

# Die Vermeidbarkeit höheren Schadens nach Art. 1227 II ZGB und die Vertretung der nicht erfüllten Leistung

7. – Die Frage besteht darin, ob der Gläubiger gehalten ist, zur Vermeidung eines höheren Schadens die nicht gelieferte Sache (sofern dies möglich ist) auch aus anderen Quellen [*aliunde*] zu ersetzen, um den Schaden geringer zu halten (wie z.B. bei einem erwarteten Preisanstieg) oder ob er einfach untätig bleiben und auf eine Leistung von Seiten des Schuldners warten kann, von dem er in jedem Fall Schadenersatz verlangen wird.

Kassationshof, 3. Sen., Nr. 2437/67 und in der Folge viele Sachurteile<sup>(1)</sup> haben die Frage meines Erachtens durch folgende Auslegung richtig gelöst: "Wenn die Beschaffung der vom Schuldner nicht gelieferten Sache oder Leistung aus anderen Quellen eine Maßnahme ist, die der normalen Sorgfaltspflicht bei der Vermeidung oder Begrenzung des Schadens entspricht, so kann die Partei, die diese Maßnahme nicht ergriffen hat, den Folgen nach Art. 1227 II nicht entgehen".

Aus "Il Foro italiano", 1984, I, S. 2820 ff. und aus "L'Espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

*Dieser Beitrag ist eine Anmerkung zu folgendem Leitsatz:*

Kassationshof, 2. Sen., 6.8.1983, Nr. 5274, Vors. Palazzolo, Berichterstatter Anglani, Staatsanw. La Valva (Schlussanträge konform); Soc.G.S.I. c./ Terminos: "Das Verhalten eines Käufers, der den Erwerb einer ihm kraft Vertrags vom Verkäufer geschuldeten, leicht auf dem Markt erhältlichen Ware von Dritten unterlässt, kann nicht als fahrlässig oder zumindest nicht als unsorgfältig gelten".

(1) Kassationsg. 12. Oktober 1967, Nr. 2437, *Foro it.*, 1968, I, 138; Berufungsg. Bari 2. März 1979; Berufungsg. Milano 11. November 1977; Berufungsg. Napoli 30. September 1977.

Mit dieser und anderen Entscheidungen<sup>(2)</sup> ändert der zweite Senat dagegen seine Meinung und kehrt zu seiner alten Auffassung zurück,<sup>(3)</sup> ohne dabei aber eine angemessene kritische Reflexion vorzunehmen. So kommt er mit der apodiktischen Behauptung, es handle sich um "eine konstante Meinung von Rechtslehre und Rechtsprechung" zu folgender Auffassung: "Gläubiger und Geschädigter sind unter Berücksichtigung von Art. 1227 II ZGB lediglich zu einem korrekten Verhalten zur Begrenzung des erlittenen und zur Verhinderung eines eventuell höheren Schadens verpflichtet, nicht aber auch zu wirtschaftlich belastenden und außergewöhnlichen Maßnahmen wie dem Erwerb der Sache von Dritten oder der Durchführung von Initiativen, die Opfer, erhebliche Auslagen oder das Eingehen von Risiken jeglicher Art mit sich bringen."

Es muss gesagt werden, dass die Verpflichtung des Gläubigers zur Schadensbegrenzung in unseren Nachbarländern allgemein verbreitet ist,<sup>(4)</sup> in dem Sinne, dass dieser gehalten ist, auch beschwerliche Initiativen zu ergreifen. Diese Sichtweise hat sich unser Gesetzgeber kürzlich bei Aufhebung internationaler Kaufverträge im Zusammenhang mit der Umsetzung von Art. 84 der Haager Konvention vom 1. Juli 1964<sup>(5)</sup> und von Art. 77 der Wiener Konvention vom 11. April 1980<sup>(6)</sup> zueigen gemacht. Die Auffassung der hier kommentierten Entscheidung

(2) Kassationsg. 15. Juli 1982, Nr. 4174, *Foro it.*, Rep. 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 53; 26. Januar 1981, Nr. 578, *ebenda*, Nr. 56.

(3) Kassationsg. 21. Oktober 1966, Nr. 2403, *Foro it.*, Rep. 1966, Stichw. *Danni per inadempimento di contratto*, Nr. 48; 19. Februar 1965, Nr. 275, *a.O.*, Rep. 1965, Zit. Stichw., Nr. 61; 30. Dezember 1964, Nr. 2984, *a.O.*, Rep. 1964, Zit. Stichw., Nr. 8; 17. Juli 1963, Nr. 1597, *a.O.*, Rep. 1963, Zit. Stichw., Nr. 55; 15. März 1961, Nr. 582, *a.O.*, Rep. 1961, Zit. Stichw., Nr. 33; 17. März 1960, Nr. 541, *a.O.*, Rep. 1960, Stichw. *Vendita*, Nr. 212.

(4) Im deutschen Recht ist die Schadensminderungspflicht in § 254 II BGB festgelegt; zur deutschen Rechtslehre s. stellvertretend für alle v. ENNECCERUS KIPP u. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1954, S. 71 ff.; im Schweizer Recht s. Art. 44 des Obligationenrechts und für die Rechtslehre THUR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1934, S. 90. Diese wird im frz. Recht allgemein angewandt s. MAZEAUD und TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, II, Paris, 1958, S. 434 mit zit. Lit.; im spanischen Recht stimmen Rechtslehre und Rechtsprechung überein (s. SANTOZ BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963, S. 66); für das angelsächsische Recht ist die Schadensminderungspflicht des Gläubigers ein Grundprinzip, s. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito (The duty of mitigation: a comparative approach)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, S. 553 ff., mit Lit. zur angelsächsischen Rechtsprechung und Dogmatik (Anm. 1, 2, 5 u. 6).

(5) Nach Art. 88 der Haager Konvention vom 1. Juli 1964, die durch Gesetz Nr. 816 vom 21. Juni 1971 ratifiziert wurde, muss der Gläubiger alle vernünftigen Maßnahmen ergreifen, um den Verlust zu mindern, während Art. 84 und 85 die Vertretung vorsehen.

(6) Zu Art. 77 der Wiener Konvention vom 11. April 1980, zur Vertretung und

erscheint daher anachronistisch, nachdem mehr als vierzig Jahre vergangen sind, seitdem der Gesetzgeber die Einführung der genannten Vorschrift mit einer veränderten Auffassung von Haftung begründet hat. Diese orientierte sich an Notwendigkeiten der "sozialen Solidarität",<sup>(7)</sup> welche Vorrang vor einem als überholt angesehenen, individualistischen Konzept haben sollten.

2. – Es ist zu bemerken, dass die Pflicht zur Zusammenarbeit nach Art. 1227 II sich allgemein auf jede nicht erbrachte Leistung bezieht, die ausgetauscht werden kann. Normalerweise wird das Problem auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Pflicht des Käufers zur Beschaffung von Vertretung für eine vom Verkäufer nicht gelieferte Ware eingeschränkt. Das umgekehrte Problem ist die Frage, ob der Verkäufer gehalten ist, vom Käufer nicht abgeholte Ware zu veräußern. Ein analoger Fall ist der des Gläubigers einer vom Schuldner nicht (zurück-)gezahlten Geldsumme, die für eine Investition vorgesehen war. Die Frage ist, ob der Gläubiger dieses Geld durch andere in seinem Besitz befindliche bzw. geliehene Summen vertreten muss, um den Schadenersatz dadurch auf die erhöhten Bankzinsen zu beschränken, oder nicht, so dass der Schuldner die sehr viel höheren Folgen des entgangenen Geschäfts zu tragen hat.

Das grundsätzliche Problem, das sich bei dieser Rechtsvorschrift stellt, ist daher die Frage, ob ein Käufer seiner normalen Sorgfaltspflicht nachkommt, wenn er z.B. bei einer vorhersehbaren Preiserhöhung von bestimmter Dauer über eine vernünftige Zeit hinaus auf die persönliche Lieferung der beim Verkäufer erworbenen Waren wartet. Oder, auf den Verkäufer bezogen, ob dieser bei Nichterfüllung durch den Käufer wartet, bis die Preise verfallen oder sogar die Waren verdorben sind, anstatt diese günstig zu verkaufen. Was den Gläubiger von nicht bezahlten Geldsummen angeht, so kann man fragen, ob es der normalen Sorgfaltspflicht entspricht, wenn er ein vorgesehenes Geschäft mit allen Folgen fallen lässt anstatt (auch bei höheren Kosten) nach Vertretung für die Geldsumme zu suchen.

Die Antwort, die der zweite Senat des Obersten Gerichtshofes auf diese neu sich stellende, alte Rechtsfrage gibt, ist, dass das Verhalten eines Gläubigers der normalen Sorgfaltspflicht entspricht, der

zahlreichen Parallelen in ausländischen Rechtsordnungen s. F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, in *La vendita internazionale*, Milano, 1981, S. 262 ff.

(7) Bericht des Justizministers zum Obligationsbuch, S. 30-34.

für unbestimmte Zeit auf die Leistung des Schuldners wartet und von diesem dann die Begleichung des höheren Schadens fordert, der auch eine Folge dieses Abwartens ist.

In der hier kommentierten Entscheidung wird – wie in anderen derselben Art – die Behauptung aufgestellt, die untersuchte Norm sehe für den Gläubiger lediglich die Pflicht vor, „seinen Vermögensschaden in den Grenzen der normalen Folgen des Handelns des anderen zu halten“ (Kassationsgericht 570/80). Dieser Satz ist so allgemein und ungenau gehalten, dass sich daraus keinerlei positiver Hinweis für die Interpretation seines Inhalts entnehmen lässt. Einerseits scheint dieser jede Art von Unterlassung oder Handeln von Seiten des Gläubigers zu umfassen, die geeignet ist, den Vermögensschaden zu begrenzen, also auch eigene Initiativen. Sofort danach wird der Bereich der Schadensbegrenzung jedoch auf die „normalen Folgen des Handelns des anderen“ beschränkt und damit ausgeschlossen, dass der Gläubiger eine jegliche Initiative ergreift, die eine Auslage von Geldsummen oder ein spezielles Risiko mit sich bringt, so dass das Nichtstun und Abwarten von Preiserhöhungen (und damit ein höherer Schadenersatz) zum entsprechend dieser Rechtsvorschrift vernunftgemäßen Handeln wird.

Es scheint mir ausgeschlossen, dass man mit einer derartigen Auslegung einverstanden sein kann.

3. – Die Begründung für diese Rechtmeinung ist, dass der Gläubiger, selbst bei leicht auf dem Markt zu beschaffenden und damit vertretbaren Sachen<sup>(8)</sup> nicht gehalten sei, diese zu ersetzen, und das deshalb, weil dieses Vorgehen an und für sich mit Lasten verbunden ist, weil dabei Geld ausgelegt und spezielle Risiken getragen werden müssen. Es ist aber nicht begreiflich, wieso der Erwerb auf dem Markt leicht zu bekommender Waren als belastende Handlung angesehen werden sollte, wo doch das fortgesetzte Abwarten sehr viel belastender sein wird, weil es vielleicht unnütz sein kann oder die Ware erst dann eintrifft, wenn dies den veränderten Interessen des Gläubigers nicht mehr entspricht. Das Ersetzen der Sache ist dagegen an und für sich keine belastende Handlung. Das kann bei schwer auf dem Markt erhältlichen Waren der Fall sein, aber niemals bei den besprochenen Fällen,

(8) Kassationsg. 2403/66, zit. oben Anm. 3; in der Rechtslehre: zu Art. 1227 s. CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, S. 823 ff.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2, in *Commentario*, hrsg. von SCIALOJA u. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, zu Art. 1227; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, 2, in *Commentario*, zit., 1971, zu Art. 2056; CRISCUOLI, a. O., S. 572 mit dort zit. Lit.

bei denen es um leicht zu beschaffende Waren geht. Alles hängt von den konkreten Umständen ab, über die ein Urteil zu fällen ist. In der hier besprochenen Entscheidung wird die Vertretung durch Erwerb als Aufwendung bezeichnet, weil damit die Auslage von Geld verbunden ist. Dies wird sicher bei einem Käufer der Fall sein, der den Preis an den säumigen Verkäufer bereits gezahlt hat und selbst über kein weiteres Barvermögen verfügt bzw. sich solches nicht leihen kann, um damit für eine Vertretung zu sorgen. Aber von diesem Extremfall einmal abgesehen, ist eine Gleichsetzung von Belastung durch Vertretung als solcher und Auslage von Geld nicht anzunehmen. Dies ist nicht der Fall bei einem Käufer, der über eigenes oder geliehenes Geld verfügt und auch nicht bei einem Preisrückgang. Es ist der Fall denkbar, dass der Käufer den Preis der Ware nicht bezahlt hat, weil er ihn erst bei Lieferung zu begleichen hat. Dabei besteht der Austausch durch Kauf lediglich darin, dass das für den säumigen Verkäufer bestimmte Geld an einen Dritten gezahlt wird, der die Vertretung liefert. Es wird daher immer von den konkreten Umständen abhängen, ob der Austausch der normalen Sorgfaltspflicht entspricht oder nicht. Dies führt zu einer Bewertung des konkreten Falls aus dem Blickwinkel der abstrakten Vorschrift von Art. 1227 II, die deshalb meiner Auffassung nach jedwede aktive Initiative zur Schadensminderung umfasst und nicht das einfache Abwarten. Was zur Vertretung durch Kauf gesagt wurde, kann auch für den Verkauf an einen anderen Käufer gelten oder überhaupt für die Vertretung vom Schuldner nicht geleisteter oder erstatteter Zahlungen durch andere Summen, die auch geliehen sein können, so dass sich die marktüblichen Finanzierungskosten ergeben. Im Wesentlichen gilt also das, was ich anderswo geschrieben habe,<sup>(9)</sup> nämlich dass die Rechtsvorschrift von einem Gläubiger ausgeht, der "vorsichtig mit seinem Eigentum und respektvoll mit dem anderer umgeht und daher bei seinen Geschäften normale Sorgfalt walten lässt". Unsere Rechtsprechung erlaubt es dem Gläubiger außerdem, die Differenzbeträge aufgrund höherer Preise oder Zinsen usw. einzufordern, sofern er Vertretung für die Sache oder das Geld beschafft bzw. die vom Käufer nicht abgeholt oder nicht bezahlten Sachen veräußert hat. In diesem Fall wird nicht angenommen, dass er mehr fordern könne. Die Rechtsprechung ist sich offenbar nicht darüber im Klaren, dass sie damit

(9) VALCAVI, *Rivalutazione monetaria od interessi di mercato?*, (Anm. zu Kassationsg. 4. Juli 1979 Nr. 3776), in *Foro it.*, 1980, I, S. 120.

dem nicht vorsätzlich handelnden Gläubiger, der untätig abwartet, letztendlich einen Vorteil gegenüber dem einräumt, der rasch und sorgfältig seine Interessen schützt. Dies aber ist eine Schlussfolgerung, die der Logik und dem Willen des Gesetzgebers nach Art. 1227 II ZGB aufgrund einer höheren sozialen Solidarität widerspricht.

4. – Die gegenteilige Meinung, jedwede Initiative zur Schadensminderung im Sinne von Art. 1227 II wie etwa der Austausch stelle eine Belastung des Gläubigers dar, kann auch nicht durch das Argument gestützt werden, unser Zivilgesetzbuch sehe die Beschaffung von Vertretung lediglich als ein Recht des Gläubigers an (s. Art. 1515 und 1516 ZGB), und eine Pflicht zur Ausführung eines Rechtes sei nicht denkbar.<sup>(10)</sup> Es ist zu Recht bemerkt worden,<sup>(11)</sup> dass die Pflicht nach Art. 1227 II im rechtstechnischen Sinne keine Pflicht darstellt, sondern lediglich eine Last. Dem Gläubiger ist es daher freigestellt, den Ersatzkauf zu tätigen, sofern dies mit der Vorschrift in Einklang steht, kann aber für den höheren Schaden, den er durch den nicht erfolgten Austausch hätte verhindern können, keinen Schadenersatz fordern. Die Art. 1515 und 1516 bieten meiner Meinung nach dagegen ein wichtiges systematisches Argument zugunsten der Auffassung, die Last des Austauschs falle unter die Mitwirkungspflicht des Gläubigers nach Art. 1227 II. Die zitierten Artikel lassen dem Gläubiger die Freiheit, einen Kauf zum Zwecke des Austauschs vorzunehmen oder nicht, schreiben aber vor, dass diese nötigenfalls "unverzüglich" zu erfolgen hat, anderenfalls sind die Folgen nicht dem Schuldner anzulasten.<sup>(12)</sup> Die Vorschrift "unverzüglich" legt erneut das Prinzip schnellen Handelns des Gläubigers bei der Schadensminderung fest, die als systematisches Prinzip unserer Rechtsordnung auch in Art. 1227 II enthalten ist.

Es ist daher prinzipiell nicht einzusehen, wie die Mitwirkungspflicht

(10) DISTASO, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, S. 390 ff.; GRECO u. COTTINO, *Vendita*, in *Commentario*, hrsg. v. SCIALOJA u. BRANCA, Bologna-Roma, 1980, zu Art. 1515- 1516; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario Utet*, Torino, 1968, IV, S. 158 ff.; RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, S. 963 ff.

(11) CRISCUOLI, *a. O.*, S. 582 ff.; BONELLI, *a. O.*, S. 263.

(12) Als Grund für die Vorschrift "unverzüglich" ist das Erfordernis ausgemacht worden, einen Gewinn auf Seite des Gläubigers zu verhindern. Dazu s. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926, S. 192 ff.; RUBINO, *a. O.*, S. 709.

nach Art. 1227 II zu einem lediglich passiven und nicht auch tätigen Verhalten herabgestuft werden und daher nicht auch die Last zum Ersetzen bestehen sollte. Die konkrete Bewertung, ob ein derartiges Vorgehen verpflichtend war, kann nur bei der nachträglichen Beurteilung durch den Richter erfolgen. Es ist hinzuzufügen, dass Art. 1227 II vom Gläubiger ein geeignetes Verhalten zur Schadensbegrenzung, nicht auch zu dessen Minderung verlangt<sup>(13)</sup>. Es ist ebenfalls Sache des Richters, zu beurteilen, wann unter den konkreten Umständen eine derartige Initiative zur Schadensbegrenzung hätte erfolgen müssen, um der Anweisung vom "unverzöglichen" Handeln zu entsprechen.

5. – Die Abwertung der Mitwirkungspflicht des Gläubigers nach Art. 1227 II, die dazu führt, dass dieser davon befreit ist, Initiativen zur Vermeidung größeren Schadens zu ergreifen, und damit im Wesentlichen gar nichts tun muss, lässt sich meines Erachtens in einen größeren Zusammenhang einbetten.

Unsere Rechtsordnung folgt im Gegensatz zu anderen,<sup>(14)</sup> wie schon bemerkt worden ist,<sup>(15)</sup> beim Schadenersatz dem Gedanken der Zurückhaltung gegenüber dem Schuldner.<sup>(16)</sup> Die wichtigsten Rechtsvorschriften sind in diesem Zusammenhang folgende: die Vorschrift, die bei entgangenem Gewinn einen der Billigkeit entsprechenden, nicht aber vollständigen Schadenersatz vorsieht (Art. 2056 II, Art. 1226 ZGB),<sup>(17)</sup> die Möglichkeit, dass der Richter für einen gleichwertigen Schadenersatz entscheidet, wenn der Ersatz der Spezies eine übertriebene Härte darstellt (Art. 2058 II ZGB), die Nichterstattung des vermeidbar höheren Schadens (Art. 1227 II). Hinzu kommt Art. 1225 ZGB, der

(13) In diesem Sinne die Formel Art. 1227 II ZGB, auch auf Grundlage von Art. 23 des vorläufigen Gesetzesvorschlags.

(14) Für das Schweizerische Obligationenrecht gilt "Der Schuldner haftet im Allgemeinen für jedes Verschulden" (Art. 99) und "hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten" (Art. 97). Dazu s. THUR, *a. O.*, S. 540 ff. Im selben Sinne das deutsche BGB, das bei fahrlässiger Nichterfüllung keine Begrenzung auf den vorhersehbaren Schaden kennt.

(15) CRISCUOLI, *a. O.*, S. 580 ff.

(16) Unser derzeitiges Gesetzbuch wendet das Kriterium der Billigkeit an (Art. 2056 II ZGB, 1226 ZGB), weshalb wir zu gegenteiligen Schlussfolgerungen gegenüber der bisherigen Tradition gelangen, die sich auf die Ablehnung von Art. 47 des Code Napoléon stützt, in dem entsprechend der Lehre Pothiers Zurückhaltung gegenüber dem Schuldner vorgesehen war.

(17) BIANCA, *a. O.*, S. 387 ff.

den Schadenersatz in allen Fällen fahrlässiger vertraglicher Nichterfüllung auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbare Höhe beschränkt, was dann in den meisten Fällen die allgemeine Regel ist, da der Vorsatz ja erst noch nachgewiesen werden muss.<sup>(18)</sup> Diese grundsätzliche Auffassung unseres Systems ist meines Erachtens von Rechtsprechung und Rechtslehre teilweise nicht verstanden worden,<sup>(19)</sup> wenn diese weiterhin behaupten, das Ziel sei die vollständige Erstattung der Vermögenswerte des Geschädigten. Und aufgrund dieser Rechtsmeinung, die von der Idee des *favor creditoris* ausgeht, kommt es dann zur Tendenz, den entgangenen Gewinn vollständig und nicht entsprechend dem Kriterium der Billigkeit zu erstatten,<sup>(20)</sup> als ob es sich um den erlittenen Schaden handelte. Damit wird Art. 2058 II ZGB auf den Extremfall eingeschränkt, in dem der spezifische Schadenersatz nur *maxima cum difficultate* möglich ist.<sup>(21)</sup> Die Vertragsverletzung wird so im Allgemeinen so behandelt, als ob sie vorsätzlich und der Vorsatz anzunehmen, lediglich fahrlässiges Verhalten aber nachzuweisen wäre, so dass das Problem der Begrenzung auf den vorhersehbaren Schaden sich nur noch selten stellt. Und da, wo dieses Problem doch berücksichtigt wird, entwertet man Art. 1225, indem man die Vorhersehbarkeit auf den Eintritt der bestimmenden Faktoren des Schadens und damit auf eine abstrakte Veränderung bei den Stücken einschränkt.<sup>(22)</sup> Außer Acht bleibt dagegen die ungefähre Quantität dieser Veränderung<sup>(23)</sup> und damit auch die konkret vorhersehbare Schadenshöhe zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dadurch werden die Schäden stets als Ganzes vorhersehbar behandelt, während der nicht vorhersehbare Teil des Schadens zu einer selten angewandten Theorie wird.

In diesen Zusammenhang reiht sich auch die von mir kritisierte Interpretation von Art. 1227 II ein,

(18) TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1980, S. 220, 569; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, S. 1, 2; MAJORCA, *Colpa civile*, Stichw. der *Enciclopedia del diritto*, VII, S. 565 ff. und zit. Lit.

(19) Im Sinne eines vollständigen Ersatzes des Vermögens des Geschädigten Kassationsg. 12. Januar 1982, Nr. 132. *Foro it.*, Rep. 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 152; 6. Februar 1982, Nr. 693, *ebenda*, Nr. 151; 25 Oktober 1982, Nr. 5580, *ebenda*, Nr. 149, u.a. Mit diesem Argument werden auch die Wertberichtigungen bei Geldwert- und Geldforderungen gerechtfertigt.

(20) Kassationsg. 4. September 1982, Nr. 4816, *Foro it.*, Rep. 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 51; AS. Milano 7. Juli 1981, *ebenda*, Nr. 81.

(21) In dem Sinne, dass die Belastung des Schuldners im Verhältnis zum Interesse des Gläubigers zu groß sei s. DE CUPIS, in *Commentario*, hrsg. v. SCIALOJA u. BRANCA, Bologna-Roma, 1971, zu Art. 2058, S. 145.

(22) Berufungsger. Bologna 30. März 1950, *Gericht Padua*, 1950, II, S. 57; Berufungsger. Milano 6. Februar 1951; Berufungsger. Bologna 14. November 1953 u.a.; Zum Stand der Diskussion und Lit. s. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'Art. 1225 codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, S. 302 ff.

(23) So dagegen GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1903, S. 185 ff.

von der schon die Rede war. Diese Rechtsmeinung hat sich anscheinend nicht von den Resten einer bestimmten Mentalität befreit, bei der der säumige Schuldner benachteiligt<sup>(24)</sup> und der Gläubiger bevorzugt wird, was z.T. sogar so weit geht, dass dieser dabei Gewinn machen kann. Ein derartiges Verständnis des Problems hat seine Wurzeln in längst vergangenen Zeiten, was sich besonders in den alten und neuen Theorien des *quantum plurimi* zeigt.<sup>(25)</sup>

Dieses Prinzip zeigt sich erneut in der heute noch existierenden Meinung, bei der die Schadensberechnung mit Bezugnahme auf das *tempus rei iudicandae* erfolgt. Dabei kommt deutlich der Wille zum Ausdruck, dem Gläubiger Vorteile aus der Preisentwicklung in der Zeit zwischen Schaden und Urteil zukommen zu lassen.<sup>(26)</sup> Ich habe bereits an anderer Stelle die Auffassung kritiert, die Schadensberechnung beziehe sich auf das *tempus rei iudicandae*, wobei man es aber nicht wagt, den Gläubiger der Unsicherheit eventuell niedrigerer Preise auszusetzen,<sup>(27)</sup> obschon dieser bei einem Preisanstieg an den Gewinnen beteiligt ist.<sup>(28)</sup> Dies ist auch beim Prinzip der Geldwertforderungen der Fall, bei dem ausschließlich ein Anstieg der Schadenshöhe vorgesehen ist.<sup>(29)</sup> Die Schadensberechnung zum Schadenszeitpunkt ist die Lösung des Problems bei rückwirkender Vertragsaufhebung nach Art. 1453 ZGB.<sup>(30)</sup>

Anstatt also eine extrem einschränkende Interpretation von Art. 1227 II vorzunehmen und diesen damit nicht mehr anzuwenden, dies üblicherweise mit dem Argumenten wie "die vertragliche Verpflichtung bleibt bis zur Erklärung der Vertragsaufhebung bestehen" oder "die Schadensberechnung muss mit Bezug auf das *tempus rei iudicandae* erfolgen,"

(24) Der traditionellen Lehre entsprechend verdient der säumige Schuldner keinerlei Berücksichtigung beim Schadenersatz: s. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, VI, § 275, S. 198.

(25) Über die Theorie des *quantum plurimi* und eine Übersicht s. TEDESCHI, in *Riv. dir. comm.*, 1934, S. 241 ff.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, § 280, Anm. 15, 102, 103 und zit. Lit. zur Pandektenforschung.

(26) Dies ist die Logik, die der Schadensberechnung mit Bezug auf den Wert zum Zeitpunkt des Sachurteils zugrundeliegt, s. TEDESCHI, *Il danno ed il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, S. 263 ff.; ders., *Riv. dir. comm.*, 1934, I, S. 234-244; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, I, S. 269 ff.

(27) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, S. 2114.

(28) ders., *a.a.O.*

(29) ders., *a.a.O.*

(30) ders., *a.a.O.* Angesichts der rückwirkenden Vertragsaufhebung nach Art. 1458 ZGB bleibt die Bemerkung unverständlich, die vertragliche Verpflichtung bestünde, bis der Vertrag für aufgehoben erklärt wird, so Kassationsg. 12. Oktober 1967, Nr. 2437, a.O., *oben*, Anm. 1.

sollte besser anerkannt werden, dass diese Auffassungen bei einer korrekten Interpretation von Art. 1227 II unhaltbar werden. Die Mitwirkungspflicht des Gläubigers nach Art. 1227 II und die Begrenzung auf den vorhersehbaren Schaden nach Art. 1225 erweisen sich als pragmatische Korrektur, die der Gesetzgeber hat einführen wollen, um das System flexibler zu gestalten, und mit deren Hilfe man zwischen konkret bei ihrem Auftreten zu ersetzenden und nicht zu ersetzenden nachfolgenden Schäden unterscheiden kann.<sup>(31)</sup>

Das Problem der späteren Realisierung des Schadenersatzes bis zur konkreten Reparation ist etwas anderes als die Feststellung des zu erstattenden Schadens.<sup>(32)</sup> Ersteres betrifft den Ersatz für den weiteren Schaden, der sich aus der Verspätung bei der Zahlung des Geldäquivalents ergibt, und wird nicht durch Anpassung der Schadensberechnung an neue Preise gelöst, sondern durch die in der derzeitigen Rechtsprechung verbreitete Regel, nach der der Verzug auch auf nicht geldwerte Schulden<sup>(33)</sup> angewandt werden kann und auch in diesem Fall eine Zinsberechnung erfolgt.<sup>(34)</sup> Dies geschieht letztendlich durch die Anwendung der allgemeinen Rechtsvorschriften zum Verzug bei Geldschulden nach Art. 1224 II, wo der weitere Schaden für den Gläubiger aus der Differenz zwischen gesetzlichem und marktüblichem Zinssatz besteht.<sup>(35)</sup> Wenn man eine andere Auffassung vertritt, so entpuppen sich die zusätzlich zur nicht geldwerten Schuld berechneten Zinsen (Zinsen, die im Wesentlichen die Funktion

(31) Zur pragmatischen Korrekturfunktion der Rechtsvorschriften über die Mitwirkungspflicht des Gläubigers bei der Schadensvermeidung und zur Vorhersehbarkeit im System von Art. 84 der Haager Konvention u. Art. 77 der Wiener Konvention (wo nach langer Diskussion der Bezug auf die Vertragsaufhebung festgelegt wurde) s. BONELLI, *a. O.*, S. 265.

(32) Die Verfechter der Schadensberechnung zum Urteilszeitpunkt oder des Prinzips der Geldwertforderungen lassen außerdem den Zeitraum zwischen Entscheidung und effektiver Schadensreparation unberücksichtigt. Kassationsg. 22. Juni 1982, Nr. 3802, *Foro it.*, Rep. 1982, Stichw. *Danni civili*, Nr. 155.

(33) Im Sinne, dass das Prinzip *in illiquidis non fit mora* in unsere Rechtsordnung keine Aufnahme findet s. Kassationsg. 15. April 1959, Nr. 1105, *Foro it.*, Rep. 1959, Stichw. *Obbligazioni e contratti*, Nr. 200; 12. Januar 1976, Nr. 73, *a.O.*, Rep. 1977, Stichw. *Obbligazioni in genere*, Nr. 42.

(34) Im Sinne eines Zinslaufs bei Schadenersatz und Sachschuld ab der Klageerhebung u.a., Kassationsg. 17. Oktober 1962, Nr. 3014, *Foro it.*, Rep. 1962, Stichw. *Danni per inadempimento di contratto*, Nr. 10; 25. Juni 1963, Nr. 1722, *a.O.*, Rep. 1963, Stichw. *Interessi*, Nr. 3; 5. Dezember 1974, Nr. 3999, *a.O.*, Rep. 1974, Zit. Stichw., Nr. 10; 31. Januar 1978, Nr. 451, *a.O.*, Rep. 1978, Zit. Stichw., Nr. 17.

(35) G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria*, zit., *oben* Anm. 9; außerdem, *ders.*, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, S. 332, 341.

einer Aufzinsung haben),<sup>(36)</sup> egal ob der Zinslauf mit der Klageerhebung beginnt, einer nicht geschuldeten und damit unzulässigen Bereicherung für den Gläubiger.

***Dieser Beitrag ist zitiert bei:***

DI PAOLA, *Il dovere di non aggravare il danno, spunti per la rilettura*, *Foro it.*, 1984, I, 2825, Anm. 2, 3; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1990, S. 260, 265, 266, Anm. 12, 14, 16; V. MARICONDA, *L'Art. 1227, 2° comma codice civile ed il rapporto di causalità*, *Il corriere giuridico*, 1990, S. 720; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, S. 85 e 97, Anm. 44 u. 47.