

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 264

**Naturalrestitution
beim Schadensersatz
wegen Nichterfüllung**

Von

Peer Gebauer



Duncker & Humblot · Berlin

PEER GEBAUER

**Naturalrestitution beim Schadensersatz
wegen Nichterfüllung**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 264

Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Von
Peer Gebauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gebauer, Peer:

Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung /

Peer Gebauer. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 264)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10673-3

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10673-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einführung in die Problematik	15
--------------------------------------	----

2. Kapitel

Überblick über den Meinungsstand	21
---	----

A. Die Auffassung der Gesetzesverfasser	21
B. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	23
I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei nachträglicher Unmöglichkeit	24
II. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Wegfall des Interesses des Gläubigers an der schuldnerischen Erfüllung	31
III. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei anfänglichem Unvermögen	33
IV. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Sach- und Rechtsmängeln	33
V. Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Sonderfällen	35

3. Kapitel

Kritik und eigener Ansatz	42
----------------------------------	----

A. Vorgehensweise	42
B. Die Möglichkeit der Naturalrestitution in den Fällen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung	43
I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei nachträglicher Unmöglichkeit	43
II. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Wegfall des Interesses des Gläubigers an der schuldnerischen Erfüllung	101
III. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei anfänglicher Unmöglichkeit	113
IV. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Sach- und Rechtsmängeln	131
V. Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Sonderfällen	174

4. Kapitel

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	203
---	-----

A. Die Struktur des Leistungsstörungenrechts	203
I. Die Unterscheidung zwischen Aufstockungs- und Bestandserhaltungspflichten	203

II. Die unterschiedlichen Fälle der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung bei Verletzung einer Aufstockungspflicht.....	204
B. Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung	209
I. Schadensersatz aufgrund nachträglicher zu vertretender Unmöglichkeit .	209
II. Schadensersatz aufgrund weggefallenem Gläubigerinteresse.....	210
III. Die „Schadensersatzhaftung“ bei Zusicherung als Fall einer Erfüllungshaftung.....	211
Anhang: Verhältnis der Thesen zur künftigen Entwicklung des Schuldrechts.....	212
Literaturverzeichnis	215
Sachwortverzeichnis	229

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung in die Problematik	15
--------------------------------------	----

2. Kapitel

Überblick über den Meinungsstand	21
---	----

A. Die Auffassung der Gesetzesverfasser	21
B. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	23
I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei nachträglicher Unmöglichkeit	24
II. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Wegfall des Interesses des Gläubigers an der schuldnerischen Erfüllung	31
III. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei anfänglichem Unvermögen ..	33
IV. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Sach- und Rechtsmängeln ...	33
V. Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Sonderfällen	35
1. Die Schadensersatzhaftung nach § 283 BGB	35
2. Die Schadensersatzhaftung nach § 179 I BGB	36
3. Die Schadensersatzhaftung nach § 286 I BGB	38
4. Die Schadensersatzhaftung nach § 628 II BGB	40
5. Die Schadensersatzhaftung aus pFV	40

3. Kapitel

Kritik und eigener Ansatz	42
----------------------------------	----

A. Vorgehensweise	42
B. Die Möglichkeit der Naturalrestitution in den Fällen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung	43
I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei nachträglicher Unmöglichkeit	43
1. Geschriebene Restitutionsausschlussgründe	43
a) Die mögliche inhaltliche Verschiedenheit von Erfüllung und Naturalrestitution	45
aa) Die Verschiedenheit in Fällen der „substitutiven“ Restitution	45
bb) Die Verschiedenheit in Fällen des weiterentwickelten Schadens	52

b)	Die Unterschiedlichkeit von leistungsstörungsrechtlicher und schadensersatzrechtlicher Unmöglichkeit	53
aa)	Die leistungsstörungsrechtliche Unmöglichkeit	54
(1)	Meinungsstand	54
(a)	Objektive Unmöglichkeit	54
(b)	Subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen)	58
(2)	Kritik und eigener Ansatz	59
(a)	Leistungsstörungsrechtliche Unmöglichkeit als das Vorliegen einer Leistungerschwernis, deren Überwindung der Schuldner nicht versprochen hat („überobligatorisches“ Leistungshindernis)	60
(b)	Irrelevanz der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit als Konsequenz des vertraglich-normativen Unmöglichkeitsbegriffs	75
(c)	Der Untergang der Leistungspflicht auch bei zu vertretender Unmöglichkeit als Konsequenz des vertraglich-normativen Unmöglichkeitsbegriffs	77
bb)	Die schadensersatzrechtliche Unmöglichkeit	82
cc)	Konsequenzen für die Frage der Möglichkeit der Naturalrestitution	85
c)	Besonderheiten des Schadensersatzes bei gegenseitigen Verträgen	88
aa)	Schadensersatzbestimmung nach der Austauschmethode	89
bb)	Schadensersatzbestimmung nach der Differenzmethode	89
(1)	Die Differenzmethode als besondere Modalität des Schadensersatzes nach der Austauschmethode	90
(2)	Die Differenzmethode als Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz	92
(3)	Zwischenergebnis	97
d)	Fälle bloß teilweiser Unmöglichkeit	98
2.	Ungeschriebene Restitutionsausschlussgründe	99
3.	Zwischenergebnis	100
II.	Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Wegfall des Interesses des Gläubigers an der schuldnerischen Erfüllung	101
1.	Die Tatbestände der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung infolge weggefallenem Gläubigerinteresse	101
2.	Die Möglichkeit der Naturalrestitution	105
a)	Der Ausschluss der Restitution gemäß § 251 I 2. Alt. BGB bei inhaltlicher Identität mit der Erfüllung	105
b)	Die Möglichkeit der Restitution bei inhaltlicher Verschiedenheit von der Erfüllung	108
c)	Besonderheiten bei gegenseitigen Verträgen	112
3.	Zusammenfassung	112
III.	Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei anfänglicher Unmöglichkeit	113
1.	Die gesetzlichen Regelungen anfänglicher Erfüllungshindernisse	113

a)	Objektive Unmöglichkeit, § 306 BGB	114
b)	Besondere Fälle objektiver Unmöglichkeit im Gewährleistungsrecht	115
c)	Anfängliches Unvermögen	115
d)	Bewertung der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen anfänglicher Leistungshindernisse	117
2.	Die Möglichkeit der Naturalrestitution in den Fällen der Haftung auf das Erfüllungsinteresse	118
a)	Vorgehensweise	118
b)	Die möglichen Gründe für die Haftung auf das positive Interesse und die Konsequenzen hieraus für die Möglichkeit der Naturalrestitution	119
aa)	Annahme eines selbständigen Garantieverprechens	119
bb)	Das Fehlen einer autonom begründeten Erfüllungspflicht und die heteronome Auferlegung einer solchen aus Gründen des Verkehrsschutzes	120
(1)	Die Unwirksamkeit des Leistungsversprechens bei anfänglichen Erfüllungshindernissen	121
(2)	Der Verkehrsschutz als einzig denkbare Legitimation für die Annahme einer heteronom auferlegten Aufstockungspflicht trotz des anfänglichen Erfüllungshindernisses	126
(3)	Die konstruktive Umsetzung der heteronom auferlegten Aufstockungspflicht	127
(4)	Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution	129
3.	Zusammenfassung	131
IV.	Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Sach- und Rechtsmängeln ...	131
1.	Die mangelhafte Leistung als Fall der teilweisen Nichterfüllung ...	132
2.	Konsequenzen für die gewährleistungsrechtliche Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung	139
a)	Die Haftung für Mängel des Kaufgegenstandes	139
aa)	Nachträgliche Mängel	139
bb)	Anfängliche Mängel	142
cc)	Besonderheiten der Haftung beim Gattungskauf	146
b)	Die Haftung für Mängel des Schenkungsgegenstandes	151
aa)	Die Schenkung eines konkreten, bereits beim Schenker befindlichen Gegenstandes	152
bb)	Die Schenkung eines erst noch vom Schenker zu beschaffenden Gegenstandes	155
(1)	Fall der Schenkung eines zu beschaffenden, nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes	155
(2)	Fall der Schenkung eines zu beschaffenden, konkreten Gegenstandes	157

cc)	Schenkung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes aus dem Gattungsbestand des Schenkers	159
c)	Die Haftung für Mängel der Mietsache	160
aa)	Die Schadensersatzpflicht des Vermieters bei nachträglichen, zu vertretenden Mängeln, § 538 I 2. Alt. BGB (i. V. m. § 541 BGB)	161
bb)	Die Schadensersatzpflicht des Vermieters bei Verzug mit der Mängelbeseitigung, § 538 I 3. Alt. BGB (i. V. m. § 541 BGB)	166
cc)	Die Schadensersatzpflicht des Vermieters bei anfänglichen Mängeln, § 538 I 1. Alt. BGB (i. V. m. § 541 BGB)	167
dd)	Die Schadensersatzpflicht des Vermieters hinsichtlich der künftigen Leistungserbringung bei Nichtbeseitigung von Mängeln (§ 542 BGB)	169
d)	Die Haftung für Mängel der Werkleistung	172
V.	Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Sonderfällen	174
1.	Die Schadensersatzhaftung nach § 283 BGB	174
a)	Die Haftungsgründe des § 283 BGB	174
b)	Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution	175
2.	Die Schadensersatzhaftung nach § 179 I BGB	177
a)	Der Haftungsgrund des § 179 I BGB	177
b)	Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution	182
3.	Die Schadensersatzhaftung nach § 286 I BGB	184
a)	Die Spätleistung als teilweise Nichterfüllung	184
aa)	Die Rechtzeitigkeit der Leistung als Teil der schuldnerischen Erfüllungspflicht	184
bb)	Das Problem des Fortbestehens der Gegenleistungspflicht trotz der (mit der Spätleistung einhergehenden) teilweisen Unmöglichkeit der Leistungspflicht entgegen der Grundregel des § 323 BGB	185
cc)	Die Lösung dieses Problems durch die Einordnung der Pflicht zur rechtzeitigen Leistungserbringung als nicht synallagmatische Verpflichtung	186
dd)	Konsequenzen für die Einordnung der Haftung aus § 286 I BGB	187
b)	Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution	188
4.	Die Schadensersatzhaftung nach § 628 II BGB	189
a)	Der Haftungsgrund des § 628 II BGB	189
b)	Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution	190
5.	Die Schadensersatzhaftung aus pFV	191
a)	Die verbreitete Annahme der Möglichkeit einer Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung aus pFV	191
b)	Die fehlende Einschlägigkeit der pFV in Fällen der Nichterfüllung von Leistungspflichten	191
c)	Ergebnis	202

4. Kapitel

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	203
A. Die Struktur des Leistungsstörungenrechts	203
I. Die Unterscheidung zwischen Aufstockungs- und Bestandserhaltungspflichten	203
II. Die unterschiedlichen Fälle der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung bei Verletzung einer Aufstockungspflicht	204
1. Nichterfüllung aufgrund nachträglicher leistungsstörungenrechtlicher Unmöglichkeit	204
a) Konsequenzen der nachträglichen leistungsstörungenrechtlichen Unmöglichkeit	204
b) Fälle der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung aufgrund nachträglicher zu vertretender leistungsstörungenrechtlicher Unmöglichkeit	205
2. Nichterfüllung trotz leistungsstörungenrechtlicher Möglichkeit	206
a) Konsequenzen der schlichten Nichterfüllung trotz leistungsstörungenrechtlicher Möglichkeit	206
b) Fälle der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung aufgrund weggefallenem Gläubigerinteresse	206
B. Konsequenzen für die Möglichkeit der Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung	209
I. Schadensersatz aufgrund nachträglicher zu vertretender Unmöglichkeit	209
II. Schadensersatz aufgrund weggefallenem Gläubigerinteresse	210
III. Die „Schadensersatzhaftung“ bei Zusicherung als Fall einer Erfüllungshaftung	211
Anhang: Verhältnis der Thesen zur künftigen Entwicklung des Schuldrechts	212
Literaturverzeichnis	215
Sachwortverzeichnis	229

1. Kapitel

Einführung in die Problematik

Nach der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches ist Schadensersatz grundsätzlich in Form der *Restitution* zu erbringen: Geschuldet wird die gegenständliche bzw. natürliche Wiederherstellung des Zustandes, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde. Nur sofern diese Restitution nicht möglich (§ 251 I 1. Alt. BGB), zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend (§ 251 I 2. Alt. BGB) oder für den Schuldner unzumutbar ist (§ 251 II BGB) oder der Schuldner eine vom Gläubiger gesetzte Restitutionsfrist ungenutzt verstreichen lässt (§ 250 S. 2 BGB)¹, sieht das BGB eine *Kompensation* in Geld vor: Es erfolgt eine am Vermögen des Gläubigers insgesamt orientierte Wiedergutmachung des angerichteten Schadens, also ein Ausgleich des Interesses in Geld.

Eine derartige Regelung ist keineswegs zwingend. So galt im römischen Recht bis in die klassische Zeit hinein der Grundsatz, dass ein Leistungsurteil nur auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet sein könne² (*condemnatio pecuniaria*³). Eine Naturalrestitution war damit prinzipiell ausgeschlossen.⁴

Erst nach und nach wurde das Restitutionsprinzip als Grundsatz des Schadensersatzrechts anerkannt.⁵ Insbesondere im Naturrecht erfuhr es einen

¹ Ob § 250 BGB den Übergang von der Restitution auf die Kompensation anordnet oder – wie § 249 S. 2 BGB – einen Anspruch auf Ersatz der Herstellungskosten gewährt, ist umstritten. Vgl. dazu etwa Staudinger-*Schiemann*, BGB, 13. Bearb., § 250 Rn. 2 ff.; *Lange*, Schadensersatz, § 5 V 1 (S. 231 f.).

² *Kaser*, Römisches Privatrecht, § 35 I 2 (S. 165).

³ Vgl. Ulp. D. 2, 9, 5; 42, 1, 6, 1.

⁴ Eine Besonderheit bestand jedoch bei den sog. Arbiträrklagen: Hier konnte der Beklagte seine Verurteilung durch Naturalleistung abwenden, zu einer solchen aber nicht gezwungen werden. Für den Fall der Nichtrestitution wurde er zu einer Geldzahlung verurteilt (*Kaser/Hackl*, Das Römische Zivilprozeßrecht, § 48 III (S. 337 ff.); *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 11 ff.; *Wolter*, Naturalrestitution, S. 21). Im Kognitionsverfahren, das in der nachklassischen Periode an die Stelle des Formularprozesses trat, galt – bedingt durch die fortschreitende Geldentwertung – der Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* nicht mehr (*Kaser*, Römisches Privatrecht, § 35 I 2 (S. 165), § 87 I 8 (S. 385)).

⁵ Ein Überblick über die Entwicklung findet sich bei *Wolter*, Naturalrestitution, der nachweist, dass der Grundsatz der Naturalherstellung der scholastischen Restitutionslehre entstammt.

erheblichen Bedeutungszuwachs⁶ und fand Eingang in naturrechtlich geprägte Zivilrechtskodifikationen, etwa das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794⁷ und das österreichische ABGB von 1811⁸. Gleichwohl blieb es auch im 19. Jahrhundert Gegenstand wissenschaftlichen Streits⁹, der nicht zuletzt im Rahmen der Beratungen zum BGB ausgetragen wurde.

Die Befürworter verwiesen auf die Anerkennung des Restitutionsprinzips im gemeinen Recht¹⁰ und auf seine Verwirklichung in den modernen Gesetzen¹¹. Daneben entspreche der Wiederherstellungsgrundsatz der Natur der Sache und der Rechtslogik¹², sei das „nächstliegende und selbstverständliche Mittel der Ausgleichung des erlittenen Schadens“¹³. Vor allem bei der widerrechtlichen Wegnahme einer Sache oder einer sonstigen andauernden Verletzung eines subjektiven Rechtes wäre eine bloße Geldkompensation unbillig gegenüber dem Gläubiger.¹⁴

⁶ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 5, sieht in der naturrechtlichen Doktrin gar seine „wahre Heimath“. Exemplarisch etwa *Thomasius*, Drey Bücher der Göttlichen Rechtsgelahrtheit, 2. Buch, 5. Hauptstück, Halle 1709/10, § 26 (S. 170 f.): „Das der verletzte wegen erlittenen Schadens ... entweder durch widererstattung des Dinges oder wo dieses nicht geschehen kan durch dessen Bezahlung mit erlegung des völligen Interesses, befriedigt werde.“ (zit. nach *Wolter*, Naturalrestitution, S. 64, Fn. 208).

⁷ Preuß. ALR I 6 § 79.

⁸ § 1323 österr. ABGB.

⁹ Die Naturalrestitution befürwortend etwa *Windscheid*, Pandektenrecht II, § 257 (S. 31), insbes. Fn. 6; *Dernburg*, Pandekten II, § 44 (S. 123); *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 12 ff.; *Mataja*, ArchBürgR 1 (1889), S. 275; *Schlossmann*, Der Vertrag, S. 311 f.; auch RGZ 9, 288, 291; 17, 108, 112 f. Ihr prinzipiell ablehnend gegenüberstehend vor allem *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 1 ff.; daneben *Brinz*, Pandekten II/1, § 281d (S. 367), insbes. Fn. 14; vgl. auch *von Wächter*, Pandekten II, § 172 (S. 287 ff.) sowie § 215 (S. 491 mit Fn. 10); *Arndts*, Pandekten, § 206 (S. 337 ff.).

¹⁰ *Windscheid*, Pandektenrecht II, § 257 (S. 31, Fn. 6); *von Kübel*, Schuldrechtsentwurf, Allgem. Theil, zu § 15 Abschn. I, Tit. 2, III. Unerlaubte Handlungen (S. 65); *Mugdan*, Materialien II, S. 11; auch *Dernburg*, Pandekten II, § 44 (S. 123, insbes. Fn. 5); *Schlossmann*, Der Vertrag, S. 312 (vgl. aber auch S. 313).

¹¹ *Von Kübel*, Schuldrechtsentwurf, Allgem. Theil, zu § 15 Abschn. I, Tit. 2, III. Unerlaubte Handlungen (S. 65); *Mugdan*, Materialien II, S. 11; jew. unter Verweis auf die Gesetzbücher von Preußen (ALR I 6 § 79), Österreich (§ 1323) und Sachsen (§ 687) sowie die Entwürfe von Hessen (Art. 215 Nr. 1), Bayern (Art. 73) und Dresden (Art. 222).

¹² *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, §§ 241–432, S. 87; *Mugdan*, Materialien II, S. 11.

¹³ *Von Kübel*, Schuldrechtsentwurf, Allgem. Theil, zu § 15 Abschn. I, Tit. 2, III. Unerlaubte Handlungen (S. 65).

¹⁴ *Mugdan*, Materialien II, S. 513; vgl. auch *von Kübel*, Schuldrechtsentwurf, Allgem. Theil, zu § 15 Abschn. I, Tit. 2, III. Unerlaubte Handlungen (S. 65).

Demgegenüber wurde von den Gegnern vorgebracht, schon der Verweis auf das gemeine Recht gehe fehl¹⁵, dort sei Schadensersatz grundsätzlich Geldersatz gewesen.¹⁶ Auch in den modernen Gesetzen sei das Wiederherstellungsprinzip keineswegs durchgehend verwirklicht. Im code civil und den von ihm abhängigen Gesetzen sowie im englisch-nordamerikanischen Recht bestehe Schadensersatz grundsätzlich in einer Geldleistung.¹⁷ In den das Restitutionsprinzip erklärtermaßen verwirklichenden Gesetzen (etwa dem preuß. ALR sowie dem österr. ABGB) werde der Schadensersatzbegriff keineswegs einheitlich, sondern oft in einem engeren, nur Geldersatz erfassenden Sinn verwendet.¹⁸ Daneben verbinde der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Begriff des Schadensersatzes regelmäßig eine Geldentschädigung.¹⁹ Die Wiederherstellung des früheren Zustandes im genauen Sinne sei ohnehin nie möglich.²⁰ Darüber hinaus widerspreche die Zusammenfassung von Geldersatz und Naturalwiederherstellung in die allgemeine Kategorie des Schadensersatzes den Anforderungen der Rechtstechnik sowie – gerade anders als von den Befürwortern behauptet – der Rechtslogik.²¹ Schließlich könne der Gläubiger in eine schlimme Lage geraten,

¹⁵ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 4, 5, 9, insbes. S. 10 ff., auch S. 48.

¹⁶ Vgl. dazu bereits oben bei und in Fn. 3 und 4.

¹⁷ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 5, 9, 48 ff.

¹⁸ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 6 ff., der auch darauf hinweist, dass die praktische Anwendung dieser Gesetze in Schadensfällen weit öfter zum Geldersatz führe als ihr Wortlaut dies vermuten ließe, S. 42, 43 ff., 48.

¹⁹ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 4, 15 ff.; ebenso die Bedenken der 2. Kommission, siehe *Mugdan*, Materialien II, S. 513.

²⁰ So der während der Beratungen der 1. Kommission vorgebrachte Einwand, siehe *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, §§ 241–432, S. 86.

²¹ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 4 f., 18 ff. sowie 51 ff. Hinter diesen Vorwürfen *Degenkolbs* verbirgt sich eine sehr feinsinnige Argumentation: Die Naturalrestitution beseitigt genau genommen nicht einen eingetretenen Schaden, sondern verhindert den Eintritt eines weiteren Schadens. Wenn bspw. eine entzogene Sache zurückgegeben wird, so besteht der bis dato eingetretene Schaden darin, dass dem Berechtigten die Sache während der Zwischenzeit nicht zur Verfügung stand. Dieser Schaden wird jedoch durch die Rückgabe nicht beseitigt. Da weiterer Schaden bis zum Rückgabezeitpunkt noch nicht entstanden ist, kann folglich die Rückgabe auch keinen solchen ausgleichen. Sie verhindert allein, dass die Sache auch künftig dem Berechtigten fehlt, unterbindet damit aber lediglich den Eintritt künftigen Schadens (vgl. insbes. S. 20 f.). Für *Degenkolb* stellt sich daher die naturale Wiederherstellung nicht als „Schadensverfolgung“, sondern als „rechtsdurchsetzende Rechtsverfolgung“ (etwa S. 55, 56, 72, 76), quasi „Rechtsverwirklichung“ dar.

Trotz ihrer Plausibilität würde es diese Einsicht für sich genommen nur rechtfertigen, den Begriff des Schadensersatzes durch einen anderen zu ersetzen, der zum Ausdruck bringt, dass ein schädigender Eingriff auch und primär die Pflicht zur Unterbindung künftigen Schadens auslöst. Will man dagegen die Wiederherstellungspflicht aus dem Schadensersatz gänzlich ausnehmen, muss man über diesen sprachlogischen Einwand hinaus darlegen, weshalb es materiell verfehlt ist, dass schadens-