnr. 2; *Wieling*, Sachenrecht, S.150. *MünchKomm-Quack* § 971 Rdnr. 5 weist auf die "ganz unterschiedlichen Begründungen" hin, die in Wahrheit allerdings fast immer überhaupt fehlen.

³⁵ *Delius* S. 339 mit Bezug auf Protokolle III 263 (zitiert nach *Staudinger-W. Lorenz* § 971 Rdnr. 2).

³⁶ Vgl. Protokolle III, S. 263. Dem entspricht die Verwirkung bei Verheimlichung des Fundes, § 971 Abs. 2 BGB.

³⁷ So *Delius* S.339; dagegen *Krusch*, Grundzüge eines neuen Fundrechts, AcP 148 (1943), 282 (297).

³⁸ Das erfährt eine gewisse Bestätigung in § 971 Abs.1 S.2 BGB, nach dem auch die subjektive Wertschätzung des Empfängers Bedeutung erlangen kann.

³⁹ Vgl. insbesondere bereits die Darlegungen in § 5 II 3.

leicht ein großer Teil des aktuellen Wertes als Finderlohn geschuldet sein; für den Empfangsberechtigten ist das zwar besser, als die Sache gar nicht zurückzuerhalten. Es entspricht aber nicht dem Sinn des Finderlohns, daß ein großer Teil des Wertes der Sache durch ihn aufgezehrt wird. Dieser Gesichtspunkt spricht daher eindeutig für die Auffassung, den Rückgabezeitpunkt maßgeblich sein zu lassen.

Auch bei dieser Lösung verbleiben allerdings einige Probleme, die nur aufgezeigt werden sollen: Der "Wert der Sache" in § 971 BGB wäre ein anderer als etwa in § 965 Abs. 2 S. 2 BGB, denn ob ein Bagatellfund vorliegt, kann nur im Zeitpunkt der Entscheidung über eine Ablieferung beurteilt werden. Ebenfalls ist die Bezifferung des Finderlohns im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts nach § 972 BGB schwierig, weil dieser summenmäßig erst mit dem Zeitpunkt der Herausgabe bestimmt wird; jedoch ergibt sich die Frage bei jeder Art von Geldwertschulden prinzipiell. Zum letzten kann auch bei der Bewertung zum Rückgabezeitpunkt ein Dilemma für den Berechtigten entstehen, und zwar parallel zu dem eben aufgezeigten Problem des Wertverfalls. Steigt nämlich zwischen Fund und Herausgabe der Wert der Sache stark an, ist der Berechtigte gezwungen, Finderlohn aus einem hohen Wert zu zahlen, obwohl ihm die Sache persönlich so viel nicht wert ist. Man denke an die Rückgabe einer verlorenen Eintrittskarte für ein wichtiges Fußballspiel: Der Berechtigte hatte frühzeitig eine Karte zum Nennwert erworben, der Marktwert beträgt auf dem "Schwarzmarkt"⁴⁰ mittlerweile das 10-fache; kurz vor dem Spiel erhält der Berechtigte die Karte zurück. Die Problematik einer starken Wertveränderung zwischen Verlust und Wiedererlangung ist unausweichlich und besteht bei Anknüpfung an den Verlustzeitpunkt in ähnlicher Weise wie bei Anknüpfung an den Herausgabezeitpunkt; die Anknüpfung an den dazwischenliegenden Fundzeitpunkt birgt beide Problemvarianten, je nachdem, wann die Wertsteigerung bzw. der Wertverfall einsetzt. In dieser Situation erscheint die Version, daß der Berechtigte aus dem aktuellen Wert Finderlohn zahlen soll, noch am einleuchtendsten, denn er erhält auch eine Sache von hohem aktuellen Gegenwert zurück, nicht nur einen "ehemaligen" Wert wie im umgekehrten Fall. Er kann die Sache notfalls sofort verkaufen; auch sind bei 3-5% Finderlohn schon extreme Schwankungen notwendig, um eine echte Belastung darzustellen.

⁴⁰ Zur "Normalität" dieses Marktes siehe noch unten § 13 III 2.

Insgesamt ist daher der h.M. zuzustimmen. Die Wertermittlung zum Zeitpunkt der Herausgabe ist rational, weil sie an den aktuellen Nutzen für den Berechtigten anknüpft, während andere Zeitpunkte (Zeitpunkt des Verlustes, des Fundes) zufällig erscheinen müssen oder Zahlung aus möglicherweise nicht mehr realisierbaren früheren objektiven Werten erheischen.

IV. Ergebnis

Wichtiger als die Lösung von Einzelfragen der Zeitpunktbestimmung ist die Erkenntnis, daß der maßgebliche Zeitpunkt der Wertbestimmung normabhängig ist. Während nach h.M. im Bereicherungsrecht grundsätzlich der Bereicherungszeitpunkt maßgeblich ist, kommt es im Schadensrecht auf den Zeitpunkt der Erfüllung an, im Fundrecht auf den Zeitpunkt der Herausgabe der Fundsache unabhängig von der Erfüllung des Finderlohnanspruchs.

Diese Unterschiede ergeben sich aus der jeweiligen Funktion, dem Zweck des Wertersatzes in den verschiedenen Zusammenhängen. Nur unter Rückschluß auf diesen Zweck läßt sich daher der Zeitpunkt der Wertermittlung ableiten.

§ 8 Vergleichbarkeit von Waren

I. Grundfragen

Die Bestimmung eines objektiven Marktwerts wird zuweilen dadurch erschwert, daß Produkte in vielen Bereichen wenig standardisiert, also keine Massenprodukte, sind.¹ Besonders gilt das bei Gütern, die nicht durch Kauf erworben sind, sondern angefertigt i.S. eines Werk(lieferungs)vertrages. Für alle unvertretbaren Sachen, zu denen auch gebrauchte vertretbare Sachen zählen², gilt ähnliches.

Auch für solche Sachen besteht das Bedürfnis nach Bestimmung des objektiven Wertes, da sie Gegenstand entsprechender Normen sein können. Im Schadensrecht gilt dies verstärkt deshalb, weil bei Zerstörung nicht vertretbarer Sachen Naturalrestitution regelmäßig ausscheidet³, aber gleichwohl bei der Ermittlung des Schadens der Satz gilt, daß eine Sache vernünftigerweise niemandem mehr wert sein kann als die Kosten, die er zu ihrer Wiederbeschaffung aufwenden muß.⁴ Im Schadensrecht ist hier unter Hinweis auf die Schwierigkeiten einer "objektiven" Wertermittlung gerade auch bei geringer Standardisierung von Waren die These eines objektiven Wertes als Mindestschaden mangels Machbarkeit kritisiert worden.⁵ Will man hingegen nicht *jeden* Wert im BGB subjektiv bestimmen, müssen Mechanismen zur objektiven Wertbestimmung auch in Fällen mangelnder Standardisierung gefunden werden, um sodann über § 287 ZPO zu einer Bewertung zu gelangen. Die Probleme der Standardisierung werden auch, was den Großteil der Fälle angeht, überzeichnet dargestellt. Denn auch Sonderanfertigungen sind vergleichbar mit Standardprodukten derselben Art.

¹ Etwa *Lange*, § 1 III 2, S.41.

² Statt aller *Palandt-Heinrichs* § 91 Rdnr. 3.

³ BGH NJW 1985, 2414; *Palandt-Heinrichs* § 91 Rdnr. 2.

⁴ BGHZ 115, 364 (369); *Mertens* S. 71 und 147; *Neuner* S.71.

⁵ Insbesondere *Lange*, § 6 I, S. 247; *Mertens* S. 76.

1. Unvertretbare Sachen

Die Wertermittlung für unvertretbare Sachen bereitet keine grundsätzlichen Schwierigkeiten. So ist anerkannt, daß geeignete Vergleichsobjekte durch Bildung von Vergleichsgruppen zu bestimmen sind. Insbesondere bei gebrauchten Kfz wird diese Methode über standardisierte Listenpreise nebst individuellen Zu- und Abschlägen seit langem angewandt.⁶ Auch bei der Grundstückswertbestimmung kann nur so vorgegangen werden, da es zwei völlig identische Grundstücke nicht geben kann. In der Praxis wird bei der Verkehrswertermittlung ausgegangen von den Preisen, die für vergleichbare Grundstücke erzielt worden sind. Dann werden für besondere wertbildende Faktoren aller Art im Wege der Schätzung Zu- oder Abschläge vorgenommen. Schließlich hat der BGH selbst bei Objekten ohne einen Marktpreis zur Ermittlung eines nach der Verkehrsanschauung gegebenen Verkehrswerts ausgeführt, es sei ein Vergleich zu führen mit ähnlichen Objekten, die einen Marktpreis hätten. Dabei seien unterschiedliche Qualität, Quantität, Erhaltungszustand, Gebrauchswert und dergleichen zu berücksichtigen und danach besonders frei zu schätzen.⁷

Bei der Ermittlung ist darauf zu achten, einen passenden Vergleichsgegenstand zu finden. Das kann auch bei Sachen zuweilen tückisch sein. So war beispielsweise in einem Streit um die Übernahme von Möbeln durch einen Nachmieter im Rahmen des § 4a des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermG) über den Wert einer Einbauküche zu befinden.⁸ Der Kaufpreis für die übernommenen Gegenstände darf gemäß § 4a Abs. 2 S. 2 WoVermG nicht in auffälligem Mißverhältnis⁹ zu deren objektiven Wert stehen. Hier wäre es unzulässig, die Preise für eine gebrauchte Küche anhand von Annoncen in der Tagespresse zu ermitteln, auch wenn es sich um ähnliche Küchen handelt. Denn abgesehen davon, daß Annoncen bloß einseitige Preisvorstellungen enthalten, ist eine komplette Küche "am Platz" weit höher zu bewerten als eine separat erworbene. Letztere muß erst noch ab- und in der neuen Wohnung wieder aufgebaut werden, und der neue Küchenraum ist regelmäßig auch anders geschnitten,

⁶ Zu den Marktberichten wie z.B. der sogenannten Schwacke-Liste zurückhaltend *Staudinger-Schiemann* § 251 Rdnr. 44, der auch die starke regionale Differenzierung betont.

⁷ BGHZ 92, 85 (93) - "Modellboot" - ; zustimmend *Hohloch* JR 1985, 195; zu diesen Fragen im einzelnen unten § 12.

⁸ AG Bielefeld, Urt. v. 12.4.1996 - Az. 5 C 774a / 95- (nicht veröffentlicht).

⁹ BGH NJW 1997, 1845: Jedenfalls gegeben bei einem Verkaufspreis von 50% über objektivem Wert.

so daß Ergänzungen nötig werden. Es geht hier nach der Verkehrsanschauung um zwei getrennte Warengruppen, die nicht unmittelbar verglichen werden können.

2. Abgrenzung zwischen Qualität der Ware und Umfeld der Ware

Es gibt Fälle, in denen die Abgrenzung schwierig sein kann zwischen verschiedenen Preisen auf dem Markt für die gleiche Ware oder Leistung einerseits; und bereits unterschiedlichen Waren und Leistungen andererseits. Beispielsweise ließe sich behaupten, Einkäufe eines identischen Kleidungsstücks in einem Warenhaus und in einer exklusiven Boutique seien wegen Beratung und Ambiente beim Einkauf nicht vergleichbar. Oder: Bei geschuldeten Kosten für eine Kfz-Reparatur sei der Wert der Reparaturleistung nach den Preisen gerade einer Marken-Vertragswerkstatt zu bestimmen, nicht nach Durchschnittswerten aller Fachwerkstätten.¹⁰ Solange es sich um die gleiche Ware oder Leistung handelt, sind die Preise in die Ermittlung des objektiven Wertes i.S. einer Durchschnittsbildung¹¹ einzubeziehen. Sieht man zwei Produkte als unterschiedlich an, sind hingegen zwei getrennte Vergleichsgruppen zu bilden, beispielsweise Marken-Vertragswerkstätten einerseits, einfache Fachwerkstätten andererseits. Sodann muß im zweiten Schritt die Einordnung der zu bewertenden Ware oder Dienstleistung in die passende Vergleichsgruppe erfolgen.

Die Frage der Gruppeneinteilung läßt sich nur nach der Verkehrsanschauung beantworten; was im Verkehr als noch gleich oder schon verschieden angesehen wird, läßt sich allgemein nicht beantworten. Im Prinzip bietet es sich an, die Vergleichsgruppe so klein zu fassen, daß die Ware möglichst genau beschrieben wird, daß aber auch noch ein genügend großer Markt für Vergleiche herangezogen werden kann. Die Vergleichsgruppe soll möglichst ähnliche Gegenstände enthalten, wobei sich die "Ähnlichkeit" gerade auf die wertbildenden Eigenschaften der Sache beziehen muß. Der gebildete Beispielsfall einer identischen Ware in verschiedenem Ambiente ist danach nicht durch Bildung verschiedener Warengruppen zu lösen. Die Gleichheit der Ware prägt die Verkehrsanschauung. Es gibt daher nur eine Warengruppe bei unterschiedlichen Preisen, die für die Durchschnittsbildung herangezogen werden. Bei der Gewichtung der Preise besteht im Rahmen des § 287 ZPO Ermessen; man könnte von der

¹⁰ Behandelt in OLG Hamm r+s 1996, 357.

Berücksichtigung eines Boutique-Preises etwa im Schadensrecht sogar ganz absehen mit dem Argument, daß nur die Sache selbst zu ersetzen ist, während die besonderen Leistungen einer exklusiven Boutique - etwa besondere Beratung und Ambiente - jedenfalls nicht durch die Schädigung entzogen worden sind.

Ob eine kleinere Vergleichsgruppe zu bilden ist, bestimmt sich auch am Normzweck, also daran, was genau der Berechtigte verlangen darf. Im Bereicherungsrecht kommt es hier wiederum auf das wahrscheinliche Marktverhalten des Bereicherten an; also darauf, wo dieser sonst seinen Bedarf gedeckt hätte. Dabei wird oftmals das tatsächliche Verhalten bei Abschluß des unwirksamen Vertrages oder bei Verbrauch einer Ware Hinweise geben können. Im Schadensrecht ist die Auswahl der "Warengruppe" eine Wertungsfrage, die Frage danach, welchen Qualitätsstandard der Geschädigte billigerweise verlangen kann.

Zur Illustration mag die Frage nach der "richtigen" Reparaturleistung bei Beschädigung eines Kfz dienen. Welche Qualität darf hier verlangt werden, auch als Grundlage für Geldersatz? Anerkannt ist, daß der Geschädigte nicht die billigste Werkstatt beauftragen muß, sondern eine "angemessene" aufsuchen darf¹²; eine solche anerkannte Fachwerkstatt muß auch im Fall von Geldersatz zumindest Maßstab sein. Die weitergehende Forderung nach Ersatz in Höhe der fiktiven Kosten einer Marken-Vertragswerkstatt hat das OLG Hamm hingegen abgelehnt und die (aus einer DEKRA-Tabelle ermittelten) Durchschnittskosten einer Fachwerkstatt in der Region zugesprochen.¹³ Die Entscheidung ist maßgeblich damit begründet, der Geschädigte habe nicht dargelegt, sonst üblicherweise eine Vertragswerkstatt aufzusuchen: daher dürfe jedenfalls mit den Durchschnittswerten gerechnet werden. Diese Begründung verkennt, daß es auf eine Wertung ankommt, welche Ersatzleistung in welcher Qualität der Geschädigte in Anspruch nehmen darf, und zwar unter dem Vernunftgebot objektiviert ("erforderliche" Leistung i.S. des § 249 S. 2 BGB). Der Rekurs auf die sonstigen Konsumgewohnheiten - allerdings die des Schuldners - wäre im Bereicherungsrecht angezeigt, wie soeben erläutert wurde. Im Schadensrecht geht diese Betrachtung fehl. Dem Geschädigten ist vollwertiger und hinreichend bequemer Ersatz zu leisten, gleich ob er sonst um der Ersparnis willen bei Reparaturen jede Unbequemlichkeit in Kauf nimmt oder gar auf riskante Weise reparieren läßt. Das tra-

¹¹ Dazu noch unten § 10.

¹² OLG Nürnberg VersR 1968, 506; OLG Köln VersR 1969, 1006.

¹³ OLG Hamm r+s 1996, 357; a.A. AG Clausthal-Zellerfeld ZfS 1997, 135.

gende Argument des OLG Hamm ist daher keines; dennoch läßt sich die Entscheidung im Ergebnis gut halten mit der Erwägung, mehr als die Reparatur in einer seriösen Fachwerkstatt sei nicht "erforderlich". Die darin enthaltene Wertung sollte aber offen vorgenommen werden. Letztlich ist auch die Entscheidung, beim Wiederbeschaffungswert eines Kfz nach den Preisen eines seriösen Händlers mit Garantie zu fragen, nichts anderes als eine solche Qualitätsbestimmung durch Wertung. Aus der Gruppe aller Autohändler auf dem Markt wird der Teilmarkt "seriöser Händler" ausgegliedert und der objektive Wert (Durchschnittspreis) auf diesem kleineren Teilmarkt bestimmt.

II. Ausgewählte Einzelfragen als Beispiele

Die Frage nach der Vergleichbarkeit verschiedener Waren läßt sich, wie oben erörtert, nicht allgemein treffen, sondern hängt jeweils von der Verkehrsanschauung ab. Zumindest einige Einzelfragen sollen aber behandelt werden, um beispielhaft eine mögliche Handhabung aufzuzeigen.

I. Verlagserzeugnisse

Im Buchhandel scheint zunächst die Frage der Warengruppen wenig vordringlich, ist doch durch die Preisbindung der Sachwert schon vorgegeben. Die Preisbindung für Bücher wird indes unterlaufen, indem z.B. Remittenden aus dem Buchhandel preiswert abgegeben werden. Es wird hierzu auf einer Schnittseite ein Stempeldruck "Preisreduziertes Mängel Exemplar" angebracht, wonach die Preisbindung entfällt. Diese Bücher, deren einziger "Mangel" oftmals in dem erwähnten Aufdruck besteht, kosten dann z.B. in Kaufhäusern nur noch 20-30% des üblichen Preises. Gleichzeitig bleibt das Buch in Buchhandlungen zum Festpreis erhältlich. Ähnliches konnte schon bei Schallplatten und CD beobachtet werden, aus deren Hülle ein Stück herausgestanzt wird, um sie äußerlich zu entwerten.

Es stellt sich die Frage, ob im Fall des Schadensersatzes für ein so rabattiertes Buch der Geschädigte den festen Ladenpreis verlangen kann. Es ist grundsätzlich durchaus möglich, daß ein Geschädigter als Ersatz mehr erhält, als er selbst für eine Ware bezahlt hatte, wenn er diese

eben unter Wert erstanden hatte. Es ist auch nicht ersichtlich, daß unter der Prämisse eines vollständigen und bequemen Ausgleichs sich der Geschädigte darauf verweisen lassen müßte, sich auf die Suche nach dem zu ersetzenden Buch als Sonderposten zu machen. Das ist aber die Konsequenz, wenn man von vornherein den ermäßigten Preis ansetzt, denn der Geldersatz reicht dann nur für ein rabattiertes Buch.

Die einzig mögliche Argumentation für einen geringeren Schadensersatz als den Preis im Buchhandel geht vielmehr dahin, der Geschädigte habe mit dem "entwerteten" Buch eine andere Ware erworben, und nicht etwa das fragliche Buch zu einem besonders günstigen Preis. In der Tat kann ein Buch inhaltlich gleich, aber in verschiedenen Versionen auf den Markt kommen: mit festem Einband, als Taschenbuch, als Buchclub-Edition; das wäre zu berücksichtigen, wenn es sich in den Augen der Leser um ein anderes Produkt handelt.¹⁴ Der Verlag beabsichtigt natürlich, durch die Schaffung solcher Mängelexemplare eine andere, entwertete Ware darzustellen, schon um gegen die Buchpreisbindung nicht offen zu verstoßen. Jedoch kann letztlich nicht der Verkäufer entscheiden, sondern die Verkehrsauffassung allgemein ist maßgeblich bei der Bewertung, ob es sich um gleiche oder verschiedene Ware handelt. Das sogenannte Mängelexemplar unterscheidet sich nur in dem nicht sehr auffälligen Stempel vom Normalbuch. Die Frage, wie dies von der Verkehrsanschauung aufgefaßt wird, ist sicherlich offen. Durch den Stempelaufdruck fehlt etwas "Prestige", etwa ist die Eignung als Geschenk herabgesetzt. Andererseits läßt sich beobachten, daß der Erwerb eines gerade beliebten Titels als Sonderposten nicht bloß hingenommen, sondern vom Käufer vielmehr als gewisser Glücksfall empfunden wird. Hier liegt ein Indiz dafür, daß die Ware auch im "entwerteten" Zustand sehr stark angelehnt an den Ladenpreis des Buchhandels bewertet wird. Man wird daher mit guten Gründen diese Rabattierung bei der Wertermittlung als normales Sonderangebot betrachten dürfen, so daß nicht das "preisreduzierte Mängelexemplar" eine eigene Warengruppe bildet, sondern der Ladenpreis zu ersetzen sein kann. Auf anderen Marktstufen kann eine solche Betrachtung durchaus unterschiedlich ausfallen. So stellen Remittenden im Händlerbereich eine separate Ware dar, die fast immer als Mischposten (ohne Rücksicht auf Einzeltitel) eingekauft wird. Für den Händler stellt sich daher bei der Wiederbeschaffung das Problem nicht, gerade Ersatz für ein bestimmtes Werk zu erlangen.

¹⁴ Auf solche Unterschiede kommt es auch für die Buchpreisbindung an; die Fragen der Gleichwertigkeit werden dort in ähnlicher Weise diskutiert, vgl. *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, *GWB*, § 16 Rdnr. 124 a.

2. Reimporte aus der EU, insbesondere Kfz

Bestimmte Waren sind in den EU-Nachbarländern erheblich preiswerter zu haben als in Deutschland. Dies gilt auch oder gerade für solche Waren, die in Deutschland selbst hergestellt und dann exportiert werden, eine Folge der Preispolitik der Hersteller. Diese Preisdifferenzen werden in wachsendem Maße von Reimporteuren genutzt, die - geschützt durch die Gewährleistung des freien Warenverkehrs, Art. 30 EGV - entsprechende Waren im Ausland einkaufen, nach Deutschland zurückführen und hier anbieten. Die bekanntesten Beispiele sind der Arzneimittel- und der Neuwagenhandel; hinzutreten könnte für Deutschland demnächst der Buchhandel, wenn die EG-Kommission sich mit ihrem Angriff auf die Buchpreisbindung im grenzüberschreitenden Verkehr (vor allem mit Österreich) durchsetzt. Bei Ersparnismöglichkeiten von zum Teil mehr als 30% im Kfz-Bereich¹⁵ ist es fast schon verwunderlich, daß erst geschätzte 15% der Neuwagenkäufe Reimporte sind. Teils kann man das auf Kundenbindung zurückführen, teils auf fehlende Information beim Verbraucher. Hinzu kommt, daß die Hersteller sich offenbar mit Händen und Füßen gegen die Unterspülung ihrer nationalen Preisgestaltungen zur Wehr setzen, bis hin zu Verboten an die Vertragshändler im Ausland, an Deutsche zu verkaufen.¹⁶ Die Situation ist erst dadurch wieder im Bewegung gekommen, daß die EG-Kommission sich verstärkt gegen diese Praktiken wendet. Bisheriger Höhepunkt war die gegen VW verhängte hohe Strafe¹⁷ verbunden mit dem drohenden Verlust der Berechtigung des Unternehmens, seinen Vertrieb über ein Vertragshändlernetz zu organisieren.¹⁸

¹⁵ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, Rdnr. 1016: 25% seien bei Kauf vom Zwischenhändler zu realisieren.

¹⁶ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1017.

¹⁷ EG-Kommission, 28.1.1998, IV/35.733, abgedruckt in WuW 1998, 630.

¹⁸ Dieses Recht wird gewährt seit 1.7.1985 durch die EG-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 123 / 85 als Ausnahme zum Kartellverbot des Art. 85 EGV. Die Freistellung ist verlängert bis 30.9.2002 durch EG-VO Nr. 1475 / 95 v. 28.6.1995, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 29.6.1995. Gleichzeitig ist die Freistellung an die auflösende Bedingung geknüpft, daß nicht die Freiheit der Verbraucher eingeschränkt werden darf, Fahrzeuge überall in der EG zu erwerben, den Kundendienst dafür in Anspruch zu nehmen und sie nichtgewerblich weiterzuverkaufen (Art. 6 Ziff.7 VO 1475 / 95). Zur VO 1475/95 s. noch *Creutzig EuZW* 1995, 723 ff.

Mittlerweile hat sich der Reimport jedenfalls sprachlich aus der Sphäre des Dubiosen lösen können: Zunehmend wird das Geschäft als "EG-Import", "Reimport" oder "EG-Neuwagenkauf"¹⁹ bezeichnet, während über Jahre hinweg die Praxis als "Grauimport"²⁰ oder "grauer Markt" bezeichnet zu werden pflegte; also nicht als geradezu illegal, aber doch als etwas anrühlich.²¹

Für die Belange dieser Untersuchung ist die Frage wichtig, wie die Wertermittlung solcher Reimporte zu geschehen hat. Ist auf den Wert im Herkunftsland abzustellen, auf die üblichen Händlerpreise für Reimporte hierzulande oder auf die von Vertragshändlern in Deutschland verlangten Preise für nicht reimportierte Waren? Das soll am Beispiel der Kfz-Reimporte diskutiert werden.

a. Rechtliche Grundlagen

Beim Kfz-Reimport ist - abgesehen vom Eigenimport des Verbrauchers - zu unterscheiden zwischen drei verschiedenen Vertriebsformen. Erstens gibt es die Vermittlung von EU-Fahrzeugen. Dabei findet der Händler Kunden im Inland und bestellt dann in deren Namen Kfz bei einem ausländischen Händler; er sorgt für die Abwicklung und Zulassung des Kfz in Deutschland. Diese Tätigkeit des Vermittlers hält sich vollkommen im Rahmen der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung (Kfz-GVO); Art. 3 Ziff. 11 der Kfz-GVO sieht lediglich vor, daß Vertragshändlern untersagt werden kann, an solche Vermittler zu verkaufen, die nicht von Kunden bevollmächtigt sind.²² Zweitens gibt es freie Händler, die reimportierte Fahrzeuge selbst kaufen und auf Lager nehmen. Die GVO erlaubt es Kfz-Herstellern ausdrücklich, Vertragshändlern den Verkauf fabrikneuer Fahrzeuge an Personen zu untersagen, die ihrerseits einen Weiterverkauf beabsichtigen (Art. 3 Ziff. 10 GVO). Auch für den Reimporteure beginnt hier die rechtliche Grauzone.²³ Erlaubt ist ihm nur Vermittlertätigkeit, keine Händlertätigkeit

¹⁹ So z.B. die Kapitelüberschrift bei *Reinking/Eggert*.

²⁰ Etwa OLG Düsseldorf DAR 1987, 385; vgl. auch *Reinking/Eggert* Rdnr. 1023.

²¹ Mittlerweile ist die Bezeichnung als Grauimport wettbewerbswidrig, vgl. OLG Köln WRP 1996, 923.

²² *Reinking/Eggert* Rdnr. 1024; *Niebling* RIW 1995, 881 (885 f.).

²³ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1024, 1026; zu Folgen für den Reimporteure *ebd.* Rdnr. 1033 ff.; vielfach wird das Merkmal "fabrikneu" über Kurzzulassungen umgangen. Siehe hierzu auch *Creutzig* BB 1987, 283 ff.

außerhalb des Vertragshändlernetzes. Dennoch ist diese Vertriebsform in der Praxis nicht selten.²⁴ Die dritte Form des Reimports sind sogenannte "Parallelimporte". Angesichts der wachsenden Konkurrenz sind Vertragshändler vielfach dazu übergegangen, selbst Kfz der eigenen Vertragsmarke zusätzlich aus dem Ausland einzuführen und ebenfalls anzubieten. Diese Praxis wird von der KfZ-GVO ausdrücklich gedeckt (Art. 3 Ziff. 10a GVO). Solche Verkäufe kann der Hersteller den Vertragshändlern nicht untersagen.²⁵

b. Einordnung als Frage der Marktwahl

Die Frage, ob bei Schadens- oder Wertersatz für ein neues, reimportiertes Kfz der volle inländische Neupreis ersetzt werden muß, ist eine Frage der Marktwahl bei der Bewertung der Ware. Sie ist geprägt durch eine Kombination zweier bereits behandelter Aspekte. Zum einen taucht die Frage der Ortswahl wieder auf, denn das Kfz ist - mittelbar oder unmittelbar - im Ausland gekauft. Die dazu gewonnenen Erkenntnisse sind hier übertragbar. Es kommt auf den Ort des ersten Kaufs nicht an, sondern - je nach Wertersatznorm - auf den Markt, an dem die Wiederbeschaffung bequem möglich ist (Schadensrecht) oder stattgefunden hätte (Bereicherungsrecht). Daneben stellt sich die weitere Frage, ob es sich bei EG-Fahrzeugen und Inlandsfahrzeugen um dieselbe Ware handelt. Ist das der Fall, werden bei der Bildung des objektiven Wertes jedenfalls beide Preise einbezogen. Sind es verschiedene Waren, wäre bei Wertersatz für ein reimportiertes Fahrzeug lediglich auf Preise für Reimporte als eigene Warengruppe abzustellen.

c. Reimportierte Kfz als identische Ware?

Die Verkehrsauffassung macht ihre Einschätzung über die Gleichwertigkeit von Waren von verschiedenen Faktoren abhängig: von äußerlicher Identität, rechtlicher Gleichstellung und Vermeidung faktischer Benachteiligung.

²⁴ Reinking/Eggert Rdnr. 1041.

²⁵ Reinking/Eggert Rdnr. 1043, 1024.

aa. Äußere Unterschiede

Um verschiedene Waren handelt es sich dort, wo die Fahrzeuge so unterschiedlich ausgestattet sind, daß sich ein Vergleich mit inländischen Fahrzeugen desselben Typs verbietet. Das dürfte aber nur in Ausnahmefällen vorkommen. Weder unterschiedliche Namensgebung noch Verschiedenheit in Ausstattungsdetails reichen aus, denn diese lassen sich durch Zu- oder Abschläge ebenso beurteilen, wie es auch beim Vergleich von Inlandsfahrzeugen untereinander zu geschehen hat, wenn Sonderausstattungen zu berücksichtigen sind.²⁶

bb. Rechtliche Unterschiede

Auch rechtliche Unterschiede können für die Einordnung in Warengruppen bedeutsam sein, vor allem die Frage der Garantie. So entschied im Jahr 1987 das LG Düsseldorf, mangelnde Aufklärung über die Eigenschaft eines Fahrzeugs als "Grauimport" berechtige zu Anfechtung nach § 123 BGB.²⁷ Es sei ein bedeutsamer Unterschied, ob Gewährleistungsansprüche innerhalb der Garantiezeit nur vom Verkäufer (konkret ein Händler) befriedigt würden oder von jedem Händler der Marke innerhalb Europas. Das leuchtet ein, wenn man an mögliche Defekte auf längeren Fahrten oder an den Konkurs des Veräußerers denkt. Die Rechtslage - es handelte sich um einen Kauf aus dem Jahr 1984 - hätte im Beispielfall auch dazu geführt, auch äußerlich identische Fahrzeuge bei der Ermittlung des Ersatzwertes nicht als gleiche Ware anzusehen, weil das Gesamtprodukt ein anderes war.

Jedoch hat sich die rechtliche Situation unterdes geändert. Seit dem 1.7.1985 gilt die mehrfach erwähnte Gruppenfreistellungsverordnung. Voraussetzung für die Freistellung des selektiven Vertriebs über Vertragshändler vom Kartellverbot ist seither, daß alle Vertragshändler die Garantieverpflichtung honorieren, gleich wo das Fahrzeug erworben ist.²⁸ Die neue Kfz-GVO sieht in Art. 5 Abs.1 Ziff. 1a und b als Voraussetzung für die Freistellung vor, daß die Ver-

²⁶ Für EU-Fahrzeuge ist ab 1.1.1996 die Einholung einer EU-Betriebserlaubnis verpflichtend, so daß Umrüstungen und bürokratische Hemmnisse immer mehr in den Hintergrund treten, vgl. *Reinking/Eggert* Rdnr. 1021.

²⁷ LG Düsseldorf DAR 1987, 385.

²⁸ Vgl. bereits LG Düsseldorf DAR 1985, 385.

tragshändler des Vertriebsnetzes Gewährleistung, unentgeltlichen Kundendienst und Unterstützung von Rückrufaktionen zu leisten haben, ohne Rücksicht auf den Verkaufsort des Fahrzeugs im gemeinsamen Markt.²⁹ Die Hersteller haben folglich ausnahmslos diese Verpflichtung in ihre Vertragshändlerverträge aufgenommen. Es wird vertreten, daß aus dieser vertraglichen Abrede im Vertragshändlervertrag ein unmittelbares Forderungsrecht des Kunden gegen den jeweiligen Händler erwachse, also eine Abrede zugunsten Dritter vorliege.³⁰ Aber auch wenn das nicht der Fall sein sollte, steht der Importfahrzeug-Besitzer nicht schlechter als der Besitzer eines in Deutschland gekauften Kfz, denn die Frage eines Direktanspruchs gegen den einzelnen Vertragshändler, der nicht Vertragspartner ist, stellt sich für diesen in gleicher Weise. Rechtliche Nachteile bei der Garantie ergeben sich daher heute nicht mehr.

Das gilt zunächst für die Importwege, die von der Kfz-GVO gedeckt sind. Aber auch soweit ein Importhändler die gezogenen Grenzen überschreitet und selbst als Verkäufer auftritt, gilt nichts anderes. Der Importeur mag wettbewerbswidrig handeln³¹, der ausländische Vertragshändler gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen³²: Die erteilte Garantie und der Kaufvertrag selbst werden in ihrer Wirksamkeit dadurch regelmäßig nicht berührt.³³ Einschränkungen der (drittwirkenden) Garantiezusagen in den Vertragshändlerverträgen finden sich nicht, und der Endverbraucher hat auch keinen Grund, aus seiner Sicht an der Wirksamkeit der Garantie zu zweifeln.³⁴ Für die vertragliche Gewährleistung gilt gleiches wie für die Herstellergarantie. Auch die Gewährleistung wird - folgend der Kfz-GVO 1475 / 95 - von allen gebundenen Vertragshändlern geleistet. Hier besteht ebenfalls kein rechtlicher Nachteil für den Käufer eines reimportierten Fahrzeugs mehr.

In der Vergangenheit wurden zuweilen ausländischen Käufern im Kaufvertrag Auflagen gemacht; sie mußten laut Vertrag den Wagen auf sich selbst zulassen und durften ihn binnen einer Frist von zumeist sechs Monaten nicht wieder veräußern. Dadurch sollte die Belieferung von Reimport-Händlern auf Umwegen verhindert werden.³⁵ Solche zweifelhaften Regelungen

²⁹ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1050.

³⁰ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1053; anders für die Rechtslage vor 1985 KG, Urt. v. 16.5.1983, - 12 U 4837/82 - , zitiert nach *Reinking/Eggert* a.a.O.

³¹ Dazu *Reinking/Eggert* Rdnr. 1033 ff. m.w.N.

³² *Reinking/Eggert* Rdnr. 1056.

³³ BGH ZIP 1992, 483; OLG Schleswig NJW 1988, 2247; *Reinking/Eggert* Rdnr. 1056.

³⁴ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1057; a.A. *Creutzig* BB 1989, 363 (366); *ders.*, Recht des Autokaufs, Rdnr. 7.1.4.2.

³⁵ Dazu *Reinking/Eggert* Rdnr. 1027 ff. m.N. aus der Rspr.

sind überholt, seit in Art. 6 Ziff.7 KfZ-GVO die kartellrechtliche Freistellung davon abhängt, daß der Endverbraucher in seiner Freiheit zur Weiterveräußerung des Fahrzeugs nicht eingeschränkt wird. Da dies allgemein befolgt wird, ist auch hier eine rechtliche Ungleichheit nicht mehr zu konstatieren.

Mithin bestehen in rein rechtlicher Hinsicht keine Besonderheiten mehr, die EU-Importe als eigenständige Warengruppe erscheinen ließen, die mit ansonsten identischen Inlandsprodukten nicht vergleichbar wäre. Dies spiegelt sich auch in der neueren Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht wider. Der EuGH hat es als nicht irreführend angesehen, für reimportierte Kfz ohne ausdrückliche Aufklärung über etwaige Ausstattungsunterschiede zu werben.³⁶ Dem ist der BGH gefolgt: Es sei nicht ohne weiteres darüber aufzuklären, daß die Ausstattung nicht dem inländischen Ausstattungsstandard entspreche; eine Werbung ohne diesen Hinweis sei nicht irreführend.³⁷ Das deutet darauf hin, daß ein Unterschied in der Kategorie rechtlich nicht mehr gesehen wird.

cc. Faktische Nachteile

Die Wertschätzung einer Sache hängt neben technischer Identität und rechtlicher Gleichstellung auch von der faktischen Gleichbehandlung bei Garantie- und Serviceleistungen ab. Bekanntlich sind Eigentümer von EU-Importfahrzeugen weiterhin vor Nachteilen nicht sicher. Immer wieder kommt es vor, daß Gewährleistungs- und Garantiarbeiten von inländischen Vertragshändlern verweigert oder aber unter Hinweis auf lange Wartezeiten faktisch erschwert werden.³⁸ Auch lassen sich Unterschiede bei Kulanzleistungen nach Ablauf der Garantiefrist ausmachen, denn hier muß regelmäßig der Händler vor Ort "ein gutes Wort" einlegen. Solche praktischen Schwierigkeiten führen nach wie vor dazu, daß in der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise das reimportierte Kfz noch immer nicht als gleichwertig angesehen wird, sondern als ein unterschiedliches Produkt. Solche nach wie vor bestehenden praktischen Schwierigkeiten dürfen etwa auch europarechtlich unbedenklich³⁹ zur Anknüpfung von Rechtspflich-

³⁶ EuGH, Urt. v. 16.1.1992, ZIP 1992, 719.

³⁷ BGH, Urt. v. 28.10.1993, DAR 1994, 70.

³⁸ *Reinking/Eggert* Rdnr. 1064.

³⁹ EuGH, Urt. v. 13.10.1993, ZIP 1993, 1818.

ten dienen, etwa wäre es zulässig, wegen solcher Probleme nach wie vor eine zivilrechtliche Hinweispflicht des Verkäufers auf die Qualität als Reimport anzunehmen.⁴⁰

dd. Ergebnis

Aufgrund der faktischen Nachteile, die mit dem Besitz eines reimportierten Kfz nach wie vor verbunden sind, sind nach heutiger Verkehrsauffassung solche Kfz immer noch eine unterschiedliche Ware gegenüber inländischen Kfz. Bereits in kurzer Zeit kann sich diese Situation aber ändern, etwa bei weiterem entschlossenen Eintreten der EU-Kommission auf diesem Gebiet. Sobald einmal der Punkt erreicht ist, daß faktisch keine wesentlichen Behinderungen bei Garantie und Service mehr auftreten, wird es sich bei EU-Importfahrzeugen nur noch schlicht um dieselbe Ware zu einem günstigeren Preis handeln. Es ist dann ohne weiteres denkbar, daß an einen Endverbraucher bei Schadens- und Wertersatz ein höherer Betrag als Ersatz zu leisten ist, als der Kaufpreis betragen hat, bis hin zum inländischen Vertragshändlerpreis. Das ist dann lediglich noch die Konsequenz künstlicher Preisunterschiede durch Preisgestaltung der Hersteller in den einzelnen Ländern des gemeinsamen Marktes.

⁴⁰ Vgl. auch OLG Hamm, NZV 1991, 232.

§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse und Marktwahl bei anderen Normen.

I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

Die Ausführungen in den vorangegangenen Abschnitten haben gezeigt, daß die Ermittlung eines Marktwertes nicht abstrakt möglich ist, sondern die Auswahl des relevanten Marktes voraussetzt. Diese Auswahl wird geprägt durch die am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien und insbesondere durch die Funktion, die der Wertermittlung in dem jeweiligen Normkontext zukommt. Unter diesen Aspekten ist der relevante Markt zu ermitteln, wobei relevant der Teilmarkt ist, auf dem eine der Parteien ein gedachtes Geschäft abwickeln würde oder abwickeln sollte. Welche Partei das ist, und ob an eine Veräußerung oder eine Beschaffung zu denken ist, bestimmt der Normzweck.

Erst nach dieser individuellen Bestimmung des relevanten Marktes in allen seinen Aspekten¹ kann überhaupt die bekannte Formel vom "Wert für jedermann" angewendet werden, die ihre eigentliche Bestimmung dann darin hat, daß sie die Art und Weise der Wertermittlung auf dem gefundenen Teilmarkt beschreibt.

Die Marktbestimmung ist abhängig vom Normzweck. Anhand der behandelten Wertersatznormen im Schadensrecht, Bereicherungsrecht und Fundrecht läßt sich aufzeigen, daß je nach Norm verschiedene Teilmärkte in den Blickpunkt rücken. Im Schadensrecht verlangt der Normzweck einen Geldersatz in der Weise, daß eine Sache auf sicherem und hinreichend bequemer Wege vom Geschädigten wiederbeschafft werden kann. Das gedachte Geschäft ist der Kauf der Sache durch den Geschädigten auf dem Teilmarkt, zu dem er Zugang hat. Es ist durch Wertung zu bestimmen, auf welchem Teilmarkt dem Geschädigten die Ersatzbeschaffung zumutbar ist. Die Wertung ergibt, daß der Geschädigte regelmäßig am Wohnort kaufen darf, bei Ersatz einen gehobenen Warenstandard wählen darf, bei dem er sicher sein kann, vollwertigen Ersatz zu erhalten (Ersatz von Gebrauchtwagen beim seriösen Händler, Reparatur

¹ Enger *Mertens* S. 72, der nur bei Bestimmung der Marktstufe Individualität zulassen will.

beim Fachhändler). Er darf auf der Marktstufe einkaufen, die üblich ist, auch wenn er Zugang zu anderen Marktstufen hat, wie etwa bei der Möglichkeit des Werkseinkaufs von Betriebsangehörigen oder des Einkaufs ab Fabrik allgemein. Der maßgebliche Zeitpunkt des gedachten Einkaufs ist der Erfüllungszeitpunkt.

Im Bereicherungsrecht sind ebenfalls die Kosten einer Beschaffung zu ersetzen, wenn § 818 Abs. 2 BGB anzuwenden ist. Es handelt sich aber um eine Beschaffung aus Sicht des Bereicherungsschuldners und um den relevanten Markt aus seiner Sicht. Hier liegt der Unterschied zum Schadensrecht.² Es ist auch keine Wertung nach Zumutbarkeit vorzunehmen, sondern die Bestimmung des relevanten Marktes erfolgt als "rückwirkende Prognose" darüber, wo ein Ersatzgeschäft zur Zeit des Bereicherungseintritts stattgefunden hätte.

Für das Fundrecht führt die Untersuchung zu dem Ergebnis, daß die Marktsicht des Berechtigten die Interessen am besten ausgleicht. Der Finderlohn ist daher zu bemessen nach dem Wert auf dem Markt, wo der Berechtigte sich zur Zeit der Rückgabe ansonsten Ersatz hätte beschaffen müssen. Auch hier ist der objektive Wert ein Beschaffungswert.

Bereits nach diesen Ergebnissen läßt sich die Erkenntnis für den Begriff des gemeinen Wertes gewinnen, daß dieser mit der generellen Festlegung auf einen Verkaufswert³ nicht zutreffend beschrieben ist. Für die untersuchten Normen läßt sich der objektive Wert viel zwangloser als Beschaffungswert aus der Sicht eines Beteiligten darstellen. Selbstverständlich gibt es auf dem relevanten Teilmarkt auch stets einen Gegenpart zu dem gedachten Kauf des Beteiligten, für den der Beschaffungswert dann ein Veräußerungswert ist. Den objektiven Wert einer Sache aber deshalb als Veräußerungswert zu sehen, entfernt sich grundlos von der Prämisse, daß die Verhältnisse der Beteiligten die Marktauswahl prägen.

² Ob der "angerichtete Schaden" oder die "erstrebte Bereicherung" für die Bewertung maßgeblich ist, kann auch zweifelhaft sein. Im Strafrecht wird z.B. für den Diebstahl einer geringwertigen Sache in Literatur und Rechtsprechung überwiegend eine feste objektive Wertgrenze (20 DM oder 50 DM) genannt. Ob aber beim Ladendiebstahl der Beschaffungswert des Handels - Schaden - oder der Beschaffungswert für den Dieb - Bereicherung - gelten soll, wird nirgends erörtert.

³ Siehe oben § 3.

II. Anwendung der gefundenen Marktwahlregeln auf andere Normen

Unter Anwendung der bisherigen Ergebnisse soll nun die Frage der Marktwahl in weiteren Normen behandelt werden.

1. Verwendungsersatz

Verwendungsersatz ist Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen, soweit es sich um notwendige Verwendungen vor Bösgläubigkeit handelt oder die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen (§ 994 BGB). Auf den objektiven Wert der für die Sache erbrachten Leistungen kommt es indirekt insoweit an, als es um die Frage geht, welche Ausgaben erforderlich gewesen sind oder für erforderlich gehalten werden durften. Bei anderen als notwendigen Verwendungen beschränkt sich der Ersatz auf die noch vorhandene Wertsteigerung der Sache (sog. nützliche Verwendungen, § 996 BGB). Der Eigentümer soll sich nicht auf Kosten des Besitzers bereichern, aber auch davor geschützt werden, für Verwendungen bezahlen zu müssen, die sich im Wert der Sache nicht auswirken. Blickpunkt der Norm ist also die "Bereicherung" des Eigentümers. Deshalb kommt es auf den Zeitpunkt der Rückgabe an, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Eigentümer von der Sache etwas hat. Im übrigen ist für die Marktwahl zu fragen, auf welchem Markt der Eigentümer die verwendete Sache oder Leistung einkaufen müßte. Es handelt sich bei dem Wert der nützlichen Verwendung demnach um einen Beschaffungswert. Das stimmt mit der für das Fundrecht getroffenen Wertung überein. Letztlich ist denn auch der Finderlohn rechtstechnisch weitgehend wie eine pauschale Verwendung auf die Sache ausgestaltet. Auch dort kommt es nach den gefundenen Ergebnissen auf den Wert an, auf dem die Sache sonst vom Berechtigten neu beschafft werden müßte.

Auf den vertraglichen Verwendungsersatzanspruch des § 591 BGB (Landpacht) ist die Wertung zu übertragen.

2. Auseinandersetzung von Gesellschaften und Gemeinschaften

Bei "unechten" Auseinandersetzungen von Gesellschaften und Gemeinschaften spielt der Wert des gemeinsamen Vermögens eine bedeutende Rolle, wenn das Vermögen nicht in Natur geteilt werden kann. So muß etwa bei Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortsetzung der Gesellschaft ein Teilungsmaßstab gefunden werden, der nur in der Geldbewertung des Gesellschaftsvermögens liegen kann. Gleiches gilt beim Zugewinnausgleich, im Pflichtteilsrecht und beim Erbersatzanspruch nach altem Recht; allen letzteren Fällen ist gemeinsam, daß keine "dingliche" Mitberechtigung besteht und daher nicht durch Veräußerung des Vermögens und Aufteilung des Erlöses vorgegangen werden kann. Die vom Gesetz gewollte wertmäßige Beteiligung wird vielmehr durch eine nur vorgestellte Liquidation erreicht. Statt Erlöse zu erzielen, wird der Wert der betroffenen Vermögensgegenstände bestimmt und ein Ausgleichsanspruch gebildet. Die Einordnung als gedachte Liquidation bedingt aber, daß hier kein Beschaffungswert aus Sicht eines Beteiligten gemeint sein kann, sondern ein fiktiver Verkauf wie bei einer Liquidation zugrundegelegt werden muß. Daher ist es im Grundsatz richtig, Verkaufswerte aus Sicht des Schuldners bei der Wertermittlung anzusetzen.⁴ Es ist nicht zu übersehen, daß im Pflichtteilsrecht und insbesondere beim Zugewinnausgleich diese Perspektive nicht immer durchgehalten wird, solange nicht zur Erfüllung des Ersatzanspruches ein tatsächlicher Verkauf der bewerteten Gegenstände notwendig wird.⁵ Diese speziell familien- und erbrechtlichen Fragen sind nicht Gegenstand der Untersuchung.⁶

Bei der Marktbestimmung hinsichtlich der (gedachten) Auflösung ist ein Verkauf durch die Mitberechtigten zugrunde zu legen. Sind die Mitberechtigten an unterschiedlichen Orten ansässig oder stehen sie - im Fall von Gesellschaftern - auf verschiedenen Marktstufen, ist das unerheblich, weil es auf einen Verkauf durch die Gesamthand oder Gemeinschaft ankommt, so daß der Teilmarkt durch deren Sitz und Marktstellung definiert wird. Ist die "dingliche" Berechtigung einer Seite allein zugewiesen, die andere Seite dagegen nur mit dem Wertanteil i.S. eines schuldrechtlichen Anspruchs beteiligt, kommt es auf einen Verkauf durch den Berechtigten (Erbe, jeweiliger Ehegatte) an. Falls verschiedene Märkte zur Verfügung stehen,

⁴ So dezidiert *Meincke* S. 168 ff. für die Nachlaßbewertung.

⁵ Etwa BGH FamRZ 1995, 1270 (1271); *Palandt-Diederichsen* § 1376 Rdnr. 1 m.w.N.

⁶ Siehe aber zur Figur des "wahren inneren Wertes" noch unten § 14 I 2.

muß der Markt mit dem höchsten Wert gelten, wenn der Absatz dort möglich wäre.⁷ Die maßgeblichen Zeitpunkte sind im Gesetz bestimmt ; es gilt der Zeitpunkt des Ausscheidens in § 738 BGB, beim Zugewinnausgleich die Beendigung des Güterstandes (§ 1376 Abs. 2 BGB), im Pflichtteilsrecht und beim - früheren - Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes der Zeitpunkt des Erbfalls (§§ 2311 BGB, 1934 b BGB a.F.).

3. Ausgewählte weitere Wertersatznormen

Sind Dienste oder ist die Überlassung einer Sache zur Benutzung Vertragsgegenstand, muß im Falle eines Rücktritts deren Wert vergütet werden (§ 346 S. 2 BGB). Hier ist der Wert auf dem Markt zu bestimmen, auf dem sich die Vertragsparteien getroffen haben. Einkaufs- und Verkaufspreise sind hier per definitionem gleich, weil auf einem bestimmten Markt die durchschnittlichen Einkaufspreise des einen identisch mit den Verkaufspreisen des anderen sind.

Gemäß § 507 BGB sind Nebenleistungen aus dem Kaufvertrag beim *Vorkaufsrecht* mit dem Wert abzugelten, wenn der Vorkaufsberechtigte sie nicht erfüllen kann. Für die Marktwahl kommt es nicht auf den durch das Vorkaufsrecht zu schließenden Vertrag an, sondern auf den Vertrag, der das Vorkaufsrecht auslöst. Denn der Wertersatz soll dem Verkäufer die Vorteile aus dem mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag erhalten; der relevante Markt ist daher der Markt, auf dem der Verkäufer der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Sache sich die Nebenleistung nach Ausübung des Vorkaufsrechts, so wie sie geschuldet war, entgeltlich beschaffen müßte.

Im *Nießbrauchsrecht* ist in § 1039 BGB der Wert für übermäßige Fruchtziehung zu ersetzen, unbeschadet Verantwortlichkeit aus Verschulden. Das entspricht einem bereicherungsrechtlichen Anspruch mit der entsprechenden Wertung bei der Marktwahl. In § 1067 BGB hingegen ist dem Besteller bei verbrauchbaren Sachen nach Beendigung des Nießbrauchs deren Wert zum Zeitpunkt der Bestellung zu ersetzen, als Ausgleich für den gesetzlich angeordneten

⁷ So wohl auch *MünchKomm-Gernhuber* § 1376 Rdnr. 17: Bei der Bewertung von Bildern zähle, wenn der Absatz möglich sei, der Markt für den Verkauf an Privat, nicht der Händlereinkaufspreis.

Eigentumserwerb des Nießbrauchers; hier gilt der Markt eines fiktiven Kaufvertrages zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher hinsichtlich des Eigentums.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß durch Rekurs auf den jeweiligen Normzweck Marktwahlprobleme rechtlich entschieden werden können. Nachdem so der relevante Teilmarkt ermittelt ist, muß geklärt werden, wie auf diesem Markt ein objektiver Wert bestimmt werden kann.

Dritter Teil: Die Objektivität des Wertes

Nachdem im vorhergehenden Kapitel die Frage der Marktwahl diskutiert wurde, bleibt noch zu erörtern, wie auf dem gefundenen relevanten Teilmarkt ein Wert mit objektiver Qualität zu bestimmen ist. Sodann stellt sich die Folgefrage, ob unter bestimmten Umständen dieser gefundene objektive Wert durch Parteiabreden überlagert sein kann, so daß er hinter diese zurücktritt. Insbesondere geht es dabei um den Vorrang der Preisabrede zwischen den Parteien eines Vertrages.

§ 10 Die Ermittlung objektiver Werte

Nach den bisherigen Ergebnissen bedeutet die Betonung des "objektiven" Charakters einer Wertermittlung die Loslösung von persönlichen Vorlieben und Einschätzungen der beteiligten Personen. Bei der Ermittlung des maßgeblichen Marktes findet allerdings nach den bisherigen Ergebnissen die Abstraktion von den Beteiligten ihre Grenze, denn ohne Rückgriff auf den konkreten Vorgang und die Marktsicht einer Person läßt sich der relevante Markt nicht finden. Auf welche Person es ankommt, ist eine Frage des Normkontextes der Wertermittlung, also eine Rechtsfrage. Zu fragen ist, welches fiktive Geschäft einer der Parteien des Schuldverhältnisses man sich als Basis für die Marktbestimmung vorzustellen hat, damit der Normzweck erfüllt wird. Die häufig gebrauchte Formel vom "Wert für jedermann" hat hierdurch eine Relativierung erfahren. Erst wenn der relevante Markt - wie gezeigt - normativ und individuell ermittelt ist, kann auf diese Formel zurückgegriffen werden, um schlagwortartig die Frage der Objektivität der Wertermittlung zu bezeichnen.

1. Vom einzelnen Preis zum Wert

Es bleibt zu klären, wie auf dem gefundenen relevanten Teilmarkt der objektive oder gemeine Wert ermittelt wird. Als Tatsache ist durch ein Gericht oder einen Sachverständigen nicht ein Wert feststellbar, sondern zum einen Angebotspreise sowie die bei einzelnen Transaktionen konkret gezahlten Preise. Diese Feststellungen werden in aller Regel voneinander abweichen. Wie der Schritt von den ermittelten Preisen zum objektiven Wert zu vollziehen ist, wird in

Rechtsnormen - über die allgemeinen Grundsätze der Schätzung in § 287 ZPO hinaus - nicht vorgegeben und liegt daher in der Hand der Parteien oder des Tatrichters.

Die Formel der Rechtsprechung, es komme auf den Preis an, der "im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse im einzelnen Fall" erzielt werde¹, hilft nicht weiter, denn auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr werden unterschiedliche Preise erzielt. Zur weiteren Objektivierung wird daher angenommen, daß nicht der ermittelte höchste oder niedrigste Preis auf dem relevanten Markt als Wert zugrunde zu legen ist, sondern ein Durchschnittspreis. Der Wert sei der "durchschnittlich gezahlte Preis"², ein mittlerer Marktpreis, welcher die "Durchschnittsnützlichkeitsrelation bezogen auf ein gegebenes Kollektiv"³ widerspiegele und der einer gemeinsamen Meinung oder Schätzung des Wertes durch die Marktteilnehmer am nächsten komme.⁴

Dagegen ist wenig zu erinnern. Wollte man demgegenüber auf den Mindestnutzen für alle Marktteilnehmer abstellen, ließe sich dazu dem Wortsinn nach die oft gebrauchte Formel heranziehen, wonach es auf den Wert ankommt, den die Sache "für jedermann" hat. Daraus könnte man ableiten, es sei der kleinste gemeinsame Nenner der Marktteilnehmer entscheidend, also der Preis, den wirklich auch der letzte vernünftige Teilnehmer für die Sache bezahlen würde.⁵ Das wäre, weil jeder vernünftige Marktteilnehmer zumindest ein Verkaufsinteresse hegen müßte, bei leicht verkäuflichen Sachen der risikolos erzielbare Wiederverkaufswert, bei schwer verkäuflichen Sachen weitaus weniger oder gar nichts.⁶ Mit Wert für "jedermann" ist aber nicht mehr gemeint, als daß der Wert für eine Person in einer besonderen Situation nicht maßgeblich sein soll, und daß insbesondere Affektionswerte außen vor bleiben. Die Annahme eines Mindestwertes als gemeinem Wert würde dem entgegenlaufen, weil dann zwar nicht die Ansichten eines konkreten Beteiligten, aber die speziellen Belange und Wünsche des gedachten "am wenigsten interessierten Marktteilnehmers" zur Geltung kämen.⁷ Kommt also eine Orientierung am Mindestnutzen nicht in Betracht, ist umgekehrt aufgezeigt worden, daß scheinbare Abweichungen an den oberen Rand der Wertskala - etwa bei Zubilligung einer

¹ Etwa RGZ 96, 124 (125); BGHZ 39, 198 (200).

² RGZ 117, 131 (133).

³ *Mertens S. 72.*

⁴ *Butzer VersR 1991, 854 (858).*

⁵ Vgl. zur Frage *Mertens S. 72 Fußn. 65.*

⁶ *Mertens S. 74.*

⁷ So (ohne nähere Begründung) auch *Mertens S. 74.*

"Kunden- oder Fachwerkstatt" bei Kfz-Schäden - in Wahrheit einen bestimmten Leistungsstandard oder eine Warenklasse bestimmen, die geschuldet ist. Innerhalb dieser Marktausprägung ist dann wieder ein Durchschnittspreis maßgeblich.

Es kommt daher weder auf den Mindestpreis an, den eine Sache jedem letzten Marktteilnehmer wert sein müßte, noch auf einen Höchstpreis, sondern auf einen mittleren Durchschnitt.

II. Durchschnittsbildung

Ergänzend stellt sich die Frage, wie der gesuchte Durchschnitt zu ermitteln ist. Nahe liegt das arithmetische Mittel (Addition aller Preisbeträge geteilt durch die Anzahl der ermittelten Preise). Denkbar ist auch die Durchschnittsbestimmung über den Median (der verbleibende Preis, wenn man aus allen ermittelten Preisen abwechselnd den höchsten und den niedrigsten streicht).⁸ Das ist eine Frage trichterlichen Vorgehens. Bei einer Spanne üblicher Preise darf der Trichter etwa vom rechnerischen Mittelwert der Spanne ausgehen.⁹ Einen Hinweis auf die Zulässigkeit der Durchschnittsrechnung gibt auch § 317 Abs. 2 BGB. Bestimmen mehrere Dritte nach billigem Ermessen die Summe einer Leistung unterschiedlich, ist danach im Zweifel die Durchschnittssumme maßgeblich. Bei der Durchschnittsbildung dürfen jedoch nur solche Bestimmungen einbezogen werden, an deren Plausibilität kein Zweifel besteht.¹⁰ Ebenso dürfte der Trichter bei der Wertfestsetzung einzelne ermittelte Preise, die ganz aus dem Rahmen fallen, unberücksichtigt lassen.¹¹ Denn nach der Ermittlung des relevanten Marktes, die eine eindeutig zu beantwortende Rechtsfrage ist, stellt sich die eigentliche Wertermittlung als Schätzung nach § 287 ZPO dar, wobei ermittelte Preise oder sonstige Hilfestellungen eines Sachverständigen nur Material für die Schätzung sind, nicht feste Rechenposten. Wenn unterschiedliche Preise für identische Waren bezahlt werden, liegt das an besonderen Affektionen

⁸ Beispiel: Ermittelte Preise 4, 5 und 7. Arithmetisches Mittel ist $16/3=5.33$, der Median ist 5. Man kann sich weitergehend fragen, ob die gefundenen Preise nach Marktgröße und Umsatz des Anbieters *gewichtet* werden sollten; im Fall BGHZ 94, 98 war für Maklerpreise eine Umfrage unter 26 Maklern durchgeführt und daraus die Durchschnittssumme errechnet worden. Man sollte sich zumindest darüber im klaren sein, daß durch diese Methode Gelegenheitsmaklern mit wenigen Aufträgen pro Jahr und kundenstarken Maklern, die jährlich zahlreiche Aufträge abwickeln, das gleiche Gewicht gegeben wird, was zu einer Verzerrung der Marktdarstellung führen kann.

⁹ BGHZ 94, 98 (104); Palandt-Heinrichs § 632 Rdnr. 9.

¹⁰ BGH NJW 1964, 2401.

¹¹ Beispiel: Von 10 Transporten sind 9 zum Preis von 100.--DM durchgeführt, ein einziger zum Preis von 200.--DM. Hier dürfte auch noch von einem Wert von 100.--DM ausgegangen werden, der "rechnerisch" nicht mehr zu erreichen ist.

eines Käufers im Hinblick auf die Ware, an Kundenbindung rechtlicher oder tatsächlicher Art, an mangelnder Marktkenntnis oder an sonstigen Hinderungsgründen, das preiswerteste Angebot wahrzunehmen. Die Aufgabe der schätzenden Person ist es, diese Besonderheiten auf ein Durchschnittsmaß zurückzuführen und daraus einen mittleren Preis als Wert zu bestimmen. Die Durchschnittsberechnung aus verschiedenen Preisen wird bei Fehlen anderer Anhaltspunkte aber durchaus Hauptfaktor der Schätzung sein.

§ 11 Vertragspreis und objektiver Wert

Wertersatzansprüche und andere Normen, die eine Wertermittlung verlangen, liegen oftmals auch im vertraglichen Bereich oder hängen mit Verträgen zwischen den Parteien zusammen. Die bisherigen Ausführungen hatten bereits gezeigt, daß Fragen der Marktwahl sich erheblich vereinfachen können, wenn die Parteien vertraglich verbunden sind und in diesem Zusammenhang Wertermittlungen nötig werden. Regelmäßig wird der Teilmarkt in seinen Ausprägungen relevant sein, auf dem sich die Parteien getroffen haben oder den sie - im Fall von Lieferungen - als Erfüllungsmarkt spezifiziert haben.

Es gibt daneben aber auch weitergehende Ansätze, nach denen die Preisabrede zwischen den Parteien der allgemeinen Ermittlung des objektiven Wertes einer Sache vorgehen soll. Der Wert soll dadurch inter partes festgelegt sein oder mindestens widerleglich vermutet werden, so daß die Ermittlung eines objektiven Wertes in solchen Fällen vielfach überflüssig wäre.

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Vertragspreis und objektivem Wert soll im folgenden näher untersucht werden.

I. Grundverständnis

Der objektive Wert einer Sache ist - darüber herrscht auch Einigkeit - mit einem einzelnen, bestimmten dafür bezahlten Kaufpreis nicht identisch. Der "gemeine Wert" einer Sache bildet sich gerade unter Betrachtung einer Vielzahl von Preisen in ebenso vielen Transaktionen. Ein einzelnes Geschäft kann immer teuer oder billig im Vergleich zum durchschnittlichen Preis, dem Verkehrswert der Sache, sein.¹ Durch ein einzelnes Geschäft dieser Art ändert sich der Verkehrswert noch nicht, jedenfalls dann nicht, wenn die Zahl der Transaktionen hoch ist.² Der Wert paßt sich aber an, wenn aufgrund der Marktverhältnisse regelmäßig mehr oder weniger

¹ *Staudinger-H.Honsell* § 472 Rdnr. 4; *Peters* BB 1983, 1951 (1951).

² Für individuelle Waren, etwa Kunstwerke, die nur selten verkauft werden, wird sich hingegen oft schwer ein objektiver Wert losgelöst vom einzelnen Kaufpreis finden lassen; vgl. *Ehlke* WM 1979, 1022 (1023). Allerdings bildet sich in der Fachwelt auch hier oft eine Meinung, ob der Preis etwa als günstig oder als überteuert anzusehen ist.

bezahlt wird als der bis dato erzielbare Durchschnittspreis. Der Durchschnitt korrigiert sich dann nach unten oder oben, ein dynamischer Prozeß, der dazu führt, daß jede Wertermittlung zeitpunktgebunden, also Momentaufnahme, ist. Der Unterschied zwischen Verkehrswert einer Sache und Einzelpreis ist damit im Ansatz ganz deutlich; Normen wie § 138 Abs. 2 BGB oder § 472 BGB wären ohne diesen Unterschied etwa gar nicht anwendbar, diese setzen ihn gerade voraus.

Wer einen vereinbarten Einzelpreis im Rahmen der Wertermittlung für relevant hält, begründet das auch nicht damit, dieser "sei" der objektive Wert, sondern mit einem Vorrang der Parteivereinbarung vor den allgemeinen Grundsätzen der Wertermittlung.

II. Individueller Wert

Ein derartiger Ansatz ist für das Bereicherungsrecht mit dem Begriff des "individuellen Wertes" entwickelt worden.³

Diese Auffassung setzt an bei § 818 Abs. 2 BGB und geht dort von einem objektiven Wertbegriff mit der h.M. aus.⁴ Die Feststellung eines objektiven Wertes sei aber oftmals schwierig, wenn es um seltene Verkäufe von Einzelstücken gehe.⁵ Auch die Bestimmung des relevanten Marktes werde schnell willkürlich, etwa der zu ziehende Umkreis bei der Bestimmung des Ortes. Es sei auch unbefriedigend, wenn beispielsweise von zehn geschlossenen Verträgen kein Preis genau mit dem dann ermittelten objektiven Wert übereinstimme.⁶

Die Lösung soll in einer Individualisierung des Wertbegriffes liegen. Damit ist gemeint: Soweit es um nichtige Verträge und deren Rückabwicklung gehe, liege in der Preisabrede eine Einigung der Parteien, was der Gegenstand zwischen ihnen wert sein solle. Diese Abrede könne - von Ausnahmefällen wie arglistiger Täuschung abgesehen - auch bei Nichtigkeit des Vertrages Bestand haben. Bei der Rückabwicklung sei dann vorrangig auf die "Wertabrede" zwischen den Parteien abzustellen, so daß sich die mühsame und unbefriedigende Ermittlung des objektiven Werts vielfach erübrige.⁷ Der "individuelle Wert" ist also zusammengefaßt kein Gegenbe-

³ *Ehlke* WM 1979, 1022 ff.

⁴ *Ebd.*, S. 1022.

⁵ *Ebd.*, S. 1023.

⁶ *Ebd.*, S. 1024.

⁷ *Ebd.*, S. 1024 f.

griff zum "objektiven Wert", sondern meint den Vorrang der vertraglichen Preisabrede vor der abstrakten Ermittlung des Verkehrswerts im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB.

Ein erstes Problem dieser These ist ihre konzeptionelle Enge. Im Blickpunkt steht die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge. Die gefundene Lösung ist singular und kann zu einem allgemeinen Verständnis des objektiven Wertbegriffs nichts beitragen. Evident läßt sich der Vorrang der vertraglichen Preisabrede auf manche andere Norm nicht übertragen. Das Konzept des § 138 Abs. 2 BGB setzt etwa einen objektiven Wert voraus, der losgelöst von der vertraglichen Abrede ist und als Vergleichsmaßstab für Wucherpreise gilt. Auch die Wertung in § 472 BGB würde mit einer Übertragung des Gedankens unterlaufen.

Aber auch im Bereicherungsrecht selbst ist der Gedanke der "Einigung über den Wert" durch Preisvereinbarung nur teilweise anwendbar, nämlich für die *condictio indebiti*, die Rückabwicklung nichtiger Verträge. Für andere Arten der Leistungskondiktion paßt der Gedanke schwerlich, für die Eingriffskondiktion gar nicht.⁸ Auch noch bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge gibt es zudem Ausnahmereiche, wie auch *Ehlke* selbst einräumt⁹: Bei Täuschung, Drohung und sittenwidriger Überhöhung des Preises funktioniert die These von der freien Wertvereinbarung schon vom Grundsatz her nicht.

Ist die Anwendung des "individuellen Wertes" mithin auf einen schmalen Bereich reduziert, muß die Nützlichkeit angezweifelt werden. Die behaupteten Unsicherheiten bei der Bestimmung objektiver Werte bestünden in allen übrigen Bereichen fort und erscheinen zudem überzeichnet. Denn die große Mehrzahl aller Geschäfte hat heute Massencharakter, bei Abweichungen im Detail, so daß eine Wertbestimmung regelmäßig machbar ist.

Es stimmt aber vor allem auch die Grundannahme nicht, daß bei einem Vertrag die Parteien übereinstimmende Auffassungen zum Wert einer Leistung abgäben. Daß sie sich auf einen bestimmten Preis vertraglich gebunden haben, darf für den nichtigen Vertrag, anders als beim Rücktritt, keine Rolle spielen. Eine über den Vertrag hinausreichende faktische Aussage zum

⁸ Das sieht auch *Ehlke*, der hier jedenfalls bei Veräußerung an einen Dritten den Kaufpreis als Vermutung für den Verkehrswert hernehmen will (ebd., S. 1027). Damit entfernt er sich aber bereits vollständig von seiner Grundidee der faktischen "Wertvereinbarung" zwischen zwei Vertragsparteien.

⁹ *Ebd.*, S. 1025.

Wert ist in einem Vertragspreis gerade nicht enthalten. Wird etwa eine Sache für 100.--DM gekauft, läßt sich aus dem Preis lediglich folgender Schluß ziehen: Unter den herrschenden Umständen war die Sache dem Verkäufer 100.--DM wert oder weniger; dem Käufer war sie 100.--DM wert oder mehr. Wäre dies anders, hätten die Parteien sich nicht über den Preis einigen können.¹⁰ Diese Situation schließt aber nicht aus, daß der Verkäufer die Sache für wertlos hielt, während sie dem Käufer 1000.--DM wert war. Darüber haben sich die Parteien gerade nicht geeinigt; die Parteien haben der Sache nicht übereinstimmend einen gewissen Wert zugemessen, sondern die subjektiven Bewertungen, die durchaus stark abweichen können, waren geeignet, eine Transaktion hervorzubringen. Das ist etwas ganz anderes. Ob man aus Transaktionen gut informierter Parteien eine Vermutung für den Wert ableiten darf, ist eine noch zu diskutierende Frage. Eine Abrede über den Wert, wie *Ehlke* sie annimmt, besteht mit der Preisfindung nicht.

Soweit ersichtlich ist auch die These vom "individuellen Wert" bisher nicht positiv aufgegriffen worden.¹¹ Festzuhalten bleibt, daß die Parteien zwar einen Marktwert vereinbaren können¹², auch für Rückabwicklungen von Verträgen; daß aber in der bloßen Preisabrede eine solche Vereinbarung nicht liegt. Die von *Ehlke* geforderte Individualisierung bei der Wertermittlung ist aber in einem ersten Schritt insoweit vorzunehmen, als die Bestimmung des relevanten Marktes nur individuell erfolgen kann. Dieser erste Schritt der Individualisierung ist , wie bereits ausgeführt¹³, notwendig und verallgemeinerbar.

III. Übereinstimmung von Vertragspreis und Wert als Regel?

Eine andere häufig gezogene Verbindung von Einzelpreis und Wert geht dahin, daß eine Vermutung im weitesten Sinn dafür spreche, daß ein gezahlter Preis dem Verkehrswert gleichkomme.

¹⁰ Näher zur Preisbildung noch unten § 12 II 1.

¹¹ Ablehnend etwa *Soergel-Mühl* § 818 Rdnr. 33 unter Verweis auf *König*, Gutachten für das Bundesministerium der Justiz: Ungerechtfertigte Bereicherung, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1515 ff.

¹² *Gottwald* S.123 mit Beispielen.

¹³ Siehe oben §§ 4 bis 9.

1. Meinungsstand

Diese Frage wird vorrangig im Bereich des Gewährleistungsrechts bei der Minderung diskutiert (§ 472 BGB). Dort sind zur Berechnung der Minderung nach dem Gesetz sogar zwei Wertermittlungen notwendig, nämlich die des Verkehrswertes der mangelfreien Sache (Sollwert¹⁴) sowie des Verkehrswertes der mit dem gerügten Mangel behafteten Sache (wirklicher Wert). Das ist aufwendig, obwohl gerade die Minderung oft der Gewährleistungsanspruch für kleinere Mängel ist, bei denen eine Wandlung nicht in Betracht kommt und eine Nachbesserung, soweit überhaupt geschuldet, womöglich schon wegen unzumutbaren Aufwandes abgelehnt werden kann.¹⁵ Von daher liegt es nahe, nach einer Vereinfachung zu suchen und als Regel davon auszugehen, daß der Kaufpreis einer Sache ihrem Sollwert entspricht. In diesem Fall würde es vielfach reichen, die Kosten einer notwendigen Mängelbeseitigung vom Kaufpreis abzusetzen.

Die Praxis geht üblicherweise so vor, ohne allerdings explizit Kaufpreis und Wert gleichzusetzen.¹⁶ Die Festsetzung von Minderwerten im zivilen Baurecht hat sich etwa weitgehend von der Berechnungsnorm des § 472 BGB gelöst. In ähnlicher Weise wird im Schadensrecht, wenn es etwa um die Ermittlung eines Abzugs "neu für alt" geht, als Ausgangswert ohne weiteres der Anschaffungspreis eingesetzt.¹⁷ Sehr oft wird dieses Vorgehen aber daran liegen, daß keine Partei auch nur angedeutet hat, es könne Unterschiede zwischen Preis und Verkehrswert geben.

Deutliche Bekenntnisse zu einer Ableitung des Sachwertes aus dem bezahlten Preis sind dagegen schon weniger häufig. Geklärt ist in der Rechtsprechung des BGH lediglich, daß der wirkliche Wert im Regelfall durch Abzug der Mängelbeseitigungskosten vom Kaufpreis berechnet

¹⁴ So benannt von *Peters* BB 1983, 1951 (1951).

¹⁵ Eingehend *Peters* BB 1983, 1951 (1952 f.).

¹⁶ *Palandt-Putzo* § 472 Rdnr. 8; *Peters* BB 1983, 1951 (1952) unter Bezug auf BGH WarnR 1971 Nr. 202; aus neuerer Zeit etwa OLG München NJW-RR 1996, 1417; terminologisch deutlich trennend aber etwa OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 1104.

¹⁷ Vgl. etwa BGHZ 30, 29; BGH NJW-RR 1995, 415; OLG Karlsruhe VersR 1973, 471; OLG Bremen VersR 1984, 555; OLG Koblenz VersR 1991, 1188.

werden kann, *wenn* der Wert der Sache im Sollzustand dem Kaufpreis entspricht¹⁸, aber nicht, ob das zu unterstellen ist. Verschiedentlich wird demgegenüber in der Literatur der Satz aufgestellt, daß der Kaufpreis "regelmäßig" dem objektiven Wert entspreche; wobei entweder die Konsequenzen offen bleiben¹⁹, ein Beweis des ersten Anscheins bestehen soll²⁰ oder eine tatsächliche Vermutung aufgestellt wird.²¹

2. Unrichtigkeit der faktischen Gleichsetzung von Preis und Wert

Die Annahme eines *Anscheinsbeweises* verlangt, daß aus feststehenden Tatsachen nach der Lebenserfahrung mit hinreichender Tragfähigkeit auf die zu beweisende Tatsache geschlossen werden kann; es bedarf insoweit eines typischen Geschehensablaufes.²² Ob ein solcher Schluß gestattet ist, bleibt Frage des Einzelfalls. Der Schluß mag zutreffen, wenn jede Seite beliebigen Marktzugang und vollständige Information hat, also bei sehr transparenten Märkten, oder auch, wenn dem Kaufvorgang eine lange Informations- und Verhandlungsphase vorangegangen ist. In vielen anderen Fällen verbietet die Lebenserfahrung eine solche Schlußfolgerung jedoch, denn jeder weiß, daß oft "zu billig" oder "zu teuer" eingekauft wird, sei es aus Unwissen, Bequemlichkeit oder Eile. Träfe der prima-facie-Schluß zu, dann gäbe es die bekannten Preisspannen nicht, weil jeder Käufer "selbstverständlich" das preiswerteste Angebot vorziehen würde.

Eine *gesetzliche Vermutung* streitet für die Gleichsetzung von Kaufpreis und Wert offenkundig nicht. Die zuweilen ins Feld geführte *tatsächliche* Vermutung ist bereits als Figur zweifelhaft.²³ Eine echte Basis für die Vermutung gibt es außerdem nicht. Sieht man die tatsächliche

¹⁸ BGH LM Nr.1 zu § 472 BGB; BGHZ 58, 181 (183 f.); BGH WM 1991, 1591 (1593 f.); *Erman-Grünwald* § 472 Rdnr. 5; *MünchKomm-H.P. Westermann* § 472 Rdnr. 5; *RGRK-Mezger* § 472 Rdnr. 2.

¹⁹ RG, Urt. v. 17.3.1911, SoergRspr 1911, Nr.3 zu § 818 (für Handelsware); *Palandt-Putzo* § 472 Rdnr. 8; *Soergel-Mühl* § 818 Rdnr. 46. Für die Kostenordnung vgl. KG DB 1994, 316 und DB 1995, 822. Für den Anschaffungspreis als Regelwert beim Schadensersatz auch Österreichischer OGH TransportR 1989, 222 (225), insoweit nicht abgedruckt in VersR 1989, 980.

²⁰ *Soergel-Huber* § 472 Rdnr. 8; wohl auch *Staudinger-H.Honsell* § 472 Rdnr. 10 für den Fall, daß der vereinbarte Preis "angemessen" ist.

²¹ V.a. *Peters* BB 1983, 1951 (1952); *Ehlke* WM 1979, 1022 (1026 f.) sogar für Verkauf des Erlangten an Dritten; RG, Urt. v. 18.11.1889, RGZ 25, 130 (136 ff.) zum gemeinen Recht.

²² Vgl. nur *Rosenberg-Schwab-Gottwald*, S. 660 ff.; *Stein-Jonas-Leipold* § 286 Rdnr. 88 ff., jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

²³ Ablehnend etwa *Baumgärtel* FS Schwab S.43; *Prütting*, Beweislast, S. 50 ff.; *Rosenberg-Schwab-Gottwald* S.656; *Stein-Jonas-Leipold* § 292 Rdnr.6; *Zöller-Greger* vor § 284 Rdnr. 33.

Vermutung im Kern als rechtsfortbildende Abänderung der Beweislast²⁴, dann läßt sich über deren Sinn wohl streiten: Immerhin obläge demjenigen, der einen vom Kaufpreis abweichenden Wert behauptet, stets die Beweislast dafür²⁵, und zwar auch dann, wenn die fehlende Übereinstimmung auf der Hand liegt. Weshalb eine Seite einer Beweiserleichterung bedürfte, ist nicht recht einsichtig, sind doch Marktdaten regelmäßig für beide Seiten ermittelbar. Es bedürfte aber guter Gründe, um von der allgemeinen Regel abzuweichen, daß jede Partei die ihr günstigen Tatsachen beweisen muß.

Mit beweisrechtlichen Mitteln ist daher den Unbequemlichkeiten nicht beizukommen. Erleichterung kann aber zunächst dadurch geschaffen werden, daß die Anforderungen an den Vortrag klein gehalten werden. Wer zur Begründung einer Minderung den Kaufpreis und die Mangelbeseitigungskosten vorträgt, der verfolgt ersichtlich die vereinfachte Linie einer Berechnung, die vom BGH²⁶ anerkannt ist; damit wird die Identität von Preis und Sachwert implizit vorgetragen. Ähnliches kann bei Schadens- oder Wertersatz gelten, wenn als Schadensbetrag oder Wertbetrag lediglich der Erwerbspreis einer Sache vorgetragen wird; dann liegt darin die Aussage, daß der Anschaffungspreis dem objektiven Neuwert der Sache entsprach. Trägt die Gegenseite einen abweichenden Wert vor, der sich ihr günstig auswirkt, muß nach allgemeinen Regeln Beweis angetreten und geführt werden. In der Praxis wird oft mit guten Gründen davon abgesehen, die Frage des Verhältnisses von Wert und Preis zu problematisieren. Wenn nicht gerade ein echtes Mißverhältnis besteht, wirkt sich, besonders im Bereich der Minderung, eine Wertabweichung nicht sehr stark aus. Die hier möglichen Schwankungen werden regelmäßig ohnehin von den Bandbreiten der Schätzung des Sachverständigen betreffend die Mängel überspielt. Der Ausgang eines Sachverständigenbeweises über den Verkehrswert ist auch selbst unsicher, so daß dieses Mittel regelmäßig nur dann von einer Partei herangezogen wird, wenn die Bedenken ernsthaft und nicht unbedeutend sind. Unabhängig davon können die Gerichte über eine konsequente Anwendung des § 96 ZPO auch selbst dafür sorgen, daß die Abweichung von Kaufpreis und Wert nicht leichtfertig behauptet wird, indem die Kosten für

²⁴ *Rosenberg-Schwab-Gottwald* S. 656; *Zöller-Greger* vor §284 Rdnr. 33.

²⁵ *Peters* BB 1983, 1951 (1952); ausdrücklich anders *MünchKomm-H.P. Westermann* § 472 Rdnr. 8.

²⁶ Vgl. oben Fußn. 18.

ein solches erfolgloses Angriffs- oder Verteidigungsmittel gesondert aufgegeben werden. Mit diesen Mitteln ist dem praktischen Bedürfnis ausreichend Rechnung getragen. Weitere Beweiserleichterungen sind daneben unnötig.

IV. Der Vertragspreis als Obergrenze für den objektiven Wert?

Bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge über Dienstleistungen hat der BGH den objektiven Wert der Leistung und den vertraglich vereinbarten Preis noch auf andere Weise zueinander in Beziehung gesetzt. In einem neueren Fall²⁷ ging es um einen nichtigen Werkvertrag über Handwerksarbeiten, der unter beiderseitigem Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) geschlossen und durchgeführt worden war. Der Vertrag war nach § 134 BGB nichtig. Da die empfangenen Leistungen ihrer Natur nach nicht herausgegeben werden konnten, war gemäß § 818 Abs. 2 BGB ihr objektiver Wert zu vergüten. Der BGH befand, gegenüber legal erbrachten Leistungen seien wegen des Risikos und der fehlenden Gewährleistungsansprüche erhebliche Abschläge zu machen. Aber auch von vornherein könne der Wertersatz nicht höher sein als das vereinbarte Entgelt²⁸, weil dies gegen Treu und Glauben verstoße. Das knüpft an ein Urteil aus dem Jahr 1960 an²⁹, nach dem es in der Regel gegen Treu und Glauben verstößt, wenn derjenige, der durch arglistige Täuschung eine Anfechtung des Vertrages verursacht, für erbrachte Dienste aus ungerechtfertigter Bereicherung mehr fordert, als ihm nach dem Vertrag zustehen würde. Denn niemand dürfe aus eigenem schuldhaften Verhalten Vorteile ziehen.³⁰ Das ist auf die neuere Entscheidung des BGH wohl noch übertragbar, obwohl man kaum übersehen kann, daß dann der Auftraggeber in voller Kenntnis der Umstände und der Schwarzarbeitsproblematik einen "Rabatt" über die vom BGH geforderten "erheblichen Abschläge" erhält, also gleichfalls Vorteile aus seinem schuldhaften Verhalten zieht.³¹

²⁷ BGHZ 111, 308 ff.

²⁸ BGHZ 111, 308 (314).

²⁹ BGH, Urt. v. 30.6.1960, LM BGB § 123 Nr.22 = JZ 1960, 603.

³⁰ BGH JZ 1960, 603; zustimmend *Staudinger-W.Lorenz* § 818 Rdnr. 26; *RGRK-Heimann-Trosien* § 818 Rdnr.20; *Erman-H.P.Westermann* § 818 Rdnr. 24.

³¹ Ein erheblicher Teil der Literatur will diesen Fall bereits über § 817 S.2 BGB mit einer Versagung des Anspruchs gelöst sehen, vgl. *Larenz-Canaris*, Schuldrecht II, S.167; *MünchKomm-Lieb* § 817 Rdnr. 34; *Staudinger-W.Lorenz* § 817 Rdnr. 10; *Tiedtke* DB 1990, 2307 (2310); dem BGH zustimmend *Köhler* JZ 1990, 466 (469).

Für unsere Belange bedeutsam ist die Frage, ob sich aus den Entscheidungen ein allgemeines Prinzip ableiten läßt, wonach zumindest bei Rückabwicklung nichtiger Verträge der vereinbarte Preis Obergrenze des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB wäre. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) könnte es dem Gläubiger bereits immer dann verbieten, als Wertersatz mehr als das vereinbarte Entgelt zu verlangen, wenn die Preisvereinbarung zurechenbar getroffen ist.³² In dieser Allgemeinheit erscheint das jedoch nicht schlüssig. Denn dann müßte es ebenso gegen Treu und Glauben verstoßen, daß der Schuldner des Wertersatzanspruches nun weniger bezahlen will, als er vertraglich versprochen hatte. Damit wäre man bereits wieder bei der These des Vorrangs der Preisabrede ("individueller Wertbegriff") angelangt, die bereits oben abgehandelt und verworfen worden ist. Es muß vielmehr bei dem Grundsatz verbleiben, daß es nicht dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens unterfällt, sich auf die Nichtigkeit eines geschlossenen Vertrages zu berufen³³, mit allen Folgen. Die Begrenzung des Wertersatzanspruches durch die Entgeltabrede muß daher besonderen Einzelfällen vorbehalten bleiben, von denen der erwähnte Schwarzarbeitsfall bereits an der Grenze liegen wird. Es ist im übrigen hinzunehmen, daß der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende Wert auch höher liegen kann als das Entgelt.

Daß eine Leistung besonders preiswert von dem Bereicherungsschuldner eingekauft worden ist, kann demgegenüber Bedeutung bei der Frage der noch bestehenden Bereicherung im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB haben. Hier ist - folgt man nicht einem subjektiven Wertbegriff bei § 818 Abs. 2 BGB - dem gutgläubigen Schuldner die Möglichkeit zum Einwand gegeben, er sei nicht bereichert, weil er den entsprechenden Aufwand sonst gar nicht getätigt hätte³⁴; nur eine mildere Spielart ist der Einwand, man hätte nicht zum Durchschnittspreis erworben, sondern billiger.³⁵ Insbesondere wenn der vereinbarte Preis (bei freier Willensbildung) sehr niedrig gelegen hat, kann dies ein starkes Indiz für die Behauptung des Bereicherungsschuldners sein.

³² So *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 36.

³³ BGHZ 87, 169 (177); BGH NJW 1997, 3377 (3379); *Palandt-Heinrichs* § 242 Rdnr. 55.

³⁴ Dazu *Goetzke AcP* 173, 289 (303); *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 149; *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 73 ff.

³⁵ Verkannt in OLG Hamm MDR 1986, 410 Nr. 56, wo der Einwand nur an § 818 Abs.2 BGB gemessen wird.

V. Ergebnis

Die verschiedenen Versuche, einen einzelnen Preis und den objektiven Wert einer Sache in Beziehung zu setzen, führen zu nichts. Die Begriffe sind weder identisch, noch ist der Preisabrede der Vorzug vor dem Ersatz des objektiven Wertes zu geben. Auch eine tatsächliche Vermutung oder ein Anscheinsbeweis dafür, daß der vereinbarte Preis dem Wert entspricht, läßt sich regelmäßig nicht ableiten. Wenn auch je nach Markt eine deutliche Wahrscheinlichkeit dafür sprechen mag, daß viele Geschäfte zum objektiven Wert oder in dessen Nähe abgewickelt werden, läßt sich daraus im Normalfall für das Einzelgeschäft keine hinreichend sichere Aussage treffen. Wird in einem Rechtsstreit der Vertragspreis vorgetragen, wenn Wertersatz gefordert ist, so darf daraus allerdings die Aussage entnommen werden, daß beide Größen für identisch gehalten werden. Bestehende Rechtsprechung zur Begrenzung des Wertersatzes nach oben durch das vereinbarte Entgelt kann nicht verallgemeinert werden, sondern basiert auf einer Beurteilung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Einzelfall.

Vierter Teil: Besondere Marktsituationen

Bisher sind Fragen der Wertbestimmung für reguläre Märkte diskutiert worden. Nicht immer sind aber die Gegebenheiten so. Es gibt Sachen, für die aus den verschiedensten Gründen kein Markt besteht, es gibt kleine und kleinste Märkte, es kommen Sondersituationen vor wie verschiedene Formen des Schwarzmarktes oder Notmärkte. Solche Situationen sind nicht nur theoretisch, sondern beschäftigen immer wieder auch die Rechtsprechung, wie die Beispiele aus der Praxis zeigen werden.

§ 12 Fehlen eines Marktes

Ob ein zu ersetzender Gegenstand ein "Vermögenswert" ist, orientiert sich herkömmlicherweise daran, ob er einen Marktwert oder Verkehrswert hat. Typisch dafür ist etwa die Definition des RG im Handelsrecht; dieser zufolge bestimmt sich der gemeine Wert einer Ware nach "dem Durchschnittspreis, der für Ware dieser Art und Beschaffenheit in dem Falle zu erzielen ist, daß sie in den Verkehr gebracht wird und im Rahmen dieses Verkehrs verkäuflich ist (Verkäuflichkeitswert).¹ Allgemeiner formuliert etwa *Neuner*: "Vermögenswert ist ein Gut, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräußert zu werden pflegt".² Oder bei *Larenz* liest man: "Vermögensgut ist jedes Gut, das grundsätzlich im Verkehr für Geld erworben und auch wieder veräußert werden kann."³

Die Frage drängt sich auf, ob auch Schadens- bzw. Wertersatz für Sachen zu leisten ist, die überhaupt nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten von dem Berechtigten hätten am Markt verkauft werden können. Dabei geht es nicht nur um evident wertlose Dinge, es geht um aufwendige Eigenbauten, etwa Modelle⁴; es dreht sich auch um Ersatz für Spezialanfertigung.

¹ RGZ 117, 131 (134); dem folgend praktisch die gesamte ältere handels- und transportrechtliche Literatur, Nachweise bei *Butzer* VersR 1991, 854 (857) Fußn. 48 und 49. Das Abstellen auf den Verkaufsvorgang ist aber auch durch die abstrakte Schadensberechnung geprägt, wie sie damals verstanden wurde; siehe dazu *Steindorff* AcP 158, 442 ff. und *MünchKomm-Emmerich* § 325 Rdnr. 97 ff.

² *Neuner* AcP 131, 307.

³ *Larenz* VersR 1963, 312; welche Weiterung mit dem Ausdruck "grundsätzlich" verbunden ist, wird nicht ausgeführt.

⁴ Aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 92, 85 - Modellboot -.

gungen, etwa eine Spezialmaschine, die nur vom Besteller überhaupt sinnvoll eingesetzt werden kann.⁵

I. Meinungsstand

Fehlt ein Markt i.S. der oben beschriebenen Verkäuflichkeit der Sache, lassen sich in der Rechtsprechung und Literatur zum Schadensrecht zwei Grundrichtungen unterscheiden.

1. Wertbestimmung nach der Verkehrsauffassung

Einerseits wird so lange an den Marktpreis im obigen Sinn angeknüpft, wie ein hinreichend ausgeprägter Markt sich feststellen läßt. Läßt sich ein solcher Markt nicht feststellen, entfällt eine Ersatzpflicht damit aber noch nicht. Vielmehr soll dann die Verkehrsauffassung entscheiden, ob einer Sache ein Geldwert zukommt oder nicht.⁶

Im sogenannten Modellbootfall⁷ hatte ein Bastler unter großem Aufwand an Material und Arbeit ein Torpedoboot der Bundesmarine maßstabsgetreu nachgebaut und damit mehrere Preise in Wettbewerben gewonnen, die für Erbauer solcher ferngesteuerter Modellboote veranstaltet werden. Als ein Bekannter das Boot bei einem Besuch versehentlich fallenließ und schwer zerstörte, verlangte der Eigentümer Schadensersatz. Der BGH hat bestätigt, daß ein Schadensersatzanspruch gegeben war und die Angelegenheit unter Verwerfung einiger in der Vorinstanz angestellter Überlegungen zur Ermittlung des Wertes zurückverwiesen.

Der BGH geht davon aus, es gebe für ein solches Modellboot keinen Markt, da eine ernsthafte und nachhaltige Nachfrage nach solchen Booten nicht bestehe. Daraus folge aber nicht, daß kein Vermögensschaden vorliege. Denn die Verkehrsauffassung sei maßgeblich und aus dieser Sicht heraus sei das Modellboot unzweifelhaft keine "wertlose" Sache gewesen. Der Geldwert

⁵ Beispiel offenbar von *Grunsky*, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, S. 36 (Fußn.93); aufgegriffen von *E. Schmidt* JuS 1986, 517 (522); *Touissant* S. 125 ff.; *Butzer* VersR 1991, 854 (858).

⁶ BGHZ 92, 85 (91) im Anschluß an *Grunsky*, Aktuelle Probleme, S. 36; *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 13.

⁷ BGHZ 92, 85 ff.

sei zu ermitteln durch Vergleich mit ähnlichen Objekten, die einen Marktpreis hätten.⁸ Danach hängt also der Geldwert einer Sache von ihrer Veräußerlichkeit nicht ab.⁹

2. Wertbestimmung unter strenger Marktbindung

Den Rekurs auf eine Verkehrsauffassung will die Gegenansicht nicht zulassen. Es ist zentrale These dieser Richtung, daß eine Verkehrsanschauung der Art, daß einer Sache Geldwert zukommen soll, sich allein auf dem Markt artikulieren muß. Eine andere Verkehrsauffassung gebe es nicht, noch könne sie maßgeblich sein.¹⁰ Der BGH behauptete im Modellbootfall denn auch lediglich den Geldwert, ohne dafür Belege zu haben; auch etwa bei Spezialmaschinen werde eine in Wahrheit nicht vorhandene Nachfrage bloß unterstellt.¹¹

In diese Richtung geht auch die überwiegende Literatur zum Handels- und Transportrecht. Sind dort die zerstörten Güter gerade nicht verkäuflich, wie die eingangs zitierte reichsgerichtliche Rechtsprechung es verlangt, kann für einen Ersatz etwa bei Spezialmaschinen folgerichtig nur auf den Materialwert abgestellt werden.¹²

II. Diskussion: Gründe für das Fehlen eines Marktes

Die Grundannahme, nur der Markt könne den Geldwert einer Sache anzeigen, und nur dort könne und müsse sich eine Verkehrsauffassung zum Wert niederschlagen, ist zu überprüfen. Die These geht dahin, daß jede Sache mit Geldwert einen Markt hat, eine Sache ohne Markt

⁸ BGHZ 92, 85 (91, 93); i.E. zustimmend *Medicus* JZ 1985, 42 (43); wohl auch *Hohloch* JR 1985, 195 (196).

⁹ Neben den in Fußn. 6 Genannten noch *Mertens*, Begriff der Vermögensschadens, S. 153 f.; *Soergel-Mertens*, vor § 249 Rdnr. 61 a.E.; ähnlich *Zeuner* AcP 163 (1963), 380 (386 f.).

¹⁰ *E. Schmidt* JuS 1986, 517 (525); ebenso *Touissant* S. 125 f.

¹¹ *E. Schmidt* JuS 1986, 517 (525).

¹² So etwa *Heymann-Honsell* § 430 Rdnr. 13; *Heymann-Kötter* (4. Aufl.) § 430 Anm. 2; *Schlegelberger-Geßler* § 430 Rdnr. 7, offenbar anschließend an *Makower* § 430 Anm. II a S.1513; zu zahlreichen weiteren Nachweisen aus der älteren Literatur vgl. *Butzer* VersR 1991, 854 (857); a.A. aber *de la Motte* VersR 1988, 317 (318); *Koller* § 430 HGB Rdnr. 2.

umgekehrt keinen Geldwert. Daß dieser Ansatz nicht haltbar ist¹³, zeigt sich bei einer näheren Untersuchung der verschiedenen Konstellationen, in denen ein Markt fehlt.

Das Fehlen eines Marktes kann verschiedene Gründe haben:

- Mangelnde Deckung von Angebot und Nachfrage
- Mangelndes Angebot
- Mangelnde Nachfrage
- Rechtliche Grenzen für Marktgeschehen

Diese Konstellationen sollen nacheinander näher untersucht werden.

1. Mangelnde Deckung von Angebot und Nachfrage

Nach den Grundsätzen der ökonomischen Preistheorie bildet sich der objektive Tauschwert einer Ware, also der Preis, gemäß den subjektiven Nutzeneinschätzungen der Käufer und Verkäufer.¹⁴ Das ist leicht nachzuvollziehen: Für einen bestimmten Preis wird ein Käufer nur dann kaufen, wenn ihm persönlich die Sache genau den verlangten Preis wert ist oder aber mehr. Der Verkäufer wird sich auf einen Preis nur einlassen, wenn ihm die Sache genau den Preis wert ist oder weniger. Zu einem Preis von 10 DM kann eine Sache z.B. verkauft werden, wenn sie dem Käufer 12 DM wert wäre, dem Verkäufer genau 10 DM. Ist sie dem Käufer bloß 8 DM wert, dem Verkäufer aber mindestens 12 DM, wird zu keinem Preis ein Kauf zustande kommen.

Diese Lage kann sich auch auf einem gesamten Markt ergeben. Beispielsweise gelten Eigentumswohnungen in bestimmten Zeiten als "unverkäuflich", z.B. weil die potentiellen Käufer stark fallende Preise erwarten oder bereits genießen und eine neue Wohnung zu einem Preis bekommen können, der für gebrauchte verlangt wird. Die Verkäuferseite hingegen, wenn sie nicht gerade in Not ist, wird lieber die Wohnung behalten, als sie "unter Wert" abzugeben. In einer solchen Phase besteht im intensivsten Fall gerade der geforderte "aktuelle Markt" nicht,

¹³ Dagegen auch *Palandt-Heinrichs* § 251 Rdnr. 11; *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 13. Eine genauere Begründung dafür, warum dieser Schluß nicht zutrifft, wird dort nicht gegeben.

¹⁴ *Ott*, S. 26.

so daß konsequenterweise nach Auffassung derer, die eine strenge Marktbindung befürworten, kein Ersatz zu leisten wäre. Gleichwohl erfreuen sich Wohnungen auch in solchen Zeiten allgemeiner Wertschätzung. Nur finden die subjektiven Vorstellungen von Käufern und Verkäufern nicht zueinander. Würde man aber eine Wohnung etwa zum "halben Preis" anbieten, käme ein Markt zustande.

Die Verkehrsauffassung versteht diese Situation und kann den *Grund* für das Marktversagen nachvollziehen, ohne daraus die Wertlosigkeit der Sache folgern zu müssen. Wer nur anhand einer Marktbeobachtung zum Ziel kommen will, steckt hier unweigerlich fest.

2. Mangelndes Angebot

Das Fehlen eines Marktes kann auch von einem fehlenden Angebot herrühren.

Ein solcher Fall entstand etwa im Nachkriegsdeutschland vor der Währungsreform 1948. Erst als die DM eingeführt war, füllten sich die Läden wieder. Nachfrage hatte sicherlich schon zuvor bestanden, doch entschieden sich wegen der Währungsunsicherheit potentielle Verkäufer dafür, entweder Ware zu lagern oder den Schwarzmarkt zu bedienen. Daß bis zur Währungsreform viele Artikel auf dem regulären Markt nicht erhältlich waren, bedeutet nicht ihre Wertlosigkeit, auch wenn der Wert schwer zu ermitteln ist.

Die Fälle eines fehlenden Marktes aufgrund mangelnden Angebots sind aber nicht auf solche Sondersituationen begrenzt, sondern finden sich heute routinemäßig in der Praxis der Gerichte, und zwar in der Rechtsfigur des Abzuges "neu für alt" bei der Schadensbemessung. Schon früh hat der BGH entschieden, daß bei der Bemessung des Schadensersatzes für eine durch Gebrauch und Zeitdauer im Wert gesunkene oder für eine schon vorher schadhafte Sache ein Abzug zwecks Berücksichtigung des Unterschieds von alt und neu zu machen sei.¹⁵ Es ging konkret um den Wiederaufbau beschädigter Gebäude, bei denen eine Herstellung desselben Zustands mit Abnützungen und Verschlechterungen geradezu unmöglich war.¹⁶ Diese Recht-

¹⁵ BGHZ 30, 29.

¹⁶ BGHZ 30, 29 (35 f.).

sprechung ist aber mittlerweile auf Fälle ausgedehnt worden, in denen bloß ein Markt für die zu ersetzende Sache nicht besteht:

Der Wert eines gebrauchten, aber noch wenig gefahrenen seltenen ausländischen Fabrikats bei Kfz wurde aufgrund pauschaler Abzüge vom Neupreis (1% je gefahrener 1000 km) ermittelt, weil nach Ermittlung des Sachverständigen nur neue oder erheblich ältere Fahrzeuge dieses Typs am Markt zu bekommen waren.¹⁷ Für einen beschädigten stählernen Anlegedalben im Bremer Hafen wurde bei der Wertbestimmung ebenfalls ein Abzug vom Neupreis unter Berücksichtigung der "Lebenserwartung" und der abgelaufenen Nutzung des Dalben gemacht.¹⁸

Gebrauchte Straßenbahnzüge werden nach Feststellungen des OLG Koblenz¹⁹ ebenfalls nicht am Markt angeboten, so daß eine Wertermittlung auf dieser Grundlage ausschied. Statt dessen wurde mit einem Abschlag vom Neupreis gearbeitet. Auch der BGH hat diese Vorgehensweise für den Fall des fehlenden Angebots auf dem Markt gebilligt.²⁰ Er hatte über die Wertermittlung im Fall einer zerstörten Folieneinschlagmaschine zu befinden, die bei einer Umsetzung von einem Stockwerk in ein anderes vom Kran gefallen war. Der Sachverständige hatte festgestellt, daß Maschinen dieser Art bis zum völligen Verschleiß eingesetzt würden. Die Wiederbeschaffung - so der BGH - sei, da gebrauchte Maschinen auf dem Markt nicht *angeboten* würden, nur durch Neukauf möglich. Bei der Schadensberechnung sei der "Abzug neu für alt" zu berücksichtigen, der durch Abschreibung zu ermitteln sei.²¹

Zusammengefaßt läßt sich sagen, daß die Rechtsprechung den fehlenden Markt für bestimmte Gebrauchsgüter nicht zum Anlaß nimmt, einen Schaden zu verneinen. Wer allerdings eine ausschließliche Marktorientierung verlangt, müßte dies bei konsequenter Anwendung tun. Zwar

¹⁷ OLG Karlsruhe VersR 1973, 471.

¹⁸ OLG Bremen VersR 1984, 555; ähnlich OLG Hamburg VersR 1987, 460.

¹⁹ OLG Koblenz VersR 1991, 1188.

²⁰ BGH NJW-RR 1995, 415.

²¹ BGH NJW-RR 1995, 415 (416 re.Sp.). Bei der Durchführung der Wertabschreibung ist das Steuerrecht mit seinen anderen Zwecken,- z.B. Sonderabschreibungen, Investitionsförderung durch kurze Abschreibungszeiten - unberücksichtigt zu lassen. Die zitierten Entscheidungen wählen die lineare Abschreibung. Obgleich oftmals die Nutzung in den ersten Jahren wegen geringer Reparaturanfälligkeit und gutem Funktionszustand mehr wert sein dürfte als die spätere Nutzung (was eine degressive Abschreibung nahelegt), hält sich das im Rahmen des § 287 ZPO.

ließe sich einwenden, hier gebe es eben einen Vergleichsmarkt für "ähnliche Waren", nämlich den für neue Waren derselben Art. Den geschilderten "Modellbootfall" löst diese Auffassung konkret darüber, es gebe vermutlich einen geeigneten Vergleichsmarkt, nämlich für ähnliche gewerblich hergestellte Schiffsmodelle.²² Streng betrachtet läßt sich ohne Rückgriff auf die Verkehrsauffassung aber die Vergleichbarkeit verschiedener Märkte gar nicht angeben. Natürlich liegt es nahe, daß eine gebrauchte, aber weiterhin brauchbare Sache einen Wert hat; der Neupreis ist ja gerade mit Blick auf die gesamte Nutzungszeit der Sache bezahlt worden. Wer aber streng auf den Markt schauen will, muß eben das Fehlen eines solchen Marktes konstatieren; *warum* ein solcher Markt fehlt - also deswegen, weil es sich um wertlose Dinge handelte; oder aber weil z.B. die komplette Eigennutzung wirtschaftlicher ist - kann mit einer solchen Sichtweise gar nicht entschieden werden, sondern nur über die Verkehrsanschauung, das Erfahrungswissen der Marktteilnehmer. Ob der Markt für andere Modellboote ein geeigneter Vergleichsmarkt ist, ergibt sich nicht von selbst "aus dem Marktgeschehen", sondern nur wertend nach der Verkehrsauffassung: man muß auch hier wissen, warum es einen Markt für gewerblich produzierte Boote gibt, aber nicht für Eigenbauten. Lehnen die Kunden gerade einen Eigenbau ab und akzeptieren nur gewerblich produzierte Boote, oder achten sie diese Versionen im wesentlichen gleich, so daß der fehlende Markt für Eigenbauten andere Gründe hat? Ein weiteres Beispiel: Zur Überraschung vieler haben mittlerweile Figuren aus sogenannten "Überraschungseiern" einen Markt. Ob die hier gezahlten Preise aber Anhaltspunkt für ähnliche Figuren eines Konkurrenzprodukts sein können, muß nach der Verkehrsauffassung entschieden werden, und seien die Figuren noch so ähnlich.

Im "Modellbootfall" des BGH weichen die Lösungen nicht voneinander ab. Ob man die Verkehrsauffassung bemüht, um zu einem Vergleichsmarkt zu kommen oder ob man trotz eines fehlenden, enger gefaßten Marktes - der BGH faßt darunter nur Eigenbauboote - dennoch über die Verkehrsanschauung zu einem Wertansatz kommt, ist letztlich nachrangig. Extrem sind aber die Unterschiede, wenn es um Wertersatz für Spezialprodukte geht.²³

²² E. Schmidt JuS 1986, 517 (521); Touissant S. 123 f.

²³ Dazu sogleich unter 3.

3. Mangelnde Nachfrage

Das Fehlen eines Marktes kann auch an mangelnder Nachfrage nach einem Produkt liegen, also daran, daß Käufer kein Interesse an einer derartigen Sache haben.

a. Eigenbauten und Unikate

Das kann bei Eigenbauten der Fall sein. Vom Fehlen eines konkreten Marktes für Eigenbauten - wie im "Modellbootfall" des BGH - kann auf die Wertlosigkeit der Sache nicht geschlossen werden. Denn dafür muß festgestellt werden, warum es keinen Markt gibt. Natürlich kann es sein, daß allgemein die Sache als wertlos eingeschätzt wird und deshalb niemand sie kaufen würde. Bei Eigenbauten wie einem aufwendig hergestellten, mit Elektronik ausgerüsteten, schwimmfähigen Bootsmodell liegt eine andere Erklärung näher. Entweder werden derartige Modelle gar nicht verkauft, weil der Erbauer viel zu sehr daran hängt; dann fehlt es schon am entsprechenden Angebot. Wenn grundsätzlich Verkaufs- und Kaufinteresse bestehen, wird es vielfach zu dem bereits beschriebenen Phänomen inkompatibler subjektiver Bewertungen kommen. Wer ein solches Modell herstellt und dafür Anerkennung bei anderen Bastlern und auch Preise in Wettbewerben gewinnt, wird diesen Affektionswert in seine subjektive Bewertung einfließen lassen, der Käufer hingegen nur in dem Maße, in dem er selbst sich materiellen oder immateriellen Nutzen von dem Erwerb verspricht. Die Preisvorstellungen werden oftmals zu weit auseinanderliegen, obwohl beide Seiten der Sache durchaus einen Geldwert zumessen.

Wie unter 2. dargestellt, läßt sich die Frage nach einem Verkehrswert in diesen Fällen nur mittels der Verkehrsanschauung überhaupt beantworten, weil es auf den Grund für den fehlenden Markt ankommt, und weil Wertlosigkeit der Sache nur einer von verschiedenen möglichen Gründen ist.

b. Spezialmaschinen und andere Sonderanfertigungen

Der Meinungsstreit darüber, wie mit Sachen zu verfahren ist, die nicht am Markt zu verkaufen sind, wirkt sich besonders prägnant aus bei solchen Sachen, die Spezialanfertigungen für

besondere Zwecke sind. Diskutiert wird dies vor allem am Beispiel der Zerstörung einer Spezialmaschine, die nur für die Zwecke des Eigentümers einsetzbar ist.²⁴

aa. Meinungsstand

Einesteils wird darauf verwiesen, daß auch ohne Marktgängigkeit einer Sache deren Wert nach der Verkehrsanschauung bestimmt werden könne.²⁵ Geld sei allgemeiner Wertmesser, auch wenn ein Tauschwert durch Veräußerlichkeit nicht gegeben sei.²⁶ Die Gegenansicht trägt vor, wenn es keine Nachfrage gebe, dürfe eine solche auch nicht mit Hilfe einer Verkehrsauffassung fingiert werden, zumal dann keine Schätzungsgrundlage für § 287 ZPO vorhanden sei. Preise bildeten sich eben allein auf dem Markt als "gesellschaftlich geronnene Wertschätzung". Eine andere Verkehrsanschauung als die sich dort artikulierende gebe es weder, noch könne sie maßgeblich sein.²⁷ Wessen andernorts nicht einsetzbare Spezialmaschine zerstört worden sei, könne allenfalls Gewinnverlust geltend machen, aber keinen Schaden an der Sache selbst (mit Ausnahme eines etwaigen Schrott- oder Materialwertes). Denn außer für den Geschädigten sei die Maschine für niemanden von Wert, so daß eine wirtschaftlich meßbare Einbuße neben § 252 BGB nicht festgestellt werden könne. Wer trotz fehlender Marktgängigkeit einen Schaden zuspreche, verstoße daher gegen § 253 BGB.²⁸

bb. Vorüberlegungen

Zutreffend ist, daß Affektionswerte, die "in keiner Vermögensbilanz auftauchen"²⁹, außerhalb von § 253 BGB nicht zu ersetzen sind. Spezialmaschinen dürften allerdings in jeder Vermögensbilanz auftauchen. Es stimmt auch, daß ohne jegliche Anhaltspunkte eine Schadensschätzung schwerlich möglich sein wird³⁰; Anhaltspunkte werden aber fast immer vorliegen, zumal

²⁴ Beispiel von *Grunsky*, Aktuelle Probleme, S. 36 Fußn. 93.

²⁵ *Grunsky*, Aktuelle Probleme, S. 36; *MünchKomm-Grunsky* vor § 249 Rdnr. 13; *Mertens* S. 153 f.; *Soergel-Mertens* vor § 249 Rdnr. 61 a.E.; ebenso *Butzer* VersR 1991, 854 (856 ff.) zu § 430 HGB a.F.

²⁶ So v.a. *Zeuner* AcP 163, S. 380 (386 f.).

²⁷ *E. Schmidt* JuS 1986, 517 (522); *Touissant* S. 125 ff.; zu § 430 HGB a.F. vgl. die in Fußn. 12 Genannten.

²⁸ So *E. Schmidt* JuS 1986, 517 (522); ähnlich ders. in *Esser/Schmidt*, § 31 II, S.177.

²⁹ *Esser/Schmidt*, S.177.

³⁰ So auch *Medicus* JZ 1985, 42 (43).

bei Waren, die im Verkehr gegen Geld bezogen zu werden pflegen. Aus solchen Argumenten läßt sich nichts herleiten.

Andererseits läßt sich aus den bisher gewonnenen Ergebnissen auf einen Marktwert solcher Sachen noch nicht schließen. Zwar kann ein Markt aus unterschiedlichen Gründen fehlen, die nicht auf eine fehlende Wertschätzung bei der Allgemeinheit schließen lassen. Im Fall der Spezialmaschine scheint ein Markt aber gerade aus dem Grund zu fehlen, daß keine Nachfrage besteht, also niemand außer dem Eigentümer die Sache haben oder dafür Geld bezahlen will. Nur ist bereits das Ergebnis nicht einleuchtend, denn mit dieser Begründung müßte man jeglichen Schadens- oder Wertersatz für persönliche, speziell angepaßte Sachen versagen, man denke etwa an Gebisse oder Prothesen. Denn auch solche Dinge lassen sich nicht veräußern, weil kein Dritter außer dem Eigentümer damit etwas anfangen kann. Diese seltsame Konsequenz veranlaßt zu näherer Untersuchung.

cc. Eigener Ansatz: Richtige Marktwahl und Loslösung vom engen Begriff des gemeinen Wertes

Die genannten Fälle lassen sich einmal durch Verweis auf die Verkehrsauffassung lösen, die auch unverkäuflichen Dingen Geldwert zumessen mag. So ist der bereits angesprochene "Modellbootfall" gelöst worden. Auch solche Dinge hätten Geldwert, die zwar nicht ohne weiteres wieder zu Geld zu machen seien, aber doch Geld kosten würden, wollte man sie für sich haben.³¹ Diesen Weg hat auch das OLG Köln³² in einem frachtrechtlichen Fall eingeschlagen, als der gemeine Wert einer äußerst speziellen Preßmaschine zu ermitteln war. Wenn eine Sache wirtschaftlichen Sachwert besitze, gleichwohl jeglicher Handel lediglich aufgrund der Spezialität der Maschine ausscheide, sei zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse von einem gedachten Markt auszugehen und der Wert nach § 287 ZPO zu schätzen. Ähnlich formuliert

³¹ BGHZ 92, 85 (91).

³² OLG Köln, Urt. v. 11.7.1990 - 24 U 229/89 - nicht veröffentlicht; Darstellung bei Butzer, VersR 1991, 854 (858). Einen ähnlichen Fall behandelt Österreichischer OGH, Urt. v. 28.6.1988, TransportR 1989, 222 ff., dort ist ebenfalls der volle Wert zugesprochen.

Meincke: Bei Gütern ohne Markt, die sich nicht ohne weiteres verkaufen ließen, lasse sich mit anderen Bewertungsverfahren dennoch der erzielbare Verkaufserlös schätzen.³³

Damit wird einerseits ein befriedigendes Ergebnis erreicht. In der Formulierung setzen sich diese Ansichten allerdings der bereits geschilderten Kritik aus, ohne tatsächlichen Markt zu willkürlichen Fiktionen greifen zu müssen. Ob ein Verkaufserlös *erzielbar* ist, soll nach der Gegenauffassung gerade der Markt beurteilen. Daher ist grundlegender zu fragen, ob die Sichtweise, die den Wert nach der Verkäuflichkeit der Sache beurteilt, überhaupt zutrifft. Dabei sind zwei Aspekte zu beachten. Einerseits das Argument, die Sache sei so speziell, daß kein Wert ermittelbar sei, andererseits die These, es fehle an einem "Wert für jedermann", da die Sache nur für den Eigentümer interessant sei.

Die Schwierigkeiten bei der Bewertung eines Unikats sind keine Besonderheit. Zwar hat die These, die eine Veräußerlichkeit auf dem Markt verlangt, den gewissen Vorteil, auf ebendiesem Markt den Wert konkret ermitteln zu können. Der Vorteil reduziert sich auf kleinen Märkten, da dort weniger Transaktionen als Anhaltspunkte zur Verfügung stehen. Bei neuen Produkten können diese Anhaltspunkte auch ganz fehlen: Zum Beispiel ist zwar ein soeben eingeführter neuer Flugzeugtyp mit hoher Wahrscheinlichkeit veräußerlich, doch feststellen läßt sich das auf einem konkreten Markt noch nicht. Diese Schwierigkeiten bei der Bewertung von Unikaten sind vielmehr überwindbar durch geeignete Vergleichsbildung.

Das andere Argument, es fehle an einem gemeinen Wert, wenn eine Sache nur für den Eigentümer von Interesse sei, gründet letztlich für viele Fälle auf einer fehlerhaften Marktwahl. Wenn es um Schadensersatz geht - aber auch im Bereicherungsrecht, im Fundrecht, bei Verwendungersatz -, kommt es nach den bisher gefundenen Ergebnissen auf einen Beschaffungswert an. Es ist gerade nicht zu fragen, ob die Sache zwischen verschiedenen Nutzern verkäuflich wäre, sondern der relevante Markt ist der Einkaufsmarkt des Geschädigten. Es ist also zu fragen, was der Geschädigte bezahlen müßte, wenn er eine solche Sache ersetzen wollte. Der

³³ *Meincke*, S.195.

richtige Bezugsmarkt für die Wertermittlung einer Maschine ist der Markt zwischen Hersteller bzw. Händler und Kunde.³⁴ Auf diesem Markt hat aber eine Spezialmaschine durchaus einen Wert, nämlich den durchschnittlich dafür zu bezahlenden Preis. Bei gebrauchten Maschinen ist nach anerkannter Rechtsprechung ein Abzug "neu für alt" vorzunehmen, was keine Besonderheit darstellt.³⁵ Auch wenn die zerstörte Maschine eine einmalige Sonderkonstruktion war, ist durch Vergleich mit anderen Spezialmaschinen derselben Gattung ein Wert ermittelbar. Der Hersteller der zerstörten Maschine wird schließlich nicht für den Bau einer Maschine eigens gegründet, sondern baut Maschinen eines gewissen Typs, mag auch jede ganz individuell ausfallen. An Vergleichspunkten sollte daher kein Mangel bestehen.

Gegen dieses Ergebnis ist nicht einzuwenden, auch auf dem Markt zwischen Kunde und Hersteller sei die Spezialmaschine nur ein einziges Mal nachgefragt worden, eben von dem Kunden, so daß auch auf diesem Markt kein "Wert für jedermann" bestehe. Damit überspannt man die Anforderungen an eine objektive Wertermittlung. Ist in einer Norm der Beschaffungswert maßgeblich, dann ist die Nachfrage nach dem Normzweck gerade zu unterstellen.³⁶ Es ist lediglich zu fragen, welcher Betrag "objektiv" für eine solche Beschaffung anzulegen wäre. Das ist auch eine Folge der Individualisierung der Marktwahl. Der gedachte Kauf geht gerade von der nach dem Norminhalt maßgeblichen Person als Anknüpfungspunkt aus, also etwa vom Geschädigten im Schadensrecht und vom Bereicherten im Bereicherungsrecht. Man kann nicht gleichzeitig fragen, was eine solche (gedachte) Beschaffung kosten würde, und mangelnde Nachfrage einwenden.

Auch im Bereicherungsrecht kommt es im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB auf diesen Beschaffungswert an. Wenn der Bereicherte auf einer für ihn nutzlosen und auch nicht veräußerlichen Sache sitzt, ist dies allenfalls im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen. Anders stellt sich der Fall nur dann dar, wenn die Bewertungsgrundlage ein gedachter Verkauf der

³⁴ Zutreffend OLG Karlsruhe VersR 1979, 776, wo nach dem Markt zur *Beschaffung* für ein überaus spezielles Bundeswehrfahrzeug gefragt wurde (allerdings mit dem unklaren Begriff "individueller Gebrauchswert"), nicht nach dem bei einer Veräußerung verschiedentlich erzielten Preis für ein solches gebrauchtes Fahrzeug, a.A. hier *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 8 - Die Entscheidung OLG München NJW-RR 1991, 477, verweigert dagegen Schadensersatz für einen getöteten kranken Schimpansen mit dem Hinweis, dieser sei weder an Zoos noch an Forschungsinstitute zu *verkaufen* gewesen und habe daher keinen Wert gehabt. Das Abstellen auf einen zu erzielenden Kaufpreis dürfte hier ausnahmsweise richtig sein, da die Eigentümerin das Tier nicht artgerecht halten konnte und die Haltung von den Behörden bereits untersagt war, so daß es jedenfalls zu veräußern war.

³⁵ Siehe oben § 12 II 2.

Sache ist, also insbesondere bei der Ermittlung des Nachlaßwerts oder des Vermögens wegen Ansprüchen auf den Pflichtteil oder auf Zugewinnausgleich.³⁷ Hier kommt es in der Tat darauf an, ob ein durch Verkauf zu realisierender Geldwert in der Sache steckt. Das mag bei einer Maschine erst im Zusammenhang mit einem Unternehmen der Fall sein, das ohnehin als Sachverbund zu bewerten sein wird. Fehlt dieser Verbund und ist die Sache unverkäuflich³⁸, weil sie für jeden Dritten nutzlos wäre, dann ist auch kein Wert anzusetzen.³⁹

Insgesamt ist die fehlende Veräußerlichkeit aus dieser Sicht ein Scheinproblem, das für maßgebliche Fälle auf unrichtiger Marktwahl beruht. Es beruht auch auf dem Verständnis der Formel vom "Wert für jedermann" dahin, daß eine Vielzahl von Personen an der fraglichen Sache interessiert sein müßte. Das ist nicht der Fall, da nicht der Gegenstand der Transaktion im gewöhnlichen Geschäftsverkehr vorkommen muß, sondern lediglich die Umstände einer solchen Transaktion als gewöhnlich gedacht werden sollen.⁴⁰ Mehr kann auch das Kriterium "Wert für jedermann" nicht leisten, als daß ein durchschnittlicher Kaufvorgang mit einem vernünftigen, emotionslosen Käufer Maßstab sein soll, und nicht die besonderen Affektionen eines einzelnen.⁴¹

dd. Folgen für die Bewertung bei Affektionsinteressen

Für die hier vertretene Auffassung gestaltet sich die Ausgrenzung reiner Affektionsinteressen schwieriger als für die Gegenmeinung, die nur einen vorhandenen Markt bei der Bewertung gelten läßt. Sobald sich Affektionen - z.B. im Kunstbereich - in einem regelmäßigen Markt niederschlagen, sind sie dadurch nach allgemeiner Auffassung als ersatzfähig gesellschaftlich anerkannt.⁴² Was einen Markt hat, hat auch einen Marktwert. Damit kann es die Gegenmei-

³⁶ Ähnlich *Butzer* VersR 1991, 854 (858 f.).

³⁷ Siehe oben § 9 II 2.

³⁸ Das kann nicht nur wegen der speziellen Aufgabe der Maschine der Fall sein. Das Hauptproblem bei gebrauchten Maschinen ist der hohe Preisanteil für Ab- und Wiederaufbau sowie Transport, die sich wirtschaftlich bei der Restnutzungsdauer der Maschine oft nicht mehr rechtfertigen.

³⁹ Unklar hier *Meincke* S. 195, der auch für nicht marktgängige Güter einen "erzielbaren Verkaufserlös" nach anderen Methoden schätzen will. Allerdings meint er möglicherweise vor allem fehlendes Umsatzvolumen, nicht fehlende Verkäuflichkeit an sich.

⁴⁰ Zutreffend *Meincke* S. 195 f.

⁴¹ Vgl. RG LZ 1910 Sp. 402 (404); RGZ 96, 124 (125).

⁴² *Köndgen* AcP 177, 1 (11 ff.); dessen Kritik an der Aufteilung zwischen ersatzfähigen und nicht ersatzfähigen Affektionsinteressen je nach Marktgängigkeit berücksichtigt nicht, daß ein Markt für jede Sache ein Affektionsinteresse i.S. eines "Haben-Wollen" voraussetzt. Ansonsten erlangt kein Gut Tauschwert.

nung schon bewenden lassen, denn sie zieht den Umkehrschluß vom fehlenden Markt zum fehlenden Marktwert.

Ist ein regelmäßiger Markt nicht vorhanden, ist das für die hier vertretene Ansicht dagegen noch kein hinreichender Grund, einen Geldwert zu verneinen. Es stellt sich das Problem, anhand eines einzelnen konkreten Kaufvorgangs - oder den zu einer Herstellung aufgewandten Kosten - zu entscheiden, ob der gezahlte Kaufpreis allein auf "Affektion" oder (auch) auf wirtschaftlicher Vernunft basiert. Der Unterschied zwischen dem Kauf einer Spezialmaschine und dem Kauf eines Bündels von Briefen des verstorbenen Onkels vom Erben läßt sich anhand der konkreten Marktgängigkeit nicht mehr treffen; beide Fälle kommen nur einmal vor, eine Veräußerlichkeit ist nicht gegeben. Die Verkehrsauffassung muß hier entscheiden, warum es nur vereinzelte Transaktionen gibt. Es ist zu erkennen, daß Maschinen üblicherweise gegen Geld erworben werden, Briefe eines Unbekannten hingegen nicht. Daß jemand bereit war, für eine Sache Geld zu bezahlen, macht mithin solange die Sache nicht zu einem Wertgegenstand, wie die subjektive Wertschätzung, ausgedrückt in der Bereitschaft, dafür zu bezahlen, vereinzelt geblieben ist.

c. Zusammenfassung

Mit der herkömmlichen Formel, der objektive Wert sei der "Wert für jedermann im Falle der Veräußerung der Sache" werden vermeidbare Probleme erzeugt. Bei fehlender Verkäuflichkeit einer Sache kann ein Marktwert gleichwohl vorhanden sein, wenn es in der Bewertungsnorm auf einen gedachten Verkauf gar nicht ankommt, sondern auf eine Beschaffung abzustellen ist. Auf die Verkäuflichkeit kommt es nur bei solchen Bewertungsnormen an, die einen fiktiven Verkaufsvorgang zur Bewertungsgrundlage machen. Auch das Gebot einer objektiven Bewertung verlangt nicht eine leichte Handelbarkeit der Sache, sondern nur eine Abstraktion bei dem gedachten Rechtsgeschäft von den besonderen Vorlieben des einzelnen.

Um mit *Neuner* zu sprechen: "Der Wert soll danach berechnet werden, welcher Aufwand für das betreffende Gut den Umständen nach angemessen ist oder was vernünftigerweise angelegt werden kann."⁴³

4. Rechtliche Grenzen für ein Marktgeschehen

Grenzen für die Entstehung eines Marktes können sich letztlich aus Gesetz oder Vertrag ergeben. Es können potentiell hinreichend Angebot und Nachfrage vorhanden sein, die sich aber aufgrund der Einschränkungen nicht frei auf einem Markt äußern.

a. Vertragliche Grenzen

Der verschiedentlich diskutierte Fall des Ersatzes für eine nicht übertragbare Theaterkarte⁴⁴ ist ein Beispiel für eine Marktbegrenzung durch Vertrag. Wegen der Unübertragbarkeit wird sich weder Angebot noch Nachfrage entwickeln, da § 399 BGB einer Abtretung der verkörperten Forderung entgegensteht. Der "Wert für jedermann" ist daher nicht vorhanden, und diese Lehre müßte in letzter Konsequenz Ersatz versagen.⁴⁵ Dieser Schluß wird aus verschiedenen Gründen ganz überwiegend aber nicht gezogen: weil der Verkehr auch solchen Billetts Geldwert zubillige⁴⁶; weil Geld nicht nur Tauschwert, sondern auch Wertmaßstab sei und Veräußerlichkeit daher nur ein Indiz darstelle.⁴⁷ Nach der hier entwickelten Ansicht ist z.B. im Schadensrecht die Veräußerlichkeit unbeachtlich, weil der objektive Wiederbeschaffungswert zu ermitteln ist, was bei dem "Standardprodukt" Theaterkarte nicht schwierig ist.⁴⁸ Im Bereicherungsrecht ist ebenfalls nach dem allgemeinen Beschaffungswert zu fragen, doch ist die fehlende Nutzbarkeit für den gutgläubigen Bereicherungsschuldner ggf. als Entreicherung zu berücksichtigen.

⁴³ *Neuner* AcP 131, 307.

⁴⁴ Auch Bahnfahrkarten sind z.B. nach Fahrtantritt nicht übertragbar, so daß sich bei frühzeitigem Verlust auf der Fahrt die Ersatzfrage ebenso stellt.

⁴⁵ So früher *Oertmann* § 253 Anm. 2.

⁴⁶ *Neuner* AcP 131, 307.

⁴⁷ *Zeuner* AcP 163, 386 f.; ferner *Mertens* S.154.

⁴⁸ Es ist unerheblich, ob die Theaterkarte wiederbeschafft werden kann, vgl. *Mertens* S.153. Nach dem Tag der Aufführung besteht der Schaden darin, daß die verbriefte Leistung nicht wahrgenommen werden konnte; es macht keinen Unterschied, ob es sich um Lebensmittelbezugsscheine oder um Billetts für eine Dienstleistung handelt.

b. Gesetzliche Verbote

Manche Sachen dürfen gesetzlich nicht frei verkauft werden. Untersagt ist der Import geschützter Tiere, der Handel mit bestimmten Waffen und mit Drogen, der Verkauf eigener Organe; Schatzfunde müssen unter bestimmten Voraussetzungen gegen Entschädigung abgeliefert und dürfen nicht frei veräußert werden. Dann bildet sich für diese Sachen entweder kein Markt oder ein unerlaubter Schwarzmarkt. Solchen Verträgen unter Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB wird das Recht nicht zur Durchsetzung verhelfen und grundsätzlich⁴⁹ auch nicht die Daten aus solchen Verträgen bei der Bewertung einbeziehen.⁵⁰ Es bildet sich dann aber auch kein regulärer Markt, anhand dessen sich ein objektiver Wert leicht ermitteln ließe. Das ist dann hinderlich, wenn dennoch ein objektiver Wert bestimmt werden muß. Anhand einiger ausgewählter Beispiele soll dies näher dargestellt werden.

aa. Schatzfund

Bei Schatzfunden bestimmen landesrechtliche Regelungen, daß unter bestimmten denkmal-schutzrechtlichen Voraussetzungen die Fundsachen in das Eigentum des Landes übergehen, der Finder aber mit dem objektiven Wert der Sachen entschädigt wird.⁵¹ Da sich die entsprechenden Normen nicht auf bestimmte Sachen allgemein richten, sondern nur unter der Voraussetzung eines Schatzfundes die Rechtsfolgen eintreten, kann ein freier Markt für solche Sachen wie die gefundenen daneben durchaus bestehen. Gibt es ihn nicht, wird die Schätzung schwierig. Da denkmal-schutzrechtlich gerade solche Gegenstände erfaßt werden, die nach gewissem gesellschaftlichen Konsens kulturhistorisch bedeutsam sind, darf aber davon ausgegangen werden, daß nicht nur öffentliches Interesse, sondern auch privates Interesse bestünde. Letztlich kann in solchen Fällen nur mit besonders freiem Schätzungsermessen nach § 287 ZPO⁵² geholfen werden, wobei die ähnlichsten frei handelbaren Sachen zum Vergleich dienen müssen.⁵³ Wollte man es genauer wissen, wäre eine Annäherung etwa durch öffentliche Versteigerung mit Vorkaufsrecht des Landes zu erreichen.

⁴⁹ Vgl. aber zum Wert von Schwarzarbeit unten § 13 IV 1 und § 15 II 3 b).

⁵⁰ So auch *Meincke* S. 149; aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 5, 197 (201) bei Höchstpreisen.

⁵¹ §§ 984 BGB, Art.73 EGBGB. Landesrecht etwa: §§ 17 Abs.1, 34 Abs.2 DenkmalSchG NW; §§ 23, 24 DenkmalSchG Bad.-Württ., 24 LandesenteignungsG BW.

⁵² Die ordentliche Gerichtsbarkeit ist zuständig, vgl. § 34 Abs.5 DenkmalSchG NW.

bb. Organspende und Organhandel

Ein freier Markt fehlt auch bei Organspenden. Verträge hierüber sind sittenwidrig, wenn sie eine Entgeltzahlung vorsehen⁵⁴, und jeglicher Wertersatz wird bereits an § 817 S. 2 BGB scheitern. Denkbar sind aber Fälle, in denen durch eine Verkettung unglücklicher Zufälle eine Organtransplantation stattfindet, ohne daß etwa der ausführende Arzt haftbar gemacht werden kann. Dem Grunde nach käme ein Bereicherungsanspruch des "Spenders" gegen den Empfänger eines Organs möglicherweise in Betracht. Allerdings muß hier eine Bewertung in Geld wohl scheitern. Weder hätte der Spender wider Willen seine Niere sonst in rechtlich gebilligter Weise veräußern können, noch hat der Empfänger Aufwendungen gespart, da er sich die Niere mit Geld nicht hätte kaufen dürfen. Wenn überhaupt, ist eine finanzielle Lösung allenfalls mit einer weitgeschlagenen Analogie zu § 829 BGB denkbar. Das kann hier nicht vertieft werden.

cc. Handel mit geschützten Tieren

Bei Verboten zum Schutz gefährdeter Tierarten⁵⁵ ist zu unterscheiden. Wenn ein Importverbot besteht⁵⁶, ist ein Wert auf dem erlaubten Binnenmarkt ermittelbar. Ist jeder *gewerbsmäßige* Handel mit bestimmten Tieren oder Tierteilen (z.B. Elfenbein) untersagt⁵⁷, kann auf einen nicht gewerbsmäßigen privaten Markt zurückgegriffen werden. Wenn jeder Verkauf verboten ist⁵⁸, um nicht Schmuggel zu begünstigen, ist das Produkt dem legalen Markt entzogen. Die Verkehrsauffassung kann solchen Sachen billigerweise keinen Wert mehr zumessen, denn sie würden nicht - wie der BGH im Modellbootfall ausgeführt hat - Geld kosten, wenn man sie für sich haben wollte⁵⁹, vielmehr kann man sie legal gar nicht mehr kaufen. Wie ist aber ein Geschädigter zu stellen, der legal solche Sachen in Besitz hat, wenn diese zerstört werden? Ist beispiels-

⁵³ Das mag man als ungenau kritisieren, doch ist augenfällig etwa die gesamte Schmerzensgeldbemessung ausschließlich geprägt von Vergleichsfällen und einem Kategoriendenken "schlimmer- weniger schlimm". Der absolute Maßstab ist mehr oder weniger beliebig.

⁵⁴ Etwa *Palandt-Heinrichs* § 138 Rdnr. 56; differenzierend *Maier*, S. 21-30. Der BGH hat andererseits die unentgeltliche Organspende einer Mutter an ihr Kind als "sittlich hoch zu bewerten" gebilligt und den Verursacher der Notlage zu Schmerzensgeld verurteilt, BGHZ 101, 215 (insbes. S. 222)

⁵⁵ Dazu eingehend - aus strafrechtlicher Sicht - *Lenz* passim.

⁵⁶ Vgl. etwa § 21 BNatSchG und die dort aufgeführten Verordnungen der Europäischen Union.

⁵⁷ Vgl. etwa § 20 f Abs. 2 Nr.2 BNatSchG und die entsprechenden europäischen Verordnungen.

⁵⁸ Vgl. etwa § 20 f Abs.2 Nr.1 BNatSchG.

⁵⁹ BGHZ 92, 85 (91).

weise ein Schachspiel aus Elfenbein zu bewerten, ließe sich dafür - das Verbot jeglichen Handels einmal unterstellt⁶⁰ - auf einen konkreten Markt mangels legaler Existenz und wegen der rechtlichen Bewertung nicht zurückgreifen. Es dürfte aber die Tatsache berücksichtigt werden, daß es um eine besonders edle Ausgestaltung geht und daher z.B. der Preis von Schachspielen mit ähnlichem "Niveau" herangezogen werden. Bei Jagdtrophäen⁶¹ von Tieren, deren Handel verboten ist, wird eine Schätzung noch schwieriger, weil ihnen als Gegenstand kein konkreter Funktionszweck zukommt. Es wäre vertretbar, hier jeden Wertersatz zu versagen, weil das Gesetz mit seinem Verbot eine Marktlage vorschreibt und fingiert, in der niemand sich für eine derartige Sache interessiert. Das Gesetz verordnet also die Wertlosigkeit. Man kann andererseits aber auch stärker auf die Gebrauchsmöglichkeiten abstellen und sich an Kosten etwa für einen dekorativen Wandschmuck, für erlaubte Trophäen o.ä. orientieren, da durch eine bloß fiktive Preisbestimmung mit dem Ziel des Wertersatzes der Gesetzeszweck einer Unterbindung jeden Handels mit geschützten Tieren nicht unterlaufen wird. Der zweite Weg erscheint vorzugswürdig.

Ist der Besitz bestimmter Gegenstände schlechthin verboten, dann ist für die Zerstörung nichts zu ersetzen, es sei denn, es gäbe Kreise, denen der Besitz der Sache erlaubt wäre und denen regelmäßig solche Sachen verkauft werden könnten (Beispiel: Waffenbesitz).⁶² So kann z.B. für die Zerstörung eines illegalen Beetes mit Hanfpflanzen kein Ersatz verlangt werden, weil eine Wiederbeschaffung für den Geschädigten legal überhaupt nicht in Betracht kommt und eine erlaubte und mögliche Veräußerlichkeit nicht vorliegt.

⁶⁰ Das BNatSchG sieht allerdings in § 20 g einen "Bestandsschutz" für legal erworbene Tiere und Pflanzen vor, so daß diese jedenfalls bisher nicht von den Verboten erfaßt sind.

⁶¹ Vgl. OLG Köln OLGZ 73, 7; dort war Gegenstand die Zerstörung eines Hirschgeweihs als Jagdtrophäe; das OLG hätte hier einen Marktwert für die Wiederbeschaffung ersetzt; der Kläger wollte jedoch die Kosten für eine Jagdreise und nichts anderes.

⁶² Ähnlicher Fall bei OLG München NJW-RR 1991, 477 betreffend die behördliche Untersagung der Tierhaltung bei einem Schimpansen. Die Verbotssituation wird in der Entscheidung allerdings nur gestreift.

§ 13 Besondere und irreguläre Märkte

Es gibt Märkte, bei denen eine Wertermittlung nach herkömmlichen Kriterien unsicher scheint. Es sind hier zu nennen der Nischenmarkt mit unbeständigen Preisen, verschiedene Formen des Schwarzmarktes sowie der Notmarkt mit Warenknappheit. Es ist zu untersuchen, inwieweit für solche Märkte besondere Regeln gelten.

I. Notmarkt

Eine Notmarktlage besteht dann, wenn eine solche Knappheit an Waren herrscht, daß diese nicht bequem, nicht sofort oder am (regulären) Markt überhaupt nicht beschafft werden können.

Daß in Zeiten der Warenknappheit der objektive Wert solcher Waren höher ist als üblicherweise, leuchtet ein. Der durchschnittliche Marktwert ist aber auch dann objektiver Wert¹, weil zur Wertermittlung nicht auf gewöhnliche oder übliche Verhältnisse zurückgegriffen werden kann. Damit würde man eine künstliche Vorstellung darüber bilden, was ein "normaler Markt" ist, etwa durch Bezug auf vergangene Zeiten, ohne zu wissen, ob diese Normalität je wieder eintreten wird.

Eine andere Frage ist die der richtigen Marktbestimmung. Mit Recht ist gesagt worden, daß - jedenfalls im Schadensrecht - ein Betrag zu ersetzen ist, der eine sofortige Lieferung auch bei Warenknappheit ermöglicht.² Das kann je nach Lage auch ein Abweichen von den entwickelten Grundsätzen über die Wahl des Ersatzmarktes notwendig machen. Ist ein zu ersetzendes Gut gar nicht mehr am Markt erhältlich, hat es in Krisenzeiten zahlreiche Urteile gegeben, die statt eines Wertersatzes in Geld die Verpflichtung zur Übereignung einer ähnlichen Sache aussprachen, wenn der Schädiger eine solche besaß oder beschaffen konnte, weil nur so wirtschaftlicher Ersatz möglich war.³ Hier versagt bereits das Mittel der Bewertung in Geld insgesamt, weil Geld in solchen Situationen seinen Zweck als allgemein akzeptiertes Tauschmittel verliert. Diese Situationen betreffen also nicht mehr die Frage, wie in Geld zu bewerten ist, sondern ob

¹ Anders wohl *Neuner AcP* 133 (1931), 277 (307).

² *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 9.

³ Vgl. beispielhaft aus der Rechtsprechung OGH 1, 120; ferner *Enneccerus/Lehmann*, S. 92.

noch in Geld zu bewerten ist. Dogmatisch ist das als Einschränkung der Wertersatzvorschriften (§§ 251, 818 Abs. 2 usw.) durch Treu und Glauben zu verstehen.⁴

II. Kleinstmärkte

Eine Reihe von Nischenmärkten sind sehr klein, so daß die Ermittlung eines objektiven Wertes Schwierigkeiten bereiten kann. Es kann weitgehend auf die Erörterungen zum fehlenden Markt zurückgegriffen werden. Das Vorliegen eines aussagekräftigen Marktes ist Beweis für den Geldwert einer Sache, der dann auch auf dem Markt ermittelt werden kann. Das Fehlen eines regelmäßigen Marktes ist kein Beweis für den mangelnden Geldwert einer Sache, allenfalls ein Indiz. Wie oben festgestellt ist zu hinterfragen, warum kein Markt besteht. Die Fragen stellen sich bei sehr kleinen Märkten in entschärfter Form; immerhin gibt es Transaktionen der Ware, nur reichen diese für einen regelmäßigen Markt nicht aus. Hier ist ebenfalls zu ermitteln, ob nur einzelne subjektive Bewertungen für die bestehenden Transaktionen verantwortlich sind, oder ob dahinter bereits eine breitere Wertschätzung in "Fachkreisen" steht.

Beispielhaft sei aus diesem Fragenkreis noch auf Sammlermärkte eingegangen. Hier spielen in besonderem Maße Affektionsinteressen eine Rolle. Weniger Bedarf und wirtschaftlicher Nutzen stehen oft im Vordergrund, sondern Ästhetik und Sammlerleidenschaft. Hierher gehört in weiten Teilen der Kunstmarkt, auch der Markt für Sammelstücke aller Art, von Briefmarken und Münzen⁵ über altes Spielzeug, Telefonkarten und Figuren aus "Überraschungseiern". Manche dieser Märkte sind so groß, daß der Charakter der Ware als Vermögensgegenstand im Grundsatz nicht im Streit stehen wird, zum Beispiel im Kunstmarkt. Wo Affektionsinteressen an Gegenständen auf Märkten gehandelt werden, also auf "generelle Gegenliebe"⁶ stoßen, da sind sie ersatzfähig, auch wenn es keine "wirtschaftlich-rationalen" Gründe für das Marktgeschehen gibt.⁷

⁴ E. Schmidt JuS 1986, 517 (520) in Fußn. 46; ferner *Staudinger-Medicus* (12. Aufl.) § 249 Rdnr. 204, 206.

⁵ Problemlos als marktgängig anerkannt von OLG Köln NJW 1992, 50: Der Gerichtsvollzieher müsse Münzen als Kostbarkeiten aufbewahren, da sie besonderen Wert haben könnten.

⁶ Esser/Schmidt, S. 177.

⁷ Prägnant herausgearbeitet von Köndgen AcP 177, 1 (9 ff.), der aber auch die Bedenken in der Abgrenzung vorführt.

Nur besteht die besondere Schwierigkeit hier darin, daß die Bilder jedes Künstlers und beinahe jedes Werk als einzelne Ware zu betrachten sind, und die Preise bekanntlich zwischen Null und vielen Millionen DM liegen. Daneben besteht eine besondere Abhängigkeit der Wertschätzung eines einzelnen Kunstwerks vom jeweils zuletzt gezahlten Kaufpreis. Wenn dieser auf einer Auktion ermittelt wurde, sind die dort abgegebenen Gebote schon relevanter als ein isolierter Kaufvertrag. Denn hier zeigt sich ein Markt in der Weise, daß mehrere subjektive Bewertungen konkurrieren und auch angepaßt werden können, da durch die jeweiligen Gebote Informationen über die Bewertung anderer Teilnehmer öffentlich werden.⁸ Bei einer größeren Anzahl von Geboten - und also verbindlich möglichen Vertragsabschlüssen - ist der Markt bereits in groben Zügen ermittelbar, auch wenn nur ein Abschluß folgen kann. Haben beispielsweise mehrere Interessenten knapp unter dem Zuschlag noch geboten, spricht das schon für eine gewisse "Objektivität" des Zuschlagspreises.

Bei freiem Verkauf ist die Gleichsetzung des letzten Kaufpreises mit dem Wert immer problematisch, denn es ist nie klar, ob nicht gerade eine überstarke besondere Affektion des Käufers diesen Preis ermöglichte. So wie die Verkehrsauffassung überhaupt Affektionswerten nur dann Geldwert beimißt, wenn sie von mehreren geteilt werden, muß dasselbe für eine "überschießende Affektion" gelten, also eine Bewertung eines einzelnen, die weit höher liegt als die anderer Interessenten.⁹ Nur kommt man vom zuletzt in einer Transaktion gezahlten Preis mangels besserer Marktinformationen nicht leicht weg. Die allgemeine Marktentwicklung, die sehr stürmisch verlaufen kann, läßt sich mit der Schätzung aber berücksichtigen, auch die speziellere für den einzelnen Künstler. Letztlich könnte der aktuelle Wert am ehesten durch eine Auktion mit freibleibendem Angebot abgeschätzt werden.

III. Markt bei Sachen mit negativem Wert

Manche Sachen sind wertlos. Es gibt dann für sie keinen Markt, weil niemand sie haben will. Es gibt aber sogar Sachen mit negativem Wert, nämlich solche Sachen, die einerseits niemand

⁸ Kritisch dazu *Köndgen AcP 177, 1 (11)*: Gerade die höchste subjektive Bewertung setze sich durch und sei dann bei der späteren Schadensberechnung maßgeblich. - Berechtigt ist nur das Bedenken, hier den Zuschlagspreis mit dem Sachwert gleichzusetzen; ansonsten ist die Preisbildung bei der Auktion "objektiver" als beim Einzelkauf.

⁹ *Köndgen AcP 177, 1 (11 ff.)*.

haben will, bezüglich derer andererseits aber auch eine Beseitigungspflicht besteht. Das betrifft in erster Linie alle Arten von Abfall, insbesondere Sondermüll und nach Einführung der Recycling-Pflicht auch Altfahrzeuge. In manchen Bereichen kann der Wert zwischen positiven und negativen Beträgen schwanken, etwa bei bestimmten Altpapiersorten, die in gewisser Menge vom Markt als Recycling-Material angekauft werden. Was aber vom Markt nicht abgenommen wird, muß kostenpflichtig entsorgt werden. Je nach Angebot und Nachfrage können dann zuweilen erhebliche Beträge für solches Altpapier erlöst werden, zu anderen Zeiten kann aber die Papierindustrie für die Annahme sogar Geld verlangen, wenn das Risiko einer noch teureren Deponierung groß erscheint. Die Vertragsstruktur wechselt also je nach Marktsituation von Kauf zu Dienstleistung.

Bewertungsrechtliche Probleme stellen sich bei Sachen mit negativem Wert kaum. Soweit es Wertersatznormen betrifft, ist eben kein Wert zu ersetzen. Beim Schadensersatz gilt zusätzlich, daß zwar nach h.M. bei § 251 BGB der Wert zum Zeitpunkt der Erfüllung bestimmt wird¹⁰, aber die Frage, *ob* ein Vermögensschaden vorliegt, abschließend zum Zeitpunkt der Schädigung beurteilt werden muß. Ist also ein verbrannter Ballen Altpapier zum Zeitpunkt der Schadenszufügung wertlos oder von negativem Wert, kann nicht zwei Jahre später Schadensersatz mit dem Argument begehrt werden, der Ballen sei mittlerweile für gutes Geld verkäuflich. Denn wenn im Schädigungszeitpunkt mangels positiven Wertes kein Anspruch entsteht, gibt es denotwendig auch keinen Erfüllungszeitpunkt, auf den es hinsichtlich einer späteren Bewertung ankommen könnte. Eine Ersatzbeschaffung unmittelbar nach der Schädigung hätte auch nichts gekostet¹¹, und es war daher nur die eigene Entscheidung des Geschädigten, sich keinen Ersatz zu besorgen.¹²

Je nachdem, ob eine Sache negativen oder positiven Wert hat, kann sich die anwendbare Norm auch verändern. Das versehentliche Abfahren einer Sache zur Mülldeponie kann sich als Schadensersatzpflichtige Handlung darstellen (bei positivem Wert) oder aber als ungerechtfertigte

¹⁰ Vgl. oben § 7 I.

¹¹ Details wie Pack- und Transportkosten bleiben unberücksichtigt.

¹² Der Fall wirft allerdings ein interessantes Licht auf die Grundannahme, maßgeblicher Bewertungszeitpunkt beim Schadensersatz sei der Erfüllungszeitpunkt. Es reicht ein positiver Wert von nur wenigen Pfennigen, um einen Schadensersatzanspruch entstehen und bis zur Erfüllung schwanken zu lassen. Der im Text angeführte Gedanke sofortiger Ersatzbeschaffung zählt dann nicht. Ist die Sache zum Schadenszeitpunkt zufällig gerade nicht einmal wenige Pfennige wert, bleibt es bei der Versagung jedes Anspruches, gleichgültig, wie sich der Wert später entwickelt. Die beiden Fälle erfahren also nach h.M. eine sehr unterschiedliche Behandlung.

Bereicherung mit umgekehrten Rollen wegen der ersparten Deponiekosten (bei negativem Wert). Die Bewertung betrifft entweder den positiven Sachwert oder den Wert der Dienstleistung als Spiegelbild des negativen Wertes. Die richtige Auswahl des relevanten Marktes wird hierbei um so wichtiger, da zu verschiedenen Zeitpunkten, an verschiedenen Orten oder auf verschiedenen Marktstufen der Wert einer Sache von einem negativen in einen positiven Wert umschlagen kann.

IV. Schwarzmarkt

1. Echter Schwarzmarkt

Die Frage rechtlicher Grenzen für ein Marktgeschehen ist bereits angesprochen worden. Märkte jenseits dieser Grenzen sind Schwarzmärkte. Das gesetzliche Verbot kann sich auf das Produkt selbst beziehen (Waffen, Drogen, geschützte Tiere), wobei bestimmte Personenkreise oder Verwendungszwecke ausgenommen sein können. Es kann auch auf die bestimmte Darbietungsform beschränkt sein (Verkauf unverzollter Ware, Schwarzarbeit) oder auf den Preis der Ware (Höchstpreisverordnung).

Folge ist in aller Regel, soweit die Verbotsnorm dies bezweckt, die Unwirksamkeit der Verträge gemäß § 134 BGB.¹³ Daraus folgt, daß vertragliche Ersatzansprüche bereits dem Grunde nach nicht entstehen; die Wertermittlung kommt dann im Rahmen des Bereicherungsrechts ins Spiel, sofern die rechtliche Hürde des § 817 BGB überwunden werden kann.¹⁴ Bereits oben ist ausgeführt, daß der Schwarzmarktwert einer Ware auf die Ermittlung des objektiven Wertes keinen Einfluß hat; diese Vorgänge vollziehen sich außerhalb der Sitten- und Rechtsordnung und bleiben unberücksichtigt.¹⁵ Der Wert ist dann anders zu ermitteln, bei festgesetztem Höchstpreis nach diesem¹⁶, ansonsten nach den Preisen auf dem regulären Markt.¹⁷

¹³ *Staudinger-Sack* § 134 Rdnr. 57 ff.; eingehend zu den Rechtsfolgen bei Schwarzarbeit im weitesten Sinn *Metzger*, passim.

¹⁴ Bejahend für Schwarzarbeit BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542.

¹⁵ Vgl. BGHZ 36, 395; 44, 1 (6) zu § 817 S.2 BGB. Wer sich außerhalb der Sitten- und Rechtsordnung stellt, kann hierfür keinen Rechtsschutz erhalten.

¹⁶ *Cosack/Mitteis*, S. 400.

¹⁷ Zur Wertermittlung bei Schwarzarbeit näher unten § 15 II 3 b).

2. Unechter Schwarzmarkt (Grauer Markt)

Eine andere Form des Handels, die ebenfalls landläufig als Schwarzmarkt bezeichnet wird, läßt sich z.B. bei großen Sport- und Kulturereignissen beobachten. Dort werden regelmäßig Karten von solchen Personen aufgekauft, die lediglich ein Interesse an der Weiterveräußerung haben. Bei großer Nachfrage nach Karten werden dann nicht selten kurz vor Beginn der Veranstaltung Preise erzielt, die um ein Vielfaches über den aufgedruckten Nominalpreisen liegen.

a. Rechtliche Anerkennung der Verträge auf dem grauen Markt

Dieser Markt heißt zwar "Schwarzmarkt", ist aber keiner, wenn man darunter einen Verstoß gegen Gesetze und gute Sitten versteht. Auch wenn im Einzelfall ein Verstoß gegen Gewerbe-recht oder Ortsrecht vorliegen sollte, berührt das den Bestand der Verträge nicht.

Als Beispiel kann ein Fall dienen, der dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegen hat.¹⁸ Dort hatte jemand bei einer deutschen Agentur Eintrittskarten für das Endspiel der Fußballweltmeisterschaft 1990 in Italien geordert für 3250 DM pro Stück, und zwar einige Tage vor diesem Endspiel. Er holte diese jedoch nicht wie vereinbart in Rom ab, sondern kaufte offenbar an der Tageskasse Eintrittskarten. Dort waren wieder Karten zum aufgedruckten Preis von umgerechnet 337 DM erhältlich, nachdem Gastgeber Italien das Endspiel nicht erreicht hatte. Die Agentur klagte auf Erfüllung und bekam Recht. Dies trug zunächst der Tatsache Rechnung, daß der freie Verkauf von Eintrittskarten erlaubt ist; daher bezeichnet das OLG diese Konstellation als "grauen Markt". Auch Sittenwidrigkeit wegen Wuchers konnte das Gericht schon dem objektiven Tatbestand nach nicht feststellen. Knappe Güter hätten stets höhere Preise auf dem Markt, so daß der aufgedruckte Kartenpreis nicht mit dem Marktpreis übereinstimmen müsse. Der Preis an der Abendkasse besage nichts über den Marktwert der Karten wenige Tage vor dem Endspiel. Dagegen ist nichts zu erinnern¹⁹, weil sich ein nicht zu mißbilligender Sondermarkt zwischen Privatpersonen gebildet hat. Dieser Markt ist getrennt zu betrachten von einem Markt zwischen dem Veranstalter und Kartenerwerbern; sofern eine Rückgabe der Karte möglich ist, wird der Veranstalter unabhängig vom übrigen Marktgeschehen stets nur den offiziellen Preis vergüten und bei Zweitverkauf verlangen. Der Kauf von Privat bietet dem

¹⁸ OLG Köln OLGZ 1993, 193; zustimmend *Staudinger-Sack* § 138 Rdnr. 193.

¹⁹ So auch *Palandt-Heinrichs* §138 Rdnr. 66.

Erwerber aber den Vorteil einer garantierten Karte, während die Hoffnung auf an den Veranstalter zurückgehende Karten naturgemäß unsicher ist. Sollte der Veranstalter aus irgendwelchen Gründen wieder genügend Karten anbieten können, wird der Schwarzmarkt alsbald zusammenbrechen; Mischsituationen sind denkbar, wenn zwar noch offiziell Karten nach und nach erhältlich werden, aber die Befriedigung der Nachfrage unsicher bleibt.

b. Folge für allgemeine Bewertungsfragen

Die Frage ist, inwieweit dieser Marktpreis auf dem "grauen Markt" auch für Ansprüche auf Schadensersatz, bereicherungsrechtlichen Wertersatz oder Finderlohn erheblich ist.

Schadensrechtlich läßt sich etwa folgender Fall bilden:

Ein Dieb stiehlt die regulär für 200 DM erworbene Eintrittskarte, als es noch Karten gibt. Eine Woche vorher ist das Spiel ausverkauft. Unmittelbar vor Spielbeginn werden Karten auf dem grauen Markt zu 500 DM gehandelt. Eine Ersatzbeschaffung des Geschädigten hat nicht stattgefunden, da dieser das Geld dafür nicht nochmals aufbringen mochte.

Schadensersatz ist der Wiederbeschaffungswert der Karte. Ist ein Gut auf dem offiziellen Markt nicht beschaffbar, darf auch ein erlaubter grauer Markt zur Wiederbeschaffung genutzt - und daher der Wertermittlung zugrundegelegt - werden.²⁰ Findet etwa der Schadensausgleich kurz vor Spielbeginn statt, ist der auf dem Graumarkt gewöhnlich gezahlte Preis Schaden. Zumeist findet ein Schadensausgleich jedoch erst nach der Veranstaltung statt. Dann ist der Zeitaspekt zu beachten, denn nach ganz überwiegender Ansicht ist der Ersatzanspruch bis zum Zeitpunkt der Erfüllung Geldwertschuld.²¹ Maßgeblich ist danach der Wert in der Zeit nach dem Ereignis; dieser besteht fort in dem entgangenen Genuß. Dann müßte man auf den gewöhnlichen Preis für ein derartiges Ereignis abheben müssen, also den offiziellen Preis.

Dieses Ergebnis erscheint vor allem dann nicht billig, wenn der Geschädigte selbst - in Abwandlung des Beispielsfalles - eine Viertelstunde vor Spielbeginn zum durchschnittlichen Graumarktpreis eingekauft hat und ihm fünf Minuten später die Karte gestohlen wird. Aber auch der Käufer, der zum Nominalpreis gekauft hatte, hätte noch kurz vor dem Spiel die

²⁰ Wie stets bei Warenknappheit ist ein Betrag geschuldet, der sofortige Ersatzbeschaffung möglich macht, vgl. *MünchKomm-Grunsky* § 251 Rdnr. 9.

²¹ Siehe oben § 7 I.

Möglichkeit gehabt, auf den Besuch der Veranstaltung zu verzichten und die Karte zu Geld zu machen.

Das Problem liegt in dem Nebeneinander von grauem Markt und offiziellen Markt. Insbesondere stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Bewertung. Der Wert entspricht zunächst dem offiziellen Verkaufspreis, bis es keine Karten mehr gibt. Danach bildet sich ein Wert auf dem einsetzenden grauen Markt, bis die Veranstaltung beginnt. Mit Beginn der Veranstaltung oder kurz danach verfällt der Wert einer Karte. Es gibt für solche Veranstaltungen keinen kontinuierlichen Markt, sondern der Markt schließt mit Beginn der Veranstaltung, weil die verbrieft Forderung dann eingelöst werden muß. Daher kann es ausnahmsweise nicht auf den Zeitpunkt der Ersatzleistung für die Schadensbemessung ankommen, sondern der Zeitpunkt des Marktschlusses ist maßgeblich. Das ist ganz ähnlich bei bestimmten Anlagegeschäften, etwa Optionen auf Aktienwerte. Der Preis schwankt, zu einem bestimmten Zeitpunkt müssen die Optionen dann eingelöst werden. Hier kann im Fall des Schadensersatzes, auch wenn man im Ansatz der h.M. folgt²², nur der letzte Kurswert maßgeblich sein, nicht der Erfüllungszeitpunkt, zu dem die Option längst verfallen wäre. Die Folgefrage ist, welcher Marktschluß maßgeblich sein soll, der "offizielle" oder der auf dem grauen Markt. Da der private Handel mit solchen Eintrittskarten nicht verboten ist, darf sich ein Geschädigter auch auf diesem Markt bedienen, um Ersatz zu erlangen. Das gedachte Beschaffungsgeschäft darf sich dann ebenfalls auf diesen Markt beziehen, gleich ob die Karte auf dem grauen Markt erworben wurde oder nicht. Auf den Markt des Einkaufs kommt es - wie immer - nicht an, sondern auf den Markt für die Wiederbeschaffung. Zu ersetzen ist daher der letzte Marktpreis auf dem inoffiziellen Markt, wenn ein solcher beweisbar ist.

Manchmal verspekulieren sich die Händler auch, wenn es an der Tageskasse doch noch genügend Karten gibt. Dann müssen überschüssige Kontingente unter Zeitdruck verkauft werden, so daß der Preis deutlich unter den offiziellen Preis sinken kann. Wie ist der Beispielsfall dann zu entscheiden, wenn die Karte für 200 DM kurz vor Spielbeginn für 120 DM zu haben ist?²³ Nach der soeben gefundenen Lösung wären nur 120 DM zu ersetzen (Marktschluß). Das läßt jedoch den Aspekt außer Betracht, daß die Wiederbeschaffung sicher und bequem sein soll.

²² Dazu oben § 7 I.

²³ Können Karten - was die Ausnahme ist - zum Ausgabepreis an den Veranstalter zurückgegeben werden, erledigt sich dieses Problem, weil das dann angesichts der freien Kapazitäten geschieht.

Trifft man diese Wertung, darf der Geschädigte immer eine (fiktive) Wiederbeschaffung auf offiziellem Wege vornehmen und muß sich nicht auf den grauen Markt verweisen lassen, der weniger bequem ist und keine Sicherheit bietet, daß Karten nicht gefälscht oder gestohlen sind.²⁴ Der Veranstalter verlangt aber stets den vollen Kartenpreis. Zu ersetzen ist daher in diesem Fall der aufgedruckte Wert der Karte. Das ist mithin der Mindestwert beim Schadensersatz.

Die Übertragung auf Bereicherungsrecht oder Fundrecht bereitet nun weniger Probleme. Bereicherungsrechtlich liegt der maßgebliche Zeitpunkt spätestens im Zeitpunkt des Umschlagens in den Wertersatzanspruch, das ist der Beginn der Veranstaltung, oder aber früher. Der Beschaffungspreis zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt ist zu ermitteln. Gibt es zu diesem Zeitpunkt keinen offiziellen Markt mehr, ist auf den grauen Markt zurückzugreifen. - Im Fundrecht kommt es auf den Zeitpunkt der Rückgabe an. Eine abgelaufene Karte ist nichts wert und erzielt keinen Finderlohn²⁵. Bei einer Dauerkarte etwa für eine Bundesligasaison vermindert sich der Wert entsprechend. Liegt der Graumarktpreis bei Rückgabe vor dem Spiel weit höher als der offizielle Preis, ergibt sich aus der Verfolgung der Linie, den Beschaffungswert bei Rückgabe an den Berechtigten als Basis zu verwenden²⁶, eine gewisse Härte für den Berechtigten, dem die Karte vielleicht nicht mehr als der offizielle Preis wert war und ist. Diese Lösung ist dennoch vorzugswürdig; im Abschnitt über den Zeitpunkt der Wertermittlung ist dargestellt, daß ähnliche Probleme auch auftreten, wenn man andere Zeitpunkte maßgeblich sein läßt. Den "grauen Markt" vollständig einzubeziehen liegt in der Konsequenz der anfänglichen Feststellung, daß es sich dabei um einen legalen Markt handelt. Lediglich die Feststellbarkeit der gezahlten Preise ist erschwert. Gelingt die Feststellung aber, wird der dortige Wert auch berücksichtigt.

²⁴ Das ist das Pendant zum bekannten "seriösen Gebrauchtwagenhändler" beim Ersatz gebrauchter Kfz.

²⁵ Eine solche Karte kann nach § 966 Abs.2 BGB als "verderbliche Ware" versteigert werden.

²⁶ Vgl. oben § 7 III.

Fünfter Teil: Einzelne Gegenstände in der Bewertung

Unabhängig von Fragen der Marktwahl können Bewertungsschwierigkeiten auch wegen der Art der zu bewertenden Gegenstände bestehen. Das können besondere Sachen sein, aber auch unkörperliche Gegenstände wie Forderungen, Dienstleistungen, Nutzungen und auch Sachgesamtheiten wie insbesondere Unternehmen und das Vermögen einer Person als solches. Vorrangig sollen einige rechtliche Sonderfragen bei der Sachbewertung behandelt werden (§ 14), hinsichtlich der Bewertung anderer Gegenstände und Gesamtheiten kann nur in einem Exkurs ein kurzer Überblick gegeben werden (§ 15).

§ 14 Rechtsfragen der Sachbewertung bei bestimmten Sachen

In diesem Abschnitt werden Rechtsfragen bei der Bewertung bestimmter Sachen in einer Auswahl angesprochen. Es geht dabei darum, zu solchen Vorgängen in der Sachbewertung Stellung zu nehmen, die von den bisher behandelten Grundsätzen abweichen oder abzuweichen scheinen. Bei Grundstücken hat sich im Bereich des Zugewinnausgleichs und auch im Pflichtteilsrecht der Begriff des "wahren inneren Wertes" gebildet. Bei Kunstwerken im Besitz des Künstlers stellt sich die Frage einer Kollision von Bewertungsrecht und Urheberrecht. Die Lieferung von Strom, Wasser usw. hat den besonderen Aspekt einer Preisbildung mittels verschiedener Tarife, wodurch Sonderfragen aufgeworfen sind.

I. Grundstücke und der "wahre innere Wert"

1. Grundsätze

Auch bei Grundstücken ist der Marktpreis zu ermitteln. Eine bestimmte Bewertungsmethode schreibt keine Norm im BGB vor.¹ Die Bewertungen kommen oftmals auf die Ansätze der Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (WertVO)² zurück, die direkt für die Wertermittlung nach den §§ 192 ff. BauGB gelten, aber

¹ BGH FamRZ 1986, 39.

² VO vom 6.12.1988, BGBl. I S. 2209, aktualisiert durch das Bau- und Raumordnungsgesetz vom 18.08.1997.

auch im Zivilrecht herangezogen werden dürfen.³ Die WertVO kennt das Vergleichswertverfahren, das auf Marktbeobachtung der gezahlten Kaufpreise basiert (§§ 13 f. WertVO), daneben das Ertragswertverfahren für Gebäude (§§ 15 ff. WertVO) zur Ermittlung des nachhaltig erzielbaren jährlichen Reinertrages sowie das Sachwertverfahren (§§ 21 ff. WertVO) zur überschlägigen Ermittlung der gewöhnlichen Herstellungskosten nach Maßzahlen (z.B. nach umbautem Rauminhalt).⁴ Bis hierher ergeben sich rechtliche Besonderheiten nicht.

2. Wahrer innerer Wert als eigenständiger Wertbegriff?

Solche Besonderheiten haben sich jedoch speziell bei der Grundstücksbewertung im Zugewinnausgleich und bei der Pflichtteilsermittlung herausgebildet. Hier soll nicht stets der objektive Verkehrswert gelten, zu dem das Grundstück oder eine Wohnung am Stichtag auch hätte verkauft⁵ werden können, sondern davon abweichend der "wahre, innere Wert" des Objekts.

a. Begriff und Anwendung in der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung hat sich an Fällen entwickelt, in denen ein Grundstück am maßgeblichen Stichtag aufgrund widriger Marktumstände weniger wert war, als es "normalen" Umständen entsprach. Der sich als zeitweilig herausstellende Wertverlust durch das sowjetische Ultimatum an Berlin⁶ oder durch allgemeine Phasen der Rezession⁷ soll unbeachtlich sein, wenn bei nüchterner Betrachtung der Preisrückgang als vorübergehend zu betrachten ist.⁸ Wenn ein wirtschaftlich Denkender mit einem Verkauf abgewartet hätte und auch keine Notwendigkeit zur Veräußerung besteht, so soll der wahre, innere Wert maßgeblich sein, der solche Preisrückgänge ignoriert.⁹ Diese Rechtsprechung ist dadurch relativiert worden, daß nur "außergewöhnliche Preisverhältnisse" das Abstellen auf einen wahren oder inneren Wert

³ BGH NJW 1990, 112 (112 f.).

⁴ Vgl. *MünchKomm-Gernhuber* § 1376 Rdnr. 12; ausführliche Behandlung bei *Rössler/Langner/Simon*, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten.

⁵ Zur Maßgeblichkeit des Verkaufswertes s.o. § 9 II 2.

⁶ BGH NJW 1965, 1589.

⁷ BGH NJW-RR 1986, 226 (227 f.); BGH FamRZ 1992, 918.

⁸ Vgl. die in Fußn. 6 und 7 genannten Urteile.

⁹ Zustimmend etwa *Palandt-Diederichsen* § 1376 Rdnr. 1 f.; *Soergel-Lange* § 1376 Rdnr. 7; *Staudinger-B. Thiele* § 1376 Rdnr. 34.

rechtfertigen sollen, so daß dem Schuldner eines Pflichtteilsanspruchs die Bewertung eines Grundstücks nahe dem neuen Münchener Flughafen mit den hohen Ankaufspreisen zur Zeit des Erbfalls - als das Flughafenprojekt vorbereitet wurde - zugemutet worden ist.¹⁰ Diese Rechtsprechung findet eine gewisse Entsprechung in Entscheidungen zur Festsetzung von Entschädigungen für enteignete Grundstücke. Die Entschädigung dort sei nach dem objektiven Wert festzusetzen, dieser sei nach der Preisbildung "des gesunden Grundstücksverkehrs unter gewöhnlichen Umständen" zu ermitteln, reine Spekulationspreise seien auszuschließen.¹¹

b. Unvereinbarkeit mit allgemeinen Grundsätzen der Bewertung

All das weist die Tendenz auf, bei Grundstücken letztlich die Wertermittlung vom Tagesgeschehen zu lösen, den Wert also langfristiger zu ermitteln, jedenfalls wenn es bei der Marktwahl um einen gedachten Verkauf des Grundstückes geht. Dabei spielt gewiß auch eine Rolle, daß Sachverständige in der Praxis vielfach den "eentlichen" Wert eines Grundstücks oder einer Wohnung quasi wissenschaftlich ermitteln und lediglich abschließend angeben, aufgrund der Marktverhältnisse sei derzeit ein Abschlag auf diesen eigentlich zu zahlenden Preis von x % hinzunehmen.¹² Dadurch wird der Eindruck vermittelt, einen Marktwert unabhängig von oder entgegen den tatsächlich erzielbaren Preisen ermitteln zu können. Der Grundgedanke der Rechtsprechung ist daneben, daß ein Grundstückseigentümer nicht von kurzfristigen und als zufällig empfundenen Marktschwankungen profitieren¹³ können sollte, sondern daß ein zu zahlender Ausgleich oder eine an ihn gehende Entschädigung dem längerfristigen Wert des Grundbesitzes entsprechen müsse.

¹⁰ BGH WM 1991, 1352 (1353); die Entscheidung BGH FamRZ 1992, 918 zieht demgegenüber zu Lasten des Schuldners eines Zugewinnausgleichs den "wahren inneren Wert" heran, obwohl bei Marktpreisen von 20% unter "Soll" wohl noch nicht von außergewöhnlichen Preisverhältnissen zu sprechen ist.

¹¹ BGHZ 39, 198 (204), die Grundstückspreise waren hier gestiegen, weil der Markt mit einer Darstellung des Gebietes als "Roh-Bauland" im Flächennutzungsplan rechnete. Die Preissteigerung wurde bei der Entschädigung nicht berücksichtigt.

¹² So geschehen in BGH NJW-RR 1986, 226 ff: Abschlag von 19,45 %; BGH FamRZ 1992, 918: Abschlag von 20 %.

¹³ Nimmt man BGH WM 1991, 1352 ff. zum Maßstab, wird zum Schaden des Eigentümers großzügiger verfahren; kritisch auch *Klingelhöffer* S. 69, der darin bereits ein "Höchstpreisprinzip" zugunsten des Pflichtteilsberechtigten erkennen will.

Daran ist Kritik angebracht. Zunächst fällt die isolierte Anwendung der dargestellten Grundsätze im Bereich Zugewinnausgleich und Pflichtteilsrecht auf, ohne daß bisher spezifisch familien- oder erbrechtliche Aspekte dieser Bewertungsfragen aufgezeigt wären, die einen Sonderweg rechtfertigen könnten. Sodann ist nirgends begründet, wieso gerade Immobilien anders behandelt werden sollten als andere Vermögensgegenstände, die ähnlichen Marktschwankungen unterliegen.¹⁴ Desweiteren ist die Frage, ob ein schwacher Markt vorübergehender Natur war oder doch dauerhafter, ex post wohl zu beantworten, in der Situation selbst aber eben nicht. Gerade die fehlende hinreichend sichere Prognose führt zu den Turbulenzen auf dem Markt.¹⁵ Hinzu kommt, daß Ausnahmen für den Fall gemacht werden müssen, daß zur Befriedigung der Forderung das Grundeigentum veräußert werden muß oder es sonst zur Veräußerung bestimmt war.¹⁶ Denn der Erbe oder Zugewinnausgleichspflichtige muß sich die notwendigen Mittel notfalls durch Veräußerung beschaffen können. Die Frage der Grundstücksbewertung wird dann letztlich auf die Problematik verschoben, ob und welche Vermögensgegenstände veräußert werden müssen, ob etwa das Hausgrundstück veräußert werden muß oder ob der Verkauf des Schmuckes ausreicht und das Grundstück daher nach dem wahren, inneren Wert bewertet werden darf. Davon sollte die Bewertung indes nicht abhängen.

Die Bewertung nach dem "wahren inneren Wert" entspricht auch nicht denotwendig der Billigkeit: Gesetzt den Fall, der Gläubiger eines Anspruchs erhält den Wertanteil zum Stichtag, und zwar gemessen an dem aktuellen Marktwert in der Krise. Dann gilt zunächst, daß sich der beklagenswert niedrige Erlös eines fiktiven Verkaufs einerseits und die Möglichkeit eines günstigen Einkaufs wegen der Krisenstimmung andererseits gerade ausgleichen. Die Denkfigur

¹⁴ Bei Aktien wird der Tageskurs zugrundegelegt, ohne nach einer - auch sinnlosen - Aufteilung etwaiger Wertveränderungen in "echte" und "spekulative" Bestandteile zu fragen, ohne den vorübergehenden Charakter von Wertverlusten zu berücksichtigen (auch nicht bei Immobilienfonds!), und ohne den "wahren inneren Wert" des betreffenden Unternehmens durch Sachverständigengutachten zu ermitteln. Vgl. *MünchKomm-Gernhuber* § 1376 Rdnr. 13; abweichend allerdings *Nirk* NJW 1962, 2185 (zu § 2311 BGB); LG Berlin FamRZ 1965, 438.

¹⁵ Besonders klar *MünchKomm-Gernhuber* § 1376 Rdnr. 14. Woher soll der durchschnittlich besonnene Beurteiler wissen, ob die Berlin-Krise oder eine Rezession vorübergehender Natur ist oder ob z.B. ein auf dem Grundstück ruhender Altlastenverdacht sich bestätigen wird?

¹⁶ BGH NJW-RR 1986, 37 (40); BGH FamRZ 1992, 918 (919); *MünchKomm-Gernhuber* § 1376 Rdnr. 9 m.w.N.

des wahren inneren Wertes gleicht daher allenfalls die Folgen verzögerter Zahlung aus. Solche Folgen wären ggf. besser mit allgemeinen Mitteln auszugleichen als mit einem Sonderweg bei der Bewertung.

Für die allgemeine Bewertung von Grundstücken muß es daher bei dem Grundsatz des Verkehrswertes zum maßgeblichen Zeitpunkt verbleiben, in welcher Lage sich der Markt auch befinden mag. Bei der Wertermittlung ist zentrale Frage, zu welchem Durchschnittspreis Grundstücke der fraglichen Art gehandelt würden. Die Vergleichswertmethode mit ihrem Prinzip der Marktbeobachtung ist daher im Grundsatz vorzugswürdig vor den Methoden der Sachwert- oder Ertragswertbestimmung. Diese sind eigentlich Hilfsmethoden, um wiederum die Frage zu beantworten, welchen Preis ein rationaler Erwerber bezahlen würde. Die Methoden haben selbstverständlich ihre Berechtigung, die daraus entsteht, daß Grundstücke keine Massenwaren sind, sondern jedes eine individuelle Lage und Bebauung aufweist. Hieran findet die Vergleichsmethode ihre Grenzen. Möglich ist jedoch, aufgrund der Marktdaten festzustellen, daß in einem bestimmten Zeitraum Immobilien regelmäßig über oder unter den rechnerisch als angemessen ermittelten Werten verkauft werden. Diese tatsächlichen Marktdaten sind zur Korrektur auch stets einzusetzen und nicht unter Einsatz der Figur des "wahren inneren Wertes" zu ignorieren.

Im Rahmen des familien- und erbrechtlichen Wertausgleichs sollte die These einer längerfristigen Bewertung, die hinter der Figur des "wahren inneren Wertes" steckt, offen diskutiert werden, wenn man daran festhalten will. Es müßten zur Begründung für einen Sonderweg bei der Bewertung von Grundstücken schon spezifische Wertungen vorgebracht werden. Vielfach wird der Grunderwerb in dem zu bewertenden Vermögen auf lange Sicht angelegt sein; mindestens für solche Fälle könnte man daraus die Wertung ableiten: Was der Erblasser oder die Ehegatten als langfristige Anlagen vorgesehen hätten, müsse abweichend vom Stichtagsprinzip auch mit einem Durchschnittswert über einen gewissen Bewertungszeitraum bewertet werden. Kurzum: Grundstücke "sind" nicht nach dem wahren, inneren Wert zu bewerten, sondern es müssen Gründe für diese von den Grundsätzen abweichende Bewertung aus dem Normzusammenhang gefunden werden. Dies sind jedoch spezielle Fragen des Familien- und Erbrechts, die hier nicht vertieft behandelt werden sollen.

II. Kunstwerke: Bewertung und Urheberrecht

Kunst bereitet Schwierigkeiten bei der Bewertung, weil es sich um Unikate handelt, die sich nur schwer in Gruppen einordnen lassen. Gleichwohl gibt es allgemeine Bewertungsgrundsätze nach Schöpfer, Herkunft, Erhaltungszustand usw. Oftmals, wenn auch nicht immer, gelingt es etwa Auktionshäusern, den erzielbaren Preis für Kunstwerke über Zuordnung in Gruppen recht genau einzuschätzen. Diese Bewertungsprobleme sind praktischer Art¹⁷, ohne daß rechtliche Unklarheit entstünde.

Rechtlich interessant hingegen ist die Frage, wie Kunstwerke¹⁸ beim Künstler selbst zu bewerten sind. Es wird die These vertreten, solche noch beim Künstler befindliche Werke seien ohne meßbaren objektiven Wert und daher etwa im Zugewinnausgleich nicht zu berücksichtigen.¹⁹ Bei einer Bewertung entstünden einerseits praktische Probleme nach der Frage der Veräußerlichkeit, die auch bei erfolgreicheren Künstlern anhand der Preise für bereits verkaufte Werke nur schwer zu bestimmen seien. Außerdem müsse dem Urheber die Entscheidung vorbehalten bleiben, ob er Werke nur als Skizzen und Modelle oder als fertiges Kunstwerk ansehe; ob er bei Drucken und Lithographien weitere Abzüge herstellen wolle; und ob er Einzelstücke zur Archivierung und Erinnerung zurückbehalte und sie so "widme". Das könne anders nicht sein, dürfe doch der Urheber gegen Entschädigung unter bestimmten Voraussetzungen sogar Werke zurückholen (§ 42 UrhG).²⁰

Die zwei aufgeworfenen Fragen sind zu trennen. Natürlich kann die Bewertung von Kunstwerken schwierig sein; das sind Schwierigkeiten praktischer Art, da oft Unsicherheit über die Verkäuflichkeit bestehen mag. Steht aber fest, daß ein Markt besteht, können die Probleme bei der Bewertung nicht dazu herangezogen werden, den Wert von vornherein auf Null festzulegen.

¹⁷ Zu ihrer Bewältigung - aus steuerrechtlicher Sicht - *Heuer* DStR 1995, 438 ff.; zu Sammlermärkten auch oben § 13 II.

¹⁸ Ähnliche Fragen stellen sich bei allen Werken, die dem Urheberrecht unterliegen.

¹⁹ *P. Finger* GRUR 1989, 881 ff.

²⁰ *Ebd.*, S. 883 f.

Die andere Frage ist, wie sich das Urheberrecht des Künstlers auf die Einordnung eines Werks als "Marktobjekt" und Gegenstand der Bewertung auswirkt. Hier dürfte zunächst einleuchtend sein, daß - etwa in einem Nachlaß - auch Skizzen und Modelle sowie Belegexemplare und unvollendete Werke einen Marktwert haben können, wenn die Kunstwelt denn solche Werke kaufen will. Es kann daher nur um die Frage gehen, ob ein Künstler durch einen "Widmungsakt" kraft seines Urheberrechtes Werke in die Marktbewertung einstellen oder sie einer Marktbewertung entziehen kann. Eine solche "Widmung" müßte dann freilich für alle Bewertungsnormen einheitlich gelten: Es ginge kaum an, etwa beim Zugewinnausgleich die unveröffentlichten Werke nicht zu berücksichtigen, aber bei Beschädigung eines solchen Werkes ein Vermögensinteresse zu reklamieren. Unrichtig wäre jedenfalls auch, zeitliche Spielräume zuzulassen; es müßte die am maßgeblichen Stichtag getroffene Entscheidung gelten. Sonst könnte der Künstler etwa sogar die Einbeziehung der auf einem Sparkonto liegenden Erlöse aus dem Verkauf seiner Werke in den Zugewinnausgleich mit dem Argument verweigern, er benötige das Geld möglicherweise noch für Entschädigungen gemäß § 42 UrhG, wenn er seine Meinung zur Veröffentlichung der früheren Werke ändere.

Es bleibt aber ohnedies die Kernfrage, ob der Künstler über die Einordnung seiner Werke in den privaten oder den Marktbereich entscheiden kann, oder ob diese Entscheidung allein durch die prinzipielle Verkäuflichkeit gefallen ist. Grundsätzlich gilt etwa für den Zugewinnausgleich, daß jeder geldwerte Vermögensgegenstand bewertet wird²¹ - sei es zum Vorteil oder Nachteil des Berechtigten -, unabhängig davon, ob der Berechtigte ihn je veräußern würde. Ein weitergehender Schutz kommt daher nur durch das Urheberrecht in Betracht. In der Tat schützt dieses in §§ 113, 114 UrhG den Urheber davor, daß gegen seinen Willen in sein Urheberrecht und die ihm gehörenden Originale seiner Werke vollstreckt wird; eine Ausnahme bilden Werke der Baukunst sowie veröffentlichte Werke i.S. des § 6 UrhG. Daraus folgt: Die These, im Besitz des Künstlers befindliche Werke hätten keinen Wert, findet im Gesetz keine Stütze. Wäre sie richtig, käme man mit der allgemeinen Norm des § 803 Abs. 2 ZPO hin, die eine Pfändung wertloser Gegenstände untersagt.²² Aber wichtiger: Die Normen bestätigen,

²¹ Etwa *MünchKomm-Gernhuber* § 1375 Rdnr. 7; *Staudinger-B.Thiele* § 1374 Rdnr. 2.

²² Vgl. hierzu *Stein-Jonas-Münzberg* § 803 Rdnr. 29; *Zöller-Stöber* § 803 Rdnr. 9 f.; im übrigen wäre dann auch § 110 Abs. 1, 5c) BewG überflüssig, der eigene Werke des Künstlers von einer Besteuerung ausnimmt.

daß der Urheber die in seinem Eigentum stehenden eigenen Werke gerade in geringerem Maße zur Befriedigung fremder Vermögensinteressen einsetzen muß, verglichen mit sonstigem Schuldner Eigentum. Ein Vergleich mit der Pfändungsbeschränkung des § 811 ZPO ergibt auch, daß diese urheberrechtliche Beschränkung im privaten Interesse des Künstlers erfolgt; sonst wäre die Einwilligung nicht möglich.²³ In der beschränkten Zwangsvollstreckung erschöpft sich aber der Schutz des Künstlers. Er ist also nicht davor geschützt, etwa im Rahmen des Zugewinnausgleichs auch unveröffentlichte Werke in sein Vermögen einrechnen zu müssen, sondern nur davor, zur Erfüllung der sich daraus ergebenden Geldforderung die Werke verwerten lassen zu müssen.

III. Lieferung von Strom, Gas und Wasser

Einen gewissen Sondercharakter haben Lieferungen über Strom, Gas und Wasser und Wärme. Zwar werden sie nach überwiegender Ansicht wie eine Warenlieferung behandelt, also kaufrechtlich.²⁴ Dennoch treten bei der Bewertung bestimmte Sonderfragen auf. Diese hängen damit zusammen, daß regelmäßig nicht einfach ein bestimmter Preis pro Einheit verlangt wird, sondern der Kunde bestimmte Tarife wählen kann, die oft eine Kombination von pauschalem Grundpreis und Leistungspreisen pro Einheit, diese oftmals noch gestaffelt nach Menge und Zeitpunkt der Inanspruchnahme, darstellen. Solche Fragen stellen sich im übrigen ähnlich auch bei Leistungen der Telekommunikation, etwa den Gebühren für Telefondienste oder Internetzugang.

Die Bestimmung des Verkehrswertes dieser Leistungen wird im allgemeinen in zwei Konstellationen erforderlich sein, nämlich im schadensrechtlichen Fall unbefugter Entnahme sowie im Bereicherungsrecht bei fehlendem Rechtsgrund. Der BGH hat in einem Fall von Stromdiebstahl ausgeführt, nach allen in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen (§§ 251, 315, 818 Abs. 2 BGB) sei auf die Tarife des Stromversorgers abzustellen und der geschuldete Wertersatz nach dem Tarif zu berechnen, der im Einzelfall zu einer angemessenen Vergütung führe.²⁵ Der betroffene Stromversorger bot einen Kleinverbrauchstarif an, bei dem kein

²³ Vgl. zum öffentlichen Interesse in § 811 ZPO und zur Verzichtseindlichkeit nur *Zöller-Stöber* § 811 Rdnr. 3 und 10.

²⁴ *Palandt-Heinrichs* § 433 Rdnr. 4.

²⁵ BGHZ 117, 29 (Leitsatz und S. 32 f.).

Grundpreis, aber hohe Preise pro Einheit anfielen. Daneben gab es den sogenannten Grundpreistarif II mit einem fixen Grundpreis und weit geringeren Entgelten pro verbrauchter Einheit. Da der Beklagte - so der BGH - viel Strom über einen längeren Zeitraum verbraucht habe, führe nur der Grundpreistarif II zu einer angemessenen Vergütung, die dem objektiven Wert gleichzusetzen sei.

Dieser Lösung ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings sähe die Begründung nach den hier bisher entwickelten Grundsätzen anders aus. Im Rahmen des Bereicherungsrechts ist ein fiktiver Kauf anzunehmen und zu fragen, auf welchem Markt der Bereicherte, also der Stromverbraucher, die Leistung sonst vertraglich eingekauft hätte. Das ist bei Monopolversorgern leicht beantwortet. Die Auswahl zwischen mehreren Tarifen ist allerdings bei der Ermittlung des objektiven Wertes der Leistung im Grundsatz nicht durchzuführen, da der *Durchschnittspreis* für das Produkt zu ermitteln ist und nicht die Entscheidung des Kunden für den günstigsten Tarif unterstellt werden darf. Das geschieht im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB auch bei anderen Waren nicht. Der objektive Wert der Leistung bei dem Versorgungsunternehmen entspricht dem Durchschnittsverkaufspreis einer Einheit, wobei die verbrauchsunabhängigen Grundgebühren auf der Einnahmenseite einzurechnen sind.²⁶ Daher ist den Ausführungen des BGH zur Wertermittlung nicht beizustimmen.

Die BGH-Entscheidung findet aber dennoch das richtige Ergebnis, weil bei Energieversorgungsunternehmen das Prinzip der Bestabrechnung gilt, d.h. der Verbrauch des Kunden muß unabhängig von seiner Tarifwahl nach dem für ihn günstigsten Tarif abgerechnet werden.²⁷ Diese Vergünstigung kommt entgegen der Auffassung des BGH²⁸ durchaus auch einem Bereicherungsschuldner zugute. Denn die Wertberechnung geht gerade von einem gedachten Vertrag aus, so daß zu fragen ist, was ein Kunde bei vertraglichem Bezug der Leistungen hätte anlegen müssen. Das Prinzip der Bestabrechnung verhindert von vornherein einen Bezug zum

²⁶ Der Durchschnittspreis pro Einheit errechnet sich aus den gesamten Einnahmen des Versorgers in diesem Bereich, geteilt durch die insgesamt gelieferten Einheiten an Strom. Diesen Wert kennt jeder Versorger, weil so die Kostendeckung kalkuliert wird.

²⁷ BGHZ 117, 29 (34) unter Bezug auf § 2 Abs. 5 Bundestarifordnung Elektrizität.

²⁸ BGHZ 117, 29 (34).

Durchschnittspreis und sorgt ex lege für die Zuordnung des im Ergebnis günstigsten Tarifs. Der Kunde hat also letztlich eine Tarifwahl nur hinsichtlich der monatlichen Zwischenabrechnung, während für die Endabrechnung zugunsten des Kunden Tarifzwang herrscht. Gäbe es die Sondernorm der Bestabrechnung nicht, wäre aber in der Tat der Preis maßgeblich, zu dem die Kunden des Versorgers im Durchschnitt eine Einheit des Produkts erwerben. Gäbe es darüber hinaus kein Monopol, müßten die Durchschnittspreise verschiedener Unternehmen zur Bildung eines objektiven Wertes herangezogen werden, wie dies für andere Produkte üblich ist.

Zur schadensrechtlichen Seite hat der BGH nur ausgeführt, da der Stromversorger nur Ersatz für den Wert des Stroms verlange, könne der Schadensersatz nicht über den Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB hinausgehen. Das ist konkret zutreffend, im Grundsatz aber kurzschlüssig. Denn für den Schadensersatz ist ein anderer Markt maßgeblich, nämlich der Einkaufsmarkt des Versorgungsunternehmens; der hierfür zu ermittelnde Wert ist ein Wiederbeschaffungswert, sozusagen der Händlereinkaufspreis oder Herstellungspreis. Die These des BGH trifft daher nur unter der Prämisse zu, daß der Stromversorger höhere Verkaufspreise als Gestehungspreise hat. Davon ist allerdings bei einem Monopolisten stets und im übrigen oft auszugehen. Anders mag es aber beispielsweise im heiß umkämpften Internetmarkt sein, wo derzeit allerorten Verluste im Kampf um Marktanteile in Kauf genommen werden. Daher ist die präzise schadensrechtliche Betrachtung nicht nur ein Denkspiel.

§ 15 Bewertung sonstiger Gegenstände

Abschließend soll im Überblick angesprochen werden, wie sonstige Gegenstände bewertet werden können, die nicht Sachen sind. Kurz zu behandeln ist auch die Bewertung bei Zusammenfassungen von Sacheigentum und sonstigen Gegenständen im Verbund eines Unternehmens oder eines Vermögens.

I. Gesamtheiten

In der Praxis bedeutsam ist die Bewertung von Gesamtheiten verschiedener Vermögenswerte wie die eines Unternehmens oder eines Vermögens als Ganzem. Im Pflichtteilsrecht (§ 2303 ff. BGB) und beim Zugewinnausgleich (§ 1371 ff. BGB) ist der Wert des Vermögens einer Person zu ermitteln. Das geschieht durch Addition der Werte der einzelnen Vermögensgegenstände und stellt keine besondere Schwierigkeit dar. Eine Gesamtheit anderer Art sind Unternehmen. Während ein Vermögen eine lose Zusammenstellung einzelner Vermögenswerte ist, werden solche Einzelwerte im Unternehmen sinnvoll gebündelt zur Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks. Folglich kann sich die Bewertung regelmäßig nicht in einer bloßen Aufaddierung erschöpfen; damit würde vernachlässigt, daß der Wert des Ganzen die Summe der einzelnen Gegenstände meist übersteigt, auch weil die Chance besteht, bei Gesamtübernahme in der Zukunft weitere Gewinne mit der Unternehmung zu erzielen. Aus diesem Grund spielt die Ertragswertmethode bei der Bewertung von Unternehmen eine besondere Rolle.¹ Darin drückt sich der gesamte zu erwartende zukünftige Gewinn aus, abgezinst auf den Stichtag der Bewertung und ggf. mit Risikoabschlägen versehen. Ein längerfristig interessierter Käufer wird sich rational an diesen Gewinnerwartungen orientieren. In der Rechtspraxis wird meist eine Verbindung von Substanzwert, also Wiederbeschaffungswert der einzelnen Gegenstände, und Ertragswert durchgeführt, wobei der sachverständig beratene Tatrichter ein Ermessen hinsichtlich der Methode hat.² Der über den Substanzwert hinausgehende Ertragswert kann nur insoweit berücksichtigt werden, als ein Käufer aus diesem Gesichtspunkt heraus mehr zahlen

¹ Vgl. etwa *Piltz/Wissmann* NJW 1985, 2673 (2674).

² BGH NJW 1982, 2441.

würde, insbesondere wenn das Unternehmen wie bisher weitergeführt werden könnte.³ Dabei ist belangreich, ob der Unternehmenserfolg sich stark an der individuellen Leistung des Inhabers bestimmt oder von dessen Leistung in Zukunft loslösbar sein wird.⁴ Übersteigt der Substanzwert andererseits den Ertragswert - falls etwa das Unternehmen Verluste macht - muß unter Umständen ein Abschlag dafür gemacht werden, daß ein Käufer des Unternehmens nicht den vollen Substanzwert aufbringen würde, wenn kein Gewinn zu erwarten ist.⁵ Für Einzelheiten muß auf die umfangreiche Literatur zur Unternehmensbewertung verwiesen werden.⁶

Jenseits dieser Einzelfragen ist die Bewertungsmethode als solche bei Unternehmen nicht anders als bei Sachen.⁷ Sie werden als einheitlicher Vermögenswert behandelt, und der auf dem Markt durchschnittlich zu erzielende Preis wird als Wert ermittelt. Da es identische Unternehmen nicht gibt und ein gegebenes Unternehmen auch nicht ständig immer wieder verkauft wird - anders bei Aktien - ist es allerdings sehr schwierig, relevante Preise "am Markt" zu finden. Die ausgefeilten Regeln der Unternehmensbewertung sind also eine Hilfswissenschaft, um einen vernünftigen Preis zu ermitteln, den ein umfassend informierter Käufer zahlen würde.

II. Andere Gegenstände als Sachen

1. Forderungen

Forderungen geben ein Recht auf Leistung. Ein Recht auf Leistung ist immer weniger wert als die realisierte Leistung, da ein Risiko jeder Forderung immanent ist. Das Risiko mag sehr klein sein, wenn der Schuldner bekanntermaßen solvent und die Forderung bereits fällig ist. Die Unsicherheiten steigen bei zweifelhafter Bonität des Schuldners, bei Streit um die Berechtigung (Verität) der Forderung und bei erst zukünftiger Fälligkeit. Die Bewertungsregelungen variieren: Das steuerliche Bewertungsrecht etwa setzt Forderungen zum Nennwert an, wenn nicht besondere Umstände einen geringeren Wert begründen (§ 12 Abs. 1 BewG 1991); bei

³ BGHZ 68, 163 (167 f.); BGHZ 70, 224 (226).

⁴ Markantes Beispiel für starke Unternehmerorientierung sind viele freiberufliche Praxen, vgl. hierzu etwa BGH FamRZ 1991, 43 (44 ff.).

⁵ BGH NJW 1982, 2441; BGH FamRZ 1986, 776 (779); BGH NJW 1985, 192 (193).

⁶ Nachweise bei *Palandt-Diederichsen* § 1376 Rdnr. 3; im einzelnen etwa *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1994; *Meyer*, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich bei freiberuflicher Praxis, 1996.

⁷ So auch *Meincke* S.199 f., der für den Bereich des Erbrechts eine Bewertung verlangt, die eine kurzfristige Realisierungsmöglichkeit voraussetzt.

Uneinbringlichkeit bleibt eine Forderung unberücksichtigt (§ 12 Abs. 2 BewG 1991). Das Pflichtteilsrecht bezieht bei Unsicherheiten eine Forderung vorerst ganz ein oder läßt sie ganz außer acht, um nach Klärung der Lage eine Nachbewertung mit Ausgleichspflicht vorzunehmen (§ 2313 BGB). Diese Besonderheit ist wiederum auf den Zugewinnausgleich nicht übertragbar⁸, weil dieser sogleich einen endgültigen Ausgleich zwischen den Ehepartnern herbeiführen soll. In allen Fällen, die eine einmalige endgültige Bewertung verlangen, ist der Wert nach den Umständen zu schätzen unter Berücksichtigung von Nennwert und Risiko der Uneinbringlichkeit.⁹ Bei späterer Fälligkeit ist auf den gegenwärtigen Wert abzuzinsen.¹⁰

Dieses Vorgehen gebietet der Vergleich mit verbrieften börsenfähigen Forderungen (z.B. Schuldverschreibungen). Solche werden im Börsenwert beeinflußt durch die Einschätzung des Marktes über die Bonität des Schuldners sowie durch den Zinssatz im Vergleich zu dem Zinsniveau im Zeitpunkt der Bewertung. Erscheint die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gefährdet - das gilt selbst für Staaten -, fällt der Wert der Schuldverschreibung. Kann man Geld mittlerweile bei gleichem Risiko zu höheren Zinsen anlegen, wird eine Forderung nur gegen einen Abschlag für den Minderzins angekauft werden.¹¹

2. *Lebensversicherungen*

Kapitallebensversicherungen sind insbesondere im Zugewinnausgleich häufig zu bewerten, während im Erbrecht naturgemäß zumeist die Versicherungsleistung oder der fällige Anspruch darauf zum Vermögen zählt.¹² Probleme ergeben sich durch die Differenz des zu erzielenden Erlöses bei vorzeitiger Vertragsbeendigung (Rückkaufswert, § 176 VVG) zum Zeitwert der Lebensversicherung. Im Rückkaufsfall hat der Versicherungsnehmer einen Stornoabschlag hinzunehmen, der das Versicherungsunternehmen vor den finanziellen Nachteilen einer solchen Kündigung bewahren soll, § 176 Abs. 4 VVG. Auch der Anspruch auf zukünftige

⁸ BGHZ 87, 367 ff.

⁹ *Palandt-Diederichsen* § 1376 Rdnr. 5; ähnlich für einen anderen Zusammenhang BGHZ 95, 188: Die Aufrechnung des Kommanditisten, der seine Einlage noch zu erbringen hat, dem andererseits eine Forderung gegen die gefährdete Gesellschaft zusteht, ist bei Aufrechnung nur in Höhe des objektiven Werts der eigenen Forderung befreit.

¹⁰ BGH NJW 1990, 3018; a.A. *Palandt-Diederichsen* § 1376 Rdnr. 5 für den Zugewinnausgleich.

¹¹ *Meincke* S. 205.

¹² Anders kann es aber bei besonderen Vertragsgestaltungen sein, etwa wenn der Erblasser eine Kapitallebensversicherung auf den Tod eines Dritten abgeschlossen hat.

Gewinnanteile entfällt. Der wahre Wert der Kapitalanlage bei Fortführung des Vertrages ist aber höher, so daß dieser zu ermitteln ist, weil es nach h.M. nicht auf den Wert des Vermögens bei zeitnaher Veräußerung (Liquidationswert) ankommt.¹³

3. Dienst- und Werkleistungen

Die Bewertung von Dienst- und Werkleistungen ist vor allem im Bereicherungsrecht notwendig, wenn ohne wirksame vertragliche Grundlage solche Leistungen erbracht worden sind.

a. Grundfragen

Die Wertermittlung birgt im Grundsatz keine Besonderheiten. Auch hier ist der durchschnittliche Marktpreis zu ermitteln, was in der Rechtsprechung auch mit dem Begriff "übliche Vergütung" belegt wird.¹⁴ Bei Arbeitsverträgen und ähnlichen Diensten wird teils von der Anwendung des § 818 BGB abgesehen und unter Rückgriff auf Vertrauensgrundsätze und die Figur des "faktischen Arbeitsverhältnisses" das vereinbarte Entgelt zugesprochen.¹⁵ Bei höheren Diensten kann ggf. auf bestehende Gebührenordnungen zurückgegriffen werden¹⁶, und zwar mit desto größerer Sicherheit, je strikter das Preisrecht ist. Im Architektenrecht etwa soll sich der Wert der Leistung gemäß § 818 Abs. 2 BGB mit den Mindestsätzen der HOAI decken.¹⁷ Das ist unrichtig. Zwar gelten bei fehlender oder unwirksamer Preisvereinbarung die Mindestsätze als geschuldet (§ 4 Abs. 4 HOAI). Auf den im ganzen unwirksamen Vertrag ist das aber nicht übertragbar, denn die HOAI ist nicht zum Bereicherungsrecht ergangen, sondern betrifft das Preisrecht in wirksam abgeschlossenen Architektenverträgen. Die Mindestsätze sagen auch nichts darüber aus, was Architektenleistungen durchschnittlich am Markt kosten. Sähe die tatsächliche Praxis etwa so aus, daß für bestimmte Bereiche regelmäßig der Mittelsatz vereinbart wird, dann läge der objektive Wert der Leistung nach § 818 Abs. 2 BGB in dieser

¹³ BGHZ 118, 242 (247 ff.); BGH FamRZ 1995, 1270 (1271).

¹⁴ BGHZ 36, 321 (323); 37, 258 (264); 55, 128 (135); 70, 12 (17); *Palandt-Thomas* § 818 Rdnr. 22; *Staudinger-W.Lorenz* § 818 Rdnr. 26.

¹⁵ Arbeitsrechtlich vgl. etwa *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch § 35 III m.w.N.; außerhalb des Arbeitsrechts etwa BGHZ 41, 282 (286 ff.) - Anstellungsvertrag -; BGHZ 53, 152 (158 f.) - untypischer Handelsvertreter -; kritisch etwa *MünchKomm-Lieb* § 818 Rdnr. 36 m.w.N.

¹⁶ Im Grundsatz BGHZ 36, 321 (323); auch BGH NJW 1982, 879; *Palandt-Thomas* § 818 Rdnr. 22.

¹⁷ OLG Hamm MDR 1986, 410 Nr. 56; OLG Hamm NJW-RR 1986, 449 = MDR 1986, 410 Nr. 57.

Höhe. Ergäbe demgegenüber eine Ermittlung tatsächlich gezahlter Preise teils eine Unterschreitung der Mindestsätze, wäre dies unbeachtlich. Denn solche Preisvereinbarungen wären ein Verstoß gegen zwingendes Preisrecht und folglich nichtig. Hier sind diese betreffenden Verträge bei einer Durchschnittswertermittlung in der Tat mit dem Mindestsatz einzustellen. Ähnliche Erwägungen gelten für andere Gebührenordnungen, die Gebührenrahmen vorsehen. Sind feste Sätze anzuwenden, etwa im Normalfall eines Zivilrechtsstreits bzgl. der Anwaltsgebühren, bestimmt sich hierdurch der objektive Wert.

b. Wert von Schwarzarbeit

Interessant ist die Bewertung von Leistungen in Schwarzarbeit. Die Rechtsprechung hat sich dafür entschieden, daß bei beiderseitigem Verstoß der Parteien eines Werkvertrages gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit¹⁸ der Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig sein soll, dafür aber Ansprüche aus Bereicherungsrecht bestünden, ohne daß § 817 BGB einer Rückabwicklung erbrachter Leistungen entgegenstehe.¹⁹ Der Wert der erbrachten Leistung soll so ermittelt werden, daß zunächst nicht mehr gefordert werden könne als das in nichtiger Weise vereinbarte Entgelt; davon seien aber "ganz erhebliche" Abschläge zu machen für die von vornherein fehlende Gewährleistung.²⁰ Dieser Abschlag soll mindestens 15% betragen.²¹

Ob das zu richtigen Ergebnissen führt, erscheint zweifelhaft, wenn - wie üblich - der Verstoß gegen das SchwArbG nicht isoliert gegeben ist, sondern auch mit der Abrede der Steuerverkürzung verbunden wird. Wenn man sich dem Grunde nach zu einem Anspruch bekennt, dann muß auch der Marktwert der Leistung "Schwarzarbeit" wie üblich auf dem entsprechenden Markt ermittelt werden. Das wirft nicht einmal besondere praktische Schwierigkeiten auf, denn solche Geschäfte sind häufig genug, so daß ein in der Branche tätiger Sachverständiger die

¹⁸ Die Anforderungen an eine Unwirksamkeit sind hoch. Allein die fehlende Eintragung in die Handwerksrolle reicht nicht, BGHZ 88, 242; OLG Hamm NJW-RR 1990, 523. Die üblicherweise auch als Schwarzarbeit bezeichnete Absicht, bei Durchführung des Vertrages Steuern zu "sparen", reicht ebenfalls nicht, da diese Abrede nicht den Hauptzweck darstellt, BGHZ 14, 30 (31); BGH NJW 1983, 1844 .

¹⁹ BGHZ 111, 308 ff.; kritisch überwiegend die Literatur: *Larenz-Canaris*, Schuldrecht II, S.167; *MünchKomm-Lieb* § 817 Rdnr. 34; *Staudinger-W.Lorenz* § 817 Rdnr. 10; *Tiedtke* DB 1990, 2307 (2310); dem BGH zustimmend *Köhler* JZ 1990, 466 (469).

²⁰ BGHZ 111, 308 (314).

²¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 884 (885); ab ca. 15% Abschlag ergab sich die Klageabweisung.

insoweit üblichen Preise vom Hörensagen kennen wird. Schwarzarbeit wird im Geschäftsverkehr als gesondertes "Produkt" gesehen, so daß auch im Ausgangspunkt nicht der übliche legale Handwerkerpreis als Wert eingesetzt werden muß. Die "Ersparnis" ergibt sich daraus, daß zunächst die Kosten der Eintragung in der Handwerksrolle und deren Folgekosten (Kammerbeiträge usw.) gescheut werden. Sodann werden in aller Regel keine Steuern (Umsatzsteuer, Einkommenssteuer) auf das Entgelt bezahlt und zuweilen auch keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Diese Einsparungen teilen sich dann die Vertragsparteien.

Ob nach Ermittlung dieses Durchschnittspreises zusätzlich ein Abschlag für fehlende Gewährleistungspflicht gemacht werden muß, ist fraglich. Die Marktparteien haben diese Frage regelmäßig im Preis berücksichtigt, weil ja beiden Seiten klar ist, daß bei Streit die Gerichte kaum in Anspruch genommen werden können und insoweit nur auf den "guten Willen" des Ausführenden gezahlt werden kann. Wenn aber ein solcher Abschlag vorgenommen wird, dann bestünde Anlaß, diese Rechtsprechung auf alle nichtigen Verträge über Leistungen auszudehnen, denn ein Gewährleistungsanspruch besteht bei nichtigen Verträgen naturgemäß nie, gleich ob Schwarzarbeit vorliegt oder die Nichtigkeit auf anderen, auch "harmlosen" Gründen beruht. Eine solche Leistung, erbracht auf Grundlage eines nichtigen Vertrages, wäre stets objektiv weniger wert. Zu solchen Abschlägen hat die Rechtsprechung bisher allerdings kaum Anlaß gesehen.²²

Daß letztlich auch die Konsequenz gescheut wird, auf die realen Schwarzarbeits-Preise abzustellen, spricht dafür, daß die Rechtsprechung eine offene Abweichung von dem Grundsatz vermeiden will, daß Preise und Werte auf nicht legalen Märkten unberücksichtigt bleiben sollen. Der Konflikt besteht indes, und vieles spricht dafür, ihm bereits beim Anspruchsgrund mit einer Versagung über § 817 S. 2 BGB zu begegnen.

²² Siehe aber OLG Koblenz NJW-RR 1995, 156.

Sechster Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Einleitung und Erarbeitung der Fragestellung

Vom Wert ist in einer Vielzahl von Normen im BGB die Rede. Ob der Begriff jeweils einen "objektiven" oder einen "subjektiven" Wert meint, darüber wird oft kontrovers diskutiert. Wie aber die Bewertung nach dem objektiven oder gemeinen Wert stattzufinden hat, das wird oftmals für selbstverständlich gehalten, oder aber für eine Sache der Sachverständigen.

Es gibt jedoch den Wert einer Sache im Sinne einer feststehenden Eigenschaft nicht, sondern er ist in der Realität zu ermitteln. Dazu sind rechtliche Vorgaben notwendig, die bestimmen, auf welchem Markt und zu welchem Zeitpunkt Ermittlungen anzustellen sind. Zu bestimmen ist auch, *wie* die allein ermittelbaren Einzelpreise, verlangte oder gezahlte, den Wert der Sache bestimmen. Letztlich sind Zweifelsfragen zu klären, die zwar etwa als Probleme des Schadens- oder Bereicherungsrechts auftauchen, aber letztlich normübergreifend bei jeder Bewertung entstehen. Daher bietet es sich an, solche schwierigen Fälle aus dem schmaleren Kontext der einzelnen Norm herauszulösen und normübergreifend zu betrachten.

Mit dem *Begriff des Wertes* werden im BGB verschiedene Ziele erreicht. Zwei *Hauptfunktionen* lassen sich ausmachen: Einerseits die Bewertung zum Zweck eines Wertausgleichs oder Wertersatzes (Ersatzfunktion), zum anderen die Bewertung zum Zweck der Beurteilung vertraglicher Vereinbarungen (Kontrollfunktion). Daneben gibt es eine Anzahl von Normen, in denen der Wert andere Rollen spielt.

Begrifflich wird üblicherweise zwischen dem *objektiven Wert*, dem *gemeinen Wert* und dem *Verkehrswert* kein Unterschied gemacht, sondern diese Ausdrücke werden als Synonyme verwendet. Ein Unterschied ergibt sich aber daraus, daß teilweise mit diesen Bezeichnungen ein Beschaffungswert gemeint ist, bei anderen ausschließlich der Verkaufswert einer Sache, teils aber auch beides. Diese Definitionen weichen nur in Ausnahmefällen voneinander ab, zeigen aber bereits die bestehende Unsicherheit, welche Blickrichtung (Kauf oder Verkauf) bei einer

Wertbestimmung einzunehmen ist. Gemeinsam ist aber allen Definitionen der Verweis auf den Markt und auf ein Kriterium der Objektivität bei der Bewertung. Mit dem Verweis auf den Markt ist zugleich klar, daß der gemeine Wert nicht allein durch Normanwendung gefunden werden kann, sondern daß ein "wirklicher Wert" gemeint ist, der in einer Tatsachenermittlung hinsichtlich realer Transaktionen seine Grundlage findet.

II. Die Auswahl des richtigen Teilmarktes bei verschiedenen Normen

Ist zur Ermittlung des Wertes auf das Marktgeschehen verwiesen, so bleibt zunächst festzustellen, daß mehr oder minder alle Märkte im ökonomischen Sinne unvollkommen sind, so daß es für ein Produkt nicht einen einzigen standardisierten Markt gibt, sondern viele Teilmärkte, die geographisch, zeitlich und funktional gegliedert sind. Es gibt auch nicht nur standardisierte Produkte, sondern eine Bewertung muß für unvertretbare Sachen gleichfalls vollzogen werden können.

Welcher *Teilmarkt* im konkreten Fall auszuwählen ist, muß sich nach den Interessen der Parteien des Schuldverhältnisses bestimmen und nach dem Normzweck der jeweils anzuwendenden Norm. Nur mittels dieser Anhaltspunkte ist eine Konkretisierung überhaupt möglich. Darin ist die Möglichkeit angelegt, daß ein und dieselbe Sache je nach Normkontext der Bewertung einen unterschiedlichen objektiven Wert zugewiesen bekommt, weil durch die Norm auf unterschiedliche Teilmärkte verwiesen wird. Es ist eine These dieser Untersuchung, daß eine Auswahl zwischen verschiedenen Teilmärkten auf der Basis der Definition des objektiven Wertes als einem "Wert für jedermann" nicht möglich ist. Vielmehr ist eine Marktwahl nur individualisierend möglich, also unter Rückgriff auf die konkreten Beteiligten des Schuldverhältnisses. Es ist ein Beschaffungs- oder Veräußerungsgeschäft eines der Beteiligten zu unterstellen. Welches Geschäft welcher Partei das ist, läßt sich aus der anzuwendenden Rechtsnorm heraus ermitteln. Weil die Beteiligten Zugriff auf unterschiedliche Märkte haben können, ist die Marktwahl zwischen diesen Märkten wertend und normbezogen zu treffen. Erst wenn der relevante Teilmarkt über die Individualisierung feststeht, entfaltet sich die "objektive" Komponente des Wertbegriffs. Nunmehr muß ein Durchschnittspreis losgelöst von den subjektiven Bewertungen der

Beteiligten und überhaupt jedes einzelnen Marktteilnehmers ermittelt werden. Zusammengefaßt: Die Marktauswahl ist individuell geprägt, die Wertermittlung auf dem gewählten Markt ist objektiv i.S. eines "Wertes für jedermann".

Diese These wird am Beispiel wesentlicher Marktunterteilungen untersucht. Solche Unterteilungen sind die Marktstufe, der Ort des Marktes, der Bewertungszeitpunkt sowie die unterschiedlichen Warengruppen. Die Marktstufe ist von Bedeutung, weil die Preise für eine Ware unterschiedlich sind, je nachdem, ob ein Endverbraucher im Einzelhandel kauft, der Einzelhändler im Großhandel oder der Großhandel beim Hersteller. Der Markttort muß ausgewählt werden, weil es von Region zu Region oder auch von Land zu Land Unterschiede bei den Preisen einer Ware geben kann. Der Zeitpunkt der Wertbestimmung betrifft die notwendige Momentaufnahme auf Märkten, da sich aufgrund Änderungen bei Angebot und Nachfrage die Preise ändern können. Die Definition der relevanten Vergleichsgruppe bei Waren und Dienstleistungen ist ebenfalls eine Unterteilung des Marktes; je nach Bildung der Gruppe vergleichbarer und der Ausgrenzung nicht mehr vergleichbarer Waren ändert sich die relevante Preis-Stichprobe, die zur Ermittlung eines objektiven Wertes führt.

Der Frage, auf welcher *Marktstufe* der Wert einer Sache zu ermitteln ist, sieht man sich bei jeder Bewertung gegenüber. Denn das unterschiedliche Preisgefüge auf den Marktstufen ist eine tatsächliche Vorgabe für die Wertermittlung, die eben durch Marktbeobachtung vollzogen werden soll. Auf jeder Marktstufe herrscht alltäglicher Geschäftsverkehr, so daß einzelne Versuche, die Geschäfte auf einer bestimmten Stufe als "das Übliche" herauszustreichen und den einen objektiven Wert einer Sache dort anzusiedeln, erfolglos sein müssen. Vielmehr gibt es auf jeder Marktstufe einen gesonderten objektiven Wert. Es ist Aufgabe des Rechts, eine Auswahl zwischen einzelnen Teilmärkten, hier der Marktstufe, zu treffen.

Das geschieht im Schadensrecht seit langem, allerdings mit spezifisch schadensrechtlichen Begründungen. Der Händler erhält hier regelmäßig einen anderen Wertersatz als der Endverbraucher. Auch die Diskussion um den Ersatz des Zeitwertes bzw. des Wiederbeschaffungswertes ist letztlich eine Frage der Marktstufe. Denn der Weg eines Gebrauchtwagens führt vom Endverbraucher zum Händler und von dort wieder zum Endverbraucher. Der Kauf vom Händler ist (grob gesagt) der relevante Markt für den "Wiederbeschaffungswert", der Kauf direkt von Privat, also auf dem Einkaufsmarkt des Handels, bestimmt den "Zeitwert". Bei der

Frage, welcher Wert dem geschädigten Endverbraucher in Geld ersetzt werden soll, geht es also um eine Frage der Auswahl zwischen zwei Märkten.

Bei der Marktwahl im Schadensrecht geht es um die Person des Geschädigten, das gedachte Geschäft ist eine Wiederbeschaffung. Stehen mehrere Teilmärkte offen, darf der Markt einer Wertermittlung zugrundegelegt werden, auf dem sich der Geschädigte schnell, sicher und bequem Ersatz beschaffen kann. Die Entscheidung für den Wiederbeschaffungswert, also den Teilmarkt zwischen Gebrauchtwagenhändler und Endverbraucher, erklärt sich daraus, daß eine Verweisung auf den Gebrauchtwagenhandel unter Privaten wegen der Mühe der Suche und der Unsicherheit hinsichtlich der Qualität nicht zumutbar ist. Hat ein Geschädigter sonst Zugriff auf Märkte mehrerer Stufen (Werksrabatt, Fabrikverkauf), ist zu prüfen, ob die Inanspruchnahme dieses Zugangs mit Nachteilen verbunden ist. Regelmäßig ist der Wert einer üblichen Wiederbeschaffung ohne Rücksicht auf den besonderen Zugriff zu ersetzen.

Im Bereicherungsrecht und im Fundrecht stellt sich die Frage der Auswahl zwischen Marktstufen genau wie im Schadensrecht. Hier läßt sich die These vom allgemein gültigen objektiven Wert einer Sache endgültig nicht halten, weil die Frage der Marktwahl nicht in subjektiv-schadensrechtliche Wendungen gefaßt werden kann. Die Kriterien der Marktwahl weichen vom Schadensrecht ab. Das Bereicherungsrecht will dem Bereicherten vorrangig den Gegenstand einer ungerechtfertigten Bereicherung wieder abnehmen, im Fall der Unmöglichkeit den Wert. Die Bereicherung tritt durch Empfang eines Gegenstandes ein, den der Bereicherte sonst anderweitig hätte beschaffen müssen. Diese Konstellation rechtfertigt es, bei der Marktwahl von einer gedachten Beschaffung auf dem für den Bereicherungsschuldner zugänglichen Markt auszugehen. Die Marktwahl unterscheidet sich von der im Schadensrecht durch Abstellen auf ein Geschäft des Schuldners, nicht des Gläubigers. Im Fundrecht (Finderlohn) fällt eine normorientierte Marktwahl zunächst besonders schwer, da die dogmatischen Grundlagen im Dunkeln liegen. Sieht man - wie der Verfasser - den Hauptzweck des Finderlohns darin, daß dem Berechtigten ein Vermögenswert wiederum verschafft wird, dessen Ersatz ihm sonst Kosten verursacht hätte, ist auch für eine etwaig erforderliche Marktwahl auf den Markt einer Neubeschaffung durch den Berechtigten abzustellen, nicht auf den Verkaufs- oder Beschaffungswert auf dem Markt des Finders.

Nach diesen Grundsätzen bestimmt sich auch die Auswahl zwischen *lokalen Teilmärkten*. Ob sich der Preis einer Ware von Ort zu Ort oder von Handelsstufe zu Handelsstufe ändert, ist kein bedeutender Unterschied. So ist im Schadensrecht der Wert am Ort des Geschädigten maßgeblich und Zugriff auf andere lokale Märkte wiederum analog zur Stufendurchbrechung nur zu berücksichtigen, wenn für den Geschädigten Nachteile nicht entstehen. Im Bereicherungsrecht gilt der wahrscheinliche Ort der anderweitigen Beschaffung durch den Bereicherten, im Fundrecht durch den Berechtigten. Ein Sonderproblem ergibt sich im Schadensrecht, da der Wohnort des Geschädigten zwischen Schadenszeitpunkt und dem - nach h.M. maßgeblichen - Erfüllungszeitpunkt wechseln kann. Ergibt sich für den neuen Wohnort ein anderer, auch höherer, Wert, ist dieser grundsätzlich beachtlich. Hätte es aber ohne den Schadensfall Kosten bereitet, die zu ersetzende Sache an den neuen Wohnort zu verbringen, sind diese im Rahmen einer Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

Der *Zeitpunkt der Wertermittlung* beeinflusst bei wechselhaften Preisen den zu ersetzenden Wert erheblich und kann gleichfalls als Marktfaktor betrachtet werden. Hier ergeben sich je nach Normkontext unterschiedliche Zeitpunkte als maßgeblich für die Bewertung. Im Bereicherungsrecht ist dieser Zeitpunkt mit Erlangung des Bereicherungsgegenstandes bzw. mit Umschlagen in einen Wertersatzanspruch gekommen, im Fundrecht muß es nach den zuvor getroffenen Wertungen auf den Zeitpunkt der Rückgabe ankommen. Schadensrechtlich wird überwiegend die Bewertung im Zeitpunkt der Erfüllung - und prozessual im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung - befürwortet. Das hat nicht nur Vorteile, vielmehr lassen sich auch für eine abweichende Konzeption mit Schadensbewertung zum Schädigungszeitpunkt im einzelnen gute Gründe finden. Der weithin unumstrittene Charakter des Ersatzanspruches nach § 251 BGB als Geldwertschuld spricht allerdings für eine summenmäßige Festlegung erst bei der Erfüllung, wie auch sonst bei Geldwertschulden.

Eine Schwierigkeit bei der Wertermittlung ergibt sich zuletzt noch durch die *Vielfalt* der angebotenen Waren und Dienstleistungen. Bei vertretbaren Sachen ist selbstredend der Wert identischer Stücke zu bestimmen, bei unvertretbaren Sachen muß eine geeignete *Vergleichsgruppe* erst noch gebildet werden. Dabei ist der Wert möglichst ähnlicher Gegenstände heranzuziehen, wobei über die Ähnlichkeit nur mittels der Verkehrsauffassung entschieden werden kann. Die Ähnlichkeit muß sich gerade auf die wertbildenden Eigenschaften beziehen. Der Zuschnitt sol-

cher Vergleichsgruppen ergibt sich nicht stets aus sich heraus, sondern kann auch normgebunden sein. So ist es eine Wertungsfrage, welche Qualitätsstufe eine als Schadensersatz geschuldete Reparaturleistung haben soll, ob eine durchschnittliche Reparatur in (irgend)einer Werkstatt, einer Fachwerkstatt oder einer Markenvertragswerkstatt geschuldet ist; je nach Beantwortung ist dann die Vergleichsgruppe zu bilden.

In Einzelfällen kann die Frage der Vergleichbarkeit schwierig zu beantworten sein. Die Untersuchung illustriert dies am Beispiel der Verlagserzeugnisse (Remittenden und sogenannte Mangel Exemplare); nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dabei für Händler um ein separates Produkt gegenüber der Bestellung von Einzeltiteln beim Verlag, wobei ein Ersatz "en gros" möglich ist. Das gilt aber nicht für den Endkunden, dem es gerade auf einen bestimmten Titel ankommt.

Die Frage der richtigen Vergleichsgruppe stellt sich auch bei reimportierten Waren, besonders Kraftfahrzeugen. Handelt es sich im Vergleich mit reinen Inlandsfahrzeugen um dieselbe Ware, dann kann bei Wertersatz im Schadensfall der durchschnittliche Beschaffungspreis im Inland verlangt werden, geht es um unterschiedliche Waren, dann ist eine eigene Vergleichsgruppe "reimportierte Fahrzeuge" zu bilden, mit entsprechend niedrigeren Preisen. Durch diverse EG-Verordnungen sind zwar rechtliche Unterschiede eingeebnet worden; doch bestehen nach wie vor faktische Unterschiede beim Umgang mit der Garantie und bei Kulanzleistungen. Nach heutigem Stand der Dinge sieht die Verkehrsanschauung reimportierte Kfz noch als eigene Ware an.

Zusammengefaßt ergibt sich für die Marktwahl: Die Frage der Auswahl zwischen verschiedenen Teilmärkten stellt sich bei sämtlichen Wertersatznormen. Sie ist nicht mit dem Begriff des objektiven Wertes im herkömmlichen Sinn zu lösen, denn die Durchschnittspreise auf einem Teilmarkt sind nicht weniger "objektiv" als auf einem anderen. Die Marktwahl kann daher nur normativ erfolgen, nach Sinn und Zweck der jeweilig anwendbaren Norm. Die Ermittlung ist individualisierend, denn mit Hilfe der anwendbaren Norm wird ein Beschaffungs- oder Veräußerungsvorgang einer der am Schuldverhältnis beteiligten Personen fingiert und der dafür relevante Markt bestimmt. Der Normzweck bestimmt wiederum, auf welchen Beteiligten in welcher Rolle abzustellen ist. Erst wenn so der relevante Teilmarkt bestimmt ist, setzt die

"Objektivität" der Ermittlung ein, erst dann wird von den Beteiligten abstrahiert. Die Wertsuche gliedert sich also in einen individualisierenden und einen objektivierenden Abschnitt.

Für die zunächst untersuchten Normen ergab sich die Maßgeblichkeit eines Beschaffungsvorgangs entweder des Gläubigers (Schadensrecht) oder des Schuldners (Bereicherungsrecht, Fundrecht). Hingegen wird der relevante Markt durch ein gedachtes Veräußerungsgeschäft des Schuldners bestimmt, wann immer es um die Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft im weitesten Sinne geht; hierzu zählt auch der Ersatz für eine nicht gemeinschaftlich ausgestaltete, aber doch gedachte Mitberechtigung, wie beim Zugewinnausgleich oder Pflichtteilsrecht.

III. Objektivität des Wertes

Auf dem gefundenen relevanten Markt lassen sich Angebots- und Vertragspreise ermitteln. Aus diesen muß der Wert des Gegenstandes erst noch gebildet werden. Jedem einzelnen Geschäft liegen besondere, subjektive Motivationen der Vertragsparteien zugrunde, die sich auch auf den Preis niederschlagen können. Aufgabe der Wertermittlung ist es, im Wege der Schätzung diese besonderen Umstände zu "filtern" und auf ein durchschnittliches Maß zurückzuführen. Hierzu gibt es keinen vorgeschriebenen Rechenweg, doch bieten sich verschiedene Formen der Durchschnittsberechnung als Schätzungsgrundlage an. Wert für "jedermann" ist der Wert für eine Durchschnittsperson, nicht der Wert, für den wirklich jedermann kaufen oder verkaufen würde; anderenfalls würde man gerade einen Affektionswert zum objektiven Wert erklären, nämlich den Wert bei völligem Desinteresse.

In verschiedenen Konstellationen ist vorgeschlagen worden, den objektiven Wert zu vernachlässigen und als *Wert* im Sinne einer bestimmten Norm die *Preisabrede* zwischen den Parteien im konkreten Fall heranzuziehen. Der Gedanke, in der Einigung auf einen Preis liege auch eine stillschweigende Abrede der Parteien über den Wert der Sache, an die man die Parteien auch im Fall der Rückabwicklung binden könne (*Ehlke*), ist abzulehnen. Weder ist ein Sonderweg zur Wertermittlung allein für die Leistungskondition im Bereicherungsrecht notwendig oder

wünschenswert, noch trägt die Kernthese. Denn die Einigung über den Preis setzt zwar kompatible, keinesfalls aber identische oder ähnliche Wertvorstellungen voraus. Vielmehr kann die subjektive Bewertung sehr abweichen, solange nur der Preis für jede Seite subjektiv einen Gewinn bringt, also der Verkäufer gleich viel oder mehr erzielt, als ihm die Sache wert ist und der Käufer gleich viel oder weniger bezahlt, als den Wert, welchen er subjektiv der Sache beimißt.

Auch Versuche, aus einem einzelnen Vertragspreis eine tatsächliche *Vermutung* oder einen *Anscheinsbeweis* hinsichtlich des objektiven Wertes herauszulesen, überzeugen nicht. Im Regelfall mag es zutreffen, daß viele Geschäfte zum objektiven Wert oder zu einem nahen Preis abgeschlossen werden. Das erlaubt jedoch keinen Rückschluß auf ein Einzelgeschäft. Es bedarf auch keiner Beweiserleichterung für diejenige Seite, die eine Identität von Preis und Wert behauptet, denn die für solche Fälle sonst typischen Beweisschwierigkeiten gerade einer Partei gibt es nicht, sondern der Wert kann ermittelt werden, wenn es darauf ankommt. Ist bei einer Minderwertermittlung die Relation von Preis und Wert von Bedeutung (§ 472 BGB), braucht aber zum Wert nicht ausdrücklich vorgetragen zu werden. Wird nur der Kaufpreis genannt und auf dieser Basis der Minderwert ermittelt, dann enthält dies implizit den Vortrag, daß der Preis mit dem Wert übereinstimme und kein "Korrekturfaktor" erforderlich sei.

Der BGH hat es in besonderen Fallkonstellationen (insbesondere Schwarzarbeit) als treuwidrig angesehen, wenn der Gläubiger im Rahmen des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes mehr verlange, als im nichtigen Vertrag vereinbart war. Aus diesen Sonderfällen läßt sich kein allgemeiner Grundsatz für jeden Fall einer zurechenbaren Preisvereinbarung herleiten, wenn der Vertrag rückabzuwickeln ist. Denn das liefe letztlich auf eine Bindung an den nichtigen Vertrag hinaus und entspräche dem bereits verworfenen "individuellen Wert" *Ehlikes*.

IV. Besondere Marktsituationen

Neben Standardmärkten gibt es besondere Marktsituationen, in denen eine Bewertung zweifelhaft sein kann.

Fehlt es für eine Sache überhaupt an einem Markt, so ist damit ihre *Wertlosigkeit* nicht belegt. Zwar trifft es zu, daß eine Sache, für die es einen regelmäßigen Markt gibt, auch stets einen Verkehrswert hat. Der ebenfalls vertretene Umkehrschluß ist jedoch nicht haltbar. Das Fehlen eines Marktes kann zwar bedeuten, daß der Verkehr eine Sache für wertlos hält und niemand sie haben will. Ein Markt kann aber auch aus anderen Gründen fehlen: weil es kein Angebot gibt, weil sich Angebot und Nachfrage bei den Preisvorstellungen nicht decken oder weil es rechtliche Einschränkungen für einen Handel gibt. Nur über die Verkehrsanschauung läßt sich klären, *warum* ein Markt fehlt.

Fehlt es deshalb an einem Markt, weil es an Nachfrage vollständig mangelt, dann kann Wertlosigkeit in Betracht kommen. Allerdings ist der relevante Markt zutreffend zu ermitteln. Zwar mag es keine Nachfrage nach bestimmten Spezialmaschinen oder auf eine Person maßgefertigten Dingen geben, wenn der Eigentümer diese veräußern wollte. Im Schadensrecht kommt es jedoch auf eine gedachte Wiederbeschaffung seitens des Geschädigten an, und dafür kann es durchaus einen Markt geben. Es ist in diesen Fällen unrichtig, auf die fehlende Veräußerlichkeit der Sache abzustellen. Das zeigt auch, daß mit einem Begriff des objektiven Wertes ausschließlich als Verkaufswert nicht sachgerecht gearbeitet werden kann. Nur wenn es in der anwendbaren Norm gerade auf ein Veräußerungsgeschäft zur Marktwahl ankommt, darf aus der Unveräußerlichkeit, die auf mangelnder Nachfrage beruht, auf Wertlosigkeit geschlossen werden.

Besonders *kleine Märkte* werfen die Schwierigkeit auf, die hier vorkommenden Transaktionen von einmaligen Geschäften, die keine "allgemeine" Wertschätzung widerspiegeln, zu trennen, eine Aufgabe, die wiederum nur durch die Verkehrsanschauung zu treffen ist. Daneben steht auf solchen Märkten lediglich geringes Datenmaterial zur Verfügung, um aus Einzelpreisen den

Wert zu bestimmen. Das macht eine Schätzung schwieriger, zuweilen wird man sich gar an einzelne gezahlte Preise anlehnen müssen.

Illegale *Schwarzmarktpreise* sind nicht zu berücksichtigen. Das ist kaum ein Problem, wenn es um die Verträge auf dem Schwarzmarkt selbst geht, weil dann in aller Regel kein Rechtsschutz besteht. Besitzt aber jemand eine Sache legal, deren Handel verboten ist, und ist Wertersatz zu leisten, kann die Wertermittlung mangels eines legalen Marktes schwierig sein. Nach der hier gefundenen Lösung braucht man nicht soweit zu gehen, jeden Wert zu negieren, sondern ein Vergleich mit ähnlichen, aber legal zu handelnden, Dingen ist zulässig. Preise auf dem "grauen Markt", insbesondere bei Eintrittskarten, sind zu berücksichtigen, denn ein solcher Markt ist zwar vom Veranstalter nicht erwünscht, aber weder ungesetzlich noch sittenwidrig. Auch der hier herrschende objektive Wert kann demnach maßgeblich sein.

Sachen mit *negativem Wert* sind solche, die niemand haben will und für deren Abgabe noch Geld bezahlt wird. Schwankt der Wert mit der Zeit zwischen positiven und negativen Preisen, dann kommt es auf den Wert zur Zeit der (möglichen) Entstehung des Anspruchs an. Dies gilt insbesondere auch bei Schadensersatz, weil nach h.M. zwar Wertschwankungen bis zur Erfüllung zu berücksichtigen sind, aber die Schadenszufügung als Voraussetzung für jedweden Anspruch sofort zu prüfen ist.

V. Einzelne Gegenstände in der Bewertung

Besonderen Bewertungsregeln unterliegen nach der Rechtsprechung Grundstücke im Rahmen des Zugewinnausgleichs und des Pflichtteilsrechts. Die Figur des "*wahren inneren Wertes*" ist indes abzulehnen, jedenfalls als Wertbegriff. Es wird in diese Figur die Rechtfertigung dafür gelegt, daß Wertschwankungen ignoriert werden, die sich rückblickend als vorübergehend erwiesen haben. Der Markt nimmt aber ständig Neubewertungen vor, die nicht an einer vermeintlichen "Normalität" gespiegelt werden können. Denn niemand weiß zum maßgeblichen Bewertungszeitpunkt, ob es eine Rückkehr zu der vorgestellten Normalität geben wird. Der Markt bewertet gerade diese Unsicherheit, eine bessere Bewertung als in einem belebten Markt

kann auch keine Verkehrsanschauung vornehmen. Auf den "wahren inneren Wert" sollte daher als Rechtsfigur verzichtet werden. Die Ergebnisse, will man sie denn erreichen, müssen anders gerechtfertigt werden, und zwar (entsprechend dem bisher ausschließlichen Anwendungsbereich) aus der spezifischen familien- und erbrechtlichen Interessenlage heraus.

Die Untersuchung zu übrigen *Einzelfragen* hat gezeigt, daß Bewertungsfragen in vielen Bereichen große Unsicherheiten hervorrufen. Die Begründungen in der Rechtsprechung halten oftmals kritischer Überprüfung nicht stand.

