

Mediävistik und Schadensrecht

Herausgegeben von
GOTTFRIED SCHIEMANN

Mohr Siebeck

Mediävistik und Schadensrecht

Herausgegeben von
Gottfried Schieman



Mediävistik und Schadensrecht

Gedenkfeier anlässlich des
hundertsten Geburtstages

von

Hermann Lange
(1922–2016)

Herausgegeben von
Gottfried Schiemann

Mohr Siebeck

Hermann Lange (1922–2016), 1966–87 Ordinarius für Römisches und deutsches Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte an der Universität Tübingen.

Gottfried Schiemann, geboren 1943, Prof. i. R. für Bürgerliches Recht und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Tübingen.

Gedruckt mit Unterstützung der Juristischen Gesellschaft Tübingen e.V.

ISBN 978-3-16-162215-1 / eISBN 978-3-16-162735-4

DOI 10.1628/978-3-16-162735-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Wolfgang Forster

Einleitung zum Symposium aus Anlass des hundertsten Geburtstages von Hermann Lange im Festsaal der Universität Tübingen am 28. Januar 2022 durch den Dekan der Juristischen Fakultät	1
---	---

Gottfried Schiemann

Dogmatik für ein Lückenmeer: Hermann Lange und das allgemeine Schadensrecht	5
I. Die Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Schadensersatzrechts	5
II. Kausalität und Zurechnung	8
III. Materieller und immaterieller Schaden	9
IV. Gebrauchsvorteile	11
V. Differenztheorie, Ausgleichsprinzip und Strafschadensersatz	12
VI. Zwischen Detailversessenheit und Verallgemeinerungs- fähigkeit	15

Maximiliane Kriechbaum

Hermann Lange und die juristische Mediävistik	19
I. Die mediävistische Habilitationsschrift	19
II. Autoritätsgläubigkeit, Harmonisierung, Rechtsfortbildung	26
1. Autoritätsgläubigkeit	26
2. Generalisierung	29
3. Ius aequum und ius strictum	32
III. Bartolus und die Methode der <i>distinctiones</i>	35
1. Bartolus	35
2. <i>Distinctiones</i>	36
3. <i>Invenire und perficere</i>	41

IV. Morphologie	43
1. Einleitung – Goethes Lehre von der Morphologie	43
2. Grundlegung und Ausgestaltung einer rechtlichen Morphologie bei Lange	45
V. Kasuistik, „Intuitiv-geniale Rechtskunst“, Consilia	49
1. Kasuistik	49
2. Intuition	54
3. Consilia	55
VI. Theorie und Praxis	58
1. Ein Zitat von Baldus	58
2. ‚Dogmengeschichte‘	62
VII. Römisches Recht im Mittelalter	66
1. Einführung – Vorgänger-Werke und deren Konzepte, Geschichte	66
2. Konzept und Gliederung	73
3. Gelehrten-geschichte, Dogmengeschichte, Wissenschaftsgeschichte	76
4. Interpretation, Geist und Methode	79
5. Methode und Literaturformen	81
6. Methoden der Stoffbeherrschung	86
VIII. Schlussbetrachtung	87

Verzeichnis der Schriften von Hermann Lange

I. Selbständige Veröffentlichungen	93
II. Rechtsgeschichtliche Abhandlungen	95
III. Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht	96
IV. Rezensionen und Urteilsbesprechungen	97
a) zur Rechtsgeschichte	97
b) zum geltenden Recht	99
 Autoren und Autorinnen	 101

Einleitung zum Symposium
aus Anlass des hundertsten Geburtstages
von Hermann Lange
im Festsaal der Universität Tübingen
am 28. Januar 2022
durch den Dekan der Juristischen Fakultät

Wolfgang Forster

Das Symposium zu Ehren von Hermann Lange konnte erst nach zweimaliger Umplanung in den Räumen der Universität Tübingen durchgeführt werden. Die Verlegung der Veranstaltung hat jedoch dazu geführt, dass sie einerseits nahezu auf den hundertsten Geburtstag Hermann Langes am 24. Januar, andererseits genau auf den Gedenktag des Heiligen Thomas von Aquin fiel, der im großen Werk von Hermann Lange und Maximiliane Kriechbaum zum Römischen Recht im Mittelalter nicht selten zitiert wird.

Der aus Dresden stammende Hermann Lange studierte in Leipzig ab 1940 Rechtswissenschaften, einzelne Semester auch jeweils in München und Freiburg. Über seine Studien- und Referendarzeit hat Lange anlässlich seines goldenen Doktorjubiläums 1994 in Leipzig eine unterhaltsame und dabei reflektierte Rede gehalten, die zahlreiche interessante Einblicke erlaubt, unter anderem die Erinnerung, dass sich Carl Schmitt in einer Diskussionsveranstaltung „eitel wie ein Pfau gerierte“¹, aber auch die, in der Perspektive des Jahres 2022 auf den ersten Blick vielleicht überraschendere Anmerkung, dass die Studentenzimmer damals selbstverständlich *nicht* über fließendes Wasser verfügten, sondern man eben die eigene Waschschiüssel aufstellte; in Hermann Langes Fall hat ihn diese bis in seine Privatdozententätigkeit in Freiburg begleitet.²

¹ Lange, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 24.

² Lange, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 20.

In Leipzig lernte er in dessen Vorlesungen zum Zivilrecht und zum Römischen Recht auch seinen akademischen Lehrer Franz Wieacker kennen, bei dem er 1944 promovierte.³ Zuvor hatte er nach der ersten Staatsprüfung in Dresden das Referendariat in Radeberg begonnen, wo ihn „ein reaktivierter, über 70jähriger Amtsgerichtsdirektor, der noch unter dem alten sächsischen BGB von 1865 aufgewachsen war“, betreute, welcher ihn „gelegentlich über die Verschlechterung der Rechtszustände, die durch das nach seiner Ansicht preußisch gefärbte BGB im Zivilrecht eingetreten sei“, belehrte.⁴ Nach Kriegsende setzte er sein Referendariat in Sachsen fort, da er sich dabei aber nicht im Sinn der SED-Machthaber politisch engagierte, wurde er fristlos entlassen. Zur Fortsetzung des Referendariats ging er in den Bezirk des OLG Oldenburg;⁵ er durchlief also eine in seinen Worten „auf drei ganz verschiedene Regime verzettelte Referendarzeit“.⁶

Nach dem zweiten Staatsexamen begann Hermann Lange unter der Betreuung von Franz Wieacker und Fritz Pringsheim seine wissenschaftliche Laufbahn an der Universität Freiburg. 1953 wurde er dort habilitiert. Seine Schrift zum Schadensrecht im Mittelalter war mit ihrem Einbezug der Anwendung von aus dem römischen Recht stammenden Rechtssätzen wegweisend für die weitere Erforschung des deutschen mittelalterlichen Rechts, vielleicht auch überhaupt für unsere Sicht auf das Mittelalter. Sie eröffnete ihm eine rasche akademische Laufbahn: Schon 1955 wurde er nach Innsbruck berufen, zwei Jahre später nach Kiel und 1962 nach Mainz. Ab 1966 war Hermann Lange Professor für Römisches Recht und Bürgerliches Recht in Tübingen. Schon 1971 wurde er in die Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz aufgenommen.

Hermann Langes großes wissenschaftliches Werk ist Gegenstand der folgenden Beiträge, denen ich nicht vorgreifen will. An den Schluss meiner Einleitung möchte ich vielmehr ein letztes Zitat Hermann Langes

³ *Lange*, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 21, 27.

⁴ *Lange*, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 27f.

⁵ *Lange*, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 32f.

⁶ *Lange*, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 34.

aus seiner oben genannten Rede setzen, welches meinem Eindruck nach durch Form und Inhalt ihn selbst gut charakterisiert:

„Um das zweierlei Salz, von dem Baldus de Ubaldis, einer der größten Juristen des Mittelalters, gesprochen hat, habe ich mich jedenfalls bemüht, um das sal scientiae, das Salz des Wissens, und um das sal conscientiae, das Salz des guten Gewissens.“⁷

⁷ Lange, Erinnerungen an die Studien- und Referendarzeit in Leipzig und Sachsen, 1995, 34. Das Zitat stammt aus Baldus' Kommentar zu C 7.44.2, der dazu auf die kirchenrechtliche Sammlung des Liber sextus verweist, wo es in VI. 2.41.1 um die Bestrafung kirchlicher Richter geht, die „contra conscientiam et contra iustitiam“ urteilen, Baldus, Super VII, VIII, et Nono Codicis commentaria, Lyon 1539, [C 7.44.2] <Hac lege> (fol. 50r.): „Scias tamen quod in mente iudicis debent esse duo sales: scilicet sal scientiae: alias est insipida: et sal securae conscientiae: alias est diabolica. ut in c. cum eterni. De re iudic. [VI. 2.14.1]“ Baldus wird damit des Öfteren zitiert, vgl. Giovanni Nevizzano († 1540), Sylvae nuptialis libri sex, Lyon 1572, V, Rn. 90 (S. 532) und Aymon Cravetta (1504–1569), Tractatus de antiquitate temporis, Lyon 1550, I, 1, 57 (fol. 8v.). Schön formuliert dann Jacobus Menochius (1532–1607), De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, Köln 1607, II, 4, casus 339, Rn. 1 (S. 463): „Qui iuri dicendi praesunt, duos sales habere debent: scientiae unum, ne insipidi sint: conscientiae alterum, ne sint diabolici, ut cum Baldo loquar [...]“

Dogmatik für ein Lückenmeer: Hermann Lange und das allgemeine Schadensrecht

Gottfried Schiemann

I. Die Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Schadensersatzrechts

Neben dem eindrucksvollen rechtshistorischen Gesamtwerk, dessen Schwerpunkte bei seinen wissenschaftlichen Anfängen und dann wieder mit besonderer und bewundernswerter Intensität in der Zeit nach der Entpflichtung von den Lehrstuhlaufgaben liegen¹, hat sich Hermann Lange – ebenfalls bis ins hohe Alter – kontinuierlich dem geltenden Zivilrecht gewidmet, u. a. mit einer umfangreichen familienrechtlichen Kommentierung² und einem mehrfach aufgelegten Bändchen mit Fällen des Sachenrechts. Am bekanntesten ist Hermann Lange als Dogmatiker durch sein Handbuch des Schadensrechts³. Deshalb ist es angemessen, zu Hermann Langes Gedenken auch über seinen Beitrag zum geltenden Schadensrecht zu sprechen.

Am 22. November 1985 fasste der V. Zivilsenat des BGH einen Beschluss⁴, der die höchste Aufmerksamkeit bei allen weckte, die sich mit Schadensrecht befassten. Der Senat wandte sich gegen die vom III.⁵ und VI. Senat⁶ begründete, vielfach praktizierte Entschädigung für einen Nutzungsausfall, ohne dass sich der Geschädigte einen Ersatz beschaffte. Die Frage, ob dies denn mit dem Allgemeinen Schadensrecht vereinbar sei, legte nunmehr der V. Senat mit ausführlicher Begründung dem Großen Senat für Zivilsachen vor. Der Große Senat beschloss am 9. Juli

¹ Dazu in diesem Band S. 19ff. *Maximiliane Kriechbaum*.

² In: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer-Kommentar, neu hrsg. von W. Siebert, 9. bis 12. Auflage, darin zuletzt Bd. 7, 1989, Bd. 8, 1987, mit Nachtrag 1991: Gesamtedition, Einleitung, §§ 1297–1390 und Nichteheleiche Gemeinschaft.

³ Schadensersatz, 1. Aufl. 1979.

⁴ NJW 1986, 2037.

⁵ BGHZ 40, 345.

⁶ BGHZ 45, 212.

1986⁷, es bei der Rechtsprechung zum abstrakten Nutzungsausfall für Kfz zu belassen und sie – entgegen dem Wunsch des V. Senates – auf Grundstücke auszudehnen. Allerdings beschränkte der Große Senat diese Ersatzform auf Gegenstände von „zentraler Bedeutung für die private Lebensführung“. Dies ist seitdem Inhalt des Schadensrechts⁸.

Nach dieser Rechtsgeschichte machenden Vorgang lag es nahe, als Thema für das gerade anstehende Treffen der Karlsruher Juristischen Gesellschaft mit ihrem Mitglied, der Juristischen Fakultät Tübingen, die Wandlungen des Schadensersatzrechts zu wählen⁹. Ebenfalls nahe- liegender Weise benannte die Fakultät als Referenten ihr Mitglied Hermann Lange: Dieser hatte sich bereits drei Jahrzehnte zuvor über „Schadensersatz und Privatstrafe“ in der mittelalterlichen Rechtsgeschichte¹⁰ auf römisch-rechtlicher Grundlage habilitiert. Bald darauf hatte man ihn mit einem wissenschaftlichen Gutachten für den Deutschen Juristentag betraut¹¹. Auch darin ging es – diesmal rechtspolitisch – um das Allgemeine Schadensrecht: Es sollte geprüft werden, ob dem Gesetzgeber eine Milderung der Schadensersatzpflicht in bestimmten Fällen vorgeschlagen werden sollte. Vor allem aber hatte Hermann Lange in der von seinem Fakultätskollegen Gernhuber initiierten und herausgegebenen Reihe von Handbüchern zum Ersatz des veralteten schuldrechtlichen Grundlagenwerks von Enneccerus/Lehmann¹² 1979 als ersten Band das Handbuch „Schadensersatz“ veröffentlicht. Hiermit war dokumentiert: Hermann Lange überblickte das Allgemeine Schadensrecht und hatte sich darin vertieft wie kein anderer in Deutschland.

Hermann Lange begann seinen Vortrag am 3. November 1986 mit einem kurzen Blick¹³ auf die nur sechs Paragraphen, die der historische

⁷ BGHZ (GSZ) 98, 212.

⁸ Christian Grüneberg in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl. 2022, § 249 Rn. 40 („Gewohnheitsrecht“), 48.

⁹ Hermann Lange/Horst Hagen, Wandlungen des Schadensersatzrechts, Heft 177 der Juristischen Studiengesellschaft, 1987.

¹⁰ Hermann Lange, Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, 1955.

¹¹ Hermann Lange, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, 1960.

¹² Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.

¹³ Lange, Wandlungen (Fn. 9), S. 11 ff.

Gesetzgeber des BGB dem allgemeinen Schadensrecht gewidmet hatte. Sie waren nicht nur bis 1986, sondern sind sogar bis 2002¹⁴ nahezu unverändert geblieben. Hermann Lange beschrieb die ungeregelt gebliebenen Sachprobleme, die bereits dem historischen Gesetzgeber bekannt waren, z. B. die naheliegende Frage, was überhaupt ein Schaden sei, pandektistisch formuliert also der „Schadensbegriff“¹⁵, ferner eine Milderung des Ersatzes, wenn zugleich mit dem Schaden oder durch ihn beim Verletzten auch Vorteile entstehen¹⁶, oder welche Anforderungen an die Ursachenverknüpfung zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schaden zu stellen sind¹⁷, oder wie damit umzugehen ist, wenn den Geschädigten selbst eine „Schuld“ trifft, wie es das Gesetz offenbar untechnisch bezeichnet¹⁸. Regelungen dazu hat der Gesetzgeber aber jeweils nicht für nötig oder tunlich gehalten. Nicht einmal durch die Quelle der Materialien belegbar ist, ob der Gesetzgeber überhaupt gesehen hat, welche Änderungen der Regulierung von Schäden sich daraus ergeben könnten, dass neben dem privaten Schadensrecht auch Versicherungen in großem Umfang für Schäden aufkommen, und zwar sowohl private Schadens- und Haftpflichtversicherungen als auch öffentlich-rechtliche Sozialversicherungen¹⁹. Mit Recht kam daher Hermann Lange für das, was der Gesetzgeber dem Rechtsanwender auf den Weg gegeben hat, zu dem Urteil: „Bereits aus damaliger Sicht ein Lückenmeer“²⁰.

¹⁴ Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.07.2002, BGBl. I, S. 2674. – Zu vorangegangenen kleinen Änderungen und den Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 *Hermann Lange* in: Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, Einleitung VIII 3 (S. 23 f.).

¹⁵ Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, Bd. II S. 19.

¹⁶ Motive (Fn. 15), S. 18 f.

¹⁷ Motive (Fn. 15), S. 769.

¹⁸ Vgl. *Lange*, Wandlungen (Fn. 9), S. 12 mNw.

¹⁹ Zu der sich daraus ergebenden Regreßfrage *Lange*, Schadensersatz, 1. Aufl. (Fn. 3) § 11; *ders.* in: Lange/Schiemann (Fn. 14), § 11 (S. 668–755).

²⁰ *Lange*, Wandlungen (Fn. 9), S. 14.

II. Kausalität und Zurechnung

Juristen sind freilich an Lücken im Recht gewöhnt. Sie haben meist wenige Probleme damit, sie zu füllen. Finden sie Normen, die nahe genug an dem zu lösenden Regelungsproblem sind, wenden sie die anerkannten Methoden der Analogiebildung an. Angesichts der Dürftigkeit der gesetzlichen Regelung fehlt dafür aber im Allgemeinen Schadensrecht fast jede Grundlage. Eben deshalb muss sich der Jurist dort wie ein Kapitän auf offenem Meer fühlen. Wie kann ihm Dogmatik helfen, einen Kurs zu finden oder läuft er Gefahr, auf der Suche nach Indien nur Amerika zu entdecken?

Hermann Lange hilft sich und den Anwendern des Allgemeinen Schadensrechts in seinem Vortrag mit einem gleichsam „klassischen“ Schema des Aufbaus einer Falllösung. Deshalb beginnt er mit der Verbindung des Haftungstatbestandes zur Schadensersatzfolge: der Schadenszurechnung²¹, somit gerade einem Merkmal, dessen Konturen der Gesetzgeber offengelassen hatte²². Wo das Gesetz im Allgemeinen Schadensrecht den Juristen im Stich lässt, kann man also hier wenigstens auf den Schatz der Begriffe und Denkfiguren zurückgreifen, die schon vor dem BGB vorhanden waren, teilweise seit Jahrhunderten bis zurück in die römische Antike. Davon macht Hermann Lange souverän Gebrauch²³.

Der herkömmliche Modus zur Verknüpfung von Haftungstatbestand und Schadensersatzfolge ist bekanntlich die Kausalität als *condicio sine qua non*. Ihre Spezifikation durch die einschränkende Adäquanz stand in der Anfangszeit des BGB mehr und mehr fest²⁴. Die modernere Diskussion stellt aber gerade die Tauglichkeit der Adäquanz in Frage. Einige wollen sie ganz durch die Schutzzwecklehre ersetzen²⁵. So weit geht Hermann Lange nicht. Er sieht die Unzulänglichkeit reinen Adäquanz-

²¹ *Lange*, Wandlungen (Fn. 9), S. 19 ff.

²² *Lange*, Wandlungen (Fn. 9), S. 12.

²³ Im Vortrag etwa ausdrücklich zur Ausfüllung des „Lückenmeeres“ durch die Differenztheorie Friedrich Mommsens: *Lange*, Wandlungen (Fn. 9), S. 41, charakteristisch ferner *Lange*, in: *Lange/Schiemann* (Fn. 14), S. 27 Fn. 3 der Hinweis auf den römischen Juristen Paulus zum „natürlichen Schadensbegriff“ (D. 50, 17, 24: „in factio non in iure consistit“).

²⁴ Vgl. die Darstellung von *Lange*, in: *Lange/Schiemann* (Fn. 14), § 3 VII 1 und 4 (S. 82 ff., 86 ff.).

²⁵ Vgl. die Nachweise bei *Lange*, in: *Lange/Schiemann* (Fn. 14), § 3 VI 5 Fn. 77.

denkens, möchte es aber nicht aufgeben, nur ergänzen²⁶. Einen Hinweis auf diese Notwendigkeit sieht er bereits in der Rechtsprechung des RG aus dem Jahr 1882²⁷ mit dem bekannten Satz: Wer einen anfälligen Menschen verletzt, hat keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als habe er einen Gesunden geschädigt. Dies war kein schlichter Hinweis auf Adäquanz. Wenn man es recht betrachtet, lag darin vielmehr schon eine überzeugende Umschreibung für den Schutzzweck des Verletzungsverbot. Genau zu ihm gehört dann auch ein Korrelat zur Feststellung des RG, das Lange vorgeschlagen hat²⁸: Der Ersatzpflichtige *müsse* den Geschädigten nicht nur so hinnehmen, wie er ist, er *könne* es auch. Besondere Abwehr- und Vorsorgefähigkeit des Opfers soll den Schädiger entlasten. Mühelos schlägt Hermann Lange von diesem Gedanken die Brücke zum heute bei Sachschäden so aktuellen Problem der fiktiven Kosten²⁹, freilich konkret nur auf die unterdessen nicht mehr umstrittenen Genesungskosten³⁰. Für sie beruft er sich charakteristischer Weise auf die „vornehme Rechtsgesinnung der römischen Klassiker: *Liberum corpus nullam recipit aestimationem*“³¹.

III. Materieller und immaterieller Schaden

Aber nicht nur Begriffe und Maximen guten dogmatischen Herkommens können es erleichtern, den richtigen Kurs zu finden. Wenn schon nicht der Wortlaut der spärlichen gesetzlichen Vorschriften, kann doch vielleicht ihr System helfen. Für dessen Relevanz möchte ich nun doch die Frage nach der Ersatzfähigkeit fiktiver Reparaturkosten aufgreifen: Wie hätte Hermann Lange die Frage beantwortet? Vor knapp vier Jahren hat bekanntlich der VII. Zivilsenat des BGH³² seine langjährige Rechtsprechung aufgegeben, nach der im Falle der schuldhaften Schlechterfüllung einer Werkleistung der Besteller vom Unternehmer die geschätzten Nachbesserungskosten auch dann verlangen konnte,

²⁶ Lange, Wandlungen (Fn. 9), S. 21.

²⁷ RGZ 6, 1.

²⁸ Lange, Wandlungen (Fn. 9), S. 24 f.

²⁹ Dazu sogleich bei Fn. 32 ff.

³⁰ BGHZ 97, 14.

³¹ Lange, Wandlungen (Fn. 9), S. 25 nach Gaius D. 9, 1, 3 und D. 9, 3, 7.

³² BGHZ 218, 1.

wenn er die Nachbesserung gar nicht hatte vornehmen lassen³³. Der Senat meint nunmehr, der Besteller habe doch noch gar keinen Schaden. Ein Ersatz bloß fiktiver Kosten führe vielmehr zu einer Überkompensation des Bestellers. Hieran hat der VII. Senat trotz massiver Einwände des V. Senates³⁴ festgehalten³⁵.

Auch in der Literatur ist der VII. Senat überwiegend kritisiert worden. Charakteristisch dafür ist eine Stellungnahme, die Anfang 2021 in der NJW zu lesen war³⁶. Der Autor greift das vom VII. Senat selbst gebildete Beispiel auf, dass Fliesen in einer falschen Farbe verlegt worden sind, der Besteller damit aber – gleichsam zähneknirschend – „lebt“. In einem solchen Fall möge keine vermögensmäßige Wertdifferenz beim Besteller bestehen. Dennoch müsse seine Beeinträchtigung durch den Kostenersatz für die nicht durchgeführte Reparatur ausgeglichen werden. An anderer Stelle formuliert derselbe Autor, der Schaden des Bestellers liege darin, dass er täglich die ungeliebte Fliesenfarbe vor Augen habe. Verweigere man den Geldersatz, läge darin „eine eindeutige Unterkompensation des Bestellers, die definitiv gegen schadensrechtliche Grundprinzipien verstoßen würde“³⁷.

Ich möchte dem ein etwas längeres Zitat aus dem Handbuch Hermann Langes gegenüberstellen³⁸: „Die Grenzen zwischen materiellem und immateriellem Schaden sind gewiß nicht unverrückbar. Die Auffassungen darüber, was in Geld meßbar ist, können sich wandeln, schon durch das Entstehen neuer Märkte. Auch die Zuordnung von Rechtsgütern zur Persönlichkeitssphäre ist nicht zementiert. Unverkennbar ist auch ein Zug zur Kommerzialisierung und zur Standardisierung vorhanden. Doch sind den Tendenzen zur Ausweitung des Bereiches der Vermögensschäden Grenzen gesetzt, wenn man nicht im Widerspruch zur Anlage unseres Schadensrechtes Gefühlentscheidungen an die Stelle klarer Zäsuren setzen will [...]. Kriterium dafür, ob und ggf. in welchem Maße [...] Beeinträchtigungen vorliegen, die hingenommen werden müssen, sind zwar nicht ausschließlich, aber doch in starkem

³³ BGHZ 99, 81; zu den zahlreichen vorangegangenen Entscheidungen vgl. *Gottfried Schiemann* JZ 2021, 939, 941 mNw. Fn. 32 ff.

³⁴ ZIP 2020, 1073 [BeckRS 2020, 8615].

³⁵ NJW 2021, 53.

³⁶ *Thomas Riehm* NJW 2021, 27.

³⁷ NJW 2021, 30 Rn. 18.

³⁸ *Lange*, in: *Lange/Schiemann* (Fn. 14), § 2 I 3 (S. 56 f.), im Kern bereits ebenso *Lange*, *Schadensersatz*, 1. Aufl. (Fn. 3), § 2 I (S. 38).