

Dr. Vito Roberto, LL. M., Rechtsanwalt, Zürich

Zur Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien

I. Einleitung

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 hat das *zürcherische Kassationsgericht*¹ einem Ferienreisenden Schadenersatz für die verdorbene Ferienreise zugesprochen; denn wer die Ferien nicht geniessen könne, habe den Gegenwert für seine Aufwendungen nicht erhalten.

Das *Bundesgericht* hatte demgegenüber in einer früheren Entscheidung klargestellt, dass eine bestimmte Aufwendung, die ihren inneren Wert verliert, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellt, keinen Schaden im Rechtssinne darstellt; «diesfalls wird nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht»². Für entgangenen Feriengenuss könne demnach kein Schadenersatz zugesprochen werden.

In der *Literatur* gehen die Meinungen bezüglich der Entschädigungsfähigkeit des verdorbenen Feriengenusses bzw. der nutzlosen Aufwendungen im allgemeinen ebenfalls auseinander³. Im folgenden soll zunächst auf die Entscheidung des Kassationsgerichts eingegangen und die Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Frage dargelegt werden. Anschliessend ist die schadensrechtliche Problematik der verdorbenen Ferien aufzuzeigen.

¹ZR 96 (1997) Nr. 16.

²BGE 115 II (1989), 482.

³Befürwortend *Oftinger*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1975, 58 und 257; v. *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1974, 84; *Gauch/Schlupe*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995, N 2672; *Gauch*, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996 225, 226: «Nach Massgabe der wirtschaftlichen Realien besteht jedenfalls kein Grund, den Kommerzialisierungs- oder Frustrationsgedanken von vornherein abzulehnen»; einschränkend *Merz*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel 1984, 197; zweifelnd *Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, N 179 ff. und 389 ff.: zwar erhalten bei Zugrundelegen eines «teilweise ökonomisch strukturierten Schadensbegriffs» Aufwendungen für «kommerzialiserte Genüsse und Vorteile (Theaterbesuch, Ferien usw.) Vermögenscharakter» (N 179); «was jedoch in theoretischer und dogmatischer Hinsicht begründbar ist, muss in rechtspolitischer Hinsicht nicht geboten sein» (N 191). Ablehnend *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2 N 56; *Berner-Kommentar/Brehm* OR 41 N 83; *Guhl/Merz/Koller*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, 63; *Honsell/Schnyder* OR 41 N 4; *Honsell*, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, § 8 N 55; *Stark*, Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, FS Keller, Zürich 1989, 311, 315 f.; *Hangartner*, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss. Zürich 1997, 159 ff.; *Roberto*, Verdorbene Ferien als Schaden, recht 1990 79, 82; *ders.*, Die Haftung des Reiseveranstalters, Zürich 1990, 147 ff.

II. Entscheidung des zürcherischen Kassationsgerichts

1. Sachverhalt

X wurde unter dem Verdacht, ein Tötungsdelikt begangen zu haben, festgenommen, während mehrerer Stunden polizeilich befragt und am frühen Nachmittag wieder entlassen. Noch an demselben Tage flog X mit seiner Familie in die bereits seit langem geplanten und gebuchten Ferien in den Fernen Osten.

Nach mehr als zwei Jahren wurde die Untersuchung gegen X definitiv eingestellt, und die Kosten wurden auf die Staatskasse genommen. X bekam eine Entschädigung von 600 Fr. sowie eine Genugtuung von 1000 Fr. zugesprochen. Auf Begehren um gerichtliche Beurteilung hin erhöhte das zuständige Bezirksgericht die Entschädigung auf 1250 Fr. und die Genugtuung auf 1500 Fr. Im Rekursverfahren bestätigte das Obergericht die zugesprochene Entschädigung, erhöhte dagegen die Genugtuung nochmals um 1000 Fr.

X wandte sich an das zürcherische Kassationsgericht und beantragte eine Erhöhung dieser Beträge, namentlich auch eine Entschädigung für die Kosten des verdorbenen Urlaubs in der Höhe von 6000 Fr. Das Kassationsgericht befasste sich in der Hauptsache mit dem Anspruch auf Ersatz der Reisekosten.

2. Erwägungen

Nach Auffassung des Kassationsgerichts muss unterschieden werden zwischen dem Anspruch auf Ersatz für verdorbenen *Feriengenuss* einerseits und dem Ersatz für *unnütze Aufwendungen* andererseits. Zutreffend sei, dass der Feriengenuss als solcher nicht materieller Natur ist und daher keinen Vermögensbestandteil darstellt. In Übereinstimmung mit dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid führt das Kassationsgericht aus: «Die Beeinträchtigung oder Zerstörung des Feriengenusses kann daher nach herrschender schweizerischer Auffassung nicht unter dem Titel Schadenersatz abgegolten werden.»

Nicht zu folgen vermag das Gericht dagegen der Auffassung des Bundesgerichts, wonach auch nutzlose Aufwendungen nicht als schadensbegründende Vermögenseinbusse gelten. Die bundesgerichtliche Ansicht sei auch in der Lehre umstritten. Das Kassationsgericht weist zunächst auf die Stellungnahmen bei *Oftinger*, *Merz* und v. *Tuhr/Peter* hin, welche den Schadensbegriff ausdrücklich auf nutzlos gewordene Aufwendungen ausdehnen; sodann werde die «haftpflichtrechtliche Relevanz des sog. Kom-

merzialisierungs- oder Frustrationsschadens» vereinzelt auch im neueren Schrifttum bejaht⁴. Nach der Darlegung des Meinungsstandes in der Lehre kommt das Gericht zu folgendem Schluss:

«Im vorliegenden Fall ist ... davon auszugehen, dass als Folge der unmittelbar vor Reiseantritt und in Zusammenhang mit einem Tötungsdelikt erfolgten strafprozessualen Zwangsmassnahmen (Verhaftung und Hausdurchsuchung) der Beschwerdeführer und seine Familienmitglieder nicht in der Lage waren, diese Ferien so zu geniessen, wie dies unter normalen Umständen der Fall gewesen wäre, die ganze kostspielige Ferienreise mithin verdorben gewesen war, so dass grundsätzlich von unnützen Aufwendungen für eine Reise mit erheblichem Marktwert gesprochen werden kann. Der Beschwerdeführer ist durch den verdorbenen Genuss der Ferien, die er in Vorauskenntnis der Umstände mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gebucht hätte, in grundsätzlicher Hinsicht geschädigt, weil er den üblicherweise mit den getätigten Aufwendungen verbundenen Gegenwert jedenfalls nicht in vollem Umfang erhalten hat.»

Aufgrund der zitierten Erwägungen hob das Kassationsgericht den Entscheid des Obergerichts auf und sprach dem Beschwerdeführer neben der bereits durch die Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung von 1250 Fr. einen Betrag von zwei Dritteln der für die Ferienreise getätigten Aufwendungen, d. h. 4000 Fr., zu.

Nebenbei sei angeführt, dass sich nach den Ausführungen des Gerichts der Reisebetrag von 6000 Fr. auf die Reise der ganzen Familie bezieht. Die Zusprennung von zwei Dritteln des Reisepreises entschädigt daher auch die Familienmitglieder; denn schliesslich seien auch sie nicht in der Lage gewesen, den Urlaub in gewohntem Rahmen zu geniessen. Nicht problematisiert wird freilich der Umstand, dass diese «Reflexgeschädigten»⁵ einen reinen Vermögensschaden erlitten haben, sich somit – zumindest nach der herkömmlichen Auffassung – ein *Widerrechtsproblem* stellt.

III. Entwicklung der Rechtsprechung

1. In der Schweiz

Bereits Anfang der achtziger Jahre haben die Gerichte vereinzelt eine Entschädigung wegen verdorbenen Feriengenusses gewährt. Bekannt ge-

worden ist die Entscheidung des zürcherischen Obergerichts aus dem Jahre 1980⁶. Einem Reisenden, der seine Ferien nicht entsprechend seiner Buchung an einem Küstenort in Sri Lanka, sondern im lärmigen Stadtzentrum von Colombo verbringen musste, wurde grundsätzlich sogar anteiliger Ersatz des Verdienstaufalles zuerkannt, da er sich auch nach Ersatz der Reisekosten nur dann Ersatzferien leisten könne, wenn er einen Einkommensausfall in Kauf nehme⁷.

In der Folge wurde jedoch eine Entschädigung wegen verdorbener Ferien *regelmässig abgelehnt*⁸. Die Begründungen fallen teilweise wenig glücklich aus. So hat etwa das zürcherische Obergericht ausgeführt, dass «sich der Ersatz eines «Frustrationsschadens» für verpfuschte Ferien in der Tat kaum begründen» lasse, um dann aber fortzufahren, dass zum «Schaden im herkömmlichen Sinne ... sämtliche nutzlos gewordenen Aufwendungen zählen»⁹. Bedenken erweckt auch die generelle Ablehnung der nutzlos gewordenen Aufwendungen durch das Bundesgericht; denn im vertraglichen Bereich sind diese – soweit sie für die Gegenpartei erkennbar notwendig waren – zu ersetzen¹⁰.

2. In Deutschland

Illustrativ ist insbesondere auch die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zur Problematik des Ersatzes für verpfuschte Ferien. Die Rechtsprechungspraxis reicht zurück bis auf die bekanntgewordene «Seereise-Entscheidung» des BGH aus dem Jahre 1956¹¹. Der Sachverhalt lässt sich durchaus mit demjenigen vergleichen, welcher der Kassationsgerichtsentscheidung zu-

⁶ SJZ 77 (1981) 79, 81, wonach «die für die Ferien in Sri Lanka gehaltenen Aufwendungen als Schaden zu ersetzen» seien; ein unpubliziertes Urteil des Bezirksgerichts Zürich ist bei Girsberger, Der Reisevertrag, ZSR 105 (1986) II, 1, 64, erwähnt.

⁷ SJZ 77 (1981), 81.

⁸ Vgl. etwa Obergericht Zürich ZR 83 (1984), 40; und SJZ 86 (1990) 32; Kantonsgericht Wallis, ZVR 1985 133f.; siehe ferner Obergericht des Kantons Basel-Land, BJM 1990 138; auch in der durch das zürcherische Kassationsgericht aufgehobenen Entscheidung hatte das Obergericht als Vorinstanz noch ausgeführt, «dass eine Beeinträchtigung bzw. Zerstörung des Erholungswertes von Ferien keine Vermögensverminderung und somit kein materieller Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn ist, sondern eine immaterielle Unbill darstellt, die allenfalls im Rahmen der Genugtuung zu berücksichtigen wäre» (Entscheidung vom 28. Februar 1995 Erw. 3b).

⁹ SJZ 86 (1990) 32. Offenkundig versteht das Gericht den Begriff des Frustrationsschadens nicht im herkömmlichen Sinne, d. h. als nutzlos gewordene Aufwendungen.

¹⁰ Siehe dazu bereits Roberto, recht 1990 (Fn. 3), 84; ebenso Guhl/Merz/Koller (Fn. 3) 63: Die Schadenersatzpflicht für nutzlose Aufwendungen setze «einen besonderen Vertrauensstatbestand voraus, weshalb Frustrationsschäden im typisch ausservertraglichen Bereich nicht zu ersetzen sind». Insofern verweist Gauch (Fn. 3, 226) zu Recht auf OR 26 I, 404 II und 475 II, welche die Entschädigung im vertraglichen Bereich betreffen.

¹¹ NJW 1956 1234f.

⁴ Verwiesen wird auf Rey (Fn. 3) N 391 (welcher freilich nur den Kommerzialisierungsschaden unter engen Voraussetzungen zu bejahen scheint); und Gauch/Schluep (Fn. 3) N 2672 (welche aber bei N 2655 einräumen, dass diese Theorien eine «Ausuferung der Schadenersatzpflichten zur Folge haben, die selbst unter dem Gesichtswinkel der grundsätzlichen Versicherbarkeit als bedenklich erscheint»); unrichtig ist der Verweis auf A. Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5. Aufl., Bern 1993, 56f.

⁵ Kritisch zu diesem Begriff Gauch (Fn. 3) 227.

grunde lag. Aufgrund eines Fehlers der Zollbehörden gelangten die Koffer eines Ehepaares, das eine Kreuzfahrt gebucht hatte, nicht rechtzeitig auf das Schiff. Das Gericht sprach eine Entschädigung mit der Begründung zu, dass die erstrebte Erholung nennenswert und unangenehm beeinträchtigt sei, wenn während der Seereise die Kleidung nicht in gewohnter Weise gewechselt werden könne. Da der Genuss einer Seereise «in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen «erkauft» werden kann und hier tatsächlich erkauft worden ist», habe der Kläger einen Vermögensschaden erlitten.

Später hat der BGH auch die nutzlos aufgewandte *Ferienzeit* als Schadensposten anerkannt¹². Denn – so die Begründung – die Ferienzeit werde durch die vorausgegangenen Arbeitsleistungen oder durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft «erkauft». Infolgedessen berechnete der BGH die Entschädigungshöhe aufgrund des Einkommens. Mit dieser Begründung lässt sich freilich auch ein Ersatz für die verdorbene Freizeit rechtfertigen. Folgerichtig hat denn z.B. das OLG Frankfurt Ersatz für verpfuschte Freizeit zugesprochen, da die Freizeit «den gleichen Erholungswert wie der Urlaub hat und für den arbeitenden Menschen noch eine stärkere Notwendigkeit für seine Lebensexistenz als der Urlaub besitzt»¹³.

Die Frage der Entschädigung für verdorbene Ferien hat sich im deutschen Recht mit Einführung des Reisevertragsgesetzes entschärft. Im vertraglichen Verhältnis muss der Reiseveranstalter bei nutzlos aufgewandter Ferienzeit eine angemessene Entschädigung in Geld bezahlen¹⁴. Der BGH lässt daher in neueren Entscheidungen offen, ob die Ferienzeit tatsächlich einen Vermögenswert darstellt¹⁵.

IV. Dogmatische Grundlagen

1. Ersatz der verpfuschten Ferienzeit?

Die Entschädigung der nicht wunschgemäß verbrachten Ferienzeit wurde in Deutschland vor allem mit der *Kommerzialisierungstheorie* begründet¹⁶. Danach hat jedes Gut, das gegen Geld er-

langt werden kann, Vermögenswert. Und da die «schönsten Wochen des Jahres» durch die während der übrigen Zeit erbrachte Arbeitsleistung verdient würden, bilde auch die Ferienzeit einen Vermögensposten, dessen Beeinträchtigung zu ersetzen sei¹⁷. Gleiches lässt sich selbstverständlich auch in bezug auf die Freizeit ganz allgemein anführen, wodurch jeder «Zeitverlust» als Schadensposten liquidiert werden könnte.

Die *deutsche* Rechtslehre lehnt die «Kommerzialisierung der Zeit» und mithin eine Entschädigung für verdorbene Ferien- oder Freizeit ab¹⁸. Treffend formuliert *Larenz*¹⁹: «Gewiss ist «verlorene» Zeit ärgerlich – aber die Zeit, genauer: ein Stück der Lebenszeit dieses Menschen, ist durch nichts ersetzbar, schon gar nicht durch Geld. Man kann sie auch nicht «kaufen». Freizeit ist notwendig stets meine, Deine oder eines anderen Freizeit; sie ist ein höchstpersönliches, unvergleichbares, eben «immaterielles» Gut.»

In der *Schweiz* wird eine Entschädigung meist damit begründet, dass sich der um den Erholungswert seiner Ferien Geprellte nur dann Ersatzferien leisten könne, wenn er einen Verdienstausschlag in Kauf nimmt²⁰. Diesen Verdienstausschlag will man ihm unabhängig davon zusprechen, ob er die Ferien tatsächlich nachholt oder nicht. Auch dieser Begründungsansatz ist abzulehnen: Denn zum einen ist die Ferienzeit nicht nachholbar, eine Restitution infolgedessen ausgeschlossen²¹. Zum anderen führt die Anerkennung des *fiktiven* Einkommensausfalles als ersatzfähiger Schaden ebenso wie die Kommerzialisierungstheorie letztlich zu einer Entschädigung der verdorbenen Freizeit und damit zu einer unsinnigen Vermehrung der ersatzfähigen Einbusen.

2. Ersatz nutzloser Aufwendungen?

Selbst wenn man die Entschädigung der verpfuschten Ferienzeit ablehnt, bleibt die Frage nach dem Ersatz der Reisekosten, falls der *Genuss der Ferien* beeinträchtigt wird. Das zugrundeliegende Konzept bezeichnet man als «*Frustrationsschaden*». Danach sind auch freiwillig ge-

¹² BGHZ 63 (1974) 98 = NJW 1975 40.

¹³ NJW 1976 1320; siehe auch den Verweis in SJZ 86 (1990) 20, auf den Entscheid des AG Berlin-Schöneberg (Entschädigung von 100 DM wegen Einbusse von zwei Stunden Freizeit).

¹⁴ BGB 651 f II.

¹⁵ Vgl. etwa BGH JZ 1985 845 mit Anmerkung *Blaurock*; eine Entschädigung bei deliktischer Beeinträchtigung der Ferienzeit wird indes abgelehnt, BGH JZ 1989 344, 345.

¹⁶ Siehe insbesondere *Münchener-Kommentar/Grunsky* vor BGB 249 N 29 m. w. N.

¹⁷ Vgl. auch *Münchener-Kommentar/Grunsky* vor BGB 249 N 30, welcher auf den Gedanken abstellt, dass der Betroffene während der Ferienzeit hätte Geld verdienen können; aus diesem Grunde könne der von der Rechtsprechung vorgenommenen Differenzierung zwischen Ferienzeit und Freizeit nicht zugestimmt werden.

¹⁸ Vgl. *Palandt/Heinrichs* vor BGB 249 N 40; *Staudinger/Medicus* BGB 253 N 47; *Soergel/Mertens* vor BGB 249 N 107 ff.

¹⁹ Schuldrecht, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, 504.

²⁰ Siehe die Nachweise bei *Roberto*, recht 1990 (Fn. 3), Fn. 27. Anders aber nunmehr *Gauch/Schluep* (Fn. 3) N 2666: «Bloss fiktive Kosten für tatsächlich nicht nachgeholten Urlaub sind nicht ersatzfähig»; ebenso *Honsell* (Fn. 3) § 8 N 56.

²¹ Siehe dazu *Roberto*, Haftung (Fn. 3), 142 f.

machte Aufwendungen als Schaden zu ersetzen, wenn sie durch ein schädigendes Ereignis nachträglich nutzlos werden. In der Schweiz wird der Ersatz nutzloser Aufwendungen von verschiedenen Autoren befürwortet²².

Die deutsche Lehre «entdeckte» den Frustrationsschaden in den sechziger Jahren²³. Es zeigte sich indes bald, dass damit der Kreis der ersatzfähigen Einbussen erheblich ausgeweitet wird. Denn bei Zugrundelegen des Frustrationsgedankens hätte jeder im Krankenhaus liegende Geschädigte Anspruch auf zeitanteiligen Ersatz seiner nutzlos gewordenen Aufwendungen, etwa für die Wohnung, das Mobiliar, die Elektrogeräte, die Kleider, das Motorfahrzeug, die Telefon- und Fernsehgebühren, die Mitgliedschaftsgebühren bei Vereinen und dergleichen mehr.

Es wurde daher vorgeschlagen, nur *aussergewöhnliche*, für einen bestimmten Zweck gemachte Aufwendungen, nicht aber Ausgaben für Güter, die der normalen Lebensführung dienen, zu ersetzen²⁴. Das Leerlaufen von Generalunkosten würde diesfalls zum allgemeinen Lebensrisiko gehören. Es ist indes nicht recht einzusehen, weshalb ausgerechnet Luxusgüter im Schadenersatzrecht privilegiert sein sollen; weshalb die Adäquanzregel auf den Kopf gestellt und das Unerwartete, das Aussergewöhnliche ersetzt werden soll. Überdies ist auch zu fragen, wie die Abgrenzung zwischen den «Aufwendungen für die gewöhnliche Lebenshaltung» und den «besonderen Aufwendungen für einen bestimmten einmaligen Zweck» zu erfolgen hat²⁵.

Bemerkenswert ist, dass der deutsche Grosse Zivilsenat in einer Grundsatzentscheidung gerade die gegenteilige Auffassung vertritt: Eine Entschädigung sei nur bei jenen Gütern zu gewähren, «auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen ist wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus»²⁶. In der Schweiz hat sich in

neuerer Zeit *Rey*²⁷ dieser Differenzierung angeschlossen. Wiederum stellt sich die Abgrenzungsproblematik zwischen Alltagsgütern, die jederzeit verfügbar sein müssen, und «Luxusgütern». Die Aufwendungen für eine Ferienreise wären jedenfalls gemäss dieser Definition nicht ersatzfähig.

Ein anderer Einschränkungsvorschlag geht dahin, zwischen dem Eingriff in das Rechtsobjekt und der Integritätsverletzung des Rechtssubjektes zu unterscheiden. Nur bei *Unbrauchbarkeit der Sache selbst* wären die Aufwendungen ersatzfähig, nicht aber, wenn bloss der Geschädigte sie nicht mehr nutzen könne²⁸. Wird also bei einem Verkehrsunfall das Fahrzeug beschädigt und bleibt der Fahrer unverletzt, so kann dieser Ersatz der Fixkosten verlangen; verletzt er sich hingegen und bleibt das Fahrzeug fahrtüchtig, so geht er leer aus. Ob eine solche Unterscheidung sachgerecht ist, darf bezweifelt werden. Anzumerken ist, dass auch bei Zugrundelegen dieser Einschränkung das Kassationsgericht dem Kläger keine Entschädigung hätte zusprechen dürfen.

V. Würdigung

Entgegen der Auffassung des zürcherischen Kassationsgerichts und eines Teils der schweizerischen Lehre sollten nutzlose Aufwendungen im deliktischen Bereich nicht als ersatzfähig anerkannt werden²⁹ – auch nicht im Falle des verdorbenen Feriengenusses. Indessen sind im vertraglichen Bereich die erkennbar notwendigen Aufwendungen als Vertrauensschaden zu ersetzen³⁰. Die *Verallgemeinerung des Vertrauensschadens*, d.h. dessen Übertragung auf den deliktischen Ersatzanspruch, ist dagegen abzulehnen.

²² (Fn. 3) N 383 ff.

²³ In diesem Sinne bereits der BGH in der «Jagdrecht-Entscheidung», BGHZ 55 146: Ein Pächter einer Jagd konnte unfallbedingt während längerer Zeit die Jagd nicht ausüben und verlangte den anteiligen Betrag für die Jagdpacht, Steuer, Versicherung und Revieraufsicht; das Gericht wies die Klage ab, da nicht das Jagdrecht selbst beeinträchtigt wurde, sondern bloss der Berechtigte an der Nutzung gehindert war. Ebenso nunmehr *Larenz*, Schuldrecht I (Fn. 19), 502 f.

²⁴ Die getätigten Aufwendungen können freilich im Rahmen der Schadensberechnung als Anhaltspunkt für die Ermittlung des entgangenen Gewinns Berücksichtigung finden. Im Ergebnis zuzustimmen ist daher dem bei *Rey* (Fn. 3, N 387) angeführten Beispiel, wonach die Verletzung eines Reitpferdes für den Berufsreiter einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung wird indes nicht ein Kommerzialisierungsschaden ersetzt, sondern der entgangene Gewinn, welcher aufgrund einer *Rentabilitätsvermutung* nach Massgabe der Aufwendungen berechnet wird.

³⁰ Diese sind als Mindestschaden auch im Rahmen des Erfüllungsinteresses ersatzfähig; siehe dazu bereits die Ausführungen bei *Roberto*, recht 1990 (Fn. 3) 84.

²² Vgl. die Nachweise in Fn. 3.

²³ *Larenz*, Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR 1963 312 f.; *ders.*, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, FS Oftinger, Zürich 1969, 151 ff.; *Löwe*, Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR 1963 307 ff. Im Grunde findet sich der Gedanke aber bereits in den zwanziger Jahren bei *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 1. Aufl., Tübingen 1924, 69, insbesondere Anm. 10 und 99; und *Oertmann*, Das Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928, § 253 Anm. 2. Beide Autoren führen als Beispiel an, dass jemand am Besuch einer Theatervorstellung verhindert wird.

²⁴ Vgl. etwa *Larenz*, FS Oftinger (Fn. 23), 163.

²⁵ Ist der verhinderte Theaterbesuch nicht zu ersetzen, wenn der Betroffene eine Saisonkarte besitzt? Ist der verhinderte Aufenthalt in einer Ferienwohnung nicht ersatzfähig, wenn die Wohnung für den ganzen Sommer gemietet bzw. zu Eigentum erworben wurde?

²⁶ BGHZ (GS) 98 (1986) 212, 216 f. Zum Ganzen auch *Medicus*, Das Luxusargument im Schadenersatzrecht, NJW 1989 1889 ff.

Auch in der deutschen Rechtslehre überwiegen heute die ablehnenden Stellungnahmen; selbst die wenigen Anhänger des Frustrations Schadens anerkennen die Ersatzfähigkeit bloss unter engen Voraussetzungen³¹. Gleiches lässt sich in bezug auf die Kommerzialisierungslehre feststellen. Im Grunde laufen die «Konkretisierungen» darauf hinaus, den Anwendungsbereich sowohl des Frustrations- als auch des Kommerzialisierungsgedankens weitgehend auf den *Gebrauchsentzug bei Fahrzeugen* zu beschränken. Denn vergleichbare Gebrauchsgüter, bei denen «die jederzeitige Verfügbarkeit einen ähnlichen

Rang hat» und «das Beschädigungs- und Ausfallrisiko so gravierend ist», gebe es praktisch nicht³².

Für die deutschen Verhältnisse mag mit Blick auf die Rechtsprechungskontinuität und die eingespielte Versicherungspraxis manches dafür sprechen, die ursprünglich auf der Grundlage der Frustrations- bzw. der Kommerzialisierungslehre begründete Nutzungsentschädigung im Fahrzeugbereich beizubehalten³³. Wesentlich ist indes die in der deutschen Rechtsprechung und Lehre sich durchsetzende Einsicht, dass beide Schadenskonzepte *Irrwege* darstellen, welche massgeblich für die *Orientierungslosigkeit* des deutschen Schadensrechts verantwortlich sind.

Im Hinblick darauf besteht wenig Grund, die in Deutschland entwickelten und dort nunmehr überwiegend abgelehnten Schadenstheorien in das schweizerische Recht zu übernehmen. Sowohl der Kommerzialisierungs- als auch der Frustrationsschaden sind daher abzulehnen.

³¹Vgl. etwa *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1996, N 830: «Man wird, solange nicht treffende Kriterien geschaffen sind, nur den Frustrationsschaden, der zugleich Sachschaden oder Nutzungsausfall darstellt, anerkennen können, weil er hier auf objektive Wertmomente zurückgeführt wird.» Gleiches gilt namentlich auch für *Larenz*, auf dessen Ausführungen in der Festschrift Oftinger sich die schweizerischen Autoren oftmals berufen. Er gilt zwar als einer der Begründer und einflussreichsten Vertreter der Frustrationslehre, schränkte jedoch im Laufe der Zeit den Anwendungsbereich dieser Lehre immer weiter ein und dürfte nunmehr kaum noch zu den Befürwortern des Frustrationsschadens zu rechnen sein; vgl. die Ausführungen in FS Oftinger (Fn. 23) 152 und Schuldrecht I bei § 29 II c bis zur 10. Aufl. mit der Feststellung in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs: Die Lehre, wonach zwecklose Aufwendungen einem Schaden gleich stehen, sei «in dieser Allgemeinheit nicht haltbar»; nicht die getätigten Aufwendungen seien der Schaden, «sondern der Verlust der mit ihnen erkaufte zeitbezogene Gebrauchsmöglichkeit» (503).

³²In diesem Sinne namentlich *Soergel/Mertens* vor BGB 249 N 85; siehe auch *Schiemann*, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981, 298 ff.

³³Nach *Palandt/Heinrichs* vor BGB 249 N 20 handelt es sich dabei um Gewohnheitsrecht.

Rechtsprechung

PD Dr. iur. *Giovanni Biaggini*, Privatdozent an der Universität Basel (Bern)

Sprachenfreiheit und Territorialitätsprinzip

Entwicklungstendenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Sprachenverfassungsrecht – Anmerkungen zu BGE 121 I 196 ff. (*Noth*) und BGE 122 I 236 ff. (*Althaus*)

I. Sprachenfreiheit versus Territorialitätsprinzip?

Nach hergebrachter Auffassung bilden die *Sprachenfreiheit* und das *Territorialitätsprinzip* (Sprachgebietsprinzip), obgleich beide im Text der Bundesverfassung nicht ausdrücklich erwähnt sind, die beiden Hauptpfeiler des schweizerischen Sprachenrechts. Die in der Menschen-

würde wurzelnde *Sprachenfreiheit* wurde vom Bundesgericht 1965 im Urteil *Association de l'Ecole française* (BGE 91 I 480 ff.) als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht des Bundes anerkannt. Das *Territorialitätsprinzip*, das die überkommene sprachliche Zusammensetzung des Landes gewährleistet, hat der Sache nach ebenfalls in jener Entscheidung Einzug in die Rechtsprechung gefunden, dem Begriff nach in einem 1974 gefällten Urteil (BGE 100 Ia 466). Das Bundesgericht leitet das Territorialitätsprinzip aus Art. 116 Abs. 1 BV ab, der die vier Landessprachen aufzählt, während die Lehre es mehrheitlich als ungeschriebenen Rechtsgrundsatz qualifiziert (BGE 122 I 238, m.w.H.).

Vor diesem Hintergrund mag es überraschen, dass die jüngst abgeschlossene Revision des «Sprachenartikels», Art. 116 BV¹, entgegen dem

¹Ausgelöst wurde diese Revision durch eine im Jahre 1986 überwiesene Motion von Nationalrat Bindi (GR), die eine Stärkung