



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Article
scientifique

Commentaire

1989

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 et 101, 325

Flessner, Axel; Kadner Graziano, Thomas

How to cite

FLESSNER, Axel, KADNER GRAZIANO, Thomas. Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 et 101, 325. In: JuS. Juristische Schulung, 1989, p. 879–885.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44527>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

ein verlangte Schadensersatz, und zwar Ersatz der Kosten der Werbung für die Veranstaltung (28000 DM). Der BGH (8. Zivilsenat) wertete das Verhalten der Stadt als Vertragsbruch, den Ersatzanspruch lehnte er jedoch ab.

Im zweiten, hier zu besprechenden Fall („Ferienhaus“) trafen Eheleute in einer umfangreichen Scheidungsvereinbarung eine Bestimmung auch über das komfortable Schweizer Ferienhaus, das der Ehefrau gehörte. Der Ehemann und die gemeinsamen Kinder, für die er das Sorgerecht erhielt, sollten es jedes Jahr in den Schulferien benutzen dürfen. Die Frau hielt sich aber nicht daran; sie verweigerte in den folgenden Jahren die Benutzung und verkaufte schließlich das Haus. Vater und Kinder verbrachten die Ferien auf andere Weise. Der Vater verlangte Schadensersatz für die Nichtüberlassung des Ferienhauses, bemessen nach den Aufenthaltskosten in vergleichbar komfortablen Hotels, wenn er mit den Kindern dort die Ferien verbracht hätte. Der BGH (IVb-Zivilsenat) billigte den Ersatzanspruch zu.

I. Widersprüche

Die Entscheidungen liegen miteinander im Widerspruch. In beiden Fällen hatte der Kläger einen vertraglichen Anspruch auf eine zeitlich begrenzte Nutzung von Räumen, der nicht erfüllt wurde. Die Vorenthaltung der Benutzung des Ferienhauses ergab einen Ersatzanspruch, die Vorenthaltung der Stadthalle nicht. Im Fall der Stadthalle konnte der Kläger auf Kosten hinweisen, die ihm entstanden und durch den Vertragsbruch nutzlos geworden waren; sie wurden ihm nicht ersetzt. Im Fall des Ferienhauses hatte der Kläger über einen Aufwand, der ihm vor oder nach der Gebrauchsvorenthaltung entstanden sei, überhaupt nichts vorgetragen; der Ersatzanspruch wurde ihm gleichwohl zugebilligt. In diesem Fall meinte der BGH, die Tatsache, daß die Beklagte gegen die vertragliche Hauptleistungspflicht verstoßen habe, spreche für die Ersatzfähigkeit der geltend gemachten Position¹. Aber auch im Fall der Stadthalle hatte die Beklagte gegen ihre vertragliche Hauptleistungspflicht verstoßen, und doch gewährte der BGH keinen Ersatz.

Die Entscheidungen stehen auch im Widerspruch, jede auf eine andere Weise, zu dem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 9. 7. 1986, durch welchen in grundsätzlicher Weise die Frage nach Geldersatz für bloßen Gebrauchsentsgang geklärt werden sollte². In jenem Fall wurde Ersatz verlangt für die zeitweilige Nichtbewohnbarkeit eines Einfamilienhauses, das durch eine unerlaubte Handlung beschädigt worden war; der Eigentümer hatte sich während dieses Zeitraums ohne zusätzlichen finanziellen Aufwand behelfsmäßig anderweitig untergebracht. Der Große Senat entschied, daß dem Eigentümer eine Entschädigung für den Gebrauchsentsgang jedenfalls dann gebührt, wenn es um „Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die eigene Lebenshaltung“³ geht, deren zeitweiliger Entzug sich „auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt“⁴. Das Wohnen im eigenen Haus sei ein solcher „zentraler . . .“ Posten der eigenen Wirtschaftsführung⁵, der erzwungene vorübergehende Auszug als solcher verdiene daher Ersatz.

Der Große Senat hatte seine Entscheidungsbegründung allerdings, dem Vorlagefall entsprechend, vorsichtig begrenzt: „jedenfalls“ der Gebrauchsverlust „infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum“ könne ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein⁶. Es ist aber zu bezweifeln, ob diese Beurtei-

Entscheidungsrezensionen

Professor Dr. Axel Flessner und Rechtsreferendar Thomas Kadner, Frankfurt

Neue Widersprüche zum Gebrauchsentsgang – BGHZ 99, 182 und 101, 325*

Im ersten Fall („Stadthalle“) mietete ein Verein mit politischer Zwecksetzung eine Stadthalle, um dort einen Vortrag zu veranstalten. Eintrittsgeld sollte nicht erhoben werden. Am Tag vor dem Vortragsabend erklärte die Stadt, die Stadthalle könne nicht zur Verfügung gestellt werden, da Gegendemonstrationen an Ort und Stelle zu befürchten seien; die bereits erhaltene Miete zahlte sie zurück. Der Verein protestierte erfolglos, der Vortrag mußte ausfallen. Der Ver-

* Urt. v. 10. 12. 1986 – VIII ZR 349/87 = JuS 1987, 489 Nr. 3 (V. Emmerich) = NJW 1987, 831. – Urt. v. 16. 9. 1987 – IVb ZR 27/86 = JuS 1988, 485 Nr. 5 (V. Emmerich) = NJW 1988, 251. – §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

1) BGHZ 101, 333.

2) Beschl. des Großen Senats für Zivilsachen des BGH v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 = BGHZ 98, 212.

3) BGHZ 98, 212 (220), ähnlich S. 222f.

4) BGHZ 98, 223.

5) BGHZ 98, 224.

6) BGHZ 98, 224.

lung sich auf deliktische Sachverhalte begrenzen läßt⁷. Aus dem Gesetz ist eine Unterscheidung zwischen deliktischer und vertraglicher Schadenshaftung nicht herzuleiten; es behandelt Schaden und Schadensersatz für beide Haftungsgründe einheitlich. Geht man davon auch weiterhin aus, so zeigt sich im Fall der Stadthalle: die organisierte Verbreitung des Gedankenguts gehört zum statutarischen Lebenszweck eines politischen Vereins; die unbegrenzten Ausweichmöglichkeiten einer natürlichen Person (etwa: statt politisch zu wirken, Kohl anzubauen) hat er vermutlich schon nach seiner Satzung nicht. Die Verweigerung der vertraglich versprochenen Stadthalle traf den Verein deshalb in seinem (notwendigerweise) eng gefaßten Existenzzweck, besonders da sie eine Vereinsveranstaltung vereitelte, die langfristig und aufwendig vorbereitet war⁸. Nach den Überlegungen des *Großen Senats*, übertragen auf Vertragsfälle, hätte der Verein Ersatz verdient. In dem Fall des Ferienhauses dagegen handelte es sich eindeutig nicht um „ein Wirtschaftsgut von zentraler Bedeutung für die eigene Lebenshaltung“, selbst wenn man bedenkt, daß die Beteiligten offenbar in guten Einkommens- und Vermögensverhältnissen lebten. In diesem Fall ließ sich ein Ersatzanspruch mit den Formeln des *Großen Senats* also nicht begründen.

II. Erklärungen

Sind die Widersprüche zu erklären und damit vielleicht aufzulösen?

1. Im Fall der Stadthalle hielten sich die Gerichte (und die Parteien) offenbar daran, daß der Verein den Ersatz der „nutzlos aufgewendeten Kosten“ verlangte, der Fall also gar nicht als einer des Gebrauchsentsgangs aufgezo-gen war. Gegen den Kostenersatz konnte eingewendet werden, daß die Kosten unabhängig vom Vertragsbruch entstanden waren (die Werbung für den Vortrag war ja schon lange vorher betrieben worden) und daß auch die Vereitelung („Frustrierung“) des Nutzens, den sie dem Verein bringen sollten, keinen ersatzfähigen Schaden darstellte. Der BGH gab beiden Einwänden nach. Entscheidend war für ihn letztlich, daß der Vortrag (wegen des freien Eintritts) keine kommerziell kalkulierte Veranstaltung sein sollte, die Vereitelung der Werbewirkung und des Vortrages selbst daher nur die ideellen Zwecke des Vereins beeinträchtigt; der Schaden sei somit nur immateriell und deshalb gemäß § 253 nicht ersatzfähig⁹.

Der Rückgriff auf § 253 erscheint fragwürdig. Denn die Stadt schuldete ja die Überlassung eines Raumes, nicht die Unterstützung einer politischen (ideellen) Zweckverfolgung, und der Verein hatte dafür und für die Werbung Geld zu zahlen. Kann der Wegfall solcher Güter, die gegen Geld erworben werden mußten, immaterieller Schaden sein? Wenn es so wäre, könnten Institutionen ohne Erwerbszweck (Parteien, Stiftungen, nichtwirtschaftliche Vereine, Wohlfahrtsverbände) nur noch Verträge zweiter Klasse, nämlich mit minderem Haftungsschutz gegen Vertragsverletzung, abschließen: die geplante Aktivität ist durch den Vertragsbruch vereitelt, eine Nachholung aber ebenfalls, weil das Geld dafür ersatzlos verloren ist.

Die Argumentation des BGH zu diesem Punkt und auch diejenige zur Kausalität und „Frustrierung“ soll hier nicht im einzelnen behandelt werden¹⁰. Zu fragen ist vielmehr, warum der BGH bei der gegebenen Begründung *stehengeblieben* ist. Denn vorgetragen (und unstreitig) war im Prozeß jedenfalls der Sachverhalt der Vorenthaltung der Raumnutzung. Wenn der BGH in der Ferienhaus-Entscheidung den Nutzungsentsgang als solchen für einen ersatzfähigen Schaden hielt, hätte er auch den Stadthallen-Fall unter diesem Aspekt rechtlich würdigen müssen, da das Gericht an die Rechtsansichten der Parteien nicht gebunden ist. Der nutzlos gewordene Werbeaufwand war dann nicht der zu ersetzende Schaden, sondern nur ein Umstand, der (über den vereinbarten, aber zurückgezählten Mietzins hinaus) die Bemessung des im Gebrauchsents-

gang selbst liegenden Schadens ermöglichte. Denn die Nutzungsmöglichkeit hatte für den Verein einen höheren Wert, nachdem sie durch einen umfangreichen Werbeaufwand publik gemacht war; der vereinbarte Mietzins allein drückte den Wert der Nutzungsmöglichkeit nun nicht mehr hinreichend aus. Wenn dem BGH die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz insoweit noch nicht genügten und ihm die Sache daher noch nicht entscheidungsreif erschien (oder er die Sache nicht selbst entscheiden wollte), hätte er nach § 565 I ZPO zurückverweisen müssen. In ihrem tatbestandlichen Kern sind die Fälle der Stadthalle und des Ferienhauses vergleichbar, und die Entscheidungen stehen deshalb in einem so noch nicht erklärten Widerspruch.

2. Im Fall des Ferienhauses nahm der BGH von dem Stadthallen-Urteil in den Entscheidungsgründen keine Notiz. So ersparte er sich, auf die Seltsamkeit einzugehen, die darin liegt, daß die Nutzung eines bezahlten Vortragssaals für eine Veranstaltung, die mit erheblichen Kosten vorbereitet werden muß, angeblich keine Vermögensinteressen des Veranstalters berührt, während die Nutzung eines Ferienhauses, die rein privaten Erholungszwecken dient und ohne spezifiziertes Entgelt in einer Scheidungsvereinbarung versprochen wurde, ohne weiteres dem Vermögensbereich zugeschlagen wird. Der Senat geht in dieser Entscheidung aber ein auf die Frage, ob die Geldentschädigung für Gebrauchsentsgang, die der Große Senat in dem Wohnhaus-Fall jedenfalls für deliktische Schädigungen begründet hat¹¹, auch bei Nichterfüllung von Verträgen angebracht ist. Er bejaht die Entschädigung jedenfalls für den Fall, daß ein Vertrag nicht erfüllt wird, der Gebrauchsüberlassung auf Zeit vorsieht. Ein solcher Vertrag „führt zur Absonderung des Gebrauchsrechts vom Eigentum und begründet seine Selbständigkeit als Vermögensgut“¹². Die Beeinträchtigung des Gebrauchsrechts geschehe durch die Nichterfüllung auch nicht – wie in anderen Fällen – „beiläufig“, sondern aus einem Verstoß „gegen die eigentliche Leistungspflicht“¹³.

Ob diese Differenzierung nach dem Vertragstypus die Dauer trägt, muß bezweifelt werden, da sie auf die schon bisher fruchtlose Diskussion um die Trennbarkeit oder Untrennbarkeit von Gebrauchswert und Substanzwert einzugehen versucht¹⁴. Das Abstellen auf die Gebrauchsüberlassung als vertragliche Hauptleistung trägt jedenfalls nicht die weitere Folgerung, die hier anscheinend stillschweigend gezogen wird: daß es im Vertragsrecht nicht darauf ankommen soll, ob – wie der Große Senat für deliktische Schädigungen postuliert hat¹⁵ – die Vorenthaltung des Gebrauchs „ein Wirtschaftsgut von zentraler Bedeutung für die eigene Lebenshaltung“ betrifft. Daß hier im konkreten Fall, und abstrakt jedenfalls für den vertraglichen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung, in klarer Abweichung von den vorsichtigen Äußerungen des Großen Senats judiziert wird, bleibt in der Begründung unerwähnt.

7) Vgl. schon Rauscher, NJW 1986, 2012f., 2018; Flessner, JZ 1987, 281; Schiemann, JuS 1988, 25; Mertens bezeichnet das „Prinzip der Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit“ als „maßgebliche Leitlinie“ des Schadensrechts (in: Soergel, BGB, 11. Aufl. [1986], Vorb. § 249 Rdnr. 14 u. 17f.); der 5. Zivilsenat des BGH ließ die Frage, ob sich die Kriterien aus dem Beschluß des Großen Senats auf Vertragsfälle übertragen lassen, in einer nachfolgenden Entscheidung ausdrücklich offen, NJW 1987, 771 (772); für Einheitlichkeit und Übertragbarkeit der Kriterien neuestens das LG Tübingen, NJW 1989, 1613.

8) Statt des „Vereins mit politischer Zwecksetzung“, in diesem Falle einer rechtsgerichteten Vereinigung, lassen sich ohne weiteres auch gemeinnützig handelnde Organisationen denken.

9) BGHZ 99, 182 (198).

10) Dazu z. B. Stoll, JZ 1987, 517ff.; Emmerich, JuS 1987, 489f.

11) BGHZ 98, 212.

12) BGHZ 101, 325 (332).

13) BGHZ 101, 333.

14) S. dazu schon Flessner, JZ 1987, 272f., und Magnus, Schaden und Ersatz, 1987, S. 145.

15) BGHZ 98, 212 (224).

3. Es gibt nach alledem keine Eigenarten der zwei Fälle, welche die widersprüchlichen Entscheidungen und ihre Gegensätzlichkeit zur Entscheidung des *Großen Senats* rechtfertigen können. Eine Erklärung der Widersprüchlichkeit gibt nur der dogmatische Rahmen, in welchem der *BGH* zu operieren versucht. Der dogmatische Rahmen ist die wohlbekannte „Differenzhypothese“; der *BGH* hat sie in beiden hier kommentierten Entscheidungen und auch im Beschluß des *Großen Senats* zum Ausgangspunkt seiner Begründungen gemacht¹⁶.

Nach dieser Begründungsweise ist der Vermögensschaden eine negative Vermögensdifferenz; die Feststellung eines Schadens setzt voraus „einen rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte. ... Bei der Nichterfüllung eines Vertrages liegt der Schaden grundsätzlich in der Differenz zwischen der vorhandenen Vermögenslage und derjenigen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung eingetreten wäre“¹⁷. In der Ferienhaus-Entscheidung gelangte der *BGH* so zur Bejahung eines Ersatzanspruchs, in der Stadthallen-Entscheidung lehnte er ihn ab.

Dieser dogmatische Rahmen ist in Fällen der vorliegenden Art nicht mehr geeignet, die Entscheidung über die Ersatzpflicht tatsächlich zu tragen¹⁸. Der *Große Senat* des *BGH* selbst relativiert den Geltungsbereich der Differenzhypothese in Anlehnung an eine inzwischen ständige Rechtsprechung¹⁹, indem er ausführt, sie sei „normativ eingebunden“ und bedürfe eines „ergänzenden Wertansatzes“, denn „ohne Erweiterungen“ müsse „der Schadensausgleich zu unbefriedigenden Ergebnissen führen“²⁰. Er stellt schließlich auch fest, das BGB habe die „Begriffe“ Vermögen und „Vermögensschaden“ nicht festgelegt und auch die Differenzhypothese sei im Gesetz nicht festgeschrieben²¹. Die verschiedenen Gesichtspunkte, unter denen der *BGH* die Differenzhypothese ergänzt (Kommerzialisierungsgedanke, Ausrichtung an Verkehrsanschauungen, Aspekt der Fühlbarkeit etc.), werden aber oft widersprüchlich verwandt und sind in der Literatur ganz überwiegend und zum Teil auch in der Rechtsprechung selbst auf Ablehnung gestoßen²². Übergreifende Konzepte sind auf diesem Gebiet nicht mehr erkennbar, so daß der *BGH* inzwischen immer mehr darauf bedacht ist, seine Entscheidungen auf die jeweils vorliegende spezielle Fallkonstellation zu beschränken. Er formuliert jeweils sinngemäß, „jedenfalls eine solche Beeinträchtigung“ stelle „einen ersatzfähigen Vermögensschaden dar“²³. Eine übersichtliche und nachvollziehbare Rechtslage kann auf diesem Weg kaum zustande kommen²⁴.

Wie die vorliegenden, widersprüchlichen Entscheidungen belegen, ist mit dem herkömmlichen Lösungsweg des *BGH* aber auch eine „wertungskonforme Koordinierung der einzelnen Rechtsfortbildungen“²⁵ offensichtlich nicht mehr zu gewährleisten. Auch konnte nicht verhindert werden, daß der *BGH* grundsätzlich vergleichbare Fälle unter gänzlich unterschiedlichen Gesichtspunkten entschied: Obwohl es in beiden Fällen um ein Problem des Nutzungsentsgangs ging, tauchten entsprechende Erwägungen in der Stadthallen-Entscheidung überhaupt nicht auf.

III. Eine Alternative

Wenn eine Dogmatik ihre Ordnungs- und Führungsfunktion nicht mehr erfüllt, können die leitenden und zusammenhaltenden Ideen durch neue dogmatische Konzepte (Theorien)²⁶, durch andere als dogmatische Methoden (z. B. Fallanalogie²⁷, Rechtsvergleichung²⁸, ökonomische Analyse des Rechts²⁹) und schließlich durch Rückbesinnung auf das Gesetz zu gewinnen sein. Im folgenden soll versucht werden, für das hier behandelte Problem des Gebrauchsentsgangs (und darüberhinaus generell für das Schadensersatzrecht) das Gesetz selbst zu reaktivieren.

1. Nach dem *System des BGB* ist zu trennen zwischen (1) dem Schaden, (2) der Ersatzpflicht und (3) dem Mittel (andere sagen: der Art und Weise) und dem Umfang des geschuldeten Ersatzes. Der Schaden ist Teil des Tatbestandes der haftungs-

begründenden Norm (die wichtigsten sind §§ 280, 286, 325, 326, 823), die Ersatzpflicht ist ihre Rechtsfolge. Erst das Mittel (Naturalherstellung oder Geld) und der Umfang des Ersatzes werden in §§ 249–253 festgelegt.

Der erste Schritt des haftungsrechtlichen Gedankens muß deshalb sein, einen Schaden und die übrigen haftungsbegründenden Umstände festzustellen – und damit ist dieser Schritt auch abgeschlossen. Für die Feststellung eines Schadens ist nun ohne eine Differenzbetrachtung im Wortsinne, auf deutsch: eine *Unterschiedsbetrachtung*, gar nicht auszukommen³⁰; denn Schaden ist ein negativer Zustand, und negativ kann man ihn nur nennen, wenn man sagen kann, welcher andere Zustand positiv wäre. Die Schadensbestimmung erfordert also einen *Vergleich* zweier Zustände und ihre *Bewertung*; sie besteht daher notwendig aus einem faktischen und einem normativen Element.

Die Schwäche der üblich gewordenen Betrachtungsweise liegt demnach nicht eigentlich im Beharren auf der Differenzhypothese, sondern darin, daß man auch die Bestimmung des Mittels und des Umfangs des Ersatzes nach §§ 249 ff. noch als ein Problem der Schadensfeststellung behandelt, mit anderen Worten: daß nicht ausreichend zwischen Schaden und seinem Ersatz unterschieden wird. Man zieht vielmehr sämtliche Begründungselemente für einen Schadensersatzanspruch, die das Gesetz deutlich auseinanderhält, in einen Begriff zusammen. Das deutlichste Zeichen dafür ist, daß in allen Lehrbüchern, Kommentaren und auch Monographien „der Schaden“ als das Zentralthema der §§ 249 ff. behandelt wird³¹. Der Schadensbegriff wird damit überlastet durch Aufgaben, die das Gesetz ihm nicht zugeordnet hat, und die §§ 249 ff. werden verfremdet, weil ihre eigenen Tatbestände und Rechtsfolgen nur als Ausdruck und Hilfsmittel für die Schadensbestimmung verstanden werden. Hierdurch tritt Verwischung ein. Sie zeigt sich in dem Zentralbegriff dieser Betrachtungsweise, dem „ersatzfähigen Vermögensschaden“.

16) BGHZ 98, 212 (217); 99, 182 (196); 101, 325 (330).

17) BGHZ 101, 325 (330).

18) Hagen spricht davon, daß die Differenzhypothese bei der Verneinung von Ersatzansprüchen zur „alleinigen (Schein-) Begründung verwendet“ wird (in: Festschr. f. Hauß 1978, S. 102).

19) S. z. B. BGHZ 45, 212 (218), VI. Senat; BGHZ 71, 234 (240), VII. Senat; BGHZ 74, 231 (233), VII. Senat; BGH, NJW 1978, 262, V. Senat; BGH, NJW 1980, 775 (776), V. Senat; BGH, VersR 1980, 480 (481), VII. Senat.

20) BGHZ 98, 212, Zitate auf S. 217, 221, 220.

21) BGHZ 98, 217.

22) Für die „ungewöhnlich heftige Kritik“ vor der Entscheidung des *Großen Senats* s. die Nachweise im Vorlagebeschluß, NJW 86, 2037 (2038), und auch die Stellungnahme des V. Senats selbst (2038); vgl. auch Magnus (o. Fußn. 14), S. 1–3 m. w. Nachw.; für die Kritik danach etwa Rauscher, NJW 1987, 53 f.

23) So etwa in BGHZ 98, 212 (224), oder BGHZ 101, 325 (332); mit gleicher Tendenz auch BGHZ 99, 81 (87) („Fliesenleger“).

24) Hagen stellt dazu fest, „daß der *BGH* auf den verschiedensten Wegen jeweils zu dem ihm gebotenen Ergebnis gelangt ist“, aaO (o. Fußn. 18), S. 99; Magnus bezeichnet die Rechtsprechung als „weitgehend atomisiert“, „übergreifende Gesichtspunkte und Regeln haben abgedankt“, aaO (o. Fußn. 14), S. 1, es handele sich um ein „Geflecht einzelner, immer kleinerer Fallgruppen“ (S. 4).

25) Vgl. Hagen (o. Fußn. 18), S. 102: „eine wertungskonforme Koordinierung der einzelnen Rechtsfortbildungen im Schadensrecht ... tut not“.

26) So z. B. Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des SchadensR, 1981.

27) So Flessner, JZ 1987, 271.

28) Flessner, JZ 1987, 271; Magnus, Schaden und Ersatz, 1987.

29) So z. B. Ott-Schäfer, Lehrb. der ökonomischen Analyse des Rechts, 1986, S. 185 ff., und ZIP 1986, 613; Kötz, DeliktsR, 4. Aufl. (1988), S. 177 f.

30) So treffend schon Zeumer, AcP 163 (1963), 381 ff.; klärend auch Staudinger-Medicus, BGB, 12. Aufl. (1983), § 249 Rdnrn. 4 ff., 7 ff.

31) Staudinger-Medicus, Vorb. §§ 249–254 Rdnrn. 32 ff., § 249 Rdnrn. 4 ff.; Soergel-Mertens, Vorb. § 249 Rdnrn. 41 ff.; Grunsky, in: Münch-Komm., 2. Aufl. (1985), Vorb. § 249 Rdnrn. 6 ff.; H. Lange, Schadensersatz, 1979 § 1 ff.; Esser-Schmidt, SchuldR I, 6. Aufl. (1984), § 31; Magnus (o. Fußn. 14), S. 5, 9 ff., 283 ff.

Repräsentativ für die herrschende Auffassung sind die folgenden Sätze:

„Die Frage, ob überhaupt ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist, gehört zum Tatbestand der Anspruchsnorm . . . Dagegen steht die Frage nach dem Umfang des zu ersetzenden Schadens meist auf der Rechtsfolgenseite der Anspruchsnorm“³²

Wenn man das gesetzliche System zugrundelegt, sind diese Sätze ungenau. Die hauptsächlichen Anspruchsnormen des BGB unterscheiden auf der Tatbestandsseite nicht zwischen ersatzfähigem und nicht ersatzfähigem Schaden. Es ist gerade ein wesentlicher Zug des deutschen Schadensrechts, daß jeder Schaden zu ersetzen ist, wenn die übrigen haftungsbegründenden Voraussetzungen (Rechts- oder Pflichtverletzung, Kausalität, Verschulden, sonstige Zurechnung) vorliegen. Und auf der Rechtsfolgenseite behandeln die Anspruchsnormen des BGB nicht mehr den Schaden und seinen Umfang, sondern die Verpflichtung zum Ersatz, und diese wird auch nicht in der Anspruchsnorm, sondern erst in deren Ergänzungsstück, den §§ 249–254, unterschieden nach dem Mittel des Ersatzes (Naturalherstellung oder Geld) und dem Umfang des Ersatzes (ganz oder teilweise)³³.

2. Betrachtet man mit dieser genaueren Orientierung am Gesetz unsere Ausgangsfälle, so ist eindeutig, daß in beiden Fällen ein Schaden vorlag: Die Einbuße lag darin, daß die Gläubiger (politischer Verein, geschiedener Ehemann) nicht die Raumnutzung hatten, die ihnen nach den Verträgen versprochen war. Denn Schaden ist nach allgemeiner Auffassung zu verstehen im Sinne von Einbuße, Verlust, Nachteil³⁴ – diskutiert wird in der Literatur nur, aus welchem gedachten positiven Zustand man diese Negativbeschreibung einer Güterlage begründen soll³⁵. Für juristische Zwecke kann es eigentlich keinen Zweifel geben, daß dieses wertende Element des Schadensbegriffes aus dem Recht selbst begründet werden muß. Daher gilt: Schaden ist die Einbuße, die im Widerspruch steht zu der vom Recht für eine bestimmte Person vorgesehenen Güterlage. Der Schaden der Gläubiger (politischer Verein, geschiedener Ehemann) lag also schon darin, daß sie das, was das Recht (der Vertrag) ihnen versprochen hatten.

Mit dieser Feststellung hat der Schadensbegriff seine Funktion vorläufig erfüllt. Zu fragen war nun, ob und in welcher Höhe die Gläubiger den erhobenen Anspruch auf Ersatz in Geld hatten. Nach § 249 S. 1 BGB hat der Ersatzgläubiger zunächst nur Anspruch auf Naturalherstellung. Die Schuldner (Stadt, geschiedene Ehefrau) hafteten hier allerdings auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus §§ 280, 325, 326 oder positiver Forderungsverletzung³⁶. Diese Haftung bedeutet, daß der Erfüllungsanspruch selbst nicht mehr besteht. Daraus wird im allgemeinen hergeleitet, daß der Gläubiger auch auf die Naturalherstellung nach § 249 S. 1 nicht mehr verwiesen ist, da dies sinnwidrig doch auf die Wiederbelebung des Erfüllungsanspruchs hinauslaufen würde³⁷. Diese Ansicht verkennt jedoch den Sinn der Naturalrestitution. Sie soll dem Ersatzgläubiger nicht (wieder) verschaffen, was er hatte oder von Rechts wegen hätte haben müssen, sondern kann realistisch nur darauf gerichtet sein, ihn möglichst nahe an diesen Zustand heranzubringen, ihm einen wirtschaftlich gleichwertigen Ersatz in Natur zu verschaffen³⁸.

So gesehen hatte daher der politische Verein gegen die vertragsbrüchige Stadt aus § 249 S. 1 zunächst nur den Anspruch auf Beschaffung einer gleichwertigen Halle und gleichwertiger Publizität für den Vortrag, der Ehemann und Vater gegen seine geschiedene Frau einen Anspruch auf Stellung eines gleichwertigen Ersatz-Ferienhauses. Zu einem Geldanspruch konnten sie nur kommen unter den Voraussetzungen der nachfolgenden §§ 250 und 251. Diese Voraussetzungen waren aber gewiß gegeben. Die Fristsetzung nach § 250 S. 1 war entbehrlich, weil in beiden Fällen nach dem Verhalten der Schuldner alsbald feststand, daß sie auch den Anspruch auf Ersatzstellung

nicht erfüllen wollten³⁹. Man konnte aber auch i. S. von § 251 I Unmöglichkeit oder Unzulänglichkeit der Ersatzstellung annehmen, nachdem im Fall der Stadthalle der angekündigte Vortragstermin und im Fall des Ferienhauses die Schulferien der Kinder verstrichen waren.

3. Problematisch ist bei diesem Begründungsweg allenfalls die Bemessung des Geldanspruchs. Da der Geldersatz nach der Konzeption des Gesetzes an die Stelle des Anspruchs auf Naturalherstellung tritt, erscheint es sinnvoll, den geschuldeten Geldbetrag zu bemessen nach den Kosten, die für die Naturalherstellung erforderlich waren. Im Fall der vorenthaltenen Stadthalle war danach derjenige Betrag geschuldet, der für die Ersatzanmietung und die Schaffung der entsprechenden Publizität infolge der Vertragsaufsage auszugeben war. Insoweit waren auch die Werbeaufwendungen ersatzfähig, allerdings nicht diejenigen für die ausgefallene Vortragsveranstaltung, sondern die durch den Ausfall erneut notwendig gewordenen. Im Fall des Ferienhauses schuldete die Ehefrau grundsätzlich Ersatz der Aufwendungen, die für eine Ersatzanmietung eines Ferienhauses erforderlich wurden⁴⁰.

Die herrschende Auffassung erschwert sich diese Lösung unnötig, indem sie den Geldersatz nach § 249 S. 2 und die Geldentschädigung nach § 251 grundsätzlich unterscheidet und entsprechend unterschiedlich bemessen will: Der Geldersatz nach § 249 S. 2 sei Restitution, daher nach den erforderlichen Restitutionskosten zu bemessen, der Geldersatz nach § 251 sei Kompensation und deshalb (?) zu bemessen nach dem verletzten „Wertinteresse“ des Geschädigten⁴¹. Diese Unterscheidung wird vom Gesetz nicht gemacht und sie ergibt sich auch nicht aus seiner Entstehungsgeschichte. In den Materialien werden vielmehr die Begriffe „Geldersatz“ und „Geldentschädigung“ unterschiedslos verwendet. Es ging in den Beratungen allein darum, ob der Ersatzschuldner primär oder erst sekundär zur Geldzahlung verpflichtet sein sollte. Man entschied sich für die zweite Lösung, Naturalersatz sollte das Ausgangsprinzip sein (§ 249 S. 1). Die weiteren Vorschriften (§§ 249 S. 2, 250, 251, 253) sind deshalb alle eine

32) Medicus, Bürgerliches Recht, 14. Aufl. (1989), Rdnr. 815, 816.

33) Es ist deshalb auch ungenau, wenn umgekehrt den §§ 249–254 die Funktion zugeschrieben wird, neben Art und Umfang des Ersatzes auch den „Inhalt des Schadens“ zu bestimmen; so – wiederum stellvertretend für die ganz herrschende Auffassung – Staudinger-Medicus, Vorb. §§ 249–254 Rdnr. 1.

34) Vgl. Larenz, SchuldR I, 14. Aufl. (1987), § 27 IIa; vgl. auch die Formulierungen bei Staudinger-Medicus, Vorb. §§ 249–254 Rdnr. 33 und bei Lange, aaO (o. Fußn. 31).

35) Vgl. die Nachweise bei Staudinger-Medicus aaO (o. Fußn. 34).

36) Der BGH legte sich in den Entscheidungen zwischen § 325 und positiver Forderungsverletzung nicht fest, da alle Anspruchsgrundlagen zu derselben Rechtsfolge – Schadensersatz wegen Nichterfüllung – führten, so ausdrücklich BGHZ 99, 182 (189).

37) Zum Meinungsstand s. Emmerich, in: MünchKomm., § 325 Rdnr. 36 m. w. Nachw.; Staudinger-Medicus, § 249 Rdnr. 201; Soergel-Mertens, § 249 Rdnr. 15.

38) H. Lange (o. Fußn. 31), § 5 II; Staudinger-Medicus, § 249 Rdnr. 203; Larenz (o. Fußn. 34), § 28 I (S. 472); Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 192 ff.; so auch schon Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. (1954), § 18 (S. 84): „Genau denselben Zustand herzustellen ist selbstverständlich unmöglich . . . Es kann nur die Herstellung eines im wesentlichen gleichen, d. h. eines wirtschaftlich gleichen Zustandes angestrebt werden“.

39) Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung wird hier in gleicher Weise angenommen wie in entsprechenden Fällen nach § 326, Soergel-Mertens, § 250 Rdnr. 3; Staudinger-Medicus, § 250 Rdnr. 7; H. Lange, (o. Fußn. 31), § 5 VI 2.

40) In dem so viel diskutierten Theaterkarten-Fall (s. dazu etwa Medicus [o. Fußn. 32], Rdnr. 822) ist danach der Betrag zu ersetzen, der für den erneuten Kauf einer Theaterkarte erforderlich geworden ist.

41) Zur h. M. s. Staudinger-Medicus, § 249 Rdnr. 212 f., § 251 Rdnr. 2 f.; Soergel-Mertens, § 249 Rdnr. 2, 19; Grunsky, in: MünchKomm., § 251 Rdnr. 6; Erman-Sirp, BGB, 7. Aufl. (1981), § 251 Rdnr. 8; Esser-Schmidt (o. Fußn. 31), § 32 I 2a; Larenz (o. Fußn. 34), § 28 I (S. 468); neuerdings Karakatsanes, AcP 189 (1989), 19; a. A. Keuk (o. Fußn. 38), S. 23.

Antwort auf dieselbe Frage: ob und wann der Gläubiger stattdessen Geld verlangen darf oder sich damit zufrieden geben muß⁴². Es hat sich auch gezeigt, daß die von der herrschenden Auffassung gewollte Unterscheidung in der Praxis nicht durchzuhalten ist. Ob Geldersatz nach § 250 Kompensation oder Restitution ist, wird kontrovers beurteilt⁴³. Ob Entschädigung für Gebrauchsentsgang bei Sachbeschädigung Restitution nach § 249 S. 2 oder Kompensation nach § 251 I ist, wird mal so, mal so gesehen⁴⁴, und selbst bei der Geldentschädigung wegen Zerstörung einer Sache, die zweifellos ein Fall des § 251, nicht des § 249 S. 2 ist, billigt man die Wiederbeschaffungskosten zu, also einen Geldersatz nach dem Maß des Herstellungsaufwandes, der in § 249 S. 2 ausgedrückt wird⁴⁵.

Die herrschende Auffassung sagt dazu: „Die Grenzen zwischen Restitution und Kompensation haben sich allerdings in mancher Hinsicht verwischt“⁴⁶. Sie haben aber nach dem Gesetz nie bestanden. Der Geldersatz ist vielmehr generell so zu bemessen, daß der Geschädigte wenigstens mit Geld so gestellt wird, wie er ohne das Schadensereignis gestanden hätte. Für unsere Ausgangsfälle bedeutet dies eine Entschädigung, die den Verein in die Lage versetzte, den Vortrag (mit Werbung) anderwärts nachzuholen, und dem geschiedenen Vater erlaubte, für sich und die Kinder ein vergleichbares Ersatzferienhaus zu beschaffen. Es leuchtet ein, daß es bei dieser Betrachtungsweise weder darauf ankommt, ob der Gläubiger Ausgaben für diese Zwecke bereits gemacht hat, noch darauf, welche weiteren Zwecke er mit der Ersatzbeschaffung verfolgte, seien sie politisches Wirken oder privates Erholen. Es kann für den Ersatzanspruch aber auch nicht darauf ankommen, ob der Geschädigte den Betrag in der Folge tatsächlich dafür einsetzen will, eine Ersatzveranstaltung durchzuführen oder ein Ersatzferienhaus anzumieten, und auch nicht darauf, zu welchem Zeitpunkt er sich insofern entscheidet. Beides unterliegt vielmehr seiner Dispositionsfreiheit – einem Grundsatz, von dem schon der historische Gesetzgeber ausgegangen ist⁴⁷.

IV. Vergleich

Wenn ein juristisches Konzept in engerer Anlehnung an das Gesetz begründet wird als ein anderes, mehr dogmatisch begründetes, muß es nicht deswegen schon das vorzugswürdige sein. Zum eigentlichen System des BGB sind inzwischen die juristischen Erfahrungen mehrerer Generationen getreten. Fast einhundert Jahre nach der Schaffung des Gesetzes darf deshalb die in Dogmatik gefaßte Vernünftigkeit, die sich aus solcher Erfahrung ergibt, gleiche Aufmerksamkeit beanspruchen wie der Systemplan des historischen Gesetzgebers. Leider ist es aber so, daß die durchgehende „Vernünftigkeit“ der Dogmatik des Schadensbegriffs sich immer mehr in einer an Einzelproblemen orientierten Praxis verliert, keine Zusammenhänge mehr herstellen kann⁴⁸. Hält man sich stattdessen an das Gesetz, wird vieles einfacher und besser erklärbar, und es zeigt sich, daß auch im Fall der Stadthalle Ersatz hätte zugesprochen werden müssen:

1. Man sollte beim Gebrauchsentsgang grundsätzlich keinen Unterschied machen zwischen den Fällen, in denen der Berechtigte sich einen Ersatz für die vorenthalte Sache schon besorgt hat, und den anderen, wie unseren Ausgangsfällen, in denen dies nicht geschehen ist. Diese Gleichschaltung beruht auf einer dem gesamten privaten Vermögensrecht zugrundeliegenden Wertung, die hier nicht erneut begründet werden soll⁴⁹. Ihren Platz im Gesetz hat die Gleichbehandlung beider Situationen – wie vorn beschrieben – im Schadensbegriff der Anspruchsnorm: Der Schaden liegt bereits darin, daß der Berechtigte (z. B. Vertragsgläubiger oder Sacheigentümer) nicht hat, was das Recht für ihn vorsah, und schon daraus folgt nach der Haftungsnorm der Ersatzanspruch; der Anspruch ist nach dem Gesetz nicht zusätzlich davon abhängig, daß, ob

und wann der Berechtigte die Ersatzbeschaffung schließlich mit Kostenaufwand selbst in die Hand genommen hat.

Hat er es getan, so kann man die Sache so sehen, daß er den „Erstschaden“, den Gebrauchsentsgang, insoweit beendet, aber dadurch in Gestalt des Kostenaufwands einen finanziellen Folgeschaden erlitten hat; dieser ist dann zu ersetzen durch (geldliche) Naturalherstellung nach § 249 S. 1. Oder man sieht in dem Vorgehen des Berechtigten seine Entscheidung, statt vom Schuldner nach § 249 S. 1 Stellung einer Ersatzsache zu verlangen, nun Zahlung eines Geldbetrages zu fordern, was bei Sachbeschädigung aus § 249 S. 2, in anderen Fällen aus §§ 250, 251 zu begründen ist. Bei dieser zweiten Sicht sind die tatsächlich aufgewendeten Kosten nicht der Schaden, der ersetzt wird, sondern nur Anhaltspunkt (allerdings ein sehr handgreiflicher) für den Betrag, der zur Ersatzbeschaffung „erforderlich“ war und deshalb statt Naturalherstellung geschuldet wird⁵⁰. Welchen Weg man dabei geht, darf für das Ergebnis keine Rolle spielen.

Nach der Rechtsprechung zu Gebrauchsbeschränkungen besteht nun kein Zweifel, daß in beiden Ausgangsfällen Kostenersatz zugebilligt worden wäre, wenn der politische Verein eine Ersatzveranstaltung mit entsprechender Werbung durchgeführt, der Ehemann ein Ersatzferienhaus angemietet hätte⁵¹. Dann durften die dafür notwendigen Beträge auch nicht verweigert werden, bevor der Betroffene (politischer Verein, geschiedener Ehemann) solche Ersatzmaßnahmen durchgeführt hatte; die Beträge waren vielmehr „erforderlich“, um die Gläubiger in Geld so zu stellen, wie sie bei Herstellung in Natur gestanden hätten.

2. Allgegenwärtig in der Diskussion über Schadensersatzrecht ist die Sorge vor einer „Ausuferung“ von Ersatzansprüchen, einer „Überentschädigung“⁵². Sie wird besonders aktiviert durch Forderungen nach Entschädigung für bloßen Gebrauchsentsgang, nach Verwendungsfreiheit für Schadensersatz, nach „Vorverlegung“ der Schadensbestimmung auf den Erstschaden. Die Sorge ist aber unbegründet. Gerade die klare Trennung zwischen dem Schaden und der Form seines Ersatzes (also zwischen Haftungsnorm und §§ 249 ff.) erschließt die Kriterien, die die Haftungsbelastung in vernünftigen Grenzen halten. Diese brauchen dann nicht mehr mühsam im Schadensbegriff selbst gesucht zu werden, sondern stehen im Gesetz und sind offen einsetzbar: Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Ersatzes (§§ 249, 251 II), Zumutbarkeit einer Schadenshinnahme durch den Geschädigten

42) In den zahlreichen Anträgen in der Zweiten Kommission zu diesem Punkt erscheinen die Inhalte der heutigen §§ 249 S. 2, 250, 251 in ganz unterschiedlicher Folge und Nebeneinanderstellung. Einen prinzipiellen Unterschied sah man zwischen ihnen nicht, s. Prot. I, S. 293 ff.; so auch noch *Enneccerus-Lehmann* (o. FuBn. 38), § 18 (S. 85 f.).

43) Zum Meinungsstand s. *Staudinger-Medicus*, § 250 Rdnrn. 2 ff. und *H. Lange* (o. FuBn. 31), § 5 VI 1.

44) Für § 249: *BGHZ* 66, 239 (249), sowie *Grunsky*, in: MünchKomm., § 249 Rdnr. 16, und wohl auch *H. Lange* (o. FuBn. 31), § 6 VII (S. 190); für § 251: *BGHZ* 45, 212 (221); 56, 214 (215), sowie *Soergel-Mertens*, § 249 Rdnr. 101; *Jauernig-Teichmann*, BGB, 4. Aufl. (1987), § 251 Anm. 2a, Vorb. §§ 249–253 Anm. III, 4; für § 250: *BGHZ* 40, 345 (351); unentschieden: *Staudinger-Medicus*, § 253 Rdnrn. 34 ff.

45) S. *Staudinger-Medicus*, § 251 Rdnr. 44 m. w. Nachw.

46) *Soergel-Mertens*, § 249 Rdnr. 3.

47) Vgl. die Nachweise bei *Karakatsanes*, AcP 189 (1989), 19 ff., insb. S. 21 ff.; zum Grundsatz der Verwendungsfreiheit in der Rechtsprechung des BGH ausführlich *BGHZ* 66, 239, und *BGHZ* 97, 14 (17 ff.), jeweils m. w. Nachw.

48) Vgl. schon o. I und II.

49) S. dazu schon *Flessner*, JZ 1987, 277 ff.

50) So in der Regel für die Fälle der Sachbeschädigung die Rechtsprechung, Nachw. bei *Soergel-Mertens*, § 249 Rdnr. 31; *Staudinger-Medicus*, § 249 Rdnrn. 223 ff.

51) Umfassende Nachw. der Rechtsprechung finden sich etwa bei *Magnum* (o. FuBn. 14), § 6.

52) Vgl. dazu etwa *Hagen* (o. FuBn. 18), S. 101 f.: es drohe eine „Tendenz zur Überdehnung“ und zur „Ausuferung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit“; *ders.*, JZ 1983, 835; *Littbarski*, Rechtstheorie 15 (1984), 190 ff.; *BGH*, NJW 1986 (Vorlagebeschluss), 2037 (2041).

selbst im Rahmen der sogenannten⁵³ Schadensminderungspflicht (§ 254 II)⁵⁴.

Unter diesen begrenzenden Regeln hat § 254 II eine besondere Bedeutung. In seinem Rahmen läßt sich offen werten und abwägen, inwieweit dem Geschädigten zumutbar war, auf grundsätzlich erforderliche Ersatzmaßnahmen im Rahmen der Verpflichtung zur Geringshaltung des Schadens (zumindest teilweise) zu verzichten oder sich (vorübergehend) auch einmal ohne Ersatz zu behelfen⁵⁵. Dem Geschädigten, dem unter Hinweis auf § 254 II Teile der erforderlich gewordenen Ersatzaufwendungen nicht erstattet werden, müßte dabei jeweils konkret dargelegt werden, was er nach Ansicht des Gerichts hätte tun können, um seiner Verpflichtung zur Schadensminderung gerecht zu werden oder weshalb es gerade ihm zumutbar war, sich (vorübergehend) ohne Ersatz zu behelfen (z. B. zu Fuß zu gehen, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen, vorübergehend ohne Yacht oder Pelzmantel auszukommen)⁵⁶. Durch Begründungen, die dies gewährleisten, dürfte eine Darlegung der wahren Entscheidungsgründe für die Zukunft erheblich gefördert werden; die Entscheidungen würden nachvollziehbarer und verständlicher. Dabei könnte dem § 254 II für die Haftungsbegründung auf lange Sicht eine ähnlich bedeutsame Funktion zukommen, wie sie § 276 im Rahmen der Haftungsbegründung schon lange besitzt: So wie im Rahmen des § 276 für den haftungsbegründenden Bereich umfangreiche Pflichtengruppen entwickelt wurden, könnten bei der Haftungsbegründung im Rahmen des § 254 II konsequent aufeinander abgestimmte Gruppen von Obliegenheiten zur Schadensminderung geschaffen werden; Erwartungen auf Ersatzansprüche ließen sich entsprechend steuern⁵⁷.

Was bedeutet all dies für unsere Ausgangsfälle? Im Stadthallen-Fall war ersatzfähig nur das, was an Werbeaufwendungen für eine Ersatzveranstaltung „objektiv erforderlich“ geworden war – mehr war auch nach § 249 nicht geschuldet. Hier konnte man auf vergleichbare Veranstaltungen und den dort gewöhnlich betriebenen Aufwand zurückgreifen. Übermäßiger, unverhältnismäßiger oder außergewöhnlicher Aufwand konnte so von der Ersatzfähigkeit ausgeschlossen und dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des Geschädigten zugeordnet werden.

Im Ferienhaus-Fall hätte man im Rahmen des § 254 II erwägen können, ob es dem Kläger nicht zumutbar gewesen wäre, sich – statt ein „First-Class-Hotel“ zu beanspruchen – mit einer komfortablen, aber weniger aufwendigen Ferienwohnung für sich und seine Kinder zu bescheiden (hierbei hätte man etwa berücksichtigen können, in welchem Rahmen die Kinder ihre Ferien bisher verbracht hatten). Im Stadthallen-Fall durfte demgegenüber auch eine weit verstandene Obliegenheit zur Schadensminderung nicht dazu führen, dem Kläger eine eventuelle Ersatzveranstaltung gänzlich ohne Werbung zuzumuten (ob er sie tatsächlich durchführte, unterlag – wie dargelegt – seiner Dispositionsfreiheit). Auch ein weit gefaßter § 254 II stand dem Anspruch auf Ersatz in Höhe der für eine solche oder ähnliche Veranstaltung üblichen Werbekosten daher nicht entgegen.

Das Gesetz enthält in den §§ 249 ff. somit Begriffe, mit denen sich Haftung sinnvoll begrenzen läßt. Sie sind zwar nicht geeignet, die Lösung des jeweiligen Falles unmittelbar vorzugeben. Zum einen hat sie aber bereits der Gesetzgeber als auslegungsbedürftige, aber eben auch auslegungsfähige Tatbestandsmerkmale vorgesehen. Zum anderen vollzieht der Richter in diesem Bereich gerade keinen Erkenntnisakt, sondern er trifft eine Willensentscheidung, bei der ihm Ermessen eingeräumt ist. In Anbetracht der Vielfalt der denkbaren Lebenssachverhalte gibt es in diesem Bereich hierzu auch keine Alternative. Was gegenüber der gegenwärtigen Situation aber erreicht werden kann, ist zum einen die „wertungskonforme Koordinierung der Rechtsfortbildungen“⁵⁸, zum anderen die nachvollziehbare Darlegung der Wertungen, die bei der Entscheidung tatsächlich maßgeblich waren. Beides läßt sich eher erreichen, wenn man dem Geschädigten nicht mit oft fadenscheiniger Begründung seinen Schaden bestreitet, sondern ihm erläutert, weshalb ein Ersatz für das vorent-

haltene Gut im konkreten Fall i. S. der §§ 249 ff. nicht erforderlich oder ihm der Verzicht auf den Ersatz (ganz oder teilweise) zumutbar war.

3. Rechtsprechung und Lehre zum Schadensersatzrecht leben in der *Furcht vor § 253*. Der Respekt vor dieser eigentlich am Rande des Schadensersatzrechts stehenden Vorschrift ist so groß, daß man ihr schon aus der Ferne Reverenz erweist, indem der Schadensbegriff selbst vorsorglich so verstanden wird („ersatzfähiger Schaden“), daß er nach Möglichkeit nur Vermögensschäden meint⁵⁹. So kommt es, daß klare Vermögenseinbußen ganz unnötig erst zu immateriellen erklärt werden, dann aber, wenn es unbehaglich wird, mit komplizierten Überlegungen, Appellen an Vernunft und Aufgeschlossenheit, doch unter größter Vorsicht, wieder zur Ersatzfähigkeit hoch- (oder herab-?) gestuft werden müssen⁶⁰.

Die klare Trennung zwischen Schaden und Ersatz, die das Gesetz vorzeichnet, reduziert § 253 auf die im Gesetz angelegte Funktion, Ausnahmenvorschrift zu sein. Die Vorschrift sollte nach der Vorstellung ihrer Verfasser verhindern, daß Höchstpersönliches zu Lasten Dritter finanziell ausgeschlachtet wird und daß es bei finanziell nicht faßbaren Lebensgütern zu willkürlich bemessenem Geldersatz kommt⁶¹. Man ist noch lange nicht in ihrer Nähe, wenn man zunächst nur fragen muß, ob die Vorenthaltung von Sachgebrauch ein Schaden ist, und auch wenn es dann um Ersatz dieses Schadens in Geld geht, kann allein durch den Wechsel von der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 zur Geldentschädigung nach §§ 250, 251 der Gebrauchsentsgang nicht zu einem Nichtvermögensschaden geworden sein⁶²; das zeigt sich auch darin, daß – wie schon dargelegt – auch der Geldersatz zu bemessen ist nach dem objektiv erforderlichen Aufwand für eine Ersatzbeschaffung, die der Naturalherstellung entspräche, nicht nach den willkürlichen persönlichen Wertvorstellungen des Geschädigten⁶³.

Gerade so lag es in den beiden Ausgangsfällen: Die Gläubiger (politischer Verein, geschiedener Ehemann) konnten verlangen, daß die vertragsbrüchigen Schuldner ihnen den erforderlichen und üblichen Aufwand für eine Ersatzveranstaltung

53) Bei der „Schadensminderungspflicht“ des § 254 II handelt es sich nicht um eine echte Rechtspflicht des Geschädigten, sondern eine sog. Obliegenheit, vgl. etwa Grunsky, in: MünchKomm, § 254 Rdnr. 2; krit. zum Begriff der Obliegenheit in diesem Zusammenhang Soergel-Mertens, § 254 Rdnrn. 2ff.

54) Dazu ausführlich Flessner, JZ 1987, 271 (279–282).

55) Vgl. Weyers, in: Hefte der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen dt. und ital. Juristen, 1973, S. 50: „§ 254 ... kann als dogmatischer Hebel mehr leisten, als man bislang von ihm gefordert hat“.

56) Vgl. Weyers (o. Fußn. 55), S. 50f.; § 254 enthält die – einzige – Ausnahme vom Prinzip der Totalreparation, vgl. dazu etwa Soergel-Mertens, § 254 Rdnr. 1.

57) Durchaus auch im Sinne einer „sozialorientierten Rücknahme von Schadensersatzforderungen“, vgl. Flessner, JZ 1987, 279; für eine „Sozialitätsschranke“ auch bereits Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 170 ff.

58) Vgl. Hagen (o. Fußn. 18), S. 102.

59) Repräsentativ z. B. Magnus (o. Fußn. 14), S. 9: Die Abgrenzung zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden „(hat) zentrale Bedeutung dafür erlangt ...“, ob eine Einbuße überhaupt ersatzfähig ist ... Die Suche nach dem Schadensbegriff ist damit die Suche nach dem Vermögensschadensbegriff“.

60) Über die Einschränkungsvorversuche an dem (zu weit) verstandenen § 253 übersichtlich Medicus (o. Fußn. 32), Rdnrn. 821 ff.; ebenso Staudinger-Medicus, § 253 Rdnrn. 11 ff.; zum Vertragsrecht sind besonders die Arbeiten von Stoll (Begriff und Grenzen des Vermögensschadens (1973) sowie die Beiträge in JZ 1975, 252 ff., und in: Festschr. f. Duden, 1977, S. 641 ff.) zu nennen; zum Deliktshaftungsrecht neuerdings Magnus (o. Fußn. 14) S. 303 f., 307 ff.

61) S. die Mot. II, S. 21 ff. zu § 221; vgl. Weyers (o. Fußn. 55), S. 48 f.; Rauscher, NJW 1986, 2017; Zeuner, JZ 1986, 396 f.; krit. zum Rückgriff auf § 253 auch Stoll, JZ 1987, 518.

62) So auch Rauscher, NJW 1986, 2014: „Unzutreffend ist nun aber jene schadensrechtliche Metamorphose, die durch schlichten Zeitablauf aus einem Vermögensschaden einen Nichtvermögensschaden werden läßt“.

63) Vgl. o. III 3; IV 2.

und ein Ersatzferienhaus vergüteten. Nicht entfernt kann in einer Ersatzwerbung für einen Vortrag und in einem Ersatzferienhaus für eine Familie etwas Höchstpersönliches und ökonomisch nicht Faßbares gesehen werden. Es erscheint deshalb richtig, daß im Ferienhaus-Fall der *IVb-Senat* den § 253 nicht einmal erwähnte, dagegen falsch, daß der *VIII. Senat* im Stadthallen-Fall die Vorschrift herangezogen hat. Eine Benachteiligung gemeinnützig handelnder Gläubiger, zu der diese Entscheidung wohl zwingend führen müßte⁶⁴, ist, wenn man sich an das Gesetz hält, in unserer Rechtsordnung nicht vorgesehen. Die erforderlichen Werbeaufwendungen wären auch im Stadthallen-Fall zu ersetzen gewesen.

64) Vgl. o. Fußn. 8 und Text nach Fußn. 9.