

Schadensersatz und Pauschalierung

Johannes Ungerer

Die Pauschalierung von Schadensersatz kann sowohl durch die Vertragsparteien als auch den Gesetzgeber erfolgen. Zunächst wird mit Blick auf die vertragliche Schadensersatzpauschalierung in AGB gezeigt, dass dadurch eine Vereinfachung der Anspruchsgeltendmachung in vorab festgelegter Höhe erfolgen kann, aber die einschlägigen gesetzlichen Schranken die Wahrung des strengen Kompensationsprinzips gewährleisten. Zudem kann der Geschädigte einen weitergehenden Schaden jenseits der vertraglichen Pauschale geltend machen, da vertragliche Pauschalen keine Deckelung und Haftungsbegrenzung bewirken. Im zweiten Teil zeigt das Kapitel, dass der Gesetzgeber Schadensersatzansprüche in mikro- und makroökonomisch kritischen Leistungsstörungsfällen pauschaliert, in denen es massenhaft zu gleichförmig konkreten Schäden kommt, bei deren Folgenbewältigung private Vertrags- und Marktmechanismen versagen. Gesetzliche Schadensersatzpauschalen sind typisierte Mindestbeträge, die im Grundsatz auf Kompensation gerichtet sind, aber gelegentlich überkompensatorisch ausfallen und daher auch eine Präventionsfunktion erfüllen. Sie weichen deutlich von herkömmlichen Vorgaben des Schadens- und Haftungsrechts ab und unterscheiden sich damit auch von vertraglichen Schadensersatzpauschalen. Die privatautonome Modifikation ist eingeschränkt, aber die Geltendmachung weitergehenden Schadensersatzes zugelassen. Ihre Schranken findet die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung im höherrangigen Verfassungs- und Unionsprimärrecht.

I.	Vertragliche Schadensersatzpauschalierung	80
1.	Natur und Zweck der Pauschalierung	80
2.	Schranken der Pauschalierung	81
3.	Weitergehender Schadensersatz	83
4.	Zwischenergebnis	84
II.	Gesetzliche Schadensersatzpauschalierung	85
1.	Gesetzgeberisches Instrument – drei Beispiele	85
2.	Zwecke und Dogmatik der Pauschalierung	86
3.	Funktionen der Pauschalierung	88
4.	Wirkungen der Pauschalierung	90
5.	Schranken für die Abweichung von gesetzlichen Schadensersatzpauschalen	93
6.	Weitergehender Schadensersatz	96
7.	Schranken für die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung	98
III.	Zusammenfassung	100

Dieses Kapitel widmet sich den Zwecken der Pauschalierung von Schadensersatz. Dabei werden sowohl die Natur und der Zweck der Pauschalierung selbst analysiert als auch der Zweck und Grund der Beschränkung von Schadensersatzpauschalierung. Um beide Arten von Schadensersatzpauschalierung besprechen zu können, ist das Kapitel zweigeteilt: Teil I behandelt zunächst die weitverbreitete vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, wie sie sich häufig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet. Teil II nimmt die seltenere, aber juristisch deutlich interessantere Pauschalierung von Schadensersatz durch den Gesetzgeber in den Blick. Dabei zeigt sich, dass vertragliche und gesetzliche Schadensersatzpauschalierungen manche Gemeinsamkeiten haben, sich aber im Einzelnen hinsichtlich ihrer Zwecke und ihrer Beschränkungen deutlich unterscheiden.

I. Vertragliche Schadensersatzpauschalierung

1. Natur und Zweck der Pauschalierung

Betrachtet man zunächst die Natur der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung, muss man feststellen, dass es sich lediglich um eine Pauschalierung auf der Rechtsfolgenseite des Schadensersatzanspruchs handelt. Die Existenz eines Schadensersatzanspruchs dem Grunde nach wird vorausgesetzt: Dafür kommt es auf eine allgemeine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage an,¹ sei es ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 ff. BGB oder ein im Ursprung deliktischer Schadensersatzanspruch, beispielsweise aus § 823 Abs. 1 oder 2 BGB. Besteht umgekehrt kein Anspruch dem Grunde nach, geht eine vertragliche Pauschalierung ins Leere.²

Daher können auch nur Schadenspositionen pauschalierungsfähig sein, die nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht dem Grunde nach kompensationsfähig sind.³ Dies ist etwa nicht der Fall bei Ansprüchen, die auf den Ersatz des eigenen Aufwands für die Durchführung von Verträgen oder die Vorbereitung von Klagen gerichtet sind, wofür manche Makler⁴ oder Mobilfunkbetreiber⁵ bisweilen dennoch in ihren AGB Pauschalen vorsehen. Da aber die vertragliche Schadensersatzpauschalierung nur eine Pauschalierung der Höhe nach ist und sein kann, werden durch die Pauschalierung keine neuen Haftungstatbestände geschaffen. Dies ist – wie noch näher auszuführen sein wird – ein deutlicher Unterschied zur gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung, die den Schadensersatzanspruch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach pauschaliert.

¹ Vgl. nur OLG Köln 9.10.2018 – 9 U 53/18, VuR 2019, 227, 230.

² KG 13.6.1988 – 12 U 7239/87, NJW-RR 1988, 1403, 1404.

³ BGH 9.7.2020 – IX ZB 86/18, NJOZ 2020, 300, Rn. 18.

⁴ LG Limburg 3.11.1998 – 4 O 301/98, NJW-RR 1999, 847.

⁵ OLG Schleswig, 26.3.2013 – 2 U 7/12, MMR 2013, 579, 580f.; OLG Koblenz 19.2.2014 – 2 U 246/13, VuR 2014, 439, 440; OLG Koblenz 30.6.2016 – 2 U 615/15, NJOZ 2017, 105, Rn. 40f.

Zweck der Schadensersatzpauschalierung in Verträgen ist bekanntermaßen die Vereinfachung der Geltendmachung von (dem Grunde nach bestehenden) Schadensersatzansprüchen, damit der Geschädigte im Schadensfall nicht mühsam die Höhe seines Anspruchs darlegen und beweisen muss. Die vertragliche Pauschalierung ist aber ein Balance-Akt zwischen der „legitimen Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und der einseitigen Selbstbevorzugung des Verwenders“, wie es *Birkenfeld-Pfeiffer* schon im Titel ihrer Dissertation vor gut dreißig Jahren formulierte.⁶ Selbstbevorzugung ist im Wesentlichen eine Abweichung vom strengen Ausgleichsgedanken des deutschen Schadensersatzrechts zu Zwecken der eignen Bevorteilung und des eigenen Profits; Profit aus überhöht pauschaliertem Schadensersatz widerspräche dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot. Daher müssen die gesetzlichen Schranken sicherstellen, dass die Balance gewahrt wird und ein Durchbrechen des Kompensationsprinzips verhindert wird.

2. Schranken der Pauschalierung

Obleich Schadensersatzpauschalen auch individualvertraglich vereinbart werden können, sind die praktisch maßgeblichen Schranken für die vertragliche Schadensersatzpauschalierung die Schranken des AGB-Rechts. Denn Pauschalierung erfolgt meist für eine Vielzahl von Verträgen, sonst würde sich die Pauschalierung kaum lohnen. Mithin ist zu fragen, welche Zwecke die einschlägigen Schranken des AGB-Rechts verfolgen. Die meisten Schranken der §§ 308 f. BGB gelten zwar primär nur für Verbraucherverträge,⁷ jedoch finden über § 307 ihre Wertungen auch im unternehmerischen Bereich Berücksichtigung,⁸ sodass im Folgenden nicht nach B2C- und B2B-Verträgen zu differenzieren ist.⁹

Nach § 309 Nr. 5 lit. a BGB darf die vertragliche Schadensersatzpauschale „den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden“ nicht übersteigen. Diese Schranke bestand auch schon vor der gesetzlichen Kodifizierung gemäß der einschlägigen Rechtsprechung.¹⁰ Mit dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden ist der branchenübliche Durchschnittsschaden gemeint, bei dem es sich also um ein objektives Kriterium handelt.¹¹ Der Durchschnittsschaden ist auch nicht auf Einbußen im strengen

⁶ *Daniela Birkenfeld-Pfeiffer*, Schadensersatzpauschalen zwischen legitimer Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und einseitiger Selbstbevorzugung des Verwenders, Peter Lang 1991, insbes. s. 60 ff.

⁷ § 310 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁸ § 310 Abs. 1 S. 2 BGB; siehe zuvor schon BGH 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351; BGH 21.12.1995 – VII ZR 286/94, BGHZ 131, 356, 359; BGH 3.11.1999 – VIII ZR 35/99, NJW-RR 2000, 719, 720.

⁹ Anders als für die Vertragsstrafe (siehe § 348 HGB) finden sich im Handelsrecht auch keine spezifischen Abweichungen zu den BGB-Vorschriften über vertragliche Schadensersatzpauschalen.

¹⁰ BGH 10.11.1976 – VIII ZR 115/75, BGHZ 67, 312, 315; BGH 14.1.1976 – VIII ZR 203/73, WM 1976, 210, 212.

¹¹ Vgl. BGH 16.1.1984 – II ZR 100/83, NJW 1984, 2093, 2094; OLG Zweibrücken 1.12.1994 – 4 U 47/94, VuR 1996, 304, 309.

Sinn begrenzt, da er den branchenüblichen und dem Grunde nach ersatzfähigen Gewinn durchaus einschließen darf.¹² Zweck dieser Schranke ist aber in jedem Fall die möglichst präzise Verwirklichung des strengen Kompensationsprinzips, das auch bei Schadensersatzpauschalierung sicherstellt, dass von vornherein nur ein Ausgleich bezweckt werden kann.

Dies wird besonders in Grenzfällen deutlich, in denen die Gerichte korrigierend eingegriffen haben. Beispielsweise wurde es nicht mehr als branchenüblicher Durchschnittsschaden angesehen, wenn in einem Getränkebezugsvertrag zwischen einer Brauerei und einem Gaststättenbetreiber die Zahlung einer vertraglichen Schadensersatzpauschale in Höhe von 30% des Tagespreises für fremdbezogene Getränke vorgeschrieben ist.¹³ Aber auch beim entgangenen branchenüblichen Gewinn ist eine Grenze zu ziehen, wie das Beispiel eines Automietvertrags zeigt: Unzulässig ist es, wenn sich der Autovermieter die Zahlung einer vertraglichen Schadensersatzpauschale in Höhe der vollen Tagesmiete für jeden Tag versprechen lässt, an dem das Fahrzeug repariert werden muss und nicht mehr weitervermietet werden kann wegen einer vom Mieter zu vertretenden Beschädigung. Denn Autovermieter können üblicherweise keine durchgehende Auslastung ihrer Fahrzeugflotte verzeichnen.¹⁴

Ein Gegenbeispiel zeigt aber auch, dass Gerichte in besonderen Situationen großzügigere Maßstäbe anlegen: Vertragliche Schadensersatzpauschalen für Kartellverstöße¹⁵ sollen dem Kartellgeschädigten über die typischerweise bestehenden besonderen Schwierigkeiten hinweghelfen, den Schaden zu beziffern und zu beweisen. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2021 in einem Grundsatzurteil entschieden, dass eine Klausel für pauschalierten Schadensersatz in Höhe einer gewissen Abrechnungssumme zulässig ist, „[w]enn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder eine unlautere Verhaltensweise darstellt“.¹⁶ Es sei ein „angepasster“ Maßstab anzulegen, da sich ein branchentypischer Durchschnittsschaden schwer bestimmen lasse. Zu bedenken ist aber sicherlich auch, dass häufig öffentliche Auftraggeber die Geschädigten sind; die Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche infolge von Kartellverstößen so einfach wie möglich zu halten, liegt im öffentlichen Interesse. Jedenfalls gestattet der BGH bis zu 15% der Auftragssumme als Pauschale, was deutlich über die zuvor anerkannten Pauschalierungshöhen von üblicherweise 3% hinausgeht.¹⁷

Über die Beschränkung auf den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden hinaus muss eine vertragliche Klausel, mit der eine Schadensersatzpauschalierung durch den AGB-Verwender erfolgt, außerdem – d.h. kumulativ – dem strengen Kompensationsprinzip dadurch genügen, dass gemäß

¹² BGH 8.10.1969 – VIII ZR 20/68, NJW 1970, 29, 32 f.

¹³ OLG Karlsruhe 18.10.2001 – 19 U 97/01, MDR 2002, 445.

¹⁴ BGH 18.12.1975 – VII ZR 75/75, WM 1976, 210, 211 f.

¹⁵ Dazu auch *Jörn Christian Kramer*, Die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden, Mohr Siebeck 2023, S. 53 ff.

¹⁶ BGH 10.2.2021 – KZR 63/18, NZKart 2021, 350.

¹⁷ BGH 21.12.1995 – VII ZR 286/94, NJW 1996, 1209.

§ 309 Nr. 5 lit. b BGB „dem anderen Vertragsteil [...] ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden [...] sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale“. Diese weitere Schranke, mit der das deutsche Recht über die europäische Richtlinienvorgabe des bloßen Schutzes vor unverhältnismäßig hohen Entschädigungsbeträgen in Verbraucherverträgen hinausgeht,¹⁸ stellt mithin sicher, dass das Kompensationsprinzip auch im konkreten Einzelfall befolgt wird, in dem der tatsächliche eingetretene Schaden um mehr als 10%¹⁹ hinter der Pauschale zurückbleibt, die ohnehin schon (aber auch nur) auf den branchenüblichen Durchschnittsschaden gedeckelt gewesen ist. Man kann die Schranke in lit. b – mit dem BGH, insbesondere in Kartellfällen²⁰ – aber auch so verstehen, dass sie gewissermaßen ohnehin sicherstellt, dass das Kompensationsprinzip im Einzelfall im Endeffekt befolgt wird, und Gerichte daher nicht allzu streng die Bemessung der Pauschale gemäß lit. a prüfen müssen.

Ferner wird die Verpflichtung zur Achtung des strengen Kompensationsprinzips dadurch deutlich, dass bei Verstoß gegen § 309 Nr. 5 BGB die vertragliche Schadensersatzpauschalierung insgesamt unwirksam ist, also keine geltungserhaltende Reduktion auf den zulässigen Betrag erfolgt.²¹ Der Geschädigte als Verwender kommt im Fall der Unwirksamkeit seiner Klausel also nicht einmal in den Vorzug der Beweiserleichterung einer herabgesetzten Pauschale auf einen Durchschnitts-Schadensbetrag, sondern muss die Höhe seines Anspruchs nach den allgemeinen schadensrechtlichen Regelungen der §§ 249 ff. BGB begründen und ggf. nachweisen. Allerdings wirkt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bei vertraglichen Schadensersatzpauschalen nicht allzu drakonisch, da der Geschädigte immer noch von § 252 BGB profitiert, der ihm einen Schadensersatzanspruch für den entgangenen Gewinn auf Basis einer Wahrscheinlichkeitsprognose „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ gestattet; zumindest für diesen Anteil des Betrags einer Pauschale, die nach § 309 Nr. 5 BGB unwirksam ist, ist der Nachweis der Schadenshöhe also ohnehin vergleichsweise einfach möglich.

3. Weitergehender Schadensersatz

In entgegengesetzter Perspektive zur Diskussion der Schranken der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung ist schließlich noch zu erörtern, ob ein Geschädigter zusätzlich zur vertraglichen Schadensersatzpauschale einen im Einzelfall nachweisbaren, höheren Schaden geltend machen kann. Dahinter verbirgt sich nämlich die interessante Frage, ob ein Zweck der vertraglichen Pauschalierung auch die „Deckelung“ sein kann und die vertragliche Pauschalierung mithin als eine Form der Haftungsbeschränkung zugunsten des Schädigers als AGB-Verwender fungieren kann.

¹⁸ Siehe RL 93/13/EWG v. 5.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Abl. L95/29), Anhang 1 lit. e.

¹⁹ Wolfgang Wurmnest, in: MünchKomm BGB, Beck, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 5 Rn. 24.

²⁰ Siehe insbesondere BGH NZKart 2021, 350, Rn. 42 ff., 45.

²¹ Siehe schon OLG Frankfurt 15.6.1982 – 11 U 1/82, NJW 1982, 2564.

Ein solcher Deckelungszweck ist beispielsweise im englischen Recht anerkannt.²² Sofern dort Schadensersatzpauschalen (liquidated damages)²³ vom potenziellen Schädiger in AGB verwendet werden, geschieht dies häufig mit dem Ziel, die eigene Haftung auf einen Betrag unterhalb des durchschnittlich zu erwartenden Schadens zu begrenzen; eine dementsprechend gestaltete und grundsätzlich wirksame Klausel wird als underliquidated damages bezeichnet.

Im deutschen Recht ist die Haltung im Grundsatz umgekehrt: Das schadensrechtliche Prinzip der Totalreparation gebiete, so wird argumentiert, dass ein weitergehender Schaden geltend gemacht werden können müsse, denn es dürfe keine Deckelung durch die Pauschalierung erfolgen, da die Pauschalierung lediglich die Geltendmachung des üblichen Durchschnittsschadens erleichtern solle.²⁴ Daher müsse eine (bewusst zu) gering bemessene Pauschale deutlich erkennen lassen, dass eine Geltendmachung weitergehenden Schadensersatzes zulässig sein soll durch einen entsprechend formulierten Vorbehalt.²⁵

Dies ist vor allem dann zu bedenken, wenn der potenziell schädigende Schuldner der AGB-Verwender ist und über die entsprechende Marktmacht verfügt, als Leistungsanbieter bzw. Auftragnehmer seine AGB durchzudrücken. Er soll von dieser Marktmacht aber nicht übermäßig zu Lasten seines Vertragspartners Gebrauch machen können. Daher wird auch in der englischen Rechtswissenschaft inzwischen argumentiert, dass die AGB-Vorschriften zum Schutz vor unverhältnismäßigen liquidated damages durchaus so zu verstehen sein sollten, dass sie einen Mindestpauschalbetrag gebieten können,²⁶ wobei dies im geltenden englischen Recht aber bislang keine Beachtung gefunden hat.²⁷

4. Zwischenergebnis

Die vertragliche Schadensersatzpauschalierung vereinfacht Schadensersatzansprüche, indem sie die Schadenshöhe vorab festlegt, jedoch greift die Pauschalierung nur, wenn ein Anspruch dem Grunde nach besteht, da sie keine neuen Haftungstatbestände schafft. Die Schranken des AGB-Rechts sorgen dafür, dass das strenge Kompensationsprinzip gewahrt wird, da Pauschalen den zu erwartenden, branchenüblichen Durchschnittsschaden nicht überschreiten dürfen und dem Schuldner außerdem der Nachweis geringerer Schäden vorbehalten bleiben muss. Geschädigte können über die Pauschale hinausgehende Schäden, die im konkreten Einzelfall entstanden sind, geltend machen, da eine Haftungsdeckelung durch die Pauschale im deutschen Recht unzulässig ist – im Gegensatz zu anderen Rechtssystemen wie dem englischen.

²² *Triple Point Technology Inc v PTT Public Co Ltd* [2021] UKSC 29 [74].

²³ Dazu grundlegend *Roger Halson, Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford University Press 2018.

²⁴ MünchKomm BGB/Wurmnest (Fn. 19), § 309 Nr. 5 Rn. 26.

²⁵ Ebd. Vgl. beispielsweise auch OLG Koblenz 16.11.1999 – 3 U 45/99, NJW-RR 2000, 871.

²⁶ *Neil Andrews, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, Sweet & Maxwell 2022, Rn. 9-029 ff.

²⁷ *Halson, Liquidated Damages* (Fn. 23), Rn. 3.15.

II. Gesetzliche Schadensersatzpauschalierung

1. Gesetzgeberisches Instrument – drei Beispiele

Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung hat – anders als die vertragliche – bisher kaum Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft erfahren, obwohl sie in vielerlei Hinsicht interessant(er) ist: Die gesetzliche hat zwar gewisse Gemeinsamkeiten mit der vertraglichen Pauschalierung, unterscheidet sich aber von jener deutlich und weicht darüber hinaus von wesentlichen Grundprinzipien des allgemeinen Schadensrechts ab. Daher lohnt sich die Untersuchung und Kontrostrierung der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung besonders.²⁸

Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung erfolgt durch Rechtsvorschriften, die einen Anspruch auf Schadensersatz sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach pauschalieren. Haftungsvoraussetzungen und Schadensbemessung werden dabei in einer gesetzlichen Regelung zusammengefasst, die sich nicht streng an den sonst üblichen Vorgaben des allgemeinen Schadens(ersatz)rechts orientieren muss. Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung darf daher nicht als opportunistische Verlegenheitslösung abgetan werden, sondern ist als eine gezielte gesetzgeberische Entscheidung in bestimmten, geeigneten Fällen mit ganz spezifischen Zwecken zu verstehen. Es handelt sich um ein gesetzgeberisches Instrument mit besonderen Eigenschaften und Wirkungen. Dies lässt sich am besten anhand einiger Beispiele aus dem deutschen und europäischen Privatrecht illustrieren, die hier zunächst kurz skizziert werden sollen und auf die im Folgenden zurückzukommen sein wird.

Ein erstes Beispiel ist die Pauschalierung von Schadensersatz für Zahlungsverzugsschäden. Diese Pauschalierung gibt es schon seit geraumer Zeit und findet sich im BGB in § 288, der auch der Umsetzung der europäischen Zahlungsverzugs-Richtlinien von 2000²⁹ und 2011³⁰ dient. Die deutsche Regelung sieht zum einen gesetzlich pauschalierte Verzugszinsen vor, heute in Höhe von jährlich fünf bzw. neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1, 2 BGB), und zum anderen einen zusätzlichen Anspruch auf eine Beitreibungskostenpauschale von 40 Euro für Gläubiger von Entgeltforderungen gegenüber ihren unternehmerischen Schuldern (§ 288 Abs. 5 BGB).

Ein zweites Beispiel ist die gesetzlich pauschalierte Entschädigung für Fluggäste bei Nichtbeförderung und ähnlichen Fällen nach der europäischen Flug-

²⁸ Dieser Teil des Kapitels beruht auf der Dissertation des *Verf.*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz, Duncker & Humblot 2022.

²⁹ RL 2000/35/EG v. 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L200/35).

³⁰ RL 2011/7/EU v. 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L48/1).

gastrechte-Verordnung 261/2004,³¹ die auch *Wagner* und *Poelzig* erwähnen.³² Die in Art. 7 der Verordnung geregelte „Ausgleichszahlung“ beträgt 250, 400 bzw. 600 Euro gegenüber der Fluggesellschaft bei Nichtbeförderung und Flugannullierung. Kraft richterrechtlicher Erweiterungen durch den EuGH sind auch Fälle der großen Ankunftsverspätung³³ und der erheblichen Abflugvorverlegung³⁴ erfasst, denn all diese Leistungsstörungsfälle sind unter dem Gesichtspunkt der nicht einigermäßen pünktlichen Beförderung vergleichbar.

Ein letztes, drittes Beispiel ist der noch recht neue Anspruch auf gesetzlich pauschalierten Schadensersatz gemäß dem im Jahr 2021 novellierten Telekommunikationsgesetz (TKG) für Internetanschlusstörungen, insbesondere Internetanschlusstörungen bei Anschlussmitnahme infolge Umzugs sowie bei Versäumung eines Installations- oder Kundendiensttermins seitens des Anbieters.³⁵ Die Pauschalen nach dem TKG belaufen sich auf täglich 5–10 Euro oder 10–20% des Monatsentgelts.

2. Zwecke und Dogmatik der Pauschalierung

Im Folgenden soll für die drei vorgestellten Beispiele dargelegt werden, welche Zwecke der gesetzlich pauschalierte Schadensersatz verfolgt. Dabei zeigt sich, dass die gesetzlichen Schadensersatzpauschalierungen in ihren jeweils bestimmten Anwendungsbereichen darauf gerichtet sind, die mikro- und makroökonomischen Einbußen der Geschädigten durch Internalisierung der typischen negativen externen Effekte der Leistungsstörung aufseiten der Schädiger auszugleichen.

Zweck des gesetzlich pauschalierten Zahlungsverzugsschadensersatzes ist es einerseits, die durch die Zwangskreditgewährung typischerweise anfallenden Opportunitätskosten und Transaktionsmehrkosten des individuellen Gläubigers zu erstatten, indem die für den säumigen Schuldner externen Kosten internalisiert werden; andererseits wird die Gefahr einer volkswirtschaftlich bedenklichen Lähmung des Kapital- und Wirtschaftskreislaufs vermindert.³⁶ Mit den gesetzlich gestaffelt pauschalierten Verzugszinsen und dem speziellen Beitreibungskostenbetrag reagiert der Gesetzgeber differenziert auf das Schädigungspotenzial des Zahlungsverzugs, das besonders hoch ist für den Geschäftsverkehr.

³¹ VO (EG) Nr. 261/2004 v. 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Abl. L46/1).

³² *Gerhard Wagner*, oben S. 50, und *Dörte Poelzig*, oben S. 64.

³³ EuGH 19.11.2009 – C-402/07 (*Sturgeon*), ECLI:EU:C:2009:716.

³⁴ EuGH 21.12.2021 – C-146/20 (*Azurair*), ECLI:EU:C:2021:1038; siehe Anmerkung *Johannes Ungerer*, JZ 2022, 462.

³⁵ § 58 Abs. 3–4, § 59 Abs. 4, § 60 Abs. 3 S. 2 TKG i.d.F. des Gesetzes vom 23.6.2021 zur Umsetzung der RL (EU) 2018/1972 v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (BGBl. I 1858).

³⁶ *Ungerer*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 41 ff.

Mit der Fluggastentschädigung bezweckt der Unionsgesetzgeber eine gezielte Intervention und Reaktion auf die gleich- und massenartigen Leistungsstörungenfälle der Nichtbeförderung usw., deren Folgenbewältigung nicht mit privaten Vertrags- und Marktmechanismen beherrschbar ist.³⁷ Mit einer Fluggesellschaft verhandelt man ja gewöhnlich nicht über die Beförderungsbedingungen – erst der gesetzlichen Anordnung gelingt es, dass der Fluggast eine Mindestkompensation erhält für die externen negativen Effekte und Nachteile aufgrund der Beeinträchtigung der Disponibilität über seine Lebenszeit. Zugleich werden die volkswirtschaftlich bedenklichen Wohlfahrtsverluste und die Störung des Luftverkehrs vermindert.

In nicht unähnlicher Form bezweckt das novellierte TKG, auf Einbußen bei der Mobilität in der digitalen Welt zu reagieren.³⁸

Diese Zwecke kann die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung als gesetzgeberisches Instrument in den verschiedenen Bereichen dadurch verfolgen, dass eine Pauschalierung des Schadensersatzanspruchs dem Grunde *und* der Höhe nach erfolgt. Mit Blick auf die Haftungsverantwortlichkeit ist zunächst festzustellen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Kausalität stets und des Verschuldens regelmäßig als gegeben anzusehen sind. Für den gesetzlich pauschalierten Verzugszinsanspruch etwa muss der Zahlungsgläubiger nicht darlegen, dass und in welcher Höhe der Zahlungsverzug zu Einbußen geführt hat und dass dies der Schuldner zu vertreten hat. Ebenso wenig muss der Fluggast darlegen, welche Einbußen ihm durch die Nicht- oder nicht pünktliche Beförderung entstanden sind und dass die Fluggesellschaft dafür verantwortlich ist. Nur höchst ausnahmsweise kann sich der Schuldner exkulpieren, sei es gemäß § 286 Abs. 4 BGB für den Zahlungsschuldner oder wegen außergewöhnlicher Umstände für die Fluggesellschaft.³⁹

Liegt Zahlungsverzug vor, von dem in aller Regel keine Exkulpation möglich ist, fällt rechtsfolgenseitig der gesetzlich pauschalierte Zahlungsverzugsschadensersatz an, dessen Bemessung sich als kreditmarktorientierte Kompensation für die zeitweilige Kapitalentziehung infolge der Zwangskreditierung nachvollziehen lässt.⁴⁰ Bei der gesetzlich pauschalierten Fluggastentschädigung ist

³⁷ Ebd., S. 115 ff.

³⁸ *Johannes Ungerer*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz für Internetanschlusstörungen im novellierten Telekommunikationsgesetz, ZIP 2022, 979.

³⁹ Beim Zahlungsverzug wird dem Schuldner die zugelassene Exkulpation aber nur sehr selten gelingen, denn „Geld hat man zu haben“, so wörtlich OLG München 25.7.2002 – 19 U 1819/02, BeckRS 2002, 10898, Rn. 15; Schleswig-Holsteinisches OLG 14.12.2015 – 5 W 65/15, BeckRS 2016, 3695, Rn. 19 sowie 8.9.2017 – 3 U 16/17, BeckRS 2017, 132055, Rn. 77. In der Fluggastrechte-Verordnung siehe Art. 5 Abs. 3 sowie die einschlägige Rechtsprechung des EuGH 22.12.2008 – C-549/07 (*Wallentin-Hermann*), ECLI:EU:C:2008:771, Rn. 23; EuGH 31.1.2013 – C-12/11 (*McDonagh*), ECLI:EU:C:2013:43, Rn. 29; EuGH 17.9.2015 – C-257/14 (*van der Lans*), ECLI:EU:C:2015:618, Rn. 36; EuGH 4.5.2017 – C-315/15 (*Pešková*), ECLI:EU:C:2017:342, Rn. 22.

⁴⁰ „Coerced loan theory“, zurückgehend auf *James M. Patell/Roman L. Weil/Mark A. Wolfson*, Accumulating damages in litigation: the roles of uncertainty and interest rates, *Journal of Legal Studies* 11 (1982), 341 ff. Siehe auch *Michael S. Knoll*, A primer on prejudgment interest, *Texas Law Review* 75 (1996), 293, 327 und 368.

ein Betrag zu zahlen, den man als eine value of time-Entschädigung begründen kann,⁴¹ obwohl es der Unionsgesetzgeber versäumt hat, dies zu erklären. Die Schadensersatzpauschalen im TKG entschädigen den Nutzer pauschal für die vorübergehende digitale Immobilität.⁴²

Dies führt dazu, dass gesetzlich pauschalierter Schadensersatz – abweichend vom sonst vorherrschenden natürlichen Schadensbegriff und der Differenzhypothese – geprägt ist von einer überwiegend normativen Schadensbestimmung. Anstelle der herkömmlich vorrangigen Naturalrestitution stellt gesetzlich pauschalierter Schadensersatz eine Schadenskompensation dar, aber ohne dass die Ersatzfähigkeit materieller und immaterieller Schäden unterschieden würde. Der Anspruch auf gesetzlich pauschalierter Schadensersatz zielt zwar nicht auf Totalreparation; die pauschalierte Haftungsausfüllung ist dennoch unabhängig vom Verschuldensgrad. Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz wahrt jedoch umgekehrt auch nicht das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. All dies belegt deutlich, dass sich gesetzliche und vertragliche Schadensersatzpauschalierung unterscheiden.

3. Funktionen der Pauschalierung

Analysiert man die Rechtsfolgende der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung genauer, kann man mehrere spezifische Funktionen erkennen, die in ihrer Gesamtheit den Unterschied zwischen gesetzlicher und vertraglicher Schadensersatzpauschalierung weiter verdeutlichen und die zugleich die Einzigartigkeit der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung im Vergleich zum allgemeinen Schadensersatzrecht betonen.

An erster Stelle steht auch bei der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung die Kompensationsfunktion. Insofern divergiert die gesetzliche zwar weder von der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung noch von den allgemeinen schadensrechtlichen Vorgaben. Denn auch die gesetzlich pauschalieren Schadensersatzbeträge orientieren sich am Mindestmaß der auszugleichenden Einbußen. Ausgeglichen werden durch die gesetzlichen Schadensersatzpauschalen die typisierten Einbußen, die beispielsweise beim Zahlungsgläubiger⁴³ oder Fluggast⁴⁴ infolge der unpünktlichen oder gestörten Zahlung bzw. Flugbeförderung entstehen.

Andererseits kann es im Einzelfall dazu kommen, dass die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung ihre Primärfunktion des Ausgleichs übererfüllt und

⁴¹ Vgl. U.S. Department of Transportation, Departmental Guidance on Valuation of Travel Time in Economic Analysis, 2016; *Kemeth Small*, Valuation of travel time, Economics of Transportation 1 (2012), 2ff. Ferner *Andrew Cook/Graham Tanner*, European airline delay cost reference values, Final Report (Version 4.1), 2015 < <https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/publication/files/european-airline-delay-cost-reference-values-final-report-4-1.pdf> >, S. 62f.

⁴² *Ungerer*, ZIP 2022, 979, 985 f.

⁴³ Siehe BT-Drs. 14/1246, S. 10f.; BGH 26. 6.2019 – VIII ZR 95/18, BeckRS 2019, 15295, Rn. 34.

⁴⁴ EuGH C-402/07, Rn. 52; EuGH 23.10.2012 – C-581/10 (*Nelson*), ECLI:EU:C:2012:657, Rn. 74.

aus dem herkömmlichen Funktionsgefüge des Schadensrechts ausbricht und zu einer Entschädigung führt, die mit vertraglichen oder herkömmlichen Mitteln nicht zu erzielen wäre. Soweit die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung überkompensatorisch ausfällt und damit eine Präventionsfunktion erfüllt, ist dies ein besonderes Charakteristikum dieses gesetzgeberischen Instruments.⁴⁵ Es ist mit anderen Worten eine Besonderheit sowohl im Vergleich zu gewöhnlichen Schadensersatz-Anspruchsgrundlagen, wie z.B. in § 280 oder § 823, als auch im Vergleich zu vertraglicher Schadensersatzpauschalierung, die als Wirksamkeitsvoraussetzung an ein strenges Kompensationsprinzip gebunden ist. Mit dem gesetzgeberischen Instrument kann die Präventionsfunktion des Schadensersatzes gezielt eingesetzt werden, um den Ursachen und Folgen einer Leistungsstörung entgegenzuwirken, die gleich- und massenartig auftritt und deren Bewältigung mit privaten Mitteln nicht beherrschbar ist. Dies kann und sollte sich der Gesetzgeber bei der Wahl der Schadensersatzpauschalierung als Instrument bewusst zu Nutze machen, soweit es mikro- und makroökonomisch geboten ist.

Zu betonen ist umgekehrt jedoch, dass die Präventivfunktion von einer gelegentlich behaupteten Straffunktion des gesetzlich pauschalierten Schadensersatzes abzugrenzen ist.⁴⁶ Der Gesetzgeber muss die Schadensersatzpauschalierung auch gar nicht zur Sanktionierung einsetzen, da ihm dafür die einschlägigen Mittel des Straf- und öffentlichen Rechts zur Verfügung stehen, die vom Schadensersatz zu unterscheiden sind.⁴⁷ Auch sind die gesetzlichen Schadensersatzpauschalen in den oben genannten Beispielen nicht derart hoch bemessen, dass man sie für Strafschadensersatz halten könnte, der sämtliche makroökonomische Kosten der Allgemeinheit abdecken würde.⁴⁸ Die gesetzlichen Schadensersatzbeträge beabsichtigen nicht und wären auch ungeeignet, auf den Schädiger erdrückend zu wirken, wie es von Strafschadensersatz zu erwarten wäre. Wie ausgeführt strebt der gesetzlich pauschalierte Schadensersatz nach einem Ausgleich der typischen Einbußen und nach einer Prävention derselben.⁴⁹ Anders als Strafe wird Schadensersatz – auch in gesetzlich pauschalierter Form – von Privaten gegenüber Privaten geltend gemacht und nicht vom Staat, der eine Strafe aufgrund seines Strafmonopols erlassen würde und der die Strafe zugunsten der Staatskasse einfordert. In diesem Kontext ist schließlich auch zu bedenken, dass gesetzliche Schadensersatzpauschalierung keineswegs den deutschen ordre public unterminiert, der die deutsche Rechtsordnung zurecht vor gerichtlich

⁴⁵ Ungerer, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 204.

⁴⁶ Dazu ausführlicher ebd., S. 205 ff.

⁴⁷ Vgl. auch im Common Law etwa *Andrew Burrows*, Reforming Exemplary Damages, in: Peter Birks (Hrsg.), *Wrongs and Remedies*, Oxford University Press 1996, S. 153, 160 ff.

⁴⁸ Vgl. *John C. Coffee Jr.*, Paradigms Lost: The blurring of the criminal and civil law models – and what can be done about it, *Yale Law Journal* 101 (1992), 1875, 1884.

⁴⁹ Für den Zahlungsverzugsschadensersatz vgl. *Oliver Brand*, Das Internationale Zinsrecht Englands, Mohr Siebeck 2002, S. 20. Für die Fluggastentschädigung vgl. Erwgr. 2 Fluggastrechte-VO; EuGH C-402/07, insbes. Rn. 52 und 65.

exorbitant bemessenen Strafschadensersatzbeträgen nach ausländischem Recht schützen soll, beispielsweise US-amerikanischen punitive damages.⁵⁰

4. Wirkungen der Pauschalierung

Über die grundsätzliche Kompensationsfunktion und die gelegentliche Präventionsfunktion von gesetzlich pauschalierem Schadensersatz hinaus sind vor allem die Wirkungen dieses gesetzgeberischen Instruments aufschlussreich. Diese kann man nämlich durchaus als die regulatorischen bzw. policy-Erwägungen ansehen, die für den bewussten Einsatz der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung relevant sind. Zweierlei Wirkungen sind hier anzusprechen: die Prozessökonomie und die Verhaltenssteuerung.⁵¹

Zunächst besteht die Wirkung der Schadensersatzpauschalierung in der vereinfachten Möglichkeit zur Geltendmachung und Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs für den Geschädigten.⁵² Diese prozessökonomische Effizienzwirkung ist im Grundsatz ähnlich zur Situation bei der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung, die genau aus diesem Grund von Vertragsparteien eingesetzt wird. Anders als bei der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung profitiert der Geschädigte bei der gesetzlichen Pauschalierung aber nicht nur von der vereinfachenden Wirkung auf der Rechtsfolgenseite, d.h. hinsichtlich der Haftungshöhe, sondern er profitiert auch von der Vereinfachung auf Tatbestandsseite, also hinsichtlich der Haftungsbegründung. Die Geltendmachung wird nämlich bereits dadurch vereinfacht, dass es dem Geschädigten leicht gemacht wird, die Eröffnung des Anwendungsbereichs des gesetzlich pauschaliereten Schadensersatzes nachzuweisen. Dies kann gerade in der Praxis einen großen Unterschied für den Geschädigten machen, ob und wie er seinen Anspruch durchsetzen kann. Bei der Vereinfachung der Beweisbedürftigkeit hinsichtlich der rechtsfolgenseitigen Anspruchsvoraussetzungen wie Schaden und Kausalität, deren Nachweis gewöhnlich Schwierigkeiten bereiten würde, erweist es sich bei der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung als weitergehender Vorteil, dass der Schädiger – anders als bei der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung, die der oben diskutierten AGB-Kontrolle unterliegt – keine Möglichkeit hat zu argumentieren, dass die Pauschale generell zu hoch bemessen sei oder dass ihm keine Gelegenheit zum Beweis eines geringeren Schadens im konkreten Einzelfall eingeräumt worden sei.

Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung geht in ihrer prozessökonomischen Effizienzwirkung des Weiteren auch deutlich über die herkömmlichen Möglichkeiten des Anscheinsbeweises⁵³ und der richterlichen Schadensschät-

⁵⁰ Dazu *Johannes Ungerer*, Rejection of foreign punitive damages in German law: unafraid and principled, in: Tobias Lutzi (Hrsg.), *Who's Afraid of Punitive Damages?*, Mohr Siebeck 2025, S. 87 ff.

⁵¹ Einige grundlegende Ausführungen zur Verhaltenssteuerung finden sich bereits im Beitrag von *Poelzig*, oben S. 59 ff.

⁵² Ausführlicher *Ungerer*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 221 ff.

⁵³ BGH 5.11.1996 – VI ZR 343/95, NJW 1997, 528, 529; BGH 5.10.2004 – XI ZR 210/03, NJW 2004, 3623 ff.

zung gemäß § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO hinaus. Durch die gesetzliche Vorgabe klarer Tatbestände und Pauschalbeträge ist die Anspruchsgeltendmachung in dem vorbestimmten Umfang nicht von Erfahrungssätzen⁵⁴ oder richterlicher Beurteilung und Abwägung⁵⁵ abhängig, sodass die Geltendmachung wiederum deutlich effizienter und kalkulierbarer erfolgen kann.

Die Effizienzwirkung zeigt sich zudem nicht nur bei der gerichtlichen Geltendmachung von gesetzlich pauschalitem Schadensersatz. Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung verhilft Geschädigten gerade auch bei der außergerichtlichen Geltendmachung zur vereinfachten Anspruchsdurchsetzung im Wege der alternativen Streitbeilegung,⁵⁶ insbesondere im Rahmen von Schlichtungsverfahren, wie die Beispiele entsprechender Online-Angebote für die Fluggastentschädigung zeigen.⁵⁷ Fluggäste können sich außerdem der Dienstekommerzieller Factoring-/Inkassoanbieter bedienen, die online unkompliziert beauftragt werden können und gegen eine Provision die Durchsetzung des Anspruchs übernehmen, weil er dank gesetzlicher Pauschalierung einfach zu beurteilen ist.⁵⁸ Interessanterweise hat der Gesetzgeber hier den Geschädigten (und dem Geschäftsmodell der Dienstleister) sogar weitere Schützenhilfe dadurch gegeben, dass er es den Fluggesellschaften und anderen Schuldern untersagt hat, in AGB einen Abtretungsausschluss hinsichtlich von (Fluggastentschädigungs-) Forderungen vorzuschreiben.⁵⁹

Künftig ist bei gesetzlich pauschalitem Schadensersatz außerdem daran zu denken, dass legal-tech-Neuerungen zu einer Einbindung von Entschädigungsmechanismen in smart contracts führen. Dazu eignet sich gerade gesetzlich pauschalierter Schadensersatz besonders, weil er – anders als vertraglich pauschalierter – von nur sehr wenigen, standardisierten Voraussetzungen abhängt, kaum auf Umstände des Einzelfalls Rücksicht nehmen und keiner AGB-Kontrolle standhalten muss.

⁵⁴ Dietmar Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozess, Mohr 1966, S. 13 ff.; Oliver Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, Heymann 1989, S. 7 ff.

⁵⁵ Zum Telos des § 287 Abs. 1 ZPO vgl. BVerfG 8.12.2009 – 1 BvR 3041/06, NJW 2010, 1870, 1871. Zu den Anforderungen vgl. BGH 16.10.2001 – VI ZR 408/00, BGHZ 149, 63, 66; BGH 10.2.1981 – VI ZR 182/79, NJW 1981, 1454; BGH 6.2.2007 – X ZR 117/04, NJW 2007, 1806, 1808; BGH 8.5.2012 – VI ZR 37/11, NJW 2012, 2267, Rn. 9; BGH 17.10.2001 – IV ZR 205/00, NJW-RR 2002, 166, 167.

⁵⁶ Vgl. RL 2013/11/EU v. 21. 5. 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (ADR-Richtlinie) (ABl. L165/63); Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen vom 19. 2.2016, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Oktober 2023 (BGBl. I 272).

⁵⁷ In Deutschland etwa durch die privatrechtliche „SÖP Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.“ mit Sitz in Berlin, <<https://soep-online.de/>>; Einzelheiten siehe Edgar Isermann, söp-Schlichtung: Wie funktioniert das?, RRA 2016, 106 ff.

⁵⁸ Beispiele sind <<https://www.flightright.de/>>, <<https://myflyright.com/>> oder <<https://www.airhelp.com/>>.

⁵⁹ § 308 Nr. 9 lit. a BGB i.d.F. Gesetzes für faire Verbraucherverträge vom 10.8.2021 (BGBl. I 3433).

Neben der prozessökonomischen Wirkung erweist sich allerdings als besonderes Paradigma des gesetzlich pauschalierten Schadensersatzes gerade die verhaltenssteuernde Wirkung.⁶⁰ Insofern weicht gesetzliche deutlich von vertraglicher Schadensersatzpauschalierung ab. Die verhaltenssteuernde Wirkung besteht in erster Linie gegenüber dem potenziellen Schädiger. Er wird durch die gesetzliche Pauschalierung vom schädigenden Leistungsstörungsverhalten abgeschreckt, weil es unrentabel gemacht wird. Rechtsökonomisch betrachtet wirkt gesetzlich pauschalierter Schadensersatz dadurch verhaltenssteuernd, dass der Gesetzgeber eine ökonomische Rentabilität für den potenziellen Schädiger erzeugt, größere Anstrengungen zu unternehmen, um eine Leistungsstörung und den dafür gesetzlich pauschalierten Schadensersatz zu vermeiden. Der potenzielle Schädiger wird seine Aufwendungen und Kosten der Leistungsanstrengung erhöhen, um den gesetzlich pauschalierten Schadenskosten zu entgehen.⁶¹

Diese Verhaltenssteuerung wird durch Skaleneffekte, die mit dem gesetzlich pauschalierten Schadensersatz in den massenartigen Leistungsstörungsfällen einhergehen, verstärkt. Denn wenn beispielsweise eine Fluggesellschaft einen Flug annulliert, sind alle Fluggäste dieses Fluges betroffen und können die Fluggesellschaft jeweils – unter den gerade beschriebenen erleichterten prozessualen Voraussetzungen – auf den gesetzlich pauschalierten Schadensersatzbetrag in Anspruch nehmen, der sich somit vervielfacht; für die Fluggesellschaft lohnt es sich daher eher, in weitergehende Vorkehrungen zu investieren, um eine Annullierung zu vermeiden. Außerdem verhindert die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung dadurch, dass sie nur Mindestbeträge vorgibt, worauf noch einzugehen sein wird,⁶² eine Gefahr des Anreizes zum „effizienten Rechtsbruch“, bei dem es für den Schädiger lohnenswert sein könnte, die Kompensation in Kauf zu nehmen statt (größere) Leistungsanstrengungen zu unternehmen.⁶³ Der Gesetzgeber stellt des Weiteren sicher, dass manipulative Maßnahmen des Schädigers zur Umgehung des gesetzlich pauschalierten Schadensersatzes oder zur Abwendung der Haftungsfolgen zumindest in gewissem Maße unterbunden werden, die sonst die Präventionswirkung vereiteln könnten.⁶⁴ Schließlich lässt sich auch die Befürchtung widerlegen, dass von der Verhaltenssteuerung

⁶⁰ Ausführlicher *Ungerer*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 256 ff.

⁶¹ Ebd., S. 263 ff. Zum zugrundeliegenden Modell, das allerdings auf Leistungsstörungsfälle zu adaptieren ist, siehe *Guido Calabresi*, *The Costs of Accidents*, Yale University Press 1970, insbes. s. 24 ff. Zum Zahlungsverzug vgl. auch *Klaus Schlobach*, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Nomos 2004, S. 170 ff., und zur Fluggastenschädigung *Christian Heinze*, *Schadensersatz im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck 2017, S. 452 f.

⁶² Siehe unten, 6.

⁶³ Zum „effizienten Rechtsbruch“ und seiner Verhinderung durch verhaltenssteuernden Schadensersatz *Andreas Engert*, *Der effiziente Rechtsbruch – Schadensersatz als Richtigkeitsgewähr in der privatrechtlichen Verhaltenssteuerung*, in: Peter Bydlinki (Hrsg.), *Prävention und Strafsanktion im Privatrecht*, Österreich 2016, S. 95 ff.

⁶⁴ Beispielsweise wirkt der deutsche Gesetzgeber der Vereinbarung von überlangen Zahlungsfristen, die den gesetzlich pauschalierten Verzugsschadensersatz unterlaufen würden, durch entsprechende Maßgaben des AGB-Rechts in § 308 Nr. 1a BGB entgegen. Problematischer ist die Situation allerdings beim sog. *schedule padding* im Luftverkehr, gegen das es bisher kaum Möglichkeiten zur staatlichen Begrenzung gibt.

gegenüber dem potenziellen Schädiger nennenswerte adverse Effekte zulasten der Geschädigten ausgehen würden, wie insbesondere Fluggesellschaften gerne behaupten. Zwar werden Fluggesellschaften die Kosten, die ihnen aufgrund gesetzlich pauschalierter Schadensersatzforderungen entstehen, an alle Kunden durch Einpreisung weiterreichen, jedoch sind die Aufschläge so gering, dass sie für den einzelnen Kunden kaum ins Gewicht fallen;⁶⁵ zudem stehen Fluggesellschaften in einem Preiswettbewerb, sodass sie sich allzu hohe Aufschläge (aufgrund ihrer im Marktvergleich schlechten Leistungserfüllung und daher hohen Schadensersatzforderungen) gar nicht leisten können, wenn sie keine Kunden an die Konkurrenz verlieren wollen.⁶⁶

Mit Blick auf den Geschädigten wird durch die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung ferner erreicht, dass er stärker dazu motiviert wird, seinen Schadensersatzanspruch tatsächlich geltend zu machen. Ein besonderer Anreiz kann ein überkompensatorischer windfall profit⁶⁷ sein, wodurch umgekehrt der Schädiger zu einem Verhalten der Leistungsstörungenvermeidung bewegt werden kann. Mit der Geltendmachung seines eigenen Anspruchs wird der Geschädigte außerdem wie ein private attorney general tätig, der die wohlfahrtsmindernden Verhaltensweisen der Leistungsstörungen sanktioniert, für die der Gesetzgeber den Schadensersatz pauschaliert hat.⁶⁸

5. Schranken für die Abweichung von gesetzlichen Schadensersatzpauschalen

Da die gesetzlichen Schadensersatzpauschalen mehr oder minder starre Vorgaben der Entschädigung sind, muss man der Frage nachgehen, ob und inwiefern der Gesetzgeber eine privatautonome Abweichung von seinen Regelungen zulässt. Denn soweit eine Abweichung zugelassen wird, könnten die soeben analysierten Wirkungen dieses gesetzgeberischen Instruments vereitelt werden; andererseits soll das gesetzgeberische Instrument die Privatautonomie der Betroffenen nicht unangemessen über seine Zwecke und Funktionen hinaus einschränken. Anders formuliert lautet die Frage daher, welche Schranken der Gesetzgeber für die privat-konsensuale Modifikation oder gänzliche Abbedingung von gesetzlichen Schadensersatzpauschalen vorsieht, also Räume für private Regelung belassen hat oder aber aus volkswirtschaftlichen Gründen keine Abweichung gestattet. Soweit Vertrags- und Marktmechanismen wirken und keine volkswirtschaftliche Brisanz der ordnungsgemäßen Leistungserbringung besteht, kann und sollte eine Abweichung durchaus zugelassen werden. Dies führt

⁶⁵ Vgl. Steer Davies Gleave, Exploratory study on the application and possible revision of Regulation 261/2004, Final Report, Juli 2012 (im Auftrag der Europäischen Kommission), Rn. 7.90.

⁶⁶ Vgl. sogar ERA study into Regulation EU261: passenger compensation for delayed or cancelled flights, September 2019, S. 41.

⁶⁷ Thomas Dreier, Kompensation und Prävention, Mohr Siebeck 2002, S. 549ff.; Brigitta Lurger, Verhaltenssteuerung im EU-Privatrecht, in: Peter Bydlinski (Hrsg.), Prävention und Strafsanktion im Privatrecht, Österreich 2016, S. 135, 152ff.

⁶⁸ Vgl. *Perrone v. Gen. Motors Acceptance Corp.*, 232 f.3d 433, 436 (5th Cir. 2000) zu statutory damages. Ebenso *Sheila B. Scheuerman*, Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions, Missouri Law Review 74 (2009), 103, 111.

zu einem ausdifferenzierten, bisweilen komplexen System der Abbedingungs-schranken, wie es beim Beispiel des Zahlungsverzugs besonders deutlich wird.⁶⁹

Der Gesetzgeber gestattet die Abbedingung der gesetzlich pauschalierten Verzugszinsen bei anderen Geldschulden als Entgeltforderungen innerhalb der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grenzen. Die Parteien können also konsensual eine andere Regelung treffen, sofern dies insbesondere nicht der AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB zuwiderläuft. Die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung stellt daher eine lediglich dispositive Kompensation von Verzugs-schäden bei einfachen Geldschulden dar und führt nicht zu einer Verdrängung der Vertrags- und Marktmechanismen.

Handelt es sich hingegen um eine Entgeltforderung, dann bestimmen die Schranken von § 288 Abs. 6 Sätze 1, 2 und 4 BGB, ob und wie weit eine privat-autonome Modifikation zulässig ist. Die Disponibilität des gesetzlichen Verzugs-regimes ist eingeschränkt, um die pünktliche Vergütung für Waren- und Dienst-leistungen in der Volkswirtschaft sicherzustellen. Die Abbedingungsschranken differenzieren zunächst nach der Person des Schuldners,⁷⁰ da die Vorgaben der europäischen Zahlungsverzugs-Richtlinien für B2B-Entgeltforderungen gel-ten;⁷¹ gegenüber Verbraucherschuldnern überwiegt der Verbraucherschutz und nicht die Allokationseffizienz im Zahlungsverkehr. Nur für unternehmerische Schuldner erfolgt sodann eine Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Abwei-chung. „Im Voraus“ ist eine vollständige Abbedingung nicht zulässig,⁷² was wie-derum auf europäischer Richtlinienvorgabe beruht.⁷³ Der deutsche Gesetzgeber gestattet aber die Abbedingung im Nachhinein, um eine Einigung zwischen den Parteien etwa im Rahmen eines Vergleichs, der zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossen wird, zu ermöglichen.⁷⁴ Im Voraus ist eine teilweise Modifikation aber dann zulässig, wenn sie den gesetzlich pauschalierten Verzugs-schadensersatzanspruch lediglich beschränkt. Für eine solche Beschränkung und ebenso für eine teilweise oder auch vollständige Abbedingung im Nachhinein fordert das Gesetz, dass die Modifikation „im Hinblick auf die Belange des Gläubigers“ nicht „grob unbillig“ ist.⁷⁵ Denn es soll kein Missbrauch der Abbedingungsfrei-heit zum Nachteil des Gläubigers oder Dritter erfolgen, indem dem Schuldner Liquidität auf Gläubigerkosten und auf Kosten des Kapitalverkehrs gewährt wird. Soweit die privatautonome Abbedingung nicht gegen die gesetzgeberi-schen Ziele der Schadensersatzpauschalierung verstößt, ist nichts gegen das Wir-ken der Vertrags- und Marktmechanismen einzuwenden.

⁶⁹ Dazu ausführlich Ungerer, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 93 ff.

⁷⁰ § 286 Abs. 6 S. 4 BGB.

⁷¹ Entgeltforderungen „im Geschäftsverkehr“, Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU (so auch schon Art. 1, Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2000/35/EG).

⁷² § 288 Abs. 6 S. 1 BGB.

⁷³ Art. 7 Abs. 2 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU.

⁷⁴ BT-Drs. 18/1309, S. 19f. Siehe auch zur unionsrechtlichen Zulässigkeit EuGH 16.2.2017 – C-555/14 (*IOS Finance EFC*), ECLI:EU:C:2017:121.

⁷⁵ § 288 Abs. 6 S. 2 a. E. BGB.

Hinsichtlich des Beitreibungskostenbetrags von 40 Euro schreibt der Gesetzgeber vor, dass die vollständige Abbedingung der Pauschale „im Zweifel als grob unbillig anzusehen“ ist.⁷⁶ Der Gesetzgeber erlaubt es nicht, dass der Geschäftsverkehr die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung für Beitreibungskosten umgeht. Der Gesetzgeber lässt aber eine teilweise Abbedingung der Pauschale unter Umständen zu. Zwar ist eine solche Reduzierung des Betrags nicht in § 288 BGB vorgesehen, jedoch gestattet die Zahlungsverzugs-Richtlinie, die den Mindestpauschalbetrag von 40 Euro vorgibt,⁷⁷ eine teilweise Abbedingung, wenn der Schuldner „einen objektiven Grund für die Abweichung [...] von dem Pauschalbetrag gemäß Art. 6 Abs. 1 hat.“⁷⁸ Das Merkmal der groben Unbilligkeit in § 288 Abs. 6 BGB, an dem die Wirksamkeit einer Reduzierung der Pauschale im Sinne einer teilweisen Abbedingung zu messen ist, kann man daher richtlinienkonform wie folgt auslegen: Eine Reduzierung ist soweit zulässig, wie sie durch einen objektiven Grund gerechtfertigt ist. Nicht der Gesetzgeber bestimmt also abstrakt-generell anstelle von Vertragsparteien und Marktakteuren, welcher Beitreibungskostenbetrag angemessen ist; er überlässt es vielmehr ihnen. Ihre Betragsbemessung ist allerdings der richterlichen Kontrolle unterworfen – dieselbe Absicherung wie für AGB-Schadensersatzpauschalen in § 309 Nr. 5 BGB. Beispielsweise kann man daran denken, dass die Parteien die 40 Euro auf einen Pauschalbetrag reduzieren, der den branchenüblichen, durchschnittlichen Beitreibungskosten entspricht, ähnlich zu der Anforderung in § 309 Nr. 5 lit. a BGB.⁷⁹ Die gesetzliche Vorgabe von 40 Euro stellt mithin eine Zweifelsregelung oder default rule dar.

Anders als beim gesetzlich pauschalierten Schadensersatz für Zahlungsverzug erlaubt die Fluggastrechte-Verordnung keine privatautonome Modifikation, Reduktion oder gar Abbedingung der gesetzlichen Pauschale. Zum Nachteil des Fluggasts dürfen die Fluggastrechte nicht eingeschränkt werden.⁸⁰ Auch im TKG ist die Modifikation der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierungen einseitig eingeschränkt bzw. halbzwingend gestaltet, da eine Abweichung zum Nachteil des Nutzers weitgehend ausgeschlossen ist.⁸¹ Dies ist verständlich angesichts des Umstands, dass die gesetzlichen Schadensersatzpauschalierungen im Flugverkehr und bei Internetanschlüssen von vornherein nötig waren, um auf das Versagen der privaten Vertrags- und Marktmechanismen bei der Leistungsstörungsfolgenbewältigung zu reagieren. Daher wäre von einer privatautonomen Abweichung vom gesetzlichen Ausgleich in aller Regel zu erwarten, dass die Verschiebung zu Lasten des Fluggasts bzw. Nutzers aufgrund der faktischen Markt- und Informationsüberlegenheit der Fluggesellschaft bzw. des Internetanbieters erfolgen würde.

⁷⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 3 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU.

⁷⁷ Art. 6 Abs. 1 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU.

⁷⁸ Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU.

⁷⁹ Siehe oben, I. 2.

⁸⁰ Art. 15 Fluggastrechte-Verordnung.

⁸¹ § 71 Abs. 1 TKG. Dies gilt allerdings mit Einschränkungen, beispielsweise gegenüber gewerblichen Endnutzern; siehe *Ungerer*, ZIP 2022, 979, 987.

6. Weitergehender Schadensersatz

In umgekehrter Richtung zur Reduzierung der gesetzlichen Schadensersatzpauschalen ist sodann zu fragen, ob und wie ein Geschädigter Schadensersatz über die gesetzlichen Pauschalen hinaus geltend machen kann. Diese Frage ähnelt der bereits oben diskutierten Frage zum weitergehenden Schadensersatz bei vertraglichen Schadensersatzpauschalen, bei denen insbesondere die bewusst zu niedrige vertragliche Pauschalierung als Problem erörtert wurde. Würden sich gesetzliche Schadensersatzpauschalen – etwa in Zukunft aufgrund mangelnder Anpassung an die Inflationsentwicklung – als zu niedrig bemessen erweisen, ohne dass Geschädigte einen im Einzelfall eingetretenen, höheren Schaden geltend machen könnten, wäre an den Wirkungen und an der Wirksamkeit des gesetzgeberischen Instruments zu zweifeln.

Alle benannten Beispiele des gesetzlich pauschalierten Schadensersatzes sehen jedoch nur typisierte Mindestbeträge vor. Der geschädigte Gläubiger kann, wenn ihm ein weitergehender Schaden im konkreten Einzelfall entstanden ist, der den gesetzlichen (oder – soweit zulässig – vertraglich reduzierten) Pauschalbetrag übersteigt, Ersatz bis zum vollständigen Ausgleich geltend machen. Dies ist ein entscheidendes Wesensmerkmal der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung und belegt zum einen, dass die gesetzlichen Pauschalbeträge wirklich nur so hoch bemessen sein müssen, dass sie den typisierten Mindestschaden kompensieren (und dementsprechend nur in manchen Einzelfällen, aber nicht regelmäßig überkompensatorisch ausfallen), also typischerweise keine bewusste und gewollte Benachteiligung des Schädigers erstreben. Zum anderen ist damit die Gefahr gebannt, dass sich die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung gerade in besonders schwerwiegenden, eher atypischen Schadensfällen als Fluch statt Segen für den Geschädigten erweist. Dadurch wird vor allem sichergestellt, dass das gesetzgeberische Instrument nicht mit dem schadensrechtlichen Prinzip der Totalreparation kollidiert, sondern es dem Geschädigten unbenommen lässt, nach allgemeinen Schadensersatzregelungen einen vollständigen Ersatz zu erreichen.

So ist der geschädigte Gläubiger beim Zahlungsverzug durch die deutsche gesetzliche Regelung nicht daran gehindert, einen weitergehenden Schadensersatz geltend zu machen.⁸² Dies ist allerdings keine Selbstverständlichkeit, wie ein Blick in andere europäische Rechtsordnungen zeigt: manche gesetzliche Verzugsregime begrenzen den Schadensersatz bei Zahlungsverzug grundsätzlich auf die gesetzlichen Pauschalen, beispielsweise in Spanien,⁸³ Frankreich⁸⁴ und in den Niederlanden;⁸⁵ damit erspart man Parteien und Gerichten zwar den komplizierten Streit um einen über den gesetzlich pauschalierten Verzugszins hinausgehenden Schadensersatz. Aus ebendiesem Grund hält man sich im skan-

⁸² § 288 Abs. 4 BGB. Dazu ausführlicher *Ungerer*, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 99 ff.

⁸³ Art. 1108 spanischer Código civil.

⁸⁴ Art. 1153 französischer Code civil bis zur Reform 2016; materiell unverändert nun in Art. 1231-6.

⁸⁵ Art. 6:119 niederländisches Burgerlijk Wetboek.

dinavischen Rechtskreis in der Rechtspraxis sogar ohne gesetzliche Beschränkung mit der Geltendmachung weitergehenden Schadensersatzes zurück.⁸⁶ Damit verwehren diese Staaten Zahlungsgläubigern, denen höhere individuelle Verzugschäden entstanden sind, jedoch jede Möglichkeit des Ersatzes bis zum vollen Ausgleich. Eine Begründung für diese Deckelung bzw. Ausschließlichkeit der Pauschalierung folgt nicht mehr daraus, dass der Gesetzgeber bei einer gleich- und massenartigen Leistungsstörung eingreift, die nicht durch Vertrags- und Marktmechanismen beherrschbar ist. Vielmehr liegt eine überschießende Regulierung vor, wenn der Gesetzgeber „besserwisserisch“ nicht daran glaubt, dass dem individuellen Geschädigten ein höherer Schadensnachweis gelingen wird, und dem Geschädigten daher paternalistisch ein solcher Nachweis prinzipiell verboten wird. Dann schwingt liberaler Paternalismus, dem eine Mindestpauschalierung nicht fremd ist, in schädlichen, autoritären Paternalismus um.

Praktisch relevant kann Verzugschadensersatz jenseits der gesetzlichen Pauschalen sehr wohl für einen Gläubiger werden, dem besonders hohe Kreditzinsen infolge des Zahlungsausstands entstanden sind (etwa weil er selbst keine hohe Kreditwürdigkeit genießt und seinen Überbrückungskredit nur gegen Risikoaufschläge erhält oder weil er mit der ausstehenden Zahlung langfristige Kredite ablösen wollte und nun einen kurzfristigen Überbrückungskredit zu hohem Zins in Anspruch nehmen muss). Diesem schutzwürdigen Gläubiger, der sich selbst bereits in einem finanziellen Engpass befindet, aber zum legalen Mittel der Kreditaufnahme statt der illegalen Krediterzwingung durch seinerseitigen Zahlungsverzug greift, räumt der deutsche Gesetzgeber immerhin die Chance auf weitergehenden Verzugschadensersatz ein und beschränkt den Ersatz seiner Schäden nicht paternalistisch auf die Pauschalen. Um umgekehrt das schadensrechtliche Bereicherungsverbot zu wahren, werden allerdings die gesetzlichen Verzugszinsen und der Beitreibungskostenbetrag auf den konkret nachgewiesenen Schaden angerechnet.

Auch bei der Fluggastentschädigung stellt die Verordnung explizit klar, dass weitergehender Schadensersatz jenseits der gesetzlichen Pauschale geltend gemacht werden kann,⁸⁷ denn nach dem ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 genannten Telos der Fluggastrechte-Verordnung legt sie nur „Mindestrechte für Fluggäste“ fest. Zu bedenken ist auch bei der Fluggastentschädigung die entsprechende Anrechnungsvorschrift.⁸⁸

Internetnutzer können bei Internetanschlusstörungen grundsätzlich ebenfalls weitergehenden Schadensersatz geltend machen unter Anrechnung auf die gesetzlichen Pauschalen.⁸⁹

⁸⁶ Axel Flessner, Geldersatz bei Zahlungsverzug – Eine Skizze zum europäischen Vertragsrecht, in: *Mélanges Fritz Sturm*, Bd. 2, Ed. Juridiques de l'Université de Liège 1999, S. 1165, 1173.

⁸⁷ Art. 12 Abs. 1 S. 1 Fluggastrechte-Verordnung. Dazu ausführlicher *Ungerer*, *Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz* (Fn. 28), S. 166 ff.

⁸⁸ Art. 12 Abs. 1 S. 2 Fluggastrechte-Verordnung.

⁸⁹ § 58 Abs. 3 S. 5 TKG, auf den auch von anderen gesetzlichen Schadensersatzpauschalierungsregelungen des TKG verwiesen wird.

7. Schranken für die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung

Abschließend ist noch auf den übergeordneten Gesichtspunkt der Schranken der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung einzugehen.⁹⁰ Bei der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung wurden oben als die maßgeblichen Schranken die Vorgaben der AGB-Kontrolle diskutiert, die sich aus dem einfachen Gesetz – §§ 305 ff. BGB – ergeben. Bei der Schadensersatzpauschalierung durch den einfachen Gesetzgeber kann es denklogisch nicht auf Vorgaben derselben normhierarchischen Ebene ankommen, sondern nur auf höherrangige. Für den deutschen Gesetzgeber sind mithin die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu betrachten und für den Unionsgesetzgeber, der die Fluggastrechte-Verordnung erlassen hat, die primärrechtlichen Vorgaben.

Anders als bei den Schranken der vertraglichen Schadensersatzpauschalierung, die eine Selbstbevorzugung des Verwenders entgegen dem Kompensationsprinzip und schadensrechtlichen Bereicherungsverbot sicherstellen müssen, verfolgen die Schranken für die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung, die sich aus höherrangigen Normen ergeben, außerdem ein anderes Ziel. Sie müssen vor allem als Garantien für den Schutz privater Freiheit und der Privatautonomie vor übermäßigem hoheitlichen Eingriff dienen. Gesetzliche Schadensersatzpauschalierung stellt einen (stärker) freiheitsbeschränkenden, hoheitlichen Eingriff dar, weil der Gesetzgeber nicht nur vorschreibt, *dass* eine Schadenskompensation zu erfolgen hat, sondern *unter welchen engen, spezifischen Voraussetzungen und in welcher exakten Höhe*, die zur Erfüllung der Präventionsfunktion auch über die reine Kompensationsfunktion hinausgehen kann. Da der Staat aber – anders als beispielsweise bei Bußgeldern – die Schadensersatzpauschalbeträge nicht selbst vereinnahmt, sondern nur gegenüber einem Schädiger vorgibt, wie viel dieser an den Geschädigten zu zahlen hat, kann nicht von einem Bedürfnis nach Schutz des Schädigers vor einseitiger Selbstbevorzugung des *Staats* gesprochen werden. Vielmehr muss der Schädiger davor geschützt werden, dass der Staat sich übermäßig für den Geschädigten einsetzt und damit eine ansonsten wohlfahrtsfördernde Tätigkeit des Schädigers ökonomisch übermäßig erschwert. Es handelt sich hier also um einen Balance-Akt zwischen Paternalismus gegenüber dem (potenziell) leistungsstörenden Schuldner einerseits und einer verhältnismäßigen Stärkung der Prozessökonomie bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bzw. einer Verhaltenssteuerung zur Leistungsstörungsvermeidung andererseits.

Nach den jeweils einschlägigen Vorgaben des Grundgesetzes und des Primärrechts verfügt der deutsche bzw. Unionsgesetzgeber beim Instrument der Schadensersatzpauschalierung – ähnlich wie bei jeder anderen Rechtsetzung im Privatrecht – über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Dies gilt in besonderem Maße hinsichtlich der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, ob aufgrund privater, wirtschaftlicher oder sozialer Machtgefälle Asym-

⁹⁰ Zu den höherrangigen Rahmenbedingungen siehe ausführlicher Ungerer, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 175 ff.

metrien bestehen, die sein Eingreifen erforderlich machen.⁹¹ Weder der grundrechtliche Schutz privater Freiheit noch prozessuale Verfahrensgarantien, wie sie vom Grundgesetz⁹² oder der Grundrechte-Charta⁹³ gewährt werden, stehen einer Schadensersatzpauschalierung durch den Gesetzgeber entgegen.

Die entscheidenden höherrangigen, verfassungsrechtlichen Schranken für den nationalen Gesetzgeber sind das Übermaßverbot als Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Willkürverbot, Art. 20 Abs. 3 GG. Die entsprechende primärrechtliche Schranke für den Unionsgesetzgeber ist das (allgemeine) Verhältnismäßigkeitsprinzip,⁹⁴ das insofern über seine kompetenzrechtliche Funktion in Art. 5 Abs. 4 EUV hinausgeht und von der europäischen Grundrechte-Charta in deren Art. 52 Abs. 1 S. 2 explizit gewährleistet wird. Bezogen auf die gesetzliche Schadensersatzpauschalierung im Privatrecht bedeutet das Übermaßverbot bzw. das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass der Gesetzgeber beim Schadensausgleich unter den Privaten zwar den Schädiger im Verhältnis zum Geschädigten nicht übermäßig in seiner Handlungsfreiheit belasten darf, sofern der Geschädigte nicht darauf angewiesen ist. Bis zur Grenze des Übermaßverbots darf der Gesetzgeber seinen Spielraum aber ausschöpfen. So muss es dem Gesetzgeber gestattet sein, pauschalierten Schadensersatz für gleich- und massenartig auftretende Leistungsstörungen anstelle der versagenden privaten Vertrags- und Marktmechanismen so zu erlassen, dass eine effektive Kompensation und Prävention der mikro- und makroökonomischen Nachteile erfolgen kann. Der Gesetzgeber darf mit einer solchen Schadensersatzpauschalierung insbesondere die Vereinfachung der Durchsetzung von Schadensersatz und die Abschreckung von leistungsstörenden Verhaltensweisen bezwecken. Die verfassungs- bzw. primärrechtliche Grenze für den Gesetzgeber wäre erst überschritten, wenn er exorbitante und ruinöse Pauschalbeträge festlegen würde, die den Schädiger im Haftungsfall existenziell belasteten.⁹⁵

In den bisherigen Fällen der gesetzlichen Schadensersatzpauschalierung, die eingangs als Beispiele aufgezeigt wurden, hat sich der Gesetzgeber innerhalb dieser Schranken bewegt, auch wenn die Beträge nicht auf reine Kompensation beschränkt sind, sondern auch Präventionsfunktionen haben. Für künftige Schadensersatzpauschalierungen durch den Gesetzgeber in anderen, geeigneten Leistungsstörungsfällen ist zu bedenken, dass – anders als bei den vertraglichen Schadensersatzpauschalierungen – eine gesetzliche Schadensersatzpauscha-

⁹¹ BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 255; *Christian Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), 69, 76.

⁹² Art. 2 Abs. 1; dazu siehe im steuerrechtlichen Kontext BVerfG 8.7.2021 – 1 BvR 2237/14 und 1 BvR 2422/17, BVerfGE 158, 282, Rn. 117 unter Bezugnahme auf BVerfG 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217, 248, Rn. 116. Art. 103 f. GG; BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 293; *Schlobach*, Präventionsprinzip (Fn. 63), S. 417 ff., insbes. s. 424 ff.

⁹³ Insbesondere Art. 49 GRCh.

⁹⁴ EuGH 9.11.2010 – C-92/09 (*Schecke*), ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 65 und 74; EuGH 6.3.2014 – C-206/13 (*Siragusa*), ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 34.

⁹⁵ Diese Kriterien nennt *Claus-Wilhelm Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsführung und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993, 995 und 1001.

lierung nicht nur innerhalb der Schranken zu erfolgen hat, sondern auch eine Gebotenheit der Pauschalierung nach höherrangigen Vorgaben bestehen kann. Der Gesetzgeber kann demnach unter gewissen Umständen dazu verpflichtet sein, Schadensersatzansprüche in pauschalierter Form vorzusehen: dies kann aus Gründen der Widerspruchsfreiheit und Systemgerechtigkeit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips geboten sein, wenn verwandte Konstellationen bereits gesetzlich pauschaliert worden sind und es keine sachlichen Gründe zur Differenzierung gibt.⁹⁶

III. Zusammenfassung

Schadensersatzpauschalierung zielt in jedem Fall – sowohl in Verträgen als auch durch den Gesetzgeber – auf eine Vereinfachung der Entschädigung. Bei vertraglicher Pauschalierung wird mit der AGB-Kontrolle sichergestellt, dass die Pauschalierung dem strengen Kompensationsprinzip folgt.

Gesetzliche Schadensersatzpauschalierung verfolgt nicht nur das Ziel der Entschädigungsvereinfachung, sondern ermöglicht häufig erst eine typisierte Mindestentschädigung in mikro- und makroökonomisch kritischen Leistungsstörungsfällen, in denen es massenhaft zu gleichförmig konkreten Schäden kommt, bei deren Folgenbewältigung private Vertrags- und Marktmechanismen versagen. Dabei sind die gesetzlichen Schadensersatzpauschalen so bemessen, dass sie grundsätzlich die Kompensationsfunktion, aber darüber hinaus auch eine Präventionsfunktion erfüllen. Denn die Pauschalen können im Einzelfall überkompensatorisch ausfallen und daher eine Leistungsstörung für den potenziellen Schädiger wirtschaftlich besonders unattraktiv machen. Der Gesetzgeber stellt durch geeignete Schrankenbestimmungen sicher, dass eine privatautonome Modifikation der gesetzlichen Schadensersatzpauschalen nur insoweit zugelassen wird, wie sie nicht zu einer Ausnutzung der faktischen Markt- und Informationsüberlegenheit einer Vertragspartei führt. Geschädigte können außerdem – wie bei vertraglichen Schadensersatzpauschalen – stets weitergehenden Schadensersatz geltend machen, wobei es eine Anrechnung der gesetzlichen Pauschalen gibt. Schranken für den Gesetzgeber bei der Schadensersatzpauschalierung ergeben sich aus dem höherrangigen Recht, nämlich dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot als Verhältnismäßigkeitsprinzip und Willkürverbot sowie dem primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip.

⁹⁶ Dazu ausführlicher Ungerer, Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz (Fn. 28), S. 180 ff. und 289 ff.