

Die Verteilung des Risikos einer unsorgfältigen Schadensbeseitigung zwischen Schädiger und Geschädigtem

Von INGO KOLLER, wiss. Assistent, Hamburg

I. Wie sind die Mehrkosten zwischen Schädiger und Geschädigtem zu verteilen, die aus einer unsachgemäßen Reparatur entstehen? Diese alte Streitfrage hat im Zusammenhang mit den Kfz-Unfallschäden neue Aktualität gewonnen und in jüngerer Zeit Obergerichte¹⁾ und das Schrifttum²⁾ mehrfach beschäftigt.

Zwei Fragen aus diesem Problemkreis lassen sich rasch beantworten. Der Schädiger, der in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 249 Satz 1 BGB die Reparatur in eigener Verantwortung ausführt, hat die Mehrkosten einer unsorgfältigen Instandsetzung zu tragen. Übt der Geschädigte aber sein Wahlrecht aus § 249 Satz 2 BGB aus und nimmt er die Reparatur in eigene Hände, so scheint eine abweichende Risikoverteilung angebracht. Soweit den Geschädigten bei der Instandsetzung persönlich ein Vorwurf trifft, ist das auch allgemein anerkannt (§ 254 Abs. 2 BGB). Die Diskussion konzentriert sich ausschließlich auf das Problem: wer trägt die Mehrkosten, die durch ein unsachgemäßes Arbeiten der vom Geschädigten mit der Reparatur betrauten Werkstatt entstanden sind? Muß der Geschädigte für ein Verschulden des Reparaturunternehmens gemäß §§ 254 Abs. 2, 278 BGB einstehen, obgleich er regelmäßig nicht in der Lage sein wird, die notwendigen Reparaturmaßnahmen selbst vorzunehmen? Die Lösung dieses Problems wurde auf den verschiedensten Ebenen gesucht, ohne daß es bislang gelungen wäre, die Ergebnisse mit den Wertungen des Gesetzes voll in Einklang zu bringen.

II. 1. SATTLER³⁾ will die entscheidende Wertung dem § 249 Satz 2 BGB entnehmen. Dabei geht er von der Prämisse aus, der Geschädigte könne nur den Betrag ersetzt verlangen, der nach objektiven Gesichtspunkten angemessen sei. Umstände, die die Herstellung über den objektiv erforderlichen Geldbetrag hinaus verteuerten, beispielsweise ein Fehlverhalten der mit der Reparatur beauftragten Werkstatt, gingen zu Lasten des Geschädigten.

Dieser in Kommentarliteratur⁴⁾ und Rechtsprechung⁵⁾ verbreiteten Objektivierung des Schadensbegriffes in der Form des Schadensbeseitigungsanspruches hat sich der *BGH*⁶⁾ mit gewissen Modifikationen angeschlossen. Er postuliert, dem Geschädigten stehe es frei, statt der Herstellung in Natur den objektiv zur Instandsetzung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Wenn die Praxis in denjenigen Fällen, in welchen der Geschädigte eine Instandsetzung bereits veranlaßt hatte, von der tatsächlich aufgewendeten Summe ausgehe, so diene der konkrete Aufwand im Grunde nur als Anhalt für die Ermittlung des objektiv erforderlich gewesen Betrages; der Einwand, der konkrete Aufwand sei nicht nötig gewesen, könne demgegenüber ebenso erhoben werden,

wie der andere, daß ein an sich höherer Betrag erforderlich gewesen sei. Daraus folge freilich nicht, daß der Anspruch aus § 249 Satz 2 BGB am typischen Durchschnittsaufwand zu messen wäre. Dies widerspräche nämlich der Subjektbezogenheit des geltenden Schadensbegriffes und werde auch nicht durch den Zweck des § 249 Satz 2 BGB gedeckt, der den Geschädigten nur des Zwanges entheben wolle, die Reparatur dem Schädiger anzuvertrauen. Somit ergebe sich der erforderliche Betrag im Einzelfall aus den Aufwendungen, „die ein verständiger und wirtschaftlich denkender Eigentümer in der besonderen Lage des Geschädigten für eine zumutbare Instandsetzung zu machen hätte“.

Dieses Urteil stellt einen weiteren Schritt zur Umformung des überkommenen Schadensbegriffes nach und nach in die Richtung der Billigkeitserwägungen dar.

Der Wortlaut des § 249 Satz 2 BGB zwingt keineswegs zu einer objektiven Bezifferung des Schadens, die von der konkreten Vermögensminderung abstrahiert.⁷⁾ Das Gesetz spricht lediglich von dem „dazu erforderlichen Geldbetrag“, worunter man ohne weiteres auch den ex post erforderlich gewesen Geldbetrag verstehen kann. Die besondere Wortwahl des § 249 Satz 2 BGB erhellt nur, daß der Schadensbeseitigungsanspruch dem Restitutionsgedanken näher steht als dem reinen Kompensationsprinzip.⁸⁾ Eine Objektivierung des Schadensbegriffes ist damit nicht verbunden. Das zeigt schon ein Blick auf den systematischen Zusammenhang der §§ 249, 251 Abs. 2 BGB. Solange die Wiederherstellung in Natur noch möglich ist, kann der Geschädigte auch den für die Beseitigung immaterieller Schäden erforderlichen Geldbetrag beanspruchen. Ist die Naturalrestitution aber undurchführbar geworden, so wird der Geschädigte auf den Ersatz des dem reinen Kompensationsprinzip entsprechenden Vermögensschadens verwiesen, der freilich geringer als der Schadensbeseitigungsanspruch aus § 249 Satz 2 BGB sein kann.⁹⁾ Daraus läßt sich unschwer folgern, daß der reine Vermögensschaden immer die Untergrenze des nach § 249 Satz 2 BGB „erforderlichen Geldbetrages“ darstellt.¹⁰⁾ Ob der Geschädigte die Sache selbst repariert hat, ist dabei ohne Belang. Die Reparatur durch den Geschädigten, zumal in seiner Freizeit, mindert zwar den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag, nicht aber die Höhe des Vermögensschadens; denn anerkanntermaßen sollen dem Schädiger bei der Vermögensbilanzierung besondere Anstrengungen bzw. eine Einschränkung der Lebenshaltung des Geschädigten nicht zugute kommen.¹¹⁾ Das vom *BGH* gewünschte Ziel – vollen Schadensersatzanspruch für den Geschädigten, der die Instandsetzung selbst vornimmt¹²⁾ – läßt sich demnach auch ohne eine Objektivierung des § 249 Satz 2 BGB erreichen.

Steht dem Geschädigten mithin in jedem Fall der zur Deckung seines Vermögensschadens erforderliche Geld-

7) So aber wohl *RGZ* 90, 154, 155.

8) *ESSER*, Schuldrecht (SchR), Bd. I, 4. Aufl., S. 274.

9) *BOETTICHER*, *VersR* 1966, 301, 305 ff.; *LARENZ*, Schuldrecht (SchR), 10. Aufl., Bd. I S. 331; *ESSER*, SchR I, S. 274.

10) In diese Richtung tendieren *RG*, *HRK* 33 Nr. 1404; *ENNECERUS-LEHMANN*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., S. 92; *MEDICUS*, *JuS* 69, 449, 450.

11) *ZEUNER*, *AcP* 163, 380, 396; *MERTENS*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 210.

12) Der *BGH* macht eine Einschränkung nur für den Fall, daß der Gegenstand im eigenen, eigens dafür eingerichteten Betrieb repariert wird; *BGH*, *NJW* 70, 1454, 1455. Der Unternehmer hat dann nur einen Anspruch auf die nachweisbar aufgewendeten Herstellungskosten einschl. eines Generalunkostenzuschlages. So auch *RGZ* 90, 154, 155. Vom Standpunkt des subjektiven Vermögensschadens ist dieses Ergebnis gerechtfertigt.

1) *KG*, *NJW* 71, 142, 144; *OLG Hamburg*, *MDR* 68, 239; *OLG Bremen*, *VersR* 65, 1008.

2) *BÖHMER*, *JR* 71, 239; *SATTLER*, *NJW* 70, 1833 jeweils m. w. Nachw.

3) *SATTLER*, *NJW* 70, 1833, 1834.

4) *SOERGEL-SCHMIDT*, *BGB*, 10. Aufl., §§ 249–253 Anm. 77; *STAUDINGER-WERNER*, *BGB*, 11. Aufl., § 249 Anm. 22; *RGRK* – *NASTELSKI*, *BGB*, 11. Aufl., § 249 Anm. 44; *ERMAN-SIRP*, *BGB*, 4. Aufl., § 249 Anm. 13c.

5) *RGZ* 71, 212, 214; 90, 154, 155; *OLG München*, *VersR* 66, 836; *NJW* 67, 398; a. A. *KG*, *NJW* 71, 142, 144.

6) *BGH*, *NJW* 70, 1454.

betrag zu, so kann aus dem dem § 249 Satz 2 BGB zugrunde liegenden Schadensbegriff eine Risikoverteilung zu Lasten des Geschädigten nicht hergeleitet werden. Der Vermögensschaden liegt der Höhe nach im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nicht fest, sondern kann sich im Zeitablauf durch Folgeschäden vergrößern.¹³⁾ Beschädigt der Verletzte bisher unversehrte Teile oder macht er Vermögensaufwendungen,¹⁴⁾ die ein verständiger und wirtschaftlich denkender Eigentümer unterlassen hätte, so muß sich der Schädiger das als Teil des Vermögensschadens anrechnen lassen, sofern diese Folgeschäden nur adäquat kausal¹⁵⁾ entstanden sind. Davon wird man in der Regel ausgehen können.¹⁶⁾

Allenfalls in jenen seltenen Fällen, in denen bei der Instandsetzung alle Kunstregeln im größten Maße außer Acht gelassen wurden oder ein innerer Zusammenhang mit dem Schadensereignis fehlt, mag man die adäquate Verursachung des Folgeschadens verneinen.¹⁷⁾ Der Geschädigte kann mithin den Geldbetrag verlangen, den er aufgewendet hat, bzw. aufwenden müßte, um wieder in den Genuß der instandgesetzten Sache zu gelangen.

2. Der Anspruch des Geschädigten steht freilich unter dem Vorbehalt des § 254 BGB. Dieser Vorbehalt ist nach der Ansicht ESSERS,¹⁸⁾ der auch der BGH¹⁹⁾ im Ergebnis zuzuneigen scheint, in modifizierter Form bereits in § 249 Satz 2 BGB enthalten, da der Gläubiger statt der Herstellung nur den „dazu erforderlichen Geldbetrag“ verlangen könne. Objektiv unnötige Mehrkosten seien zwar zurechenbare Schäden, jedoch nicht liquidationsfähig, weil sie die primär geschuldeten Herstellungskosten überstiegen. Daß nicht die Kosten jedweder Maßnahmen des Geschädigten vom Schädiger ersetzt werden müßten, zeige auch § 251 Abs. 2 BGB, der auf die Verhältnismäßigkeit des Herstellungsaufwandes zum Wert des herzustellenden Gegenstandes abstelle.

Das Reparaturrisiko würde, wenn man Esser folgen wollte, völlig zu Ungunsten des Geschädigten verschoben werden. Mit dem Prinzip der Naturalrestitution läßt sich das kaum vereinbaren. Der Schädiger schuldet gemäß § 249 Satz 1 BGB den Restitutionserfolg und wird von dieser Verpflichtung erst dann befreit, wenn die Wiederherstellung unmöglich geworden oder nur mit einem außer Verhältnis stehendem Aufwand durchführbar ist (§ 251 BGB). Die Erkennbarkeit der Unverhältnismäßigkeit geht dabei zu Lasten des Schädigers.²⁰⁾ Aber auch letzterenfalls wird er nur von der Verpflichtung zur Naturalrestitution befreit. Die Pflicht, den Vermögensschaden zu ersetzen, bleibt dennoch bestehen, woraus man den Schluß ziehen kann, daß der „unverhältnismäßige Aufwand“ (§ 251 Abs. 2 BGB) beträchtlich über dem reinen Vermögensschaden liegen muß. Der Schädiger hat demnach in weitem Umfang das

Risiko unwirtschaftlicher bzw. unsorgfältiger Instandsetzungsarbeiten zu tragen.

Die Gewährung eines Wahlrechts in § 249 Satz 2 BGB sollte die Risikoverteilung jedenfalls nicht in das entgegengesetzte Extrem verkehren. Die Funktion des § 249 Satz 2 BGB war lediglich, den Geschädigten des Zwanges zu entheben, dem Schädiger seine Sache anzuvertrauen und zugleich Streitigkeiten über die Ordnungsmäßigkeit der Reparatur zu verringern.²¹⁾ Die Instandsetzungsarbeiten fallen nun freilich in die Sphäre des Geschädigten. Insoweit existiert aber kein Unterschied zu anderen Fallgestaltungen des § 254 BGB, in denen der Schaden gequotelt wird, falls das Schadensereignis auch dem Geschädigten zugerechnet werden kann.²²⁾ Hierin liegt denn auch der entscheidende Einwand gegen die ESSER'sche These, § 249 Satz 2 BGB enthalte eine Variante des § 254 BGB. Während die schuldhaft Mitverursachung grundsätzlich nur eine Schadensteilung zuläßt, führt die Ansicht ESSERS dazu, daß der Schädiger in all den Fällen von seiner Ersatzpflicht für adäquat verursachte Schäden befreit wird, in denen der Geschädigte bestimmte Aufwendungen nach Sachlage nicht für erforderlich halten durfte²³⁾ oder sie gar nur „objektiv unnötig“ waren.²⁴⁾

Die Grenze der Ersatzpflicht ergibt sich demnach aus § 254 BGB, in zweiter Linie auch aus § 251 Abs. 2 BGB. Darüber hinaus wird man noch zu untersuchen haben, ob die in § 249 Satz 1 BGB niedergelegte Risikoverteilung es rechtfertigt, dem Schädiger die Reparaturrisiken in verstärktem Maße auch dann anzurechnen, wenn der Geschädigte die Reparatur selbst veranlaßt hat.

III. § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB belastet den Verletzten mit einer Schadensabwendungs- und minderungspflicht.²⁵⁾ Bedient er sich zu ihrer Erfüllung eines Dritten, so hat er für dessen Verschulden wie für eigenes einzustehen (§§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB). Die Schadensminderungspflichten ziehen mithin die äußerste Grenze, innerhalb derer dem Geschädigten noch das Fehlverhalten dritter Personen zugerechnet werden kann.

Der Inhalt dieser „Pflicht“ scheint unproblematisch zu sein, wenn der Geschädigte den Schaden selbst behebt.²⁶⁾ Beauftragt er jedoch einen Dritten, beispielsweise eine Reparaturwerkstatt, mit der Instandsetzung, so stellt sich sogleich die Frage nach der – untechnisch gesprochen – Zumutbarkeit eines Entstehenmüssens für das Fehlverhalten Dritter. Das RG lehnte augenscheinlich die Zumutbarkeit in Fällen ab, in denen es um die Frage ging, ob sich der Verletzte das Verschulden seines Arztes entgegenhalten lassen müsse.²⁷⁾ Man könne vom Verletzten nicht erwarten, daß er die Leistungen des Arztes und seine Anordnungen nachprüfe.²⁸⁾ Der Geschädig-

21) Motive, MUGDAN II, S. 513.

22) Vgl. RGZ 71, 212, 214f.

13) PALANDT-HEINRICHS, 30. Aufl., vor § 249 Anm. 9; ESSER, SchR I, S. 288; MERTENS, Vermögensschaden, aaO S. 195ff.

14) Auch Vermögensaufwendungen sind Schadensfolgen; ESSER, SchR I, S. 283.

15) Zur Bedeutung der Adäquanz als Faktor einer Begrenzung der relevanten Folgeschäden MERTENS, Vermögensschaden, aaO S. 205ff. m. w. Nachw.

16) KG, NJW 71, 142, 144; vgl. auch MEDICUS, JuS 69, 449, 450; SCHMIDT, DAR 68, 146; zweifelnd BÖHMER, JR 71, 239, 241.

17) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 254 Anm. 5b; KÜNKEL-WOLFF, VersR 67, 730, 731.

18) ESSER, SchR I, S. 283f.; ähnlich LARENZ, SchR I, S. 350; FRITZ, MDR 66, 816.

19) BGH, NJW 70, 1454, 1455, dessen Ansicht zufolge keine Bedenken bestehen, „den in § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Ausdruck gekommenen, dem allgemeinen Grundsatz des § 242 BGB verwandten Rechtsgedanken entsprechend auch anzuwenden, wo es nicht um die konkrete Schadensberechnung geht“.

20) So zutreffend MEDICUS, JuS 69, 449, 451.

23) LARENZ, SchR I, S. 350 Fußn. 1; enger RGZ 99, 172, 184, das nur „unvernünftige, allen Erfahrungen widersprechende Maßnahmen“ von der Ersatzpflicht ausnimmt.

24) Im Ergebnis ähnlich wie die hier vertretene Ansicht MEDICUS, JuS 69, 449, 451, der allerdings über § 254 Abs. 2 zu einer „alles oder nichts“-Lösung kommt.

25) Im Einklang mit der Rechtsprechung wird im folgenden davon ausgegangen, daß in § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB schuldrechtliche – jedenfalls aber schuldrechtsähnliche – Pflichten normiert sind; BGH, VersR 65, 982, 985 m. w. Nachw.; LARENZ, SchR I, S. 371 f.; ESSER, SchR I, S. 332; WEIDNER, Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 62ff.; a. A. ROTHER, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 130ff. m. w. Nachw.

26) BÖHMER, NJW 67, 21, 22; KÜNKEL-WOLFF, VersR 67, 730, 733.

27) RGZ 72, 219; RG, JW 11, 754; 21, 741, WarnR 13 Nr. 131; im Ergebnis auch BGH, NJW 51, 797.

28) Die Ausführungen des RG, WarnR 13 Nr. 131, darf man wohl auf die objektive Pflichtenwidrigkeit beziehen.

te sei zur Heilung nicht verpflichtet. Deshalb könne die Schadensminderungspflicht nur bedeuten, daß der Verletzte einen Arzt hinzuziehe.

1. Vor allem das Argument, der Geschädigte sei zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, wurde in der jüngeren Rechtsprechung mehrfach aufgegriffen.²⁹⁾ Der Geschädigte erfülle keine ihm gegenüber dem Schädiger obliegende Verbindlichkeit, wenn er die Instandsetzung ausführen lasse. Vielmehr mache er nur von seiner Befugnis aus § 249 Satz 2 BGB Gebrauch. Die Herstellung erfolge deshalb auch nicht in Erfüllung der Schadensminderungspflicht.

Auf die Verpflichtung zur Schadensbehebung kommt es jedoch im Rahmen des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB gar nicht an. Dem Schädiger wäre damit auch nur wenig gedient, da sich an der wirtschaftlichen Belastung kaum etwas ändern würde.³⁰⁾ Das Problem der Schadensminderung wird überhaupt erst relevant, wenn die Instandsetzung nachlässig durchgeführt wird. Solange sich aber der Schaden in der Reparaturphase noch vergrößern kann, trifft den Geschädigten grundsätzlich eine Pflicht zur Schadensminderung.³¹⁾ Die Frage ist nur, ob der Inhalt dieser Pflicht an dem Normaltypus eines Geschädigten zu orientieren ist, der den Schaden nicht selbst beheben kann und zum anderen, ob das Reparaturunternehmen auch dann als Erfüllungsgehilfe zu bezeichnen ist, wenn es im Interesse des Schädigers eingeschaltet und nicht ausdrücklich mit der Wahrnehmung etwaiger Schadensminderungspflichten beauftragt worden ist.

2. a) § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB spricht für eine Ausdehnung der Schadensminderungspflicht. Spätestens mit dem Schadenseintritt werden aus der Fülle der Verkehrsteilnehmer individuell bestimmbare Personen ausgeschieden, die ein verhältnismäßig enger sozialer Kontakt verbindet. Der Geschädigte weiß, daß ein Schaden entstanden ist oder unmittelbar droht. Solange der Schaden nicht nahe bevorsteht oder eingetreten ist, wäre der Geschädigte zumeist überfordert, sollte er für alle erdenklichen Gefahren Vorsorge treffen; seine Bewegungsfreiheit würde unangemessen eingeengt werden. Hat sich die Gefahr aber verdichtet oder gar realisiert, so können von ihm *verstärkt*³²⁾ Maßnahmen zur Risikosenkung oder zumindest zu einer Stabilisierung des Risikos erwartet werden.

Dazu gehören sicherlich auch Maßnahmen im Rahmen einer Instandsetzung der beschädigten Sache, die sich gänzlich in der Risikosphäre des Geschädigten abspielt. Vom Geschädigten muß daher grundsätzlich verlangt werden, daß er den Schaden nicht durch eine unsorgfältige Reparatur vergrößert. Überträgt er aber die Reparatur auf einen Dritten, so entlastet ihn grundsätzlich das nicht, wie § 278 BGB eindeutig zeigt, der kraft ausdrücklicher Verweisung des § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB Anwendung findet.³³⁾

b) Wussow³⁴⁾ will allerdings solche Heilungs- und Instandsetzungsmaßnahmen ausklammern, zu deren Durchführung „sich jedermann eines Sachverständigen

bedienen müsse“. Er verallgemeinert damit ohne zwingenden Grund die Rechtsprechung des *RG* zu den Ärzte-Fällen.

Das *RG* hat die wirklich tragenden Gründe seiner Entscheidung nicht aufgedeckt; immerhin ergeben sich aus Besonderheiten der Fallgestaltung gewisse Anhaltspunkte. So könnte man etwa daran denken, daß das *RG* die Grenze der Schadensminderungspflichten dort ziehen wollte, wo ein eigenes Tätigwerden des Geschädigten nicht mehr vorstellbar ist. Freilich kann das nicht bedeuten, daß eigene Pflichten schon nicht mehr vorstellbar sind, falls der Geschädigte nur die von jedermann zu erwartenden Fähigkeiten besitzt und – wie fast immer – zur Schadensbehebung nicht in der Lage ist. Dann dürfte nämlich der Pflichtenkreis des Geschädigten weder auf die Verfolgung eigener Rechtsstreitigkeiten, zu deren Durchführung er sich eines Rechtsanwaltes bedienen muß (§ 78 Abs. 1 ZPO), noch auf sonstige Maßnahmen erstreckt werden, die in einer arbeitsteiligen Gesellschaft üblicherweise Aufgabe von Spezialisten sind. Selbst der Pflichtenkreis eines Unternehmers müßte enden, wenn er sich bei der Schadensbehebung auf die Spezialkenntnisse seiner Angestellten verlassen muß. Schlechterdings „nicht vorstellbar“ und nicht sanktionsfähig sind „Pflichten“ deshalb nur in solchen Fällen, in denen sich auch ein Geschädigter Dritten anvertrauen müßte, der die für die Heilung bzw. Instandsetzung erforderlichen Fähigkeiten besitzt. Hierunter fielen etwa die Unmöglichkeit einer Selbstbehandlung durch den schwerverletzten oder bewußtlosen Verletzten sowie die Durchführung einer schwierigen Operation.

Das *RG* hat jedoch den Rahmen der Schadensminderungspflichten noch enger gezogen und darüber hinaus auch Fälle ausgeklammert, in denen ein Arzt sich ohne weiteres hätte selbst behandeln können.^{34a)} Deshalb wird man der reichsgerichtlichen Rechtsprechung eher entnehmen müssen, daß sie die Schadensminderungspflicht auf die Beiziehung eines Arztes beschränkte, weil Ärzte nach der Verkehrsanschauung eine zu selbständige Stellung³⁵⁾ besitzen, als daß man sie einfach in die Risikosphäre des Geschädigten eingliedern könnte. Der Verletzte unterwirft sich einer Behandlung, auf die er in seiner Stellung als Patient regelmäßig keinen Einfluß nehmen kann und wird. Folgerichtig³⁶⁾ hat die Rechtsprechung deshalb Rechtsanwälte immer dem Tätigkeitskreis des Mandanten zugeordnet.³⁷⁾ Ihnen gegenüber hat nämlich der Auftraggeber nach der Verkehrsanschauung einen bedeutend größeren Einfluß; er kann jederzeit Weisungen erteilen und über den streitbefangenen Gegenstand verfügen.

Vor allem aber wollte wohl die Rechtsprechung dem Verletzten dort, wo seine Gesundheit und persönliche Existenz tangiert wird, besonderen Schutz angedeihen lassen. Diese letztlich auch von Billigkeitserwägungen getragene Rechtsprechung findet ihre Parallele in anderen Entscheidungen, in denen es um den Sorgfaltsmaßstab³⁸⁾ geht, der bei Körperverletzungen anzulegen ist.

Der Verschuldensmaßstab im Sinne des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB ist grundsätzlich objektiv zu interpretieren und dem jeweils prägenden Tätigkeitskreis zu entneh-

29) *KG*, NJW 71, 142, 144; *OLG Hamburg*, MDR 68, 239; *OLG Celle*, NJW 62, 398.

30) Eine Ausnahme gilt nur für den Nutzungsausfall. Zu weit daher *Böhrer*, JR 71, 239, 240.

31) *Böhrer*, JR 69, 16; im Ergebnis auch *Klimke*, VersR 68, 30, 31.

32) *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963, S. 363; *Weidner*, Mitverursachung, aaO S. 62f.

33) *Allgem. Meinung*; *BGHZ* 9, 316, 319f. = NJW 53, 977; *Larenz*, SchR I, S. 373; *Esser*, SchR I, S. 333ff.

34) *Wussow*, Das Unfallhaftpflichtrecht, 10. Aufl., S. 582.

34a) Vgl. *RG*, JW 11, 754; 21, 741, 742; wohl auch *BGH*, NJW 51, 797.

35) Vgl. *Cohn*, Gruch. 43, 96, 125; *Josef*, Gruch. 48, 263, 266.

36) a. A. aber *Staudinger-Werner*, § 254 Anm. 68.

37) *RGZ* 115, 185, 188; 167, 76, 80f.; vgl. auch *BGHZ* 17, 199, 207 = NJW 55, 1225.

38) Daß § 276 Abs. 1 auch einen Hinweis auf die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens gibt, ist anerkannt; *Larenz*, SchR I, S. 214.

men.³⁹⁾ Seine innere Rechtfertigung findet er in dem Gedanken des Gleichlaufs der Zurechnungsgründe,⁴⁰⁾ auf dem nach herrschender Meinung die Zurechnung des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB beruht. Der Geschädigte, der den eigenen Schaden mitverursacht hat, wird unter die Mittäter eingereiht und wie ein Mittäter behandelt. Dann muß aber auch der Zurechnungsmaßstab für den selbstverschuldeten Schaden dem für Fremdschädigungen entsprechen.

Mit der Rechtsprechung wird man jedoch eine Ausnahme für die Fälle machen müssen, in denen es um die Minderung eines Schadens aus einer Körperverletzung geht. Dort, wo die körperliche Integrität unmittelbar angesprochen wird oder die Fähigkeiten des Geschädigten gerade durch die Verletzung gemindert sind, erscheint eine Orientierung des Fahrlässigkeitsstandards an abstrakten, wenn auch typisierenden Momenten nicht mehr zumutbar.⁴¹⁾ Im übrigen muß aber der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab angewandt werden, wenn nicht dem Schädiger auch das Risiko angelastet werden soll, daß abergläubische Geschädigte Kurpfuscher beiziehen.⁴²⁾ Das hindert nicht, den dem Verletzten zugeordneten Pflichtenkreis so zu umreißen, daß der Schädiger nicht unbillig belastet, dem Verletzten aber die aus der Körperverletzung erfahrungsgemäß resultierenden existenziellen Risiken abgenommen werden. Diese Grenze hat das RG zutreffend anhand des Kriteriums „Zuziehung eines approbierten Arztes“ festgesetzt.

Im Bereich von Sachschäden können jedoch dem Geschädigten, der die Reparatur gemäß § 249 Satz 2 BGB an sich gezogen hat, eher weitere Schäden angelastet werden, zumal bei einer Instandsetzung von Sachen das Bedürfnis, eine Reparaturwerkstätte eigenen Vertrauens auszuwählen, nicht so groß ist wie bei der Beiziehung eines Arztes. Zwar können auch aus der fehlerhaften Instandsetzung von Sachen weitere dem Schädiger zurechenbare Personenschäden entstehen. Sie werden jedoch zu selten sein, als daß der Grundsatz beiseite geschoben werden dürfte, daß die an einem objektiven Standard ausgerichtete Schadensminderungspflicht die gesamte Instandsetzung begleitet.

Die Schadensminderungspflichten enden demnach nicht schon mit der Übertragung der Reparatur auf ein selbstständiges Unternehmen.

3. a) KÜNKEL-WOLFF⁴³⁾ und SATTLER⁴⁴⁾ versuchen Gegenteiliges aus dem Auftragsrecht herzuleiten. Sie weisen dem mit der Schadensbehebung betrauten Unternehmer die Rolle eines Substituten (664 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu.

Der Verletzte, der den Schaden beheben lasse, werde als Geschäftsführer ohne Auftrag, u. U. sogar als Beauftragter des Schädigers tätig. Nach den gesamten Umständen sei er auch berechtigt, sich eines Dritten als Substituten zu bedienen. Angesichts des § 249 Satz 2 BGB kann die Bejahung eines Auftragsverhältnisses oder einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag jedoch nur als leere Fiktion bezeichnet werden.⁴⁵⁾ Dem Geschädigten wird in der Regel ein Geschäftsführungswille fehlen⁴⁶⁾ und auch der Schädiger wird sich nur dem Wahlrecht des Geschädigten beugen; denn die Substitu-

tionsregelung würde sein Risiko weiter erhöhen. Während er im Fall des § 249 Satz 1 BGB den Dritten selbst auswählen kann, müßte er sich im Rahmen eines Geschäftsführungsverhältnisses weitgehend auf den Geschädigten verlassen. Dem wirklichen oder mutmaßlichen Interesse des Schädigers wird deshalb eine Geschäftsführung durch den Verletzten nicht immer entsprechen. Die bloße Verpflichtung zur Naturalrestitution gibt aber, wie § 679 erhellt, dem Geschädigten noch kein Recht, sich über widerstreitende Interessen des Schädigers hinwegzusetzen.

b) HÖRSTEL⁴⁷⁾ stützt sich auf die ratio legis des § 278 BGB, wenn er die Erfüllungsgehilfeneigenschaft der Reparaturunternehmen ablehnt. § 278 BGB beruhe auf dem Gedanken, daß derjenige, der sich der Arbeitsteilung zum eigenen Vorteil bediene, auch die Risiken zu tragen habe. Im Fall des § 249 Satz 2 BGB liege die Arbeitsteilung in erster Linie im Interesse des Schädigers, der dann auch die Nachteile zu tragen habe.

Schon die Prämisse HÖRSTELS ist indessen anfechtbar. Der Grundgedanke des § 278 BGB ist nicht so einfach strukturiert, wie es HÖRSTEL wahrhaben will. So kann FEDER⁴⁸⁾ nur zugestimmt werden, wenn er behauptet, der Regelung des § 278 BGB gebreche es an Einheitlichkeit und Durchsichtigkeit.

In der Literatur wird § 278 BGB auf eine Vielzahl heterogener Gründe zurückgeführt, deren Erklärungswert recht beschränkt ist.

Eine wesentliche Rolle spielt dabei der von HÖRSTEL herangezogene Gedanke, der Schuldner bediene sich der Hilfe Dritter im eigenen Interesse und folglich auch auf eigene Gefahr.⁴⁹⁾ Dieser Gedanke ist jedoch auf entgeltliche Verträge zugeschnitten. Auf unentgeltliche Verträge⁵⁰⁾ und sonstige Schuldverhältnisse, beispielsweise das Eigentümer-Besitzerverhältnis paßt er nur unzulänglich.⁵¹⁾ Vor allem aber fehlen ihm die in einer arbeitsteiligen Wirtschaft mit vielen Produktionsstufen notwendigen Grenzen. Man hat deshalb vielfach den Vertrauensgedanken unterstützend herangezogen.⁵²⁾ Der Gläubiger verlasse sich nicht auf die Qualität der Gehilfen, sondern vertraue auf den Ruf des Schuldners.⁵³⁾ E. SCHMIDT⁵⁴⁾ zufolge beruht die Anwendung des § 278 BGB auf Schutzpflichtverletzungen sogar vornehmlich auf dem Vertrauensprinzip. Der gesteigerte soziale Kontakt mit seinen besonderen Vertrauenserwartungen im Schuldverhältnis rechtfertige die Haftung für alle Personen, die der Vertrauensempfänger in den Obligationsbereich einschalte⁵⁵⁾ und ihnen damit Gelegenheit gebe, nachteilig auf die Interessen des Gläubigers einzuwirken. Der Vertrauensgedanke ist jedoch nicht in allen Schuldverhältnissen nachweisbar, sondern durchdringt im wesentlichen nur den Bereich rechtsgeschäftlicher Sonderbeziehungen. Zwischen dem bösgläubigen Besitzer und dem Eigentümer muß nicht notwendig eine Vertrauensbeziehung bestehen, so wenig wie der Schädiger darauf vertrauen darf, daß der Verletzte den Schaden nicht vergrößern werde. Das Argument endlich, der Geschäftsherr besitze die besseren Rückgriffsmöglichkeiten⁵⁶⁾ gegen seinen Gehilfen, kollidiert mit der grundlegenden Wertung, daß aus einer Vertragsverletzung in der Regel nur der Vertragspartner einen Ersatzanspruch herleiten kann und primäre Vermögensschäden nach Deliktsrecht nicht ersetzt werden sollen.

47) HÖRSTEL, VersR 67, 16, 17.

48) FEDER, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902, S. 29.

49) LARENZ, SchR I, S. 218f.; ESSER, SchR I, S. 254; STAUDINGER-WERNER, § 278 Anm. 1; SOERGEL-SCHMIDT, § 278 Anm. 1.

50) Insoweit kritisch zum rechtspolitischen Aspekt der Risikoverteilung WILBURG Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 223f.

51) So schon FEDER, Verantwortlichkeit aaO S. 30; ferner E. SCHMIDT, AcP 170 (1970), 502, 507 Fußn. 19.

52) Vgl. DIEDERICHSEN, Die Haftung des Warenherstellers, 1967, S. 34f.; ähnlich ESSER, SchR I, S. 255.

53) LARENZ, SchR I, S. 219; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, aaO S. 312; SOERGEL-SCHMIDT, § 278 Anm. 1.

54) E. SCHMIDT, AcP 170 (1970), 502, 508.

55) CANARIS, JZ 65, 475ff.

56) LARENZ, SchR I, S. 219; SOERGEL-SCHMIDT, § 278 Anm. 1; Feder, Verantwortlichkeit, aaO S. 33.

39) ESSER, SchR I, S. 249f.

40) DEUTSCH, Fahrlässigkeit, aaO S. 360 m. w. Nachw.

41) DEUTSCH, Fahrlässigkeit, aaO S. 363f. m. w. Nachw.

42) DEUTSCH, Fahrlässigkeit, aaO S. 363.

43) KÜNKEL-WOLFF, VersR 67, 730, 732f.

44) SATTLER, NJW 70, 1833, 1834.

45) Ähnlich HÖRSTEL, VersR 67, 16 (17).

46) a. A. aber STAMPE, JW 21, 741, 742.

Das Grundelement des § 278 BGB ist vielmehr in der Ausformung von Funktionseinheiten⁵⁷⁾ zu sehen, die durch den aus dem Schuldverhältnis entspringenden Pflichtenkreis begrenzt werden. Schaltet der Schuldner in diesen Pflichtenkreis Dritte ein,⁵⁸⁾ so hat er gemäß § 278 BGB für sie einzustehen. Natürlich wird in einer arbeitsteiligen Gesellschaft der Umfang des Pflichtenkreises vielfach gerade in Hinblick auf die Einbeziehung Dritter als Erfüllungsgewerkschaften festgelegt werden.⁵⁹⁾ Dafür können Kriterien jedoch nicht dem § 278 BGB selbst, sondern nur dem rechtlichen und wirtschaftlichen Gehalt⁶⁰⁾ des Schuldverhältnisses entnommen werden. Erkennt man nun an, daß der Geschädigte die Verantwortung für die gesamte Instandsetzungsphase trägt, so muß man ihm auch ein Verschulden des Reparaturunternehmens zurechnen,⁶¹⁾ das er eingeschaltet hat.⁶²⁾

IV. Der Folgeschaden ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit der beiderseitigen Verursachungsbeiträge, aber auch des Gewichts des Verschuldens und sonstiger Zurechnungsfaktoren zu verteilen. (§ 254 Abs. 2).

Dabei kann die Risikoverteilung des § 249 Satz 1 BGB in die Waagschale geworfen und den Interessen des Geschädigten angemessen Rechnung getragen werden. Repariert der zur Naturalrestitution verpflichtete Schädiger den beschädigten Gegenstand selbst oder veranlaßt er selbst die Instandsetzung, so hat er gemäß § 249 Satz 1 BGB das volle Reparaturrisiko zu tragen.⁶³⁾ Diese grundlegende Wertung ist auch in den Fällen zu beachten, in denen der Geschädigte die Wiederherstellung in eigene Hände nimmt. Zwar verliert der Schädiger die Möglichkeit, die Reparatur selbst auszuführen bzw. ein preiswertes Unternehmen zu beauftragen. Auch kann sich das Schadensrisiko weiter erhöhen, wenn der Geschädigte eine unzuverlässige Werkstatt beauftragt. Dem steht aber eine Entlastung des Schädigers von der Organisation der Reparatur gegenüber. Für den Organisationsaufwand kann der Geschädigte nämlich keinen Ersatzanspruch geltend machen. Nicht nur die Aufopferung von Freizeit⁶⁴⁾ kann nicht liquidiert werden, sondern nach Ansicht des BGH⁶⁵⁾ müssen auch echte Vermögensverluste durch Erhöhung der Verwaltungskosten ersatzlos hingenommen werden, da der Verkehr die Abwicklung des Schadensfalles zum eigenen Pflichtenkreis des Verletzten rechne. Die Durchsetzung der in § 249 Satz 2 BGB geschützten Interessen – die beschädigte Sache nicht dem Schädiger anvertrauen zu müssen und die Verhütung von Streitigkeiten um die Ordnungsmäßigkeit der Reparatur – allein stellt aber kein angemessenes Äquivalent für eine von § 249 Satz 1 BGB abweichende Risikoverteilung dar.⁶⁶⁾

Von daher erklären sich auch alle Versuche, dem Geschädigten auf dem Weg über das Auftragsrecht zu hel-

fen. Die Ähnlichkeit mit der Interessenverteilung im Auftragsrecht (aber auch der Arbeitsverhältnisse mit gefahrgeneigter Tätigkeit) ist nicht zu verkennen. Hier wie dort ist ein bestimmtes spezifisches Tätigkeitsrisiko beim Auftraggeber/Schädiger angesiedelt, das vom Auftragnehmer/Geschädigten übernommen wird.

Das rechtfertigt eine Parallele zu der im Auftragsrecht und Recht der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gewohnheitsrechtlich anerkannten Risikohaftung. Ihr liegt der von CANARIS,⁶⁷⁾ HUBER⁶⁸⁾ und LARENZ⁶⁹⁾ herausgearbeitete Gedanke zugrunde, daß derjenige, der einen anderen eine mit Gefahren verbundene Tätigkeit ausführen läßt, und den Vorteil aus dieser Tätigkeit zieht, auch die damit erkennbar verbundenen Schadensrisiken tragen soll.

Unmittelbar kann dieser Gedanke im Rahmen des § 249 BGB nicht herangezogen werden, denn dem Geschädigten wird schon in aller Regel der Wille fehlen, für den Schädiger bzw. seine Haftpflichtversicherung tätig zu werden. Der Geschäftsführungswille ist aber für die der Risikohaftung zugrundeliegende Wertung irrelevant. Wichtiger ist in diesem Zusammenhang, daß der Schädiger die Instandsetzung durch den Verletzten nicht veranlaßt hat. Dies wird aber durch den besonderen Schutz, die § 249 Satz 2 BGB den Interessen des Geschädigten angedeihen läßt, überspielt. Zwar kann sich der Geschädigte nicht darauf berufen, daß die Naturalrestitution im öffentlichen Interesse liege (§ 679 BGB). Einer Analogie zur auftragsrechtlichen Risikohaftung steht das jedoch nicht entgegen. Denn nicht das Gewicht der in § 679 BGB geschützten Interessen rechtfertigt letztlich eine Risikohaftung, sondern der Umstand, daß ein Dritter eine an sich dem Geschäftsherrn obliegende Tätigkeit übernimmt. Von daher ist auch die Funktion des § 679 BGB zu sehen. Diese Vorschrift soll nämlich lediglich ein interessenwidriges Eindringen Dritter in den Pflichtenkreis des Geschäftsherrn abwehren. Er soll selbst darüber entscheiden dürfen, wann und mit welchen Mitteln er seinen Pflichten nachkommen will. Setzt sich ein Dritter über dieses rechtlich gesicherte Interesse hinweg, so kann er natürlich auch keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn er dabei einen Schaden erleidet. Diese Ausschlußbefugnis ist jedoch dem Schädiger ähnlich wie in § 679 BGB durch § 249 Satz 2 BGB genommen.

Verursacht demnach das vom Verletzten mit der Instandsetzung beauftragte Unternehmen schuldhaft einen auf ein spezifisches Reparaturrisiko zurückführbaren Folgeschaden, so ist bei der Abwägung aller Umstände gemäß § 254 BGB zuungunsten des Schädigers neben Verschulden und Verursachungsbeitrag zum Erstscha-den auch die besondere Risikozurechnung zu berücksichtigen; genauer gesprochen: § 254 BGB ist zweimal heranzuziehen, einmal unmittelbar zuungunsten des Geschädigten, der sich das Verhalten seines Erfüllungsgewerkschaften anrechnen lassen muß und zum anderen analog⁷⁰⁾ zuungunsten des Schädigers, den die Risikohaftung trifft.

Eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, daß der Verletzte die Reparatur selbst oder durch eigene Leute ausführt. Der Geschädigte, der die Reparatur selbst über-

57) So wohl für § 254 auf hoher Abstraktionsebene SOERGEL-SCHMIDT, § 254 Anm. 64; vgl. IERER ESSE, JZ 1952, 257.

58) WESTERMANN, JuS 61, 333, 338f.

59) Vgl. aber LARENZ, MDR 54, 515, 517f.

60) Vgl. DIEDERICHSEN, Warenhersteller, aaO S. 35.

61) LG Bonn, VersR 54, 407, 408; LG Frankenthal, VersR 65, 213; LG Konstanz, VersR 61, 95; LG Bad Kreuznach, VersR 61, 863, 864; OLG Bremen, VersR 65, 1008, 1009; VENZMER, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960, S. 191f.; PRENITZ, VersR 61, 864; BÖHMER, JR 71, 239, 240; im Ergebnis auch STAUDINGER-WERNER, § 254 Anm. 62, 68.

62) Entscheidend ist allein die Einschaltung in den Verantwortungskreis. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Schuldner das Handeln des Gehilfen eigens in Richtung auf die Erfüllung der Schuld veranlaßt hat; WESTERMANN, JuS 61, 333, 339. Das übersieht JAGUSCH, Straßenverkehrsrecht, 1971, S. 954.

63) Im Ergebnis auch MEDICUS, JuS 69, 449, 451.

64) PALANDT-HEINRICH, vor § 249 Anm. 2b, dd.

65) BGH, NJW 69, 1109.

66) a. A. STAMPE, JW 21, 741.

67) CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 181 Fußn. 37; RdA 66, 41, 43ff.

68) HUBER, Die Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene Schäden des Geschäftsführers beim Auftrag und bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. München, 1965 S. 49 passim.

69) LARENZ, JuS 65, 373, 375f.

70) Vgl. CANARIS, RdA 66, 41, 46f.

nimmt, hat nämlich einen Anspruch auf den üblichen Reparaturlohn, in dem bereits eine Risikoprämie und ein Unternehmergewinn einkalkuliert sind. Er wird also wie ein unabhängiger Unternehmer im eigenwirtschaftlichen Interesse tätig; von einer fremdnützigen Tätigkeit kann nicht mehr die Rede sein. Dann ist es aber nur folgerichtig, daß der Geschädigte das Reparaturrisiko zu tragen hat,⁷¹⁾ zumal der Schädiger bei dieser Fallgestaltung allenfalls einen Rückgriffsanspruch⁷²⁾ gegen den Arbeitnehmer des Geschädigten geltend machen kann. Zwar vermag der Verletzte, der die Instandsetzung selbst ausführt, in aller Regel das Risiko nicht zu streuen und damit die im Schadensersatzanspruch enthaltene Risikoprämie sinnvoll einzusetzen. Das volle Reparaturrisiko hat er aber ohnehin nicht zu tragen, da dem Schädiger im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB immer noch der ursprüngliche Verursachungsbeitrag angerechnet wird.

Als *Ergebnis* bleibt festzuhalten: Der Geschädigte hat sich unsorgfältige Instandsetzungsarbeiten des von ihm beauftragten Unternehmens entgegenhalten zu lassen. (§§ 254 Abs. 2, 278 BGB.) Für typische Reparaturrisiken hat allerdings der Schädiger aus dem Gedanken der Risikohaftung einzustehen. Der Folgeschaden wird dann unter Abwägung des Gewichts der Verursachungsbeiträge und der Zurechnungsfaktoren zwischen Schädiger und Geschädigtem verteilt.

Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerokopien und Abschriften

Betrachtungen aus Anlaß der Entscheidung des BGH v. 11. 5. 1971)*

Von Professor DR. DIETHELM KIENAPFEL, Linz

I. Fotokopien, Xerokopien und Abschriften rechnen gemeinhin nicht zu jenen Problembereichen der strafrechtlichen Urkundenlehre, in welchen heftige Kontroversen über Inhalt und Umfang des Urkundenbegriffs ausgetragen zu werden pflegen. Andererseits bilden gerade Fotokopien und Xerokopien einen für Wissenschaft, Praxis und Reform gleichermaßen interessanten Gegenstand, weil sie bestimmte Kernfragen der strafrechtlichen Urkundenlehre verdeutlichen und darüber hinaus in die Grenz- und Übergangsbezirke der neu geschaffenen Vorschrift des § 268 StGB hineinragen. *Beglaubigte* Fotokopien, Xerokopien und Abschriften bleiben im folgenden außer Betracht. Bei ihnen liegt der Fall ohnehin anders.¹⁾

Im Hintergrund der hier anzustellenden nicht nur rechtsdogmatischen, sondern vor allem auch kriminalpolitischen Überlegungen steht die Tatsache, daß die einfache Fotokopie und die einfache Xerokopie – weni-

ger dagegen die einfache Abschrift – im Rechtsverkehr heute weitgehend an jenen Funktionen teilhaben, welche früher teils der Durchschrift, teils der beglaubigten Abschrift vorbehalten waren. Diese Änderungen in den Gewohnheiten und Präferenzen des Rechtsverkehrs und ihre negativen Auswirkungen in der Praxis sind auch der Anlaß dafür gewesen, daß sich der BGH bisher schon mehrfach, und zwar u. a. in der Entscheidung des 1. StS v. 30. 11. 1953,²⁾ des 4. StS v. 4. 9. 1964,³⁾ wiederum des 1. StS v. 12. 1. 1965⁴⁾ und nun in dem in diesem Heft abgedruckten Erkenntnis desselben Senats v. 11. 5. 1971⁵⁾ mit der Frage der Urkundenqualität von Fotokopien befassen mußte. Mit einer Ausnahme sind alle Urteile zu § 267 StGB, das des 4. StS zu § 281 StGB ergangen. Soweit sie zur Frage der Urkundenqualität von Fotokopien ausdrücklich Stellung nehmen, liegen sie bezüglich ihrer Begründung und ihres Ergebnisses auf derselben Ebene. Einfache Fotokopien – das galt schon bisher für unbeglaubigte Abschriften und gilt mutatis mutandis für einfache Xerokopien – sind keine Urkunden, weil sie die beiden konstitutiven Merkmale des strafrechtlichen Urkundenbegriffs nicht erfüllen. Zum einen, und dieses Argument geht auf FRANK zurück, enthalten sie nicht selbst die verkörperte Erklärung, sondern lediglich eine bildliche Wiedergabe derselben, und zum anderen lassen sie ihren Aussteller nicht erkennen.⁶⁾ Diese Beweisführung wird durch die neueren Forschungen zum strafrechtlichen Urkundenbegriff im vollen Umfang bestätigt.⁷⁾ Sie hat außerdem den Vorzug, daß sie zumindest für diesen Sektor des nach wie vor überaus kontroversen Urkundenbegriffs die erwünschten klaren Verhältnisse schafft. Gleichwohl ist die materielle Richtigkeit dieser Ansicht in der Wissenschaft nicht unbestritten.

II. Insbesondere SCHRÖDER hat gegen die Verneinung der Urkundenqualität von Fotokopien anläßlich der Besprechung des erwähnten Urteils v. 12. 1. 1965 deziidiert Stellung bezogen und vom BGH eine „grundsätzliche Entscheidung über die Bedeutung von Fotokopien im Urkundenverkehr“ gefordert.⁸⁾ Sein Hauptargument ist kriminalpolitischer Natur. Der rechtsgeschäftliche Verkehr habe sich längst damit abgefunden, daß in unzähligen Fällen die Fotokopie das Original der Urkunde ersetze. Daher werde die Fotokopie im Rechts- und Geschäftsleben „in den allermeisten Fällen“ als ein vollgültiges Beweismittel, als „eine Art weiteres Original“ anerkannt.

Dieser Argumentation stehen, was auch SCHRÖDER nicht verkennt, gewichtige Einwände entgegen. Der 4. StS führt sie selbst an, wenngleich er sie, und das scheint mir ein wenig unglücklich zu sein, zur Begrenzung der Tathandlung des Gebrauchmachens verwendet, obwohl sie bereits zur kriminalpolitischen Abwägung auf der Ebene des Urkundenbegriffs gehören.⁹⁾ Weder Fotokopie noch Xerokopie, geschweige denn Abschriften weisen jenes erhöhte Maß an Gewißheit und Nachprüfbarkeit aus, das regelmäßig Urschriften und allenfalls

71) So auch KÜNKEL-WOLFF, VersR 67, 730, 733.

72) Der Erstschädiger hat gegen den Zweitschädiger einen Ausgleichsanspruch. Dazu braucht man nicht auf eine analoge Anwendung des § 667 zurückzugreifen. (So aber OLG Hamburg, MDR 68, 239, 240; KÜNKEL-WOLFF, VersR 67, 730, 731; SATTLER, NJW 70, 1833, 1834.) Denn mehrere Schädiger werden in der Regel unabhängig von der konkreten Anspruchsgrundlage als Gesamtschuldner behandelt, die nach Maßgabe des § 254 zum internen Ausgleich verpflichtet sind; LARENZ, SchR I, S. 380 ff. Näher liegt es freilich, die Gleichwertigkeit der Ansprüche gegen Erst- und Zweitschädiger zu verneinen, da der Zweitschädiger dem Schaden näher steht als der Erstschädiger, der den Geschädigten nur vom Reparaturrisiko entlasten soll. Deshalb wird man den Schaden entsprechend der Wertung des § 255 dem Zweitschädiger zuordnen und dem Erstschädiger einen Abtretungsanspruch gegen den Geschädigten zubilligen müssen. Vgl. LARENZ, SchR I, S. 382 f.; im Ergebnis a. A. KLIMKE, VersR 68, 30, 31; BÖHMER, JR 71, 239, 240.

*) 1 StR 387/70 in ds. Heft S. 1812 Nr. 14.

1) Hier gelten die Prinzipien der *zusammengesetzten Urkunde*; vgl. KIENAPFEL, Urkunden im Strafrecht, 1967, 100f. N. 178, 354ff., 363f.

2) Vgl. BGHS. 5, 291 ff. = NJW 54, 608.

3) Vgl. BGHS. 20, 17 ff. = NJW 64, 2427.

4) Vgl. BGH, NJW 65, 642 = JR 65, 232 (Anm. SCHRÖDER).

5) Auf eine weitere, bisher unveröffentlichte und offenbar zum selben Fragenkreis ergangene Senatsentscheidung v. 18. 8. 1970 – 1 StR 43/70 – weist das Gericht selbst hin.

6) Vgl. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. A., 1931, § 267 III 2; BGHS. 5, 291 ff. (293) = NJW 54, 608; BGH in ds. Heft S. 1812 Nr. 14.

7) Vgl. KIENAPFEL (Anm. 1), 249 ff., 270 ff., 288, 359 ff.

8) Vgl. hierzu und zum folgenden SCHRÖDER, JR 65, 232 f.; vgl. weiter SCHÖNE-SCHRÖDER, StGB, 15. A., 1970, § 267 Rdnr. 42.

9) Vgl. BGHS. 20, 17 ff. (18 ff.) = NJW 64, 2427.