

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 36

Das Prinzip der
Naturalrestitution in § 249 BGB

Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung

Von

Privatdozent Dr. Udo Wolter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

UDO WOLTER

Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 36

Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB

Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung

Von

Privatdozent Dr. Udo Wolter



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Wolter, Udo:

Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB:
Herkunft, histor. Entwicklung u. Bedeutung /
von Udo Wolter. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1985.
(Schriften zur Rechtsgeschichte; H. 36)
ISBN 3-428-05882-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61 · Druck: Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

ISBN 3-428-05882-8

*Meinem Lehrer
Professor Dr. Peter Landau
zum 50. Geburtstag*

Vorwort

Diese Untersuchung stellt eine Ausarbeitung des Vortrags dar, den ich auf dem 25. Deutschen Rechtshistorikertag am 25. 9. 1984 in Graz halten durfte. Das Thema war damals aus zeitlichen Gründen notwendigerweise eingegrenzt: „Von der Regula iuris ‚peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum‘ zur zivilrechtlichen Naturalrestitution.“ Die jetzige Arbeit erweitert die Perspektive zu einer ganzheitlichen Betrachtung der Herkunft und Entwicklungsgeschichte sowie der historischen und gegenwärtigen Bedeutung des Naturalherstellungsprinzips, das in § 249 BGB verankert ist.

Wie in meinen anderen historischen Forschungen, insbesondere meinen größeren Untersuchungen (*Ius canonicum in iure civili*, 1975; *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, 1984) strebe ich auch hier zwei Ziele an. Zum einen geht es mir um die Herausarbeitung dauerhafter Strukturen im Rahmen einer gegenwartsbezogenen Rechtsgeschichte. Zum anderen versuche ich, dem kirchlichen Recht die Anerkennung zuteil werden zu lassen, die ihm als gleichwertiger Teil der allgemeinen Rechtsgeschichte zukommen sollte. Auf diese Weise möchte ich einen kleinen Beitrag zur Überwindung der Dreiteilung der Rechtsgeschichte in römische, deutsche und kirchliche Rechtsgeschichte leisten. Diese Zielsetzung entspricht den Bestrebungen, die in dem von L. L. Vallauri und G. Dilcher herausgegebenen Sammelwerk „*Christentum, Säkularisation und modernes Recht*“, 1981, zum Ausdruck kommen; ich glaube jedoch, daß man den Blick durchaus auch auf die Zeit vor der Wende zur Moderne richten sollte.

Dem Duncker & Humblot-Verlag danke ich herzlich für die Aufnahme in die Reihe „*Schriften zur Rechtsgeschichte*“.

Heidelberg / Augsburg im Frühjahr 1985

Udo Wolter

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: § 219 des 1. Entwurfs eines BGB von 1888 und die Kritik von <i>Degenkolb</i>	15
II. Die Entwicklung der Restitutionslehre bis zur Hochscholastik	21
1. Restituere im römischen Recht	21
2. Der Inhalt der theologischen Restitutionslehre	21
3. Die Restitutionslehre in der systematischen Theologie und der Beichtlehre bis <i>Thomas von Aquin</i>	22
III. Die Vollendung der Restitutionslehre durch <i>Thomas von Aquin</i> : Wesensschau, Verrechtlichung und Systematisierung	26
1. Die Restitution als Akt der ausgleichenden Gerechtigkeit	27
2. Art und Umfang der Restitution	28
3. Das System der Restitution	29
IV. Die Restitutionslehre im Rechtsbereich vom Dekret <i>Gratians</i> (1140) bis zum Liber Sextus (1298)	30
1. Decretum Gratiani (1140): C. 14 q. 6 c. 1	30
2. Liber Extra (1234)	31
3. Die Bedeutung der Restitutionslehre für die rescriptio-Lehre ..	33
V. Die gesetzliche Anerkennung der Restitutionslehre durch den Liber Sextus (1298), Regula iuris IV „peccatum non dimittitur, nisi restitatur ablatum“	36
1. Die Bedeutung des Liber Sextus	36
2. Die Regulae iuris des Liber Sextus	36
a) Der Verfasser der Rechtsregeln	37
b) Herkunft und Zahlensymbolik der Rechtsregeln des Liber Sextus	37

c) Die Bedeutung der Regulae iuris nach den Lehrmeinungen der Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts	38
d) Dinus und die Glosse, vor allem im Hinblick auf die Regula IV	39
VI. Die weitere Entwicklung der Restitutionslehre vom 14. bis zum 18. Jahrhundert in Kanonistik und Theologie	44
1. Die rechtswissenschaftliche Erörterung im Zusammenhang mit der Darstellung der Regulae iuris	44
a) Die Bedeutung der Rechtsregeln in der wissenschaftlichen Literatur und in der Praxis	44
b) Die Restitutionslehre im Zusammenhang mit der Regula IV	50
2. Die theologische Behandlung der Restitutionslehre	52
a) Die Beichtjurisprudenz	53
b) Die Moraltheologie, insbesondere die spanische Spätscholastik	56
VII. Naturrecht und Usus modernus	60
1. Naturrecht	60
2. Wissenschaft und Praxis des Usus modernus	65
a) Schadensersatz nach der Lex Aquilia	66
b) Die restitutio laesae famae	70
VIII. Das 19. Jahrhundert	75
IX. Schlußbetrachtung: Die historische und heutige Bedeutung des Naturalherstellungsprinzips	80

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1811
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794
a., art., Art.	Artikel
Bem.	Bemerkung(en)
c., cap.	Capitulum
col.	Kolumne
dec., Dec.	Decisio
Diss.	Dissertatio(n)
dist., Dist.	Distinctio
dub., Dub.	Dubitatio
Ed.	Editio
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
fol., Fol.	Folio
Fn.	Fußnote
gl., Gl.	Glosse
Hrsg.	Herausgeber
Jh. Jb.	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
lib., Lib.	Liber
l. Sp.	linke Spalte
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n., N., nr., Nr.	(Fuß-)Nummer
q., qu., Qu.	Quaestio
reg., Reg.	Regula
re. Sp.	rechte Spalte
Rz.	Randziffer
SavZRZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Germ.	Germanistische Abteilung
Rom.	Romanistische Abteilung
Kan.	Kanonistische Abteilung

sect., Sect.	Sectio
Sp.	Spalte (Kolumne)
tom., Tom.	Tomus
tract., Tract.	Tractatus
u. a.	und andere, unter anderem
VersR	Zeitschrift Versicherungsrecht
z. B.	zum Beispiel

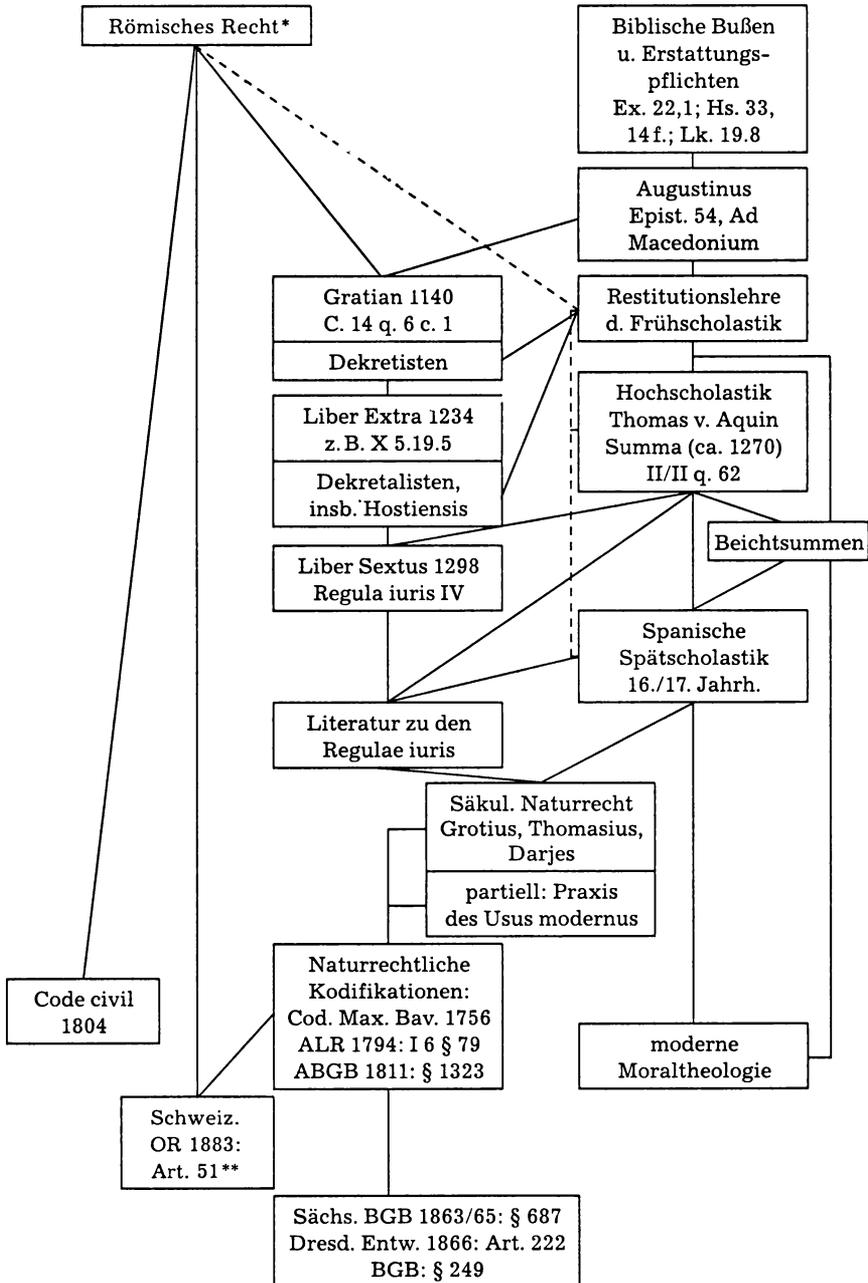
Zitierweise für das Corpus iuris canonici

Gratian (1140)	Für den 1. Teil nach Distinctio: D. und Capitulum: c.; für den 2. Teil nach Causa: C., Quaestio: q. und Capitulum: c.
Liber Extra (1234)	X, nach Liber, Titulum und Capitulum in numerischer Zahlenfolge
Liber Sextus (1298)	VI, wie bei X.
Extravagentes communes	Extravag. com., wie bei X.

Zitierweise für das Corpus iuris civilis

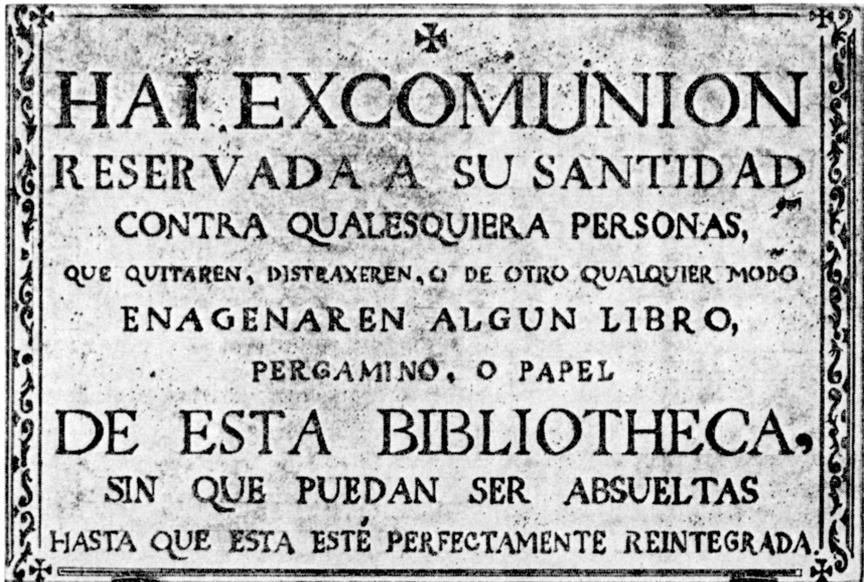
Institutionen	Inst.
Digesten	Dig.
Codex	Cod.
nach Liber, Titulus, Lex, Principium (pr.) bzw. Paragraph — jeweils in numerischer Reihenfolge.	

I. Graphische Übersicht über die Entwicklung des Naturalrestitutionsprinzips



* Geldkondemnation, Restituere als Prozeßinstitut
 ** ferner OR 1911: Art. 43

II. Anschlag in einer spanischen Klosterbibliothek



Freie Übersetzung:

Exkommuniziert werden — vorbehaltlich Seiner Heiligkeit — alle Personen,

die irgendein Buch, Pergament oder Papier (aus) dieser Bibliothek wegnehmen, unterschlagen oder auf eine andere Weise entäußern;

Absolution können sie erst erhalten, wenn dieses (Entwendete) vollständig wieder eingefügt ist.

III. Zum Vergleich:

Regula IV des Liber Sextus (1298)

„Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum“.

I. Einleitung: § 219 des 1. Entwurfs eines BGB von 1888 und die Kritik von Degenkolb

Im (1.) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1888 lautet § 219, die zentrale schadensrechtliche Norm, wie folgt:

Der Schuldner hat den Schadensersatz dadurch zu leisten, daß er denjenigen Zustand herstellt, welcher vorhanden sein würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und daß er, soweit diese Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, den Gläubiger in Geld entschädigt.

Die Regelung entspricht, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihren Grundzügen der heute geltenden Vorschrift des § 249 BGB¹.

In den *Motiven*² wird der Vorschlag mit folgenden Argumenten begründet: Zum einen lägen der Regelung des § 219 die gleichen Prin-

¹ Zur Entstehungsgeschichte des § 249 s. H. H. Jakobs / W. Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 80 ff.

² II S. 19 f. Wörtlich heißt es:

„Auf diesem Prinzipie beruhen wesentlich auch die entsprechenden Bestimmungen der modernen Gesetzgebung; desgleichen ist für das gemeine Recht anerkannt, daß der Anspruch auf Leistung des Interesses den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes in sich schließt.

Das die Verpflichtung zur Naturalrestitution in erster Linie in sich schließende Prinzip der Wiederherstellungspflicht hat die Natur der Sache für sich und entspricht der Rechtslogik. Eine dasselbe verleugnende allgemeine Regel wäre ungerecht bald gegen den Gläubiger, bald gegen den Schuldner. Das gegen das Prinzip allenfalls geltend zu machende Bedenken, daß, weil die Wiederherstellungspflicht ein den Schuldner zu einer Handlung verpflichtendes Schuldverhältnis erbe, der Gläubiger in eine schlimme Lage gerathen könne in den zahlreichen Fällen, in welchen die Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes zweifelhaft sei oder wenn der Schuldner sich renitent erweise, verliert angesichts der Vorschrift des § 243 (heute: § 283 BGB, U. W.) in wichtigen und zahlreichen Fällen an Bedeutung, indem hierdurch dem Beschädigten die Möglichkeit eröffnet ist, gerade den erwähnten Schwierigkeiten auf sicherem Wege zu begegnen. Die Ausführung des Prinzipes der Verpflichtung zur Naturalrestitution für die einzelnen denkbaren Fälle ist überflüssig und wäre nicht unbedenklich. Selbstverständlich kommt diese Verpflichtung überall da in Wegfall, wo die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach dem Gesetze nicht zulässig oder ausgeschlossen ist ...

Vermöge des Grundsatzes, wonach der Schadensersatz durch Herstellung desjenigen Zustandes zu leisten ist, welcher ohne den zum Ersatze verpflichtenden Umstand vorhanden sein würde, kann z. B. auch der durch Drohung

zipien zugrunde, auf denen auch die entsprechenden Bestimmungen der modernen Gesetzgebung beruhen. Zum anderen sei das gleiche für das gemeine Recht anerkannt, daß (nämlich) der Anspruch auf Leistung des Interesses den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes in sich schließe. Und drittens wird erklärt, daß das die Verpflichtung zur Naturalrestitution in erster Linie in sich schließende Prinzip der Wiederherstellungspflicht die Natur der Sache für sich habe und der Rechtslogik entspreche.

§ 219 hat damals eine recht unterschiedliche Würdigung erhalten. Während von einer Seite die Aufnahme der Bestimmung wegen ihrer angeblichen Selbstverständlichkeit beanstandet worden ist³, hat sie von anderer Seite fundamentale Kritik erfahren. So war es vor allem *Heinrich Degenkolb*, zu dieser Zeit Professor in Tübingen⁴, der beachtliche Bedenken erhob⁵.

Er bekämpft zunächst das Argument, das Naturalherstellungsprinzip sei im *gemeinen* und damit im *römischen Recht* als maßgebliches Prinzip des Schadensrechts verankert. Ganz im Gegenteil sei die Leistung des *id quod interest* und mit ihm der römische Schadensersatz der Geldersatz⁶. Daran ändere auch nichts die Tatsache, daß die Arbiträr-

oder Betrug (§ 103) Beschädigte geeignetenfalls statt der dinglich wirkenden Anfechtung (§§ 112 ff.) den im Schadensersatzanspruch liegenden obligatorischen Restitutionsanspruch wählen, was für ihn im Hinblick auf die für die Anfechtung gesetzte kurze Präklusivfrist und die längere Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch (§§ 104, 719) von Interesse sein kann.

Der Grundsatz des § 219 greift im Uebrigen Platz, nicht bloß, wenn der zu leistende Schadensersatz sich auf (nicht vertretbare oder vertretbare) Sachen (§§ 778 ff.) bezieht, sondern in Ansehung aller restituierbaren Gegenstände eines Schuldverhältnisses. Es folgt ferner daraus, daß auch die dem Gläubiger entzogenen oder vorenthaltenen Zubehörungen zu restituieren sind.

Das Prinzip der Wiederherstellungs- bzw. Ausgleichspflicht verlangt zu seiner Verwirklichung unter anderem auch, daß, soweit Naturalrestitution in Frage steht, diese am richtigen Orte geleistet und bei der Ausgleichung in Geld insbesondere die für die Berechnung des Interesse des Gläubigers (Beschädigten) maßgebende Zeit berücksichtigt wird (vergl. §§ 229, 230, 240 Abs. 2, § 377 Abs. 2, § 715).“

³ Vgl. *Ludwig Goldschmidt*, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines BGB, Heft 1: Die formalen Mängel, 1889, S. 87.

⁴ Zu ihm s. *Stintzing / Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III 2 Text S. 852, 954, Noten S. 398.

⁵ In: AcP Bd. 76 (1890), S. 1 ff., hier zitiert nach dem 1889 erschienenen Sonderdruck: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes. Vgl. auch die späteren kritischen Äußerungen von A. v. Tuhr, Naturalherstellung und Geldersatz, Jh. Jb. Bd. 46 (1904), S. 39 ff.

⁶ a.a.O., S. 10 ff. Der ziemlich pauschale Hinweis auf „das“ gemeine Recht in den Motiven entstammt offensichtlich der Vorlage des Redaktors für das Schuldrecht *Franz von Kübel*, der in dem Teilentwurf über unerlaubte Handlungen in § 15 die Naturalrestitution vorgeschlagen und dazu ausgeführt hat: „Diese Naturalrestitution und Wiederherstellung ist bei jeder widerrechtlichen Beschädigung das nächstliegende Mittel bei der Ausgleichung des erlittenen Schadens, wie es denn auch dem gemeinen Rechte entspricht, daß zu-

klagen auf naturale Restitution gerichtet seien⁷. Zwar könne der Beklagte seine Verurteilung durch bestimmte Naturalleistungen abwenden; es finde aber keine Realexekution statt, vielmehr bleibe es im Falle der Nicht-Restitution bei einer in Geld ausgedrückten Interesse-Berechnung⁸. Besonders heftig wendet sich *Degenkolb* gegen *Windscheid*⁹, den die Motive zitieren, und gegen *Dernburg*¹⁰, der dem letzteren folgt. Zu Unrecht würden sich diese auf einen Text des *Ulpian*¹¹ berufen, nach welchem dem locator im Falle der Eviktion des Hauses ermöglicht wird, die Pflicht zum Schadensersatz durch Gestellung einer Ersatzwohnung abzuwenden¹²; hierbei handele es sich lediglich um eine Billigkeitserwägung im Interesse des Vermieters zur Abschneidung der Leistung des *id quod interest*¹³.

Nach dieser — insgesamt zweifellos zutreffenden — Widerlegung des einen Teils der Begründung der Motive beschäftigt sich *Degenkolb* mit dem anderen Argument, die vorrangige Geltung der Naturalherstellung entspreche der *modernen Gesetzgebung*¹⁴. Auch hier scheint ihm — mit Recht — Skepsis angebracht. Er weist auf das französische Recht hin, nach welchem jeder Schadensersatzanspruch auf eine Geldleistung gehe¹⁵. Das gelte auch für das englische Recht, auch wenn dort mit dem im equity-law entwickelten Rechtsinstitut der *specific performance* in zunehmendem Maße die naturale Erfüllung erzwungen werden könne¹⁶.

nächst Leistung der entzogenen Sache, und nur wenn diese nicht möglich, Verwandlung dieser in eine Geldleistung eintritt“, und dabei für das gemeine Recht lediglich auf *Windscheid* verweist; s. *Werner Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, Bd. II/1: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 (Allg. Teil), Verf.: F. Ph. v. Kübel, Berlin / New York 1980, S. 720 f. — Zum römischen Schadensrecht s. *M. Kaser*, Römisches Privatrecht, 13. Aufl. 1983, § 35, S. 163 ff.; *Jörs / Kunkel / Wenger*, Römisches Recht, 3. Aufl. 1949, Röm. Privatrecht, § 106, 2 a.

⁷ Zu den *actiones arbitrae* mit dem Formelzusatz „*neque ea res restituetur*“ s. *D. Medicus*, *Id quod interest*, 1962, S. 245 ff.; *M. Kaser*, Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, § 48, S. 256 ff.

⁸ Im *Corpus iuris civilis* wird die Realvollstreckung zwar nicht bei Ansprüchen auf *praestare* (*habere licere, tradere*) und *facere*, wohl aber auf *dare* (und restituere) anerkannt (vgl. *Ulpian Dig.* 6.1.68), jedoch nicht auf den Schadensersatz angewandt, vgl. *H. Dilcher*, *Sav ZRG Rom.* Bd. 78 (1961), S. 277 ff.; *H. J. Wieling*, *Interesse und Privatstrafe*, 1970, S. 150 f.

⁹ Lehrbuch des Pandektenrechts II, 6. Aufl. 1887, § 257 n. 6.

¹⁰ Pandekten II, 2. Aufl. 1888, § 44 n. 5.

¹¹ *Dig.* 19.2.9. pr.

¹² Vgl. dazu *T. Mayer-Maly*, *Locatio conductio*, 1956, S. 168; *Medicus*, a.a.O. (Fn. 7), S. 100, 133.

¹³ a.a.O. (Fn. 5), S. 11 f.

¹⁴ a.a.O. (Fn. 5), S. 43 ff.

¹⁵ Vgl. auch *Wieling*, a.a.O. (Fn. 8), S. 154 - 156, m. w. N.

¹⁶ Zum englischen Recht s. die großangelegte Gesamtdarstellung von *Hans Stoll*, *International Encyclopedia of Comparative Law XI (Torts) 8* (1972): *Consequences of Liability. Remedies. Speziell zur Schadensregulierung bei Verkehrsunfällen in England: Kämmer*, *VersR* 1965, S. 1020 ff. (Personen-