

Katharina M. Kolb

**Auf der Suche nach dem
Verschuldensgrundsatz**

Untersuchungen zur Faktizität
der Culpa-Doktrin im deutschen
außervertraglichen Haftungsrecht



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 759

Zugl.: Diss., München, Univ., 2008

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2008

ISBN 978-3-8316-0848-5

Printed in Germany
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsübersicht

<i>Vorwort</i>	III
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	VII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XIX
Einführung	1
Teil A Ideengeschichtliche und dogmatische Grundlagen	5
Unterabschnitt I Der Ursprung des Verschuldensgrundsatzes	5
Unterabschnitt II Der Verschuldensgrundsatz im BGB	9
Unterabschnitt III Die Legitimation des Verschuldensprinzips.....	12
Unterabschnitt IV Der Begriff „Verschulden“	14
Teil B Die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes	22
Unterabschnitt I Der praktische Umgang mit dem Begriff „Verschulden“	23
Unterabschnitt II Die Behandlung des Verschuldensprinzips mit Blick auf das Beweisrecht	88
Unterabschnitt III Die Ausweitung des außervertraglichen, verschuldens- unabhängigen Haftungsrechts	128
Unterabschnitt IV Das Gesamtmaß der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes	186
Teil C Bewertung des tatsächlichen Befundes	188
Unterabschnitt I Aufrechterhaltung oder Abschaffung der Culpa-Doktrin	188
Unterabschnitt II Aufrechterhaltung oder Änderung des Ist-Zustands	205
Unterabschnitt III Gesamtbewertung	264

<i>Schlussthesen</i>	266
<i>Anhang: Urteilsanalysen</i>	269
<i>Literaturverzeichnis</i>	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsübersicht.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
Teil A Ideengeschichtliche und dogmatische Grundlagen.....	5
Unterabschnitt I: Der Ursprung des Verschuldensgrundsatzes.....	5
§ 1 Der Verschuldensgrundsatz im Germanischen Recht	5
§ 2 Der Verschuldensgrundsatz im Römischen Recht	6
§ 3 Der Verschuldensgrundsatz aus naturrechtlicher Sicht	7
§ 4 Der Verschuldensgrundsatz aus pandektistischer Sicht	7
Unterabschnitt II: Der Verschuldensgrundsatz im BGB.....	9
§ 5 Der ideengeschichtliche Hintergrund	9
§ 6 Der wirtschaftliche Hintergrund	9
§ 7 Der Verschuldensgrundsatz in den Materialien zum BGB	10
Unterabschnitt III: Die Legitimation des Verschuldensprinzips.....	12
§ 8 Rechtsethische Gründe.....	12
§ 9 Verfassungsrechtliche Gründe.....	13
Unterabschnitt IV: Der Begriff „Verschulden“	14
§ 10 Voraussetzungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	14
I. Tatbestandsmäßiges Verhalten	14
II. Objektive Rechtswidrigkeit	14
III. Zurechnungsfähigkeit.....	16
IV. Fehlen von Schuldausschließungsgründen	16
§ 11 Vorsatz	16

§ 12 Fahrlässigkeit	17
I. Objektiv-typisierte Sorgfaltsgestaltung	17
II. Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit	19
III. Berücksichtigung individueller Fähigkeiten	20
Teil B Die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes.....	22
Unterabschnitt I: Der praktische Umgang mit dem Begriff	
„Verschulden“	23
§ 13 Der Bezugspunkt des Verschuldens	23
I. Der Grundsatz des verkürzten Verschuldensbezugs.....	23
II. Das Kriterium der Adäquanz als Korrektiv	24
III. Die Haltung der Literatur	25
IV. Rechtsprechungsanalyse	26
V. Schlussfolgerung	34
§ 14 Der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff	37
I. Problematik	37
II. Die Haltung der Literatur.....	38
III. Rechtsprechungsanalyse.....	39
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	39
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	40
a) Die Intensität der Fahrlässigkeitsprüfung	40
b) Der Durchschnittsmensch	41
c) Die Berücksichtigung des Einzelnen.....	42
d) Verkehrskreisbildung	45
e) Irrtum und Unzumutbarkeit.....	48
f) Zeitpunkt	49
g) Grenzen	51
IV. Schlussfolgerung.....	52
§ 15 Die „Subjektivierung“ des Fahrlässigkeitsbegriffs bei überdurchschnittlichen Qualitäten.....	54
I. Die fehlende Objektivierung bei besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten	54
II. Rechtsprechungsanalyse.....	55

III. Schlussfolgerung	56
§ 16 Das System von Verkehrspflichten.....	57
I. Grundlagen.....	57
1. Begriff und Bedeutung	57
2. Entwicklung und Arten.....	58
3. Abwägungskriterien.....	59
II. Problematik.....	59
III. Die Haltung der Literatur	61
IV. Rechtsprechungsanalyse	62
1. Die Grundsätze der Rechtsprechung	62
2. Das Zusammenspiel der Kriterien in der Praxis	63
a) Die Verkehrssicherungspflichten des Anbieters von Freizeitbetätigung	64
b) Die Verkehrssicherungspflichten des Reiseveranstalters	66
c) Die Verkehrssicherungspflicht für Straßen	67
d) Die Verkehrssicherungspflicht in Selbstbedienungsgeschäften	69
e) Die Verkehrssicherungspflicht des Veranstalters	71
f) Die Verkehrssicherungspflicht für Grundstücke	74
g) Produzentenhaftung.....	75
3. Die Relation zwischen Erfolgseintritt und Pflichtverletzung.....	77
4. Das Verhältnis von Verkehrspflichten und Verschulden	79
V. Schlussfolgerung	83
§ 17 Zwischenergebnis	85
Unterabschnitt II: Die Behandlung des Verschuldensprinzips mit Blick auf das Beweisrecht	88
§ 18 Die Verschuldensvermutungen in den §§ 831 ff. BGB.....	88
I. Einordnung und Rechtsnatur.....	88
II. Das Bestehen der Exkulpationsmöglichkeit in der Realität	89
III. Die Haltung der Literatur	89
IV. Rechtsprechungsanalyse	90
1. Die Haftung für den Verrichtungsgehilfen.....	90
a) Grundsätze.....	90
b) Einzelfälle.....	91
c) Organisationsverschulden und Fiktionshaftung	93

d) Schlussfolgerung	95
2. Die Haftung des Aufsichtspflichtigen	95
a) Grundsätze	95
b) Einzelfälle	96
aa) Straßenverkehr	96
bb) Der Umgang mit Zündmitteln	99
cc) Waffen	104
c) Schlussfolgerung	107
3. Die Haftung von Nutztierhalter und Tieraufseher	108
a) Grundsätze	108
b) Einzelfälle	109
c) Zusammenfassung	110
4. Die Haftung von Grundstücks- und Gebäudebesitzer sowie Gebäudeunterhaltspflichtigem	111
a) Grundsätze	111
b) Einzelfälle	111
c) Schlussfolgerung	112
V. Zwischenergebnis	112
§ 19 „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“	115
I. Die Problematik der Schadensverteilung mit Hilfe des Beweisrechts	115
II. Standpunkte innerhalb der Literatur	115
III. Der Anscheinsbeweis	116
1. Charakteristika und Einordnung	116
2. Die Möglichkeit der Entkräftung des Anscheinsbeweises in der Praxis	116
3. Rechtsprechungsanalyse	116
a) Voraussetzungen des Anscheinsbeweises	116
b) Anwendungsbereiche	118
aa) Verkehrsunfälle	118
bb) Arzthaftung	118
4. Schlussfolgerung	119
IV. Beweislastumkehrungen	119
1. Einordnung	119
2. Problematik	120
3. Die Haltung der Literatur	120
4. Rechtsprechungsanalyse	120

a) Produzentenhaftung.....	120
b) Verkehrspflichten im Übrigen.....	123
c) Arzthaftung.....	124
5. Keine Beweislastverteilung im Einzelfall	126
§ 20 Zwischenergebnis	127
Unterabschnitt III: Die Ausweitung des außervertraglichen, verschuldensunabhängigen Haftungsrechts	128
§ 21 Grundproblematik.....	128
§ 22 Die Billigkeitshaftung gemäß § 829 BGB.....	128
I. Der Anwendungsbereich.....	129
1. § 829 BGB als Auffangnetz.....	129
2. Die Haltung der Literatur.....	129
3. Rechtsprechungsanalyse	130
II. Billigkeitshaftung und Haftpflichtversicherung.....	132
1. Haftungsbegründung durch Haftpflichtversicherung	132
2. Rechtsprechungsanalyse	132
III. Zusammenfassung	135
§ 23 Das System von Tatbeständen einer Gefährdungshaftung	135
I. Begriff und Problematik.....	135
II. Die Haltung der Literatur.....	136
III. Untersuchung der tatsächlichen Rechtslage.....	136
1. Der sachliche Anwendungsbereich der Gefährdungshaftungstatbestände	137
a) Die Haftung für durch Organismen verursachte Schäden.....	137
aa) Die Tierhalterhaftung	137
bb) Die Haftung nach BJagdG	138
cc) Die Haftung nach GenTG.....	138
b) Die Haftung für durch Fahrzeuge verursachte Schäden	138
aa) Die Haftung nach § 1 HaftpflG	138
bb) Die Haftung nach dem StVG	140
cc) Die Haftung nach LuftVG	140
dd) Zusammenfassung	140
c) Die Haftung für durch „Anlagen“ verursachte Schäden	141
aa) Die Haftung nach § 2 HaftpflG	141
bb) Die Haftung nach §§ 25 ff. AtG.....	142

cc) Die Haftung nach § 22 WHG	142
dd) Die Haftung nach § 114 BBodMG.....	143
ee) Die Haftung nach §§ 1, 2 UHG.....	143
d) Die Haftung nach dem Umweltschadengesetz	143
e) Die Haftung nach § 84 AMG	144
f) Die Haftung nach § 1 ProdHG.....	145
g) Stellungnahme.....	147
2. Die Möglichkeit von Analogien	148
3. Zu den Voraussetzungen der Gefährdungshaftung	148
a) Beschränkung des geschützten Personenkreises	149
b) Geschützte Rechtsgüter.....	149
c) „Höhere Gewalt“	150
4. Zu den Rechtsfolgen der Gefährdungshaftung.....	150
a) Gewährung und Bemessung von Schmerzensgeld.....	151
b) Summenmäßige Höchstbegrenzungen.....	153
c) Sonstiges.....	154
IV. Schlussfolgerung.....	154
§ 24 Der negatorische Beseitigungsanspruch gem.	
§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	155
I. Problematik	155
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	155
1. Die Fälle von Bodenkontamination	156
2. Die Fälle von Wurzelwachstum.....	159
a) Begleitschäden.....	159
b) Beseitigung als Schadensersatz iSd. Versicherungsrechts.....	161
3. Fehlendes Verschulden.....	162
III. Schlussfolgerung	163
§ 25 Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gem.	
§ 906 Abs. 2 S. 2 BGB	164
I. Erarbeitung der Problematik	164
1. Die Rechtsfolge des „angemessenen Ausgleichs“.....	165
2. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs	166
3. Kombination mit weiteren Aspekten.....	167
II. Rechtsprechungsanalyse.....	167
1. Ausgangslage.....	167

2. Ausgleichsanspruch bei ungeschriebener Duldungspflicht.....	169
a) Duldungspflicht aufgrund nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses	169
b) Duldungspflicht bei gemeinwichtigen Betrieben.....	169
3. Ausgleichsanspruch bei „faktischem Duldungszwang“	170
a) Die Grundsätze des BGH	171
b) Einzelfälle.....	172
aa) Unfallschäden	172
bb) Umweltschäden.....	175
cc) Vertiefungsschäden	177
c) Zwischenergebnis	178
4. Mögliche Ergebniskorrektur durch die Rechtsfolge.....	179
5. Ausdehnung der Schutzgüter.....	181
6. Ausdehnung der Aktivlegitimation.....	181
III. Schlussfolgerung	183
§ 26 Zwischenergebnis	185

Unterabschnitt IV: Das Gesamtmaß der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes.....	186
---	------------

Teil C Bewertung des tatsächlichen Befundes.....	188
---	------------

Unterabschnitt I: Aufrechterhaltung oder Abschaffung der Culpa- Doktrin	188
--	------------

§ 27 Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht.....	189
---	-----

§ 28 Die Alternativen zum Verschuldensprinzip.....	190
--	-----

I. Das Veranlassungsprinzip.....	190
----------------------------------	-----

1. Die Standpunkte innerhalb der Literatur	191
--	-----

2. Stellungnahme	192
------------------------	-----

II. Risiko-, insbesondere Gefährdungshaftung.....	192
---	-----

1. Gefahr	193
-----------------	-----

2. Ungeeignetheit der Verschuldenshaftung.....	193
--	-----

3. Vorteil und Risiko.....	194
----------------------------	-----

4. Fehlende Selbstschutzmöglichkeit.....	194
--	-----

III. Garantie-, insbesondere Vertrauenshaftung	195
--	-----

IV. Ausnahmsweise erlaubte Inanspruchnahme fremder Güter	195
--	-----

§ 29 Vorschläge innerhalb der Literatur	196
I. Ausgangspunkt „neminem laedere“	196
II. Ersetzung der Verschuldens- durch eine Gefährdungshaftung	196
§ 30 Die Grundanforderungen an ein System außervertraglicher Haftung 197	
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	197
II. Die Funktionen des Haftungsrechts.....	197
1. Ausgleichsfunktion	198
2. Präventions- und Steuerungsfunktion.....	198
§ 31 Stellungnahme und Ergebnis	199
I. „Casum sentit dominus“.....	199
II. Zu den Funktionen des Haftungsrechts	200
III. Zu den Vorschlägen in der Literatur	201
IV. Ergebnis.....	203
Unterabschnitt II: Aufrechterhaltung oder Änderung des Ist-Zustands 205	
§ 32 Der Bezugspunkt des Verschuldens	205
I. Vorschläge innerhalb der Literatur	206
II. Stellungnahme	207
§ 33 Der Umgang mit dem Fahrlässigkeitsbegriff	208
I. Objektivierung und Typisierung	208
II. Subjektivierung bei überdurchschnittlichen Qualitäten	210
§ 34 Die allgemeinen Verkehrspflichten	211
§ 35 Die Auswirkungen des Beweisrechts	214
I. Die gesetzlichen Verschuldensvermutungen	214
II. Die richterrechtlichen Beweislastumkehrungen.....	216
§ 36 Die Billigkeitshaftung.....	219
§ 37 Das System von Gefährdungshaftungen.....	219
I. Die Lückenhaftigkeit des Systems.....	219
1. Mikroorganismen und Viren.....	220
a) Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	220

b) Normierung einer Gefährdungshaftung	220
2. Nutztiere	221
3. Vergnügungsbahnen	222
4. Wasserfahrzeuge	222
5. Arzthaftung	223
II. Möglichkeiten	224
1. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers	224
a) Normierung einer Generalklausel	224
b) Weiterführung des Enumerationsprinzips	225
c) Stellungnahme	225
2. Die Möglichkeiten der Rechtsanwender	226
a) Analogiebildung aus Sicht der Literatur	227
b) Stellungnahme	228
§ 38 Die Ausdehnung des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	229
I. Abgrenzungsansätze in der Literatur	229
1. Die Usurpationstheorie	230
a) Grundsätze	230
b) Kritik	231
c) Stellungnahme	231
2. Ausgangspunkt der h.M.: Die „fortdauernde Beeinträchtigung“	233
3. Differenzierungen auf der Tatbestandsseite	233
4. Differenzierungen auf der Rechtsfolgenseite:	
Der „actus contrarius“	235
a) Grundsätze	235
b) Kritik	235
c) Stellungnahme	236
5. Die Weiterentwicklung der Usurpationstheorie	237
a) Grundsätze	237
b) Stellungnahme	237
6. Die Verbindung von Usurpationstheorie und Lehre vom actus contrarius	238
a) Grundsätze	238
b) Stellungnahme	238
7. § 823 Abs. 1 BGB als lex specialis zu § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	239
a) Grundsätze	239
b) Kritik	239

8. Die Individualisierungstheorie.....	240
a) Grundsätze.....	240
b) Stellungnahme.....	240
9. Begleitschäden.....	240
a) Die Haltung der Literatur.....	241
b) Stellungnahme.....	242
II. Bewertung der bisherigen Rechtsprechung.....	243
1. Die Intentionen des Gesetzgebers.....	243
2. Bewertung.....	244
III. Die zukünftige Handhabung.....	248
§ 39 Die Ausdehnung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.....	251
I. Die Sichtweise innerhalb der Literatur.....	251
1. Der Ausgleichsanspruch bei ungeschriebener Duldungspflicht.....	251
2. Der Ausgleichsanspruch bei faktischem Duldungszwang.....	252
3. Die Ausweitung der geschützten Rechtsgüter.....	254
4. Die Erweiterung der Aktivlegitimation.....	255
II. Bewertung der bisherigen Rechtsprechung.....	255
1. Die Intentionen des Gesetzgebers.....	256
2. Bewertung.....	256
a) Unfallschäden.....	257
b) Umweltschäden.....	260
c) Vertiefungsschäden.....	260
III. Die zukünftige Handhabung.....	261
Unterabschnitt III: Gesamtbewertung.....	264
Schlussthesen.....	266
Anhang: Urteilsanalysen.....	269
Überblick über die Tabellen.....	270
Abkürzungen.....	270
Erklärungen.....	270
Literaturverzeichnis.....	289

Einführung

I.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist das deutsche außervertragliche Haftungsrecht, und zwar speziell der im Deliktsrecht ganz überwiegend geltende Verschuldensgrundsatz.

„Wer *vorsätzlich* oder *fahrlässig* das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Rechtsgut eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“. So wird in § 823 Abs. 1 BGB, welcher neben § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB eine von drei „kleinen“ Generalklauseln¹ im deutschen deliktischen Haftungssystem darstellt, das Verschulden des in Anspruch Genommenen zu einer wesentlichen Haftungsvoraussetzung gemacht. Auch die übrigen Vorschriften des Deliktsrechts basieren auf dem Verschuldensprinzip, wenn auch zum Teil in anderer Art und Weise².

Zwar lässt sich für den Verschuldensbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch keinerlei Legaldefinition finden: Im Rahmen der §§ 823 ff. BGB wird er verwendet, namentlich in den §§ 823 Abs. 2, 827 und 846 BGB, und auch außerhalb des Deliktsrechts taucht der Ausdruck auf, so beispielsweise in § 254 BGB; eine Definition bleibt das Gesetz jedoch schuldig. Nach ganz h.M. aber bildet „Verschulden“ den Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit³; es bedeutet die endgültige Beurteilung der Verantwortlichkeit des Schädigers für sein normwidriges Verhalten im Sinne von Vorwerfbarkeit⁴.

Die sich hieraus ergebende normative und damit jedenfalls theoretische Geltung des Verschuldensgrundsatzes seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1900 steht allgemein außer Frage. So wird gesagt, die Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB beruhen ganz überwiegend auf dem Verschuldensprinzip⁵, es stelle eine fundamentale Basisentscheidung des Deliktsrechts dar⁶. Das Deliktsrecht sei monistisch auf das Verschulden ausgerichtet⁷.

¹ *Staudinger/Hager* Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 19; *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 3; *Medicus* SchR II, Rn. 744, 805.

² *Staudinger/Hager* Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 23; *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 2 b.

³ Mot. I, 281; *Weyl*, S. 294 f.; *Palandt/Heinrichs* § 276 Rn. 5; *Hk-BGB/Schulze* § 276 Rn. 3; *BaRo/Unberath* § 276 Rn. 5; *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 1.

⁴ *RGRK/Steffen* § 823 Rn. 106; *Palandt/Sprau* § 823 Rn. 40.

⁵ *MüKo/Wagner* Vor § 823 Rn. 16.

⁶ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 1; *BaRo/Unberath* § 276 Rn. 1; *Hk-BGB/Staudinger* Vor §§ 823-853 Rn. 2; *Schwarz/Wandt* § 15 B I; *Enneccerus/Nipperdey* AT 2, S. 1339 f.

⁷ *Bürge*, FS für Canaris, S. 75.

Einerseits wird dieses Prinzip in „seiner genialen Einfachheit, seiner kristallklaren Durchsichtigkeit, aber auch Starrheit“⁸ gelobt; sich auf Verantwortung und Freiheit zu stützen, sei keine schwache Basis⁹. Andererseits bildet der Verschuldensgrundsatz den Gegenstand einer Kontroverse, die seit Jahrzehnten im Gange ist: Gesprochen wird von einer „Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens“¹⁰, von einer „vielfältigen Korrosion der Culpa-Doktrin“¹¹, von einer „Aushebelung des Verschuldensgrundsatzes“¹². Der fast metaphysische Wert der Verschuldenshaftung korreliere wenig mit ihrer tatsächlichen Bedeutung¹³. Auch wird gefragt, ob die Verschuldenshaftung nicht bloß noch Relikt einer individual-liberalen Werteordnung sei, welche im 20. Jahrhundert Schritt für Schritt planiert wurde¹⁴. Immer wieder wurde und wird überlegt, ob nicht eine Ersetzung, zumindest aber eine stärkere Ergänzung durch andere Zurechnungskriterien notwendig geworden ist, doch hat der deutsche Gesetzgeber an der grundsätzlichen Geltung des Verschuldensprinzips im Deliktsrecht bisher nicht gerüttelt.

II.

Inzwischen ist jedoch ein Punkt erreicht, an dem sich der Eindruck verdichtet hat, dass die normative Autorität des Verschuldensprinzips mit der *Rechtswirklichkeit* nur noch wenig korrespondiert. Dies kann nicht unter Berufung auf die Normierung in den §§ 823 ff. BGB abgetan werden. Vermehrt und verstärkt sind Phänomene zu verzeichnen, welche Anlass zu der Frage nach der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes geben: Die Voraussetzungen für einen Fahrlässigkeitsvorwurf scheinen im Rahmen der fortschreitenden wirtschaftlichen und technischen Entwicklung mehr und mehr herabgesetzt zu werden. Weiterhin droht auch das Prozessrecht negativen Einfluss auf das Verschuldensprinzip zu gewinnen, indem die Anforderungen an einen Nachweis des Verschuldens des Schadensverursachers zu Gunsten des Geschädigten fortwährend minimiert zu werden scheinen. Schließlich fragt sich, ob nicht die Ausweitung derjenigen Bereiche des außervertraglichen Haftungsrechts, welche kein Verschulden voraussetzen, die Notwendigkeit eines Rückgriffs des Geschädigten auf das verschuldensabhängige Deliktsrecht mehr und mehr obsolet werden lässt. Es besteht die Gefahr einer Marginalisierung der verschuldensabhängigen §§ 823 ff. BGB als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs: Relevant sind dabei nicht nur solch offensichtliche Phänomene wie das System von Tatbeständen einer gesetzlichen Gefährdungshaftung, sondern auch verborgenere Erscheinungen, die man möglicherweise nicht *sofort* dahingehend einordnen würde, die faktische Geltung des Verschuldensprinzips in Frage zu stellen. Beispielphaft genannt sei an

⁸ *Schlumprecht*, S. 44.

⁹ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 422; *ders.*, FS für Medicus, S. 77.

¹⁰ *Edlbacher*, FS für Wilburg, S. 81.

¹¹ *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 21; siehe auch *Esser*, Gefährdungshaftung, S. V, der von einer Verzerrung des Deliktsrechts spricht, weil es nicht mehr um das Entstehen für Schuld gehe.

¹² *Knoche*, FS für Canaris, S. 581.

¹³ *Strickler*, S. 95 f.

¹⁴ *Schmidt-Salzer*, FS für Steffen, S. 443; ähnlich *Ogorek*, S. 140.

dieser Stelle nur die extensive Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB¹⁵.

Die vorliegende Arbeit will den Anzeichen nachgehen, welche an der Legitimität des normativen Geltungsanspruchs des deliktischen Verschuldensprinzips Zweifel aufkommen lassen, und sich damit „auf die Suche nach dem Verschuldensgrundsatz“ im deutschen außervertraglichen Haftungssystem machen. Sie hat sich zum Ziel gesetzt, die Faktizität des Verschuldensprinzips zu untersuchen und herauszufinden, ob es zu Beginn des 21. Jahrhunderts tatsächlich noch das deutsche außervertragliche Haftungsrecht beherrscht¹⁶.

III.

In methodischer Hinsicht wird die vorzunehmende Studie vor allem eine rechtssoziologische sein, denn gefragt ist nach der *Faktizität* des Verschuldensfordernisses im deutschen außervertraglichen Haftungssystem. Da sowohl die rechtshistorischen als auch die rechtsdogmatischen Grundlagen des deliktischen Verschuldensprinzips bereits vielfach anderweitig erforscht wurden, kann darauf in einem einführnden Untersuchungsabschnitt weitgehend verwiesen werden. Zentrales Anliegen der vorliegenden Studie ist es, die in Bezug auf die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes relevanten Erscheinungen zusammenzustellen. Es wird darum gehen, die entsprechenden Phänomene ganz konkret im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf das Verschuldensprinzip zu analysieren. Insofern wird eine Analyse von 500 Urteilen maßgeblich sein, wobei besondere Aufmerksamkeit den im Zusammenhang mit dem Verschuldensgrundsatz stehenden Urteilen gelten wird, welche seit dem Jahre 2000 in den einschlägigen Zeitschriften – insbesondere NJW, NJW-RR und VersR – erschienen sind. So kann ein *Gesamtbild der Faktizität des deliktischen Verschuldensgrundsatzes* gezeichnet werden, was – soweit ersichtlich – bisher noch nicht geschehen ist. Im Rahmen der Bewertung der so erzielten Ergebnisse werden sich sodann aber auch rechtspolitische und rechtsdogmatische Ansätze fruchtbar machen lassen.

Maßgeblich wird die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB sein; eine umfassende spezielle Beschäftigung mit der anderen „kleinen Generalklausel“ des § 823 Abs. 2 BGB ist nicht erfolversprechend, da die Probleme hier parallel liegen. Auch bleiben die „Ergänzungstatbestände“¹⁷ der §§ 824, 825 BGB sowie die Normen der §§ 826, 839 BGB weitgehend außer Betracht. Hingegen verdienen die §§ 829, 831 ff. BGB spezielle Beachtung, weil sie aufgrund ihrer von § 823 Abs. 1 BGB abweichenden Struktur für die Beurteilung der Faktizität des Verschuldensprinzips von Bedeutung sein können.

¹⁵ Näher hierzu unten, §§ 24 und 39.

¹⁶ So sprach der BGH in NJW 1960, 1345, 1346 und BGHZ 39, 281, 285 davon, dass der Verschuldensgrundsatz das Bürgerliche Recht beherrscht, in BGHZ 55, 229, 234 davon, dass er das Schadensersatzrecht beherrscht.

¹⁷ *Larenz/Canaris* Schr II/2 § 75 I 3 a.

IV.

Die Untersuchungen der vorliegenden Arbeit werden auf der soeben aufgezeigten Grundlage folgenden Gang nehmen:

- Zunächst wird es in Teil A darum gehen, ideengeschichtliche und dogmatische Grundlagen herauszustellen, wobei der Ursprung des Verschuldensprinzips und sein Eingang in das BGB sowie Legitimationsgründe aufzuzeigen sind. Anschließend müssen Begriffsklärungen erfolgen. Diese Basisdaten sind „conditio sine qua non“ für die folgenden Betrachtungen.
- Zentral für die in der vorliegenden Studie aufgeworfene Frage nach der Faktizität des deliktischen Verschuldensgrundsatzes ist sodann Teil B. Maßgeblich für ihre Beantwortung wird eine Analyse von 500 Urteilen aus allen Instanzen sein. Diese werden dahingehend untersucht, ob ein Verschulden bejaht oder verneint wurde und ob eine Klage an fehlendem Verschulden schließlich auch scheiterte. Die Ergebnisse dieser Analyse werden einerseits im Rahmen von Tabellen dargestellt, welche als Anhang beigelegt sind. Andererseits wird ein Teil dieser Judikatur ausführlich im Einzelnen thematisiert werden. Hierdurch ist gewährleistet, dass die Ergebnisse in den folgenden Teilbereichen nicht nur induktiv erreicht, sondern zusätzlich mit ganz konkreten Zahlenverhältnissen untermauert werden können, so dass ein repräsentatives Gesamtbild entsteht. Zunächst wird der Umgang der Praxis mit dem Begriff „Verschulden“ als solchem untersucht werden, bevor der Einfluss bestimmter beweisrechtlicher Erscheinungen auf die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes zu erforschen ist. Anschließend müssen die Tendenzen einer Ausweitung des außervertraglichen, verschuldensunabhängigen Haftungsrechts einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden, da auch sie Zweifel daran aufkommen lassen, ob die faktische Bedeutung des Verschuldensgrundsatzes zu Beginn des 21. Jahrhunderts mit seiner Normierung in den §§ 823 ff. BGB korrespondiert. Aus den Teilergebnissen zu diesen drei Bereichen wird sich letztlich das *Gesamtmaß der Faktizität des deliktischen Verschuldensgrundsatzes* ermitteln lassen.
- In Teil C schließlich erfolgt die Bewertung des in Teil B erreichten Befundes. Hier kommen, wie bereits angekündigt, rechtsdogmatische Aspekte ebenso zur Sprache wie rechtspolitische Fragen.

Teil A Ideengeschichtliche und dogmatische Grundlagen

Bevor erforscht werden kann, ob dem Verschuldensprinzip noch faktische Bedeutung zukommt oder ob es nicht statt dessen praktisch obsolet geworden ist, bevor man sich also überhaupt auf „die Suche nach dem Verschuldensprinzip“ im deutschen außervertraglichen Haftungssystem machen kann, ist es notwendig, einige ideengeschichtliche und dogmatische Grundlagen darzustellen. Dabei wird zunächst dem Ursprung des Verschuldensgrundsatzes nachgegangen und sodann aufgezeigt werden, wie und warum er Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat. Anschließend werden einige Gründe darzulegen sein, die auch heute noch üblicherweise für die Legitimität seiner Geltung angeführt werden, bevor letztlich eine Erläuterung des Begriffs „Verschulden“ aus dogmatischer Sicht zu erfolgen hat. Nur wenn dieses Fundament steht, ist klar, wonach im Verlaufe der folgenden Ausführungen zu suchen sein wird.

Unterabschnitt I: Der Ursprung des Verschuldensgrundsatzes

„Das Schuldprinzip ist so alt wie die Rechtswissenschaft“¹⁸. Somit ist es zu Beginn angebracht, der Herkunft des Verschuldensgrundsatzes nachzugehen. Dabei wird zunächst das Germanische Recht, sodann das Römische Recht zu betrachten sein, welches als Grundlage des Gemeinen Rechts seit Ende des 15. Jahrhunderts in denjenigen deutschen Staaten bis zum Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 galt, welche sich keine Kodifikation gegeben hatten¹⁹. Anschließend wird ein kurzer Blick auf das naturrechtliche sowie das pandektistische Verständnis des Verschuldensgrundsatzes geworfen werden.

§ 1 Der Verschuldensgrundsatz im Germanischen Recht

Das Germanische Recht erscheine von seinem ersten Auftreten an in Gestalt der Rechte einzelner germanischer Stämme, Völker, Länder und Orte, so dass die Erkenntnis des germanischen Rechts in der historischen Zeit nur aus der Geschichte sämtlicher germanischer Sonderrechte zu gewinnen sei²⁰: Im ältesten deutschen Recht verfiel als Folge einer Rechtsverletzung eine Buße, welcher die Aufgabe von Strafe und Schadensersatz gleichermaßen zukam²¹. Zwar wurde zwischen absichtlichen und unabsichtlichen Taten unterschieden; eine Analyse des individuellen Falls erfolgte jedoch nicht. Vielmehr nahm das Recht grundsätzlich „Absicht“ an, welche dann durch bestimmte Tatsachen widerlegt werden konnte²². Auch bei den unabsichtlichen Taten hatte derjenige den Schaden zu tragen, der die Gefahr des

¹⁸ Seiler, FS für Lange, S. 254.

¹⁹ Ausführlich hierzu *Mitteis/Lieberich*, S. 12 ff.

²⁰ v *Amira*, S. 35; *Enneccerus/Nipperdey*, AT 1, S. 9 f.

²¹ *Hübner*, S. 608; *Mitteis/Lieberich*, S. 133; *Eisenhardt*, Rn. 81.

²² v *Amira*, S. 171; *Amira/Eckhardt*, S. 127 f.; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 11.

schädlichen Ausgangs *verursacht* hatte²³; sie stellten aber im Gegensatz zu den absichtlichen keinen „Friedensbruch“ dar.

Im Mittelalter trennten sich dann strafrechtliche und privatrechtliche Folgen einer Rechtsverletzung²⁴. Aber auch jetzt wurde das Verschuldenserfordernis im Privatrecht nicht zum Prinzip. Es wurde nicht ethisch nach der Schuld gewertet, sondern vom eingetretenen Erfolg ausgegangen. Eine Unterscheidung zwischen Schuld und „Ungefähr“ erfolgte im Hinblick auf eine Schadensersatzpflicht grundsätzlich nicht²⁵. Folglich galten das Verursachungsprinzip und damit eine Erfolgshaftung. So war beispielsweise auch der durch Unzurechnungsfähige verursachte Schaden aus deren Vermögen zu ersetzen. Diese Erfolgshaftung war durch den „äußeren Zufall“ begrenzt. Notwehr konnte ebenso von der Haftung befreien²⁶. Das älteste deutsche Recht kannte den Verschuldensgrundsatz im Haftungsrecht demnach nicht.

§ 2 Der Verschuldensgrundsatz im Römischen Recht

Das Römische Recht dagegen kannte ein Verschulden als Haftungsvoraussetzung. So unterschied die Zwölftafelgesetzgebung aus dem 5. Jahrhundert v. Chr. für eine Reihe von Tatbeständen zwischen überlegter und unvorsätzlicher Tat²⁷. Die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB lässt sich auf die römische *lex Aquilia* aus dem dritten Jahrhundert v. Chr. zurückführen, welche als Haftungsvoraussetzung die „*iniuria*“ des Täters nannte²⁸. Darunter verstand man sowohl Rechtswidrigkeit als auch Vorsatz, deren strikte Trennung den römischen Juristen fremd war²⁹. Mit der Vergrößerung des römischen Gemeinwesens und der daraus folgenden Zunahme der Gefahr unabsichtlicher Schädigung fremder Güter ließen die römischen Juristen auch bloße „*culpa*“, sprich Fahrlässigkeit, für eine Schadensersatzpflicht ausreichen³⁰. Für Zufall wurde im Allgemeinen nicht gehaftet: „*casus a nullo praestantur*“³¹.

Allerdings darf nicht unbemerkt bleiben, dass durchaus Formen von verschuldensabhängiger Haftung existierten. Die erheblichste Abweichung vom Verschuldensgrundsatz dürfte die in den Zwölftafeln vorgesehene Noxalhaftung darstellen. Hiernach musste der *pater familias* entweder die Schäden wiedergutmachen, die

²³ *Amira/Eckhardt*, S. 127.

²⁴ *Hübner*, S. 608; *Mitteis/Lieberich*, S. 133.

²⁵ *Mitteis/Lieberich*, S. 134; *Hübner*, S. 608.

²⁶ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S.11; *Hübner*, S. 609.

²⁷ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 15; *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 8; siehe dazu auch *D. Flach*, S. 173 ff.

²⁸ *Staudinger/Hager* Vorbem zu §§ 823 ff. Rn. 1; *MüKo/Wagner* Vor § 823 Rn. 3 f.; *Jörs/Kunkel/Wenger*, S. 231 ff.; *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 9; außerdem *Wendt*, S. 196 § 71; *Kunkel/Schermaier*, S. 29.

²⁹ *Kaser/Knütel*, § 36 II; *Apathy/Klingenberg/Stiegler*, S. 159 V; *Hausmaniger/Selb*, S. 359; *Bilstein*, S. 8; vgl. zum weiten Bedeutungsgehalt auch *A. Flach*, S. 158 ff.; *Benöhr*, FS für *Kaser*, S. 692; dagegen lehnt *Bürge*, FS für *Canaris*, S. 72 jeden Versuch ab, der *iniuria* einen modernen Begriff überzustülpen.

³⁰ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 15; *Honsell*, § 28 II und § 60 II; vergleiche zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen der „*culpa*“: *v Löhr*, S. 5 ff.; *Hasse*, S. 9 ff.

³¹ *Kaser/Knütel* § 36 VI.

seine Hauskinder, Sklaven oder Tiere verursacht hatten, oder aber den Schadenstifter ausliefern³². Weiter ist das sog. *receptum nauturum, cauponum, stabulariorum* zu nennen, wonach Schifffahrtsunternehmer, Herbergs- sowie Stallwirte mit einer prätorischen Klage (*actio de recepto*) für die von Gästen eingebrachten Sachen hafteten. Die *receptum*-Haftung habe die von *Savigny* veranlasste Anordnung der Eisenbahnhaftpflicht in § 25 des Preußischen Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen inspiriert, welche dann Ausgangspunkt der modernen Gefährdungshaftung geworden sei³³. Von manchen wird daher konstatiert, das Römische Recht sei nicht ein-, sondern mehrspurig gewesen; man könne nicht sagen, dass das Verschuldensprinzip die Regel, die anderen Fälle die Ausnahme gebildet hätten³⁴.

§ 3 Der Verschuldensgrundsatz aus naturrechtlicher Sicht

Zum Teil wird davon ausgegangen, dass sich das Verschuldensprinzip mit dem Naturrecht im 17. Jahrhundert durchgesetzt hat³⁵. So hieß es seitens des Naturrechtlers *Hugo Grotius*: „[...] und wir kommen nun zu den Verbindlichkeiten, welche nach dem Naturrecht aus unrechten Handlungen entstehen. Unrecht wird hier jede Schuld genannt, bestehe sie im Handeln oder Unterlassen, die dem widerspricht, was die Menschen überhaupt oder nach ihrer besonderen Eigenschaft zu tun haben. Aus einer solchen Schuld entspringt naturrechtlich die Verbindlichkeit, den verursachten Schaden zu ersetzen.“³⁶

Auch hier fällt auf, dass die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld noch nicht vollständig ausgereift ist. „Was die Menschen überhaupt zu tun haben“ scheint die Rechtswidrigkeit, „was die Menschen nach ihrer besonderen Eigenschaft zu tun haben“ dagegen das Verschulden zu betreffen.

Aus der in der Aufklärungszeit entwickelten Kodifikationsidee entstanden das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, der französische Code Civil von 1804 und das österreichische ABGB von 1811, die jeweils deliktische Generalklauseln enthalten. Als Zurechnungsgrund nennen sowohl I 6 § 10-16 ALR als auch Art. 1382, 1383 Code Civil sowie § 1295 ABGB das Verschulden.

§ 4 Der Verschuldensgrundsatz aus pandektistischer Sicht

Die „Geburtsstunde der monistischen Ausrichtung des Deliktsrechts auf das Verschulden“³⁷ wird mancherorts in den Sätzen *Jherings* gesehen „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld. Ein einfacher Satz, ebenso

³² *Honsell*, § 60 II; *Benöhr*, FS für Kaser, S. 691; *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 23.

³³ *Benöhr*, FS für Kaser, S. 703; *Kaser/Knütel* § 46 III Rn. 9.

³⁴ *Benöhr*, FS für Kaser, S. 693.

³⁵ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 15 a. E.; v *Caemmerer* *RabelsZ* 42 (1978), 5, 8.

³⁶ Zitiert nach *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 16; siehe auch *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 49.

³⁷ *Bürge*, FS für Canaris, S. 75.

einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft.³⁸ Dass *Jhering* zum Römischen Recht schrieb, habe dieser Behauptung „das Siegel der Historizität“ verliehen³⁹.

Aus pandektistischer Sicht war das Recht als politisch und volkswirtschaftlich zweckfrei anzusehen, was sich in dem Grundsatz „Casum sentit dominus“ und der entsprechenden Ergänzung, dem Schuldprinzip, ausdrückte⁴⁰. „Verschuldung ist Willensfehler. Derselbe besteht entweder in bösslicher Rechtsverletzung – dolus – oder in Verschuldung im engeren Sinne – culpa –, d.h. Vernachlässigung pflichtgemäßer Sorgfalt, Versäumnis der gehörigen Anspannung der Geisteskraft.“⁴¹

Andernorts heißt es zwar, dass sich die Frage, wer einen Schaden zu tragen habe, weder mit formalrechtlichen Kategorien noch mit juristischer Logik lösen lässt, sondern ein soziales ethisches und wirtschaftliches Problems ist; es bestehe jedoch kein Zweifel daran, dass jemand einen verschuldeten Schaden tragen muss⁴².

„Es braucht also niemand für den indirekten, oder den durch seine zufälligen, oder freien schuldlosen Handlungen verursachten Schaden einzustehen“⁴³. Für die Schadensersatzforderung sei das Moment der subjektiven Verschuldung unentbehrlich⁴⁴. Der Verschuldensgrundsatz war demnach vorherrschend.

³⁸ *Jhering*, S. 40.

³⁹ *Bürge*, FS für Canaris, S. 75.

⁴⁰ *Strickler*, S. 11; siehe auch *Benöhr*, S. 26 mwN.

⁴¹ *Dernburg*, Bd. I, S. 194; siehe später *Wilburg*, Elemente, S. 57.

⁴² *Unger*, S. 4.

⁴³ *Thibaut*, § 167 III; ebenso *Jhering*, S. 40, *Grumach*, S. 12.

⁴⁴ RGZ 11, 341, 344.

Unterabschnitt II: Der Verschuldensgrundsatz im BGB

Dass der römisch-rechtliche Verschuldensgrundsatz schließlich Eingang auch in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat, begründet sich vor allem auf zwei zeitgeschichtliche Phänomene:

§ 5 *Der ideengeschichtliche Hintergrund*

In ideengeschichtlicher Hinsicht spiegelt die Culpa-Doktrin den von *Immanuel Kant* geprägten Freiheitsbegriff wider⁴⁵: Freiheit, d.h. die Unabhängigkeit von der Willkür eines anderen, sei das einzige ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht, sofern sie mit der Freiheit anderer nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann⁴⁶. Daraus ergibt sich, dass die Freiheit eines jeden nur so weit reicht, wie sie diejenige eines anderen nicht verletzt, um als ursprüngliche Freiheit anerkannt zu werden. Dieses ursprüngliche Freiheitsrecht bedarf des Schutzes; es geht um das Nebeneinander der Freiheiten der einzelnen Personen. Aufgabe des Rechts sei es, durch allgemeinen wechselseitigen Zwang jedermanns Freiheit sicherzustellen und den Freiheitsmissbrauch zu Lasten anderer zu sanktionieren: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Andern [sic] nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“⁴⁷

§ 6 *Der wirtschaftliche Hintergrund*

Schließlich kann der Verschuldensgrundsatz als konsequenter Ausdruck des Liberalismus im 19. Jahrhundert erkannt werden: „Am Anfang aller liberalen Theorie steht die Freiheitsforderung“⁴⁸. So hängen denn auch der *Kant*’sche Freiheitsbegriff und der Liberalismus zusammen. Eine Haftung ohne Verschulden wurde als hemmend für die aufblühende Industrie und die Entwicklung des Einzelnen verstanden⁴⁹. Die unbegrenzte Bewegungsfreiheit sah man als Voraussetzung für die Weiterentwicklung der Volkswirtschaft an. Industrie und Mittelstand sollten nicht mit dem Haftungsrisiko belastet werden⁵⁰. Die Lösung des Individuums von allen hemmenden Schranken wurde als Voraussetzung für den Fortschritt allen gesellschaftlichen Lebens erkannt⁵¹. Man befürchtete, dass die Betätigungen aus Angst vor Haftung eingeschränkt würden.

⁴⁵ *Ogorek*, S. 23; *Benöhr*, S. 9; *Esser/Weyers*, S. 129 f.; *Diederichsen* Jura 1997, 57, 59; siehe andererseits aber *Bürge*, FS für Canaris, S. 62, 80: Die Freiheit als solche könne nicht Grundlage des Deliktsrechts sein.

⁴⁶ *Kant*, S. 47.

⁴⁷ *Kant*, S. 38, 40.

⁴⁸ *Gall/Koch*, S. IX.

⁴⁹ Mot. II, 816; Prot. II, 569; *Strickler*, S. 9; *Benöhr*, S. 11 ff.; *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 10; *Ogorek*, S. 23; einschränkend aber *Benöhr*, S. 15 ff. und 31 sowie *Lenz*, S. 281.

⁵⁰ *Schiemann* JuS 1989, 345, 350; v *Caemmerer* RabelsZ 42 (1978), 5, 9; *Horst*, S. 65.

⁵¹ *Gall/Koch*, S. XI.

Teil B Die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes

Mit der normativen Geltung des deliktischen Verschuldensprinzips aufgrund der Vorschriften der §§ 823 ff. BGB steht zugleich seine *theoretische* Bedeutung fest. Wie bereits angesprochen lassen jedoch zahlreiche Phänomene bezweifeln, ob mit dieser theoretischen Bedeutung noch immer eine ebenso große *praktische* Bedeutung korrespondiert.

Wenn somit nach der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes im deutschen außervertraglichen Haftungsrecht gefragt ist, dann geht es im Wesentlichen um zwei Hauptaspekte, die selbst wiederum aus verschiedenen Blickwinkeln zu betrachten sein werden:

Einerseits müssen die Voraussetzungen für die Annahme schuldhaften Verhaltens untersucht werden, und zwar sowohl in materiellrechtlicher als auch in prozessrechtlicher Hinsicht. Der BGB-Gesetzgeber von 1896 hat die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens normiert, um die Bewegungsfreiheit zu schützen; eine Haftung sollte die Ausnahme sein. Die späteren Gesetzgeber haben diese Voraussetzung beibehalten. Man kann demnach sagen, dass sie sich die Intentionen der Verfasser des BGB zu Eigen gemacht haben. Gingen nun die Anforderungen an ein Verschulden und seinen Nachweis weiter und weiter zurück, wäre also ein Verschulden immer schneller zu bejahen, dann wäre eine Haftung nicht mehr als Ausnahme zu begreifen und dementsprechend der eigentliche gesetzgeberische Plan unterlaufen. Die Haftungsvoraussetzung „Verschulden“ würde mehr und mehr inhaltsleer; Resultat wäre die Minderung der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes. Andererseits ist von Interesse, ob und inwieweit ein Verschulden des Schädigers überhaupt noch Haftungsvoraussetzung ist. Möglicherweise kann ein Geschädigter sein Ziel – den Erhalt von Schadensersatz – längst regelmäßig ohne die Notwendigkeit eines Verschuldensnachweises erreichen. Dies hätte eine Marginalisierung der §§ 823 ff. BGB als Anspruchsgrundlage und damit einen Faktizitätsverlust der Culpa-Doktrin zur Folge. Unter Zugrundelegung dieser Prämissen ist zu ermitteln, ob und inwieweit der Verschuldensgrundsatz in der Realität des deutschen außervertraglichen Haftungsrechts tatsächlich noch von Einfluss und Gewicht ist.

Der Hauptteil der vorliegenden Arbeit will den Erscheinungen nachgehen, die Zweifel an der faktischen Bedeutung des Verschuldensgrundsatzes aufkommen lassen. Die Analyse will versuchen, diese Zweifel anhand von Tatsachen aus der Rechtsprechungspraxis entweder zu belegen oder aber ihnen den Boden zu entziehen. Anhand einer Untersuchung von 500 Urteilen wird sich einerseits aufzeigen lassen, ob es überhaupt noch Haftungsklagen gibt, bei welchen ein Verschulden des Beklagten nicht festgestellt werden kann. Andererseits wird ersichtlich werden, ob solche Klagen – sofern sie denn existieren – dann wegen fehlenden Verschuldens scheiterten oder inwieweit vielmehr auf andere Anspruchsgrundlagen zurückgegriffen wurde, um sie zur Begründetheit zu führen. Letztendlich wird durch die Zusammenstellung der erlangten Teilergebnisse das *Gesamtmäß der Faktizität des*

Verschuldensgrundsatzes im deutschen außervertraglichen Haftungsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts ermittelt werden können.

Da es um die *Faktizität* des Verschuldensgrundsatzes geht, kommt es in diesem Teil der Erörterung vornehmlich auf eine Analyse der Rechtsprechung an. Die Standpunkte zu bestimmten Problembereichen innerhalb der Lehre bleiben an späterer Stelle zu behandeln.

Unterabschnitt I: Der praktische Umgang mit dem Begriff „Verschulden“

Der Beginn der rechtstatsächlichen Untersuchung muss an den Begriff „Verschulden“ anknüpfen, denn der praktische Umgang mit ihm wird auch für die anderen Untersuchungsteile von nicht unerheblicher Bedeutung sein. Wenn nach der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes gefragt ist, dann muss zunächst und vor allem über die von der Praxis gestellten Anforderungen nachgedacht werden, um ein Verhalten als schuldhaft bewerten zu können. Je geringer diese sind, desto schneller wird man im Einzelfall zu einer Haftung gelangen. Die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens würde auf Dauer ihre faktische Bedeutung verlieren, wenn die Intensität ihrer Prüfung nachlässt und sie infolge geringer bis geringster Anforderungen ohne weiteres bejaht wird.

Dabei ist zu fragen, worauf sich Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit des Schädigers überhaupt zu beziehen haben, was genau also gewollt bzw. vorhersehbar und vermeidbar gewesen sein muss. Sodann ist der Umgang der Praxis mit dem objektivtypisierten Fahrlässigkeitsbegriff sowie dessen Subjektivierung bei Bestehen besonderer Qualitäten zu analysieren. Schließlich muss auch das richterrechtlich entwickelte System von allgemeinen Verkehrspflichten einer Betrachtung unterzogen werden, denn es hat womöglich Auswirkungen auf die Bewertung eines Verhaltens als fahrlässig.

§ 13 Der Bezugspunkt des Verschuldens

I. Der Grundsatz des verkürzten Verschuldensbezugs

Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich im Rahmen von § 823 BGB nur auf die haftungsbegründende Kausalität des Verhaltens sowie die Rechtsgut- bzw. Schutzgesetzverletzung beziehen, nicht aber auf den dadurch in Gang gesetzten Kausalverlauf oder den eintretenden Schaden¹²⁸. Das darf nicht missverstanden werden: als schuldhaft bewertet wird das *Verhalten* einer Person¹²⁹. Dieser eingeschränkte Bezugspunkt wird aus dem Wortlaut der Vorschrift abgeleitet und war schon ur-

¹²⁸ BGHZ 59, 30, 39; BGH NJW 1976, 1143, 1144; BGH Urteil v. 16.4.02 Az. VI ZR 227/01; *Staudinger/Hager* § 823 H 23; *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 2 e; *Schlumprecht*, S. 74; *Gursky*, SchR BT, S. 224; *Schwarz/Wandt* § 16 F III; *Medicus* SchR I Rn. 316; *Schäfer* AcP 202, 397, 414.

¹²⁹ S.o. § 10 II.

sprünglich im BGB vorgesehen. Bereits in § 704 des I. Entwurfs hieß es: „[...] so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht“¹³⁰. Auch das Reichsgericht ging von einem „allgemeinen Rechtssatz“ aus, wonach das Verschulden sich nur auf die unerlaubte Handlung, nicht hingegen auf ihre Folgen und ihre weitere Schadenswirkung erstrecken muss¹³¹. Gesprochen wird insofern von einer „Zäsur“ durch die Haftungsnorm: für die Rechtsfolge der Schadensabnahme komme es nicht mehr auf die Spannungslage zwischen dem Bestandsschutz für das verletzte Schutzgut und dem Handlungsspielraum des Schädigers an¹³².

II. Das Kriterium der Adäquanz als Korrektiv

Für den in der vorliegenden Arbeit vor allem interessierenden Bereich der Fahrlässigkeitsschuld bedeutet dies: Vorhersehbar und vermeidbar muss nur der Eintritt des schädigenden Erfolgs, d.h. der Rechtsgutverletzung, sein, nicht hingegen der durch diese in Gang gesetzte Geschehensverlauf, die Schadensentwicklung oder der letztendlich eingetretene Schaden. Der Verursacher muss nach den §§ 823 ff. BGB grundsätzlich für sämtliche Schäden Ersatz leisten, die aus der vorhersehbaren Rechtsgutverletzung resultieren, selbst wenn sie nach objektiv-typisiertem Maßstab nicht vorhersehbar waren: Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit iRd. Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB verlange nicht, dass sich der Schädiger vorzustellen vermag, wie sich der Schadenshergang im Einzelnen abspielt und in welcher Weise sich der Schaden verwirklicht; es genüge, dass er die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolgs im Allgemeinen hätte voraussehen können¹³³. Es kann nicht übersehen werden, dass der Grundsatz der Anknüpfung einer Schadensersatzpflicht an ein Verschulden infolgedessen zumindest *eingeschränkt* ist.

Andererseits aber gilt der Grundsatz „Casum sentit dominus“, wonach der Schadensverursacher nicht für rein zufällige Schäden haftbar gemacht werden kann, sondern die Schadenszuständigkeit insofern beim Rechtsgutininhaber selbst liegt¹³⁴. Somit stellt sich die Frage, wie ein „Mittelweg“ gefunden werden kann, der sowohl dem Grundsatz „Casum sentit dominus“ als auch der anerkannten Tatsache Rechnung trägt, dass sich das Verschulden nicht auf den Schaden zu beziehen braucht. Es geht darum zu ermitteln, für welche Folgen einer unerlaubten Handlung der Schadensverursacher noch verantwortlich gemacht werden kann und welche Folgen dem Geschädigten selbst aufzubürden sind.

Von besonderer Bedeutung gerade für den Verschuldensgrundsatz ist in diesem Zusammenhang das Kriterium der Adäquanz: Aus dem naturwissenschaftlichen Ursachenzusammenhang, der anhand der Äquivalenztheorie zu ermitteln und we-

¹³⁰ *Mugdan* II, S. CXXIII.

¹³¹ RGZ 66, 251, 253; bestätigt u.a. durch RGZ 69, 340, 344.

¹³² RGRK/*Steffen* § 823 Rn. 469.

¹³³ BGH VersR 1993, 230, 231; VersR 1993, 843, 844; OLG Nürnberg VersR 2006, 1128, 1129.

¹³⁴ *Enneccerus/Nipperdey* AT 2, S. 1270.

gen der Gleichwertigkeit aller Bedingungen sehr weitreichend ist, werden diejenigen Bedingungen ausgesondert, die rechtlich als Zufälle erscheinen¹³⁵. Adäquat sind nur solche Erfolgsbedingungen, die im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sind, einen entsprechenden Erfolg herbeizuführen¹³⁶. Das schadenstiftende Ereignis müsse die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell nicht unerheblich erhöht haben¹³⁷.

Legt man dies zugrunde, so könnte das Erfordernis der Adäquanz möglicherweise als Korrektiv für den verkürzten Verschuldensbezug fungieren und es könnte damit der oben angesprochene Mittelweg gefunden sein, indem der Handelnde für solche Schadensfolgen des Verhaltens nicht mehr verantwortlich gemacht wird, die als nicht mehr adäquat, als *zufällig*, zu qualifizieren sind. Ob und inwieweit eine solche Korrektur stattfindet, hängt nun aber davon ab, wessen Sicht und welcher Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage entscheidend ist, ob das schadenstiftende Ereignis die objektive Möglichkeit des Eintritts eines Erfolgs von der Art des eingetretenen erhöht hat. Je objektiver diese Sicht ist und je mehr Kenntnisse ihr zugrunde liegen einerseits und je später der Zeitpunkt, von welchem aus die Betrachtung des Geschehens erfolgt, andererseits, desto mehr Schadensfolgen sind dem Schadensversucher unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz anzulasten, desto kleiner ist die angesprochene Korrektivfunktion dieses Kriteriums.

III. Die Haltung der Literatur

Die Verkürzung des Verschuldensbezugs in § 823 Abs. 1 BGB stelle den tiefsten Einbruch dar, aufgrund dessen sich die Zurechnung der weiteren Folgen des unerlaubten Handelns nicht mehr nach dem Verschuldens-, sondern nach dem Risikoprinzip richte¹³⁸. Allerdings sei der Schädiger wegen Rechtswidrigkeit und Zurechenbarkeit der Verletzungshandlung immer noch „näher dran“, das Stück Unglück zu tragen, welches in nahezu jedem Schaden enthalten sei; es verwirkliche sich eben gerade nicht das allgemeine Lebensrisiko des Geschädigten, sondern das spezifische Verletzungsrisiko¹³⁹. Eine unbegrenzte Erfolgshaftung für *alle* Folgen unerlaubten Verhaltens müsse jedoch vermieden werden¹⁴⁰.

¹³⁵ RGRK/Steffen § 823 Rn. 81.

¹³⁶ RGZ 133, 126, 127; 152, 397, 401; 158, 34, 38; 168, 86, 88; BGHZ 7, 198, 204; 57, 137, 141(=NJW 1972, 36); BGH NJW 1952, 1010; 1963, 1671, 1672; 1975, 2012, 2013; 1986, 1329, 1331; 1991, 1109, 1110; 1998, 138, 140 (=BGHZ 137, 11, 19); 2002, 2232, 2233; OLG Nürnberg VersR 2006, 1128, 1129.

¹³⁷ RGZ 81, 359, 361; BGHZ 3, 261, 267; 57, 245, 254.

¹³⁸ *Canaris*, 2. FS für Larenz, S. 33; *ders.* JZ 1987, 993, 1001; *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 2 e.

¹³⁹ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 2 e.

¹⁴⁰ MüKo/Oetker § 249 Rn. 102.

IV. Rechtsprechungsanalyse

Ob und inwieweit das Kriterium der Adäquanz in der Rechtswirklichkeit eine Korrektur des verkürzten Verschuldensbezugs bewirkt, ist im Folgenden anhand einer Rechtsprechungsanalyse zu ermitteln.

Schon nach Ansicht des Reichsgerichts durfte eine Folge nicht in einem so entfernten Zusammenhang mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignis stehen, dass ein Zusammenhang *nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise* nicht mehr in Betracht gezogen werden kann¹⁴¹. Hiernach führt also nicht *jede* mit dem schuldhaften Verhalten in äquivalentem Ursachenzusammenhang stehende Folge unbedingt auch zu einer Einstandspflicht des Verursachers für diese Folge. Es fällt allgemein auf, dass in den Formulierungen der Gerichte nicht genau unterschieden wird zwischen Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung. Es sei beispielsweise unvernünftig, die Verantwortlichkeit des Verkäufers eines Geschäfts für einen beim Verkauf begangenen Betrug auf alles auszudehnen, was dem Käufer im Laufe seines Geschäftsbetriebs Übles widerfährt¹⁴². Für den hier interessierenden verkürzten Verschuldensbezug – sprich den nicht notwendigen Bezug des Verschuldens auf den Bereich der Haftungsausfüllung – bedeutet dies, dass nicht jeder mit der aus dem schuldhaften Verhalten resultierenden Rechtsgutverletzung in äquivalentem Zusammenhang stehender Schaden zwangsläufig zu einer Einstandspflicht des schuldhaft Handelnden führt.

Die Formulierung „nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise“ ist allerdings konkretisierungsbedürftig, denn damit ist noch nicht gesagt, auf *wessen* Lebensauffassung oder *wessen* Vernunft es ankommt. Aus dem Abdruck der Entscheidung geht nicht hervor, auf wessen Lebensauffassung das Gericht für die Beurteilung der Vernünftigkeit abgestellt hat. Dies wird in einer späteren Entscheidung deutlicher: Es komme auf den Standpunkt eines alle dem Menschen zu Gebote stehende Erfahrungen und Kenntnisse beherrschenden Beurteilers zur Zeit der die Verantwortung begründenden Handlung an; entscheidend sei die Sichtweise eines „nach menschlichem Maßstabe, soweit denkbar, übersehenden Beurteilers“¹⁴³. Das Reichsgericht betont ausdrücklich, dass die Adäquanz keinesfalls die *subjektive* Vorhersehbarkeit einer Schadensfolge durch den Verursacher voraussetzt. Die Begriffe „voraussehbar“ und „adäquat“ seien nicht gleichbedeutend. Schließlich wird herausgestellt, dass es der Feststellung der Adäquanz nicht bedarf, wenn sich das Verschulden des Schadensverursachers auch auf den eingetretenen Schaden bezieht.

Aus diesen Ausführungen des Reichsgerichts lassen sich im Wesentlichen zwei Schlussfolgerungen ziehen: Für die Bemessung der Sorgfaltsanforderungen iSv. § 276 Abs. 2 BGB und der Adäquanz gelten unterschiedliche Maßstäbe. Wenn das

¹⁴¹ RGZ 78, 270, 272.

¹⁴² RGZ 78, 270, 272.

¹⁴³ RGZ 81, 359, 361.

Norm bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang zu einer Beschränkung der Haftung des Schadensverursachers führen kann¹⁸²: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Haftungsvoraussetzung ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen schädigender Handlung und Schaden; letzterer könne dem Schädiger nur zugerechnet werden, wenn er sich innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm verwirklicht; es müsse ein innerer Zusammenhang bestehen zwischen geltend gemachtem Schaden und der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage, nicht bloß eine *zufällige* äußere Verbindung¹⁸³.

Auch dieses Kriterium dient damit prinzipiell der Ausgrenzung von Schadensfolgen, die dem Schädiger nicht mehr zurechenbar, weil zufällig, sind. Dann aber schließt sich der Kreis: Zunächst bewirkt das Erfordernis des adäquaten Zusammenhangs eine Relativierung der tatsächlichen Auswirkungen des verkürzten Verschuldensbezugs. Sodann bewirkt jene Lehre vom Schutzzweck der Norm respektive Rechtswidrigkeitszusammenhang eine Relativierung des Maßstabs „optimaler Beobachter“, indem sie Schadensfolgen ausgrenzt, die zwar vielleicht diesem erkennbar waren, die jedoch nicht mehr innerhalb des Schutzzwecks der Haftungsnorm liegen. Auf diesem Wege trägt das Kriterium des Schutzzwecks der Norm selbst zur Relativierung der tatsächlichen Auswirkungen des verkürzten Verschuldensbezugs bei.

§ 14 Der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff

I. Problematik

Im Gegensatz zur Schuldform des Vorsatzes, welche durch das Abstellen auf Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs durch den konkreten Täter tatsächlich einen ganz individuellen Vorwurf begründet, kommt es beim Fahrlässigkeitsbegriff durch das Abstellen auf die *im Verkehr erforderliche* Sorgfalt gem. § 276 Abs. 2 zu einer Objektivierung und durch das Abstellen auf verschiedene Verkehrskreise zu einer Typisierung. Diese im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist damit keine statische, feste Größe, denn die „Verkehrserfordernisse“ ändern sich. Der Bundesgerichtshof spricht in diesem Zusammenhang von „Standard“¹⁸⁴. „Standards“ variieren mit der Zeit, woraus zugleich folgt, dass der Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs dynamisch und wandelbar ist. Mit der Veränderung des „Verkehrs“, also der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, mit der fortschreitenden Technisierung und Globalisierung kommt es zu einer Erweiterung der verschiedenen, bereits bestehenden sowie zur Evolution neuer Gefahrenherde. Auf der anderen Seite führt der allgemeine Fortschritt in vielen Bereichen aber auch zu einer Minderung von Gefahren. Diese Veränderungen in der Lebenswirklichkeit müssen konsequenterweise eine Veränderung dessen zur Folge haben, was als *erforderliche* Sorgfalt

¹⁸² Siehe aber BGH NJW 1982, 572, 573, wo die Schutzzwecklehre bei verneinter Adäquanz zu einer Ausweitung der Haftung führte.

¹⁸³ BGH NJW 1975, 2012, 2013.

¹⁸⁴ BGH NJW 1987, 1479, 1480.

Unterabschnitt II: Die Behandlung des Verschuldensprinzips mit Blick auf das Beweisrecht

Es wurde soeben die Behandlung des Verschuldensgrundsatzes durch die Praxis in materiellrechtlicher Hinsicht aufgezeigt. Nun ist zu erforschen, ob und inwieweit das Prozessrecht von Einfluss auf die Culpa-Doktrin ist. Hier ist speziell ihre Behandlung in beweisrechtlicher Hinsicht von Interesse. „Necessitas probandi incumbit ei qui agit“ – auch im Deliktsrecht gilt, dass grundsätzlich jede Partei die Beweislast für die Erfüllung aller Voraussetzungen der ihr günstigen Normen zu tragen hat, sog. Rosenberg'sche Normentheorie³⁹². Daraus folgt, dass der Geschädigte das Verschulden des Schädigers bzw. das Vorliegen derjenigen Tatsachen nachweisen muss, welche einen Rückschluss auf dessen Vorsatz oder Fahrlässigkeit zulassen³⁹³. Die Beweislast umfasst zwei Komponenten, namentlich die objektive Beweislast (Feststellungslast) und die subjektive Beweislast (Beweisführungslast): Die objektiv beweisbelastete Partei trägt diejenigen Nachteile, die sich aus der Nichtanwendung einer ihr günstigen oder aus der Anwendung einer der Gegenpartei günstigen Norm im Falle des non-liquet ergeben, also im Falle der Nichtaufklärbarkeit einer rechtserheblichen Tatsache. Die subjektive Beweislast hingegen regelt die Frage, welche Partei den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen und Beweismittel anzubringen hat, um prozessuale Nachteile zu vermeiden³⁹⁴.

An der Schwelle zwischen materiellem Recht und Beweisrecht stehen die Vorschriften der §§ 831 ff. BGB, so dass zunächst diese einer Betrachtung zu unterziehen sind. Anschließend sollen die in den letzten Jahrzehnten durch Richterrecht geschaffenen Abwandlungen von obigen Grundsätzen in Bezug auf ihre Auswirkungen auf das Verschuldensprinzip in den Blick genommen werden.

§ 18 Die Verschuldensvermutungen in den §§ 831 ff. BGB

I. Einordnung und Rechtsnatur

Die Vorschriften der §§ 831, 832, 833 S. 2, 834, 836 ff. BGB normieren jeweils eine Haftung für vermutetes Verschulden, wobei eine Exkulpationsmöglichkeit für den Schädiger besteht. Es heißt, sie würden eine Haftungsverschärfung darstellen, indem dem Anspruchsteller die Beweislast für das Verschulden des Anspruchsgegners abgenommen wird, also letzterer nachweisen muss, dass die Voraussetzungen nicht gegeben sind, deren Vorliegen zugunsten des Ersten vermutet wird³⁹⁵. Der BGH spricht von einer in diesen Normen angeordneten Umkehr der Behauptungs-

³⁹² *Mugdan* II, S. 407; BGHZ 3, 342, 346; 39, 103, 106; 53, 246, 250; BGH NJW 1995, 49, 50; 1999, 352, 353; *Thomas/Putzo/Reichold* Vorbem § 284 Rn. 23; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 114 II 1, 2; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 7 f.; *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 150; i.E. so auch *Musielak*, Beweislast, S. 293.

³⁹³ RGZ 126, 329, 331; BGHZ 24, 21, 28; 39, 103, 108 f.; *Weyl*, S. 138; *Witte*, S. 1; *Baumgärtel*, § 823 I Rn. 1 und 26.

³⁹⁴ *Musielak*, GK ZPO, Rn. 477; *Geigel/Rixecker* Kap. 1, Rn. 65.

³⁹⁵ *Medicus* SchR II Rn. 849 ff.; *Baumgärtel*, §§ 831 ff. je Rn. 1; so wohl auch *Schlechtriem* Rn. 905; außerdem OLG München FamRZ 1997, 740, 741; a.A. *Witte*, S. 82; Beweismaßnormen.

und Beweislast³⁹⁶. Demnach werden subjektive und objektive Beweislast vom Geschädigten auf den Schädiger verlagert. Gleichzeitig normieren die Vorschriften eine Haftung für vermutete Verkehrspflichtverletzung³⁹⁷.

II. Das Bestehen der Exkulpationsmöglichkeit in der Realität

Für die Beantwortung der in der vorliegenden Untersuchung behandelten Frage nach der Faktizität des deliktischen Verschuldensgrundsatzes ist ausschlaggebend, inwieweit es den Beklagten tatsächlich gelingt, die Verschuldensvermutung zu widerlegen, sich also zu entlasten. Wem der Entlastungsbeweis misslingt, der haftet, auch wenn er vielleicht in Wahrheit nicht schuldhaft gehandelt hat. So kann es faktisch gesehen zu einer Haftung ohne Verschulden kommen. Je strenger die Anforderungen an den Entlastungsbeweis, desto eher kommt es im Rahmen dieser Vorschriften zu einer Haftung. Würden die Anforderungen an den Entlastungsbeweis von den Gerichten *überspannt*, dann gelänge man faktisch zu einer objektiven Haftung. Es wird sich zeigen, dass wiederum der objektiv-typisierte Fahrlässigkeitsbegriff Protagonist ist.

III. Die Haltung der Literatur

Meist wird in der Literatur davon ausgegangen, dass die dem Geschädigten durch eine Verschuldensvermutung gewährten beweisrechtlichen Erleichterungen nicht als Aufgabe des Verschuldensprinzips zu werten sind³⁹⁸. So sehen manche in einer Verschuldensvermutung (nur) die gesetzestechnische *Abmilderung* des Verschuldensprinzips zu Lasten des Schädigers, denn im Falle der Erschütterung der Vermutung lebe das ursprüngliche, durch das Verschuldensprinzip geprägte System der Beweislastverteilung wieder auf³⁹⁹.

Bereits durch die Formulierung, die §§ 831 ff. BGB setzten „im Grundsatz“ Verschulden voraus⁴⁰⁰, wird aber deutlich, dass dies durchaus nicht unproblematisch ist. Andere befürchten eine beweisrechtliche Aushöhlung des Verschuldensgrundsatzes: Jede Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens geschehe auf Kosten des Verschuldensprinzips⁴⁰¹. So wird auch gesagt, in der Praxis der Fälle einer Verschuldensvermutung hafte der Schädiger solange ohne Verschulden, bis er sich wieder entlaste und seine Unschuld nachweise; das Verschulden sei also nicht Anspruchsvoraussetzung, sondern vielmehr sei die Nichtschuld als anspruchshindernde Einwendung zu begreifen⁴⁰². Außerdem wird gerügt, dass sich die

³⁹⁶ BGHZ 51, 91, 106.

³⁹⁷ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 79 III 1 a, IV 1 b; *Mugdan* II, S. 1268; OLG München FamRZ 1997, 740, 741.

³⁹⁸ *Witte*, S. 1; *Medicus* Jura 1996, 561; *Brox/Walker* § 42 A. Rn. 2; *Gursky*, SchR BT, S. 234, 236.

³⁹⁹ *Witte*, S. 75; *Wolf*, Beweislast, S. 55, der von einem Mittelweg zwischen Verschuldens- und objektiver Haftung spricht; ähnlich *Kreuzer*, FS für Lorenz, S. 125: „Abschwächung“.

⁴⁰⁰ *Palandt/Sprau* §§ 831 ff. jeweils Rn. 1.

⁴⁰¹ *Stoll* AcP 176, 145, 161, unter gewissen Voraussetzungen bestehe aber ein unabwendbares Bedürfnis, die außervertraglichen Verhaltenspflichten durch Hereinnahme eines begrenzten Erfolgsmoments aufzuwerten.

⁴⁰² *Schellhammer*, Rn. 923; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, S. 378; siehe auch *v Bar*, Verkehrspflichten, S. 104; ähnlich *Koziol*, in: *Bydlinski*, Bewegliches System, S. 54.

Rechtsprechung zur Ausschaltung des Entlastungsbeweises oftmals einer extremen Überspannung von Verkehrspflichten bedient, was den Verschuldensvorwurf zu einer bloßen Fiktion werden lasse⁴⁰³.

IV. Rechtsprechungsanalyse

Anhand einer Urteilsanalyse ist zu untersuchen, ob und inwieweit es Beklagten in der Realität gelingt, sich zu entlasten bzw. inwieweit die Judikatur tatsächlich zu Überspannungen neigt, um möglicherweise ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen. Dabei werden die einzelnen Tatbestände der §§ 831 ff. BGB jeweils einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen sein.

1. Die Haftung für den Verrichtungsgehilfen

Nach allgemeiner Meinung normiert § 831 Abs. 1 BGB eine Haftung des Geschäftsherrn für ein vermutetes *eigenes* Verschulden bei der Auswahl und Anleitung des Verrichtungsgehilfen oder der Beschaffung von Hilfsmitteln⁴⁰⁴. Während der I. Entwurf zum BGB den Verschuldensnachweis noch dem Geschädigten auferlegte, ergab sich die jetzige Gestalt der Vorschrift aus den Beratungen der II. Kommission⁴⁰⁵. Es handelt sich bei ihr folglich um eine bereits im ursprünglichen BGB vorgesehene Regelung. In ihr komme der Gedanke des Einstehens für das Betriebsrisiko zum Ausdruck, heißt es seitens der Judikatur. Es sei nicht unangemessen, demjenigen die Beweisführung über das Zustandekommen der Schädigung zuzumuten, aus dessen Bereich die Gefährdung hervorgegangen sei, zu der er zwar nicht immer, aber doch in der Regel eher in der Lage sein wird als der Geschädigte⁴⁰⁶.

a) Grundsätze

Das Maß der an Auswahl und Überwachung zu stellenden Anforderungen richte sich nach der Art der Verrichtung, wobei nicht von starren Regeln auszugehen, sondern den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen sei⁴⁰⁷, heißt es in der Judikatur. Die Anforderungen an die Eignungsprüfung seien umso strenger, je schwieriger die auszuübende Tätigkeit ist oder je mehr sie dem Gehilfen an Verantwortungs- und Pflichtbewusstsein abverlangt⁴⁰⁸. Insbesondere Gefährlichkeit der übertragenen Tätigkeit, Persönlichkeit des Gehilfen, Alter, Vorbildung und bisherige Erfahrung seien zu berücksichtigen: Der Geschäftsherr dürfe Verrichtungsgehilfen nur solche Tätigkeiten übertragen, deren gefahrlose Durchführung er von ihnen erwarten kann. Besonders scharfe Maßstäbe seien anzulegen, wenn die über-

⁴⁰³ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 79 III 3 c.

⁴⁰⁴ Hk-BGB/*Staudinger* § 831 Rn. 1; *Palandt/Sprau* § 831 Rn. 1.

⁴⁰⁵ *Mugdan* II, S. 1268; *Schmidt-Salzer*, FS für Steffen, S. 433.

⁴⁰⁶ BGHZ 24, 21, 30.

⁴⁰⁷ OLG Köln NJW-RR 1997, 471; BGH NJW-RR 1996, 867, 868; OLG Bamberg VersR 1994, 813, 815.

⁴⁰⁸ OLG Köln NJW-RR 1997, 471.

tragene Tätigkeit mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder mit gravierenden Risiken für Leben, Gesundheit oder Eigentum Dritter verbunden ist.⁴⁰⁹

Diese Ausführungen der Gerichte machen deutlich, dass die Strenge der Anforderungen grundsätzlich von zahlreichen Kriterien abhängig und jeweils im Einzelfall genau zu prüfen ist. Außerdem zeigt sich wiederum die Beziehung zwischen Gefahr und Sorgfaltsanforderungen: Letztere steigen relativ zur drohenden Gefahr. Damit kann bereits an dieser Stelle auch für diesen Untersuchungsabschnitt vorweggenommen werden, dass strenge Anforderungen aus dem zivilrechtlichen, objektivierten Sorgfaltsbegriff resultieren *können*. Eine automatische Verurteilung besonders strenger Anforderungen als Überspannung scheidet demnach aus. Ob und ggf. wo es zu Überspannungen gekommen ist, gilt es im Folgenden anhand von Einzelfällen zu untersuchen.

b) Einzelfälle

An den Beweis einer ausreichenden Auswahl und Überwachung eines angestellten Kraftfahrers iSv. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB seien im Interesse der Verkehrssicherheit strenge Anforderungen zu stellen⁴¹⁰. Seiner Überwachungspflicht genüge der Arbeitgeber nur dann, wenn er den Mitarbeiter bei Ausführung der übertragenen Fahrten kontrolliert⁴¹¹. Der Nachweis sorgfältiger Überwachung setze den Nachweis fortdauernder planmäßiger, auch unauffälliger Überwachungen mit unerwarteten Kontrollen voraus; sporadische Überprüfungen seien unzureichend⁴¹².

Da es sich bei den Pflichten aus § 831 BGB um Verkehrspflichten handelt⁴¹³, müssen hier die bereits herausgestellten Abwägungskriterien⁴¹⁴ ebenfalls zur Anwendung kommen; das gilt insbesondere hinsichtlich des Vermeidungsaufwands. Dabei erscheint fraglich, ob dies mit der Forderung nach *fortdauernder, planmäßiger* Kontrolle in ausreichendem Maße geschehen ist. Wegen der generellen Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugverkehrs dürfte jedenfalls nichts dagegen einzuwenden sein, *gelegentliche* Kontrollen zu verlangen. „Fortdauernde planmäßige, auch unauffällige Überwachung mit unerwarteten Kontrollen“ hingegen verlangen einen sehr hohen Aufwand. Allein deshalb eine Überspannung anzunehmen, ist indes nicht gerechtfertigt, denn es kann durchaus Konstellationen geben, in denen der Grad der Gefahr planmäßige und fortdauernde Kontrollen gebietet. Jedenfalls aber ist eine besondere Vorsicht der Judikatur mit dieser Anforderung geboten, denn in manchen Fällen wird sie dazu führen, dass es für den Geschäftsherrn unter Berücksichtigung des zeitlichen und finanziellen Aufwands ökonomischer ist, entsprechende Fahrten selbst zu tätigen. Dann aber ist die Möglichkeit der Einschaltung von Ver-

⁴⁰⁹ BGH VersR 2003, 75, 76 (=NJW 2003, 288, 289 f.)

⁴¹⁰ OLG Köln VersR 2005, 851, 852 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1678, 1679.

⁴¹¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1678, 1679; OLG Düsseldorf VersR 2003, 216 „gelegentliche Kontrolle“.

⁴¹² OLG Köln NJW-RR 1997, 471 f.; OLG Hamm NJW-RR 1998, 1403, 1404; OLG Karlsruhe VersR 2000, 865, 866; offen gelassen von OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1678, 1679; siehe auch BGH VersR 2003, 75, 76.

⁴¹³ Larenz/Canaris SchR II/2 § 79 III 1 a.

⁴¹⁴ S.o., § 16 IV 1, 2.

richtungsgehilfen faktisch wertlos, weil wirtschaftlich nicht tragfähig. Bei Sichtung der Rechtsprechung erhält man den Eindruck, dass die Formel „fortdauernde und planmäßige Kontrollen“ manchmal gar schon floskelartig verwandt wird. Wenn jedoch eine Prüfung des konkreten Einzelfalles ausbleibt, ist nicht sichergestellt, dass der Zumutbarkeitsaspekt jeweils in ausreichendem Maße berücksichtigt wird. So drohen Überspannungen und infolgedessen eine Aushöhlung des Verschuldensgrundsatzes.

Bei der Kontrolle eines Gabelstapelfahrers, dessen Tätigkeit sich nur im innerbetrieblichen Bereich abspielt, seien nicht so strenge Anforderungen zu stellen⁴¹⁵. Dies lässt sich wiederum mit der Relativität der Sorgfaltsanforderungen erklären: sie steigen nicht nur, sondern sie *sinken* auch in Abhängigkeit der Gefahren. Der Geschäftsherr, der in seinem Unternehmen die Durchführung von Gefahrguttransporten einem angestellten Gefahrgutbeauftragten überlässt, müsse diesen zwar nicht durch externe Spezialisten oder Sachverständige kontrollieren lassen, heißt es weiter; er müsse sich aber stichprobenartig für einzelne Gefahrguttransporte erläutern lassen, welche Sicherheitsanforderungen zu beachten waren und was der Gehilfe veranlasst hatte, um diesen zu genügen⁴¹⁶. Indem die Erforderlichkeit einer Kontrolle durch externe Spezialisten abgelehnt wird und stattdessen eigene Stichproben durch Nachfragen verlangt werden, ist das Kriterium des Vermeidungsaufwands angemessen berücksichtigt worden. Zwar bergen Gefahrguttransporte besonders große Gefahren, was einen höheren Vermeidungsaufwand rechtfertigt; eine Beauftragung externer Spezialisten wäre jedoch finanziell meist nicht tragbar, was das Gericht somit treffend erkannt hat.

Da die Anforderungen an die Überwachung nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessen sind, möge es sein, dass ein sorgfältig ausgesuchter Arzt nicht so stark überwacht werden muss, wenn er sich jahrelang bewährt hat,⁴¹⁷. Ein Krankenträger müsse die Ärzte aber umfassend über die ihnen obliegende Aufklärungspflicht unterrichten; ob es erforderlich ist, sie durch Juristen unterweisen zu lassen, könne im konkreten Fall dahinstehen; bloße Hinweise sowie die Übersendung einschlägiger Gerichtsentscheidungen reichten allein jedenfalls nicht aus, denn die Rechtsprechung zu Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht sei so vielschichtig, dass die Annahme nicht gerechtfertigt erscheint, sie sei einem Nicht-Juristen ohne weiteres verständlich⁴¹⁸.

Auffallend ist, dass lediglich angeführt ist, was zur Entlastung jedenfalls *nicht* ausreichend war. Eine Idee dahingehend, was tatsächlich erforderlich gewesen wäre, erhält der Leser nicht. Es ist zwar durchaus nachvollziehbar, dass nicht näher bestimmte Hinweise und die Übersendung von Gerichtsentscheidungen ohne weitere Erklärungen und Unterweisungen nicht ausreichen. Dies lässt sich mit der Betrof-

⁴¹⁵ OLG Düsseldorf VersR 2002, 585, 586.

⁴¹⁶ BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

⁴¹⁷ OLG Bamberg VersR 1994, 813, 815; gar keine Überwachungspflicht des Reeders bei ganz besonderer Erfahrung eines Schiffskapitäns: BGHZ 76, 206, 213 (=NJW 1980, 1749).

⁴¹⁸ KG VersR 1979, 260, 261.

Unterabschnitt III: Die Ausweitung des außervertraglichen, verschuldensunabhängigen Haftungsrechts

Schließlich lassen sich Tendenzen einer fortschreitenden Ausweitung derjenigen Bereiche des außervertraglichen Haftungsrechts erkennen, die verschuldensunabhängig sind; hier lässt sich allgemein von objektiver Haftung sprechen. Falsch wäre es hingegen, jede Haftung ohne Verschulden als Gefährdungshaftung zu qualifizieren⁵⁶⁴. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die in § 829 BGB normierte Billigkeitshaftung, welche gerade in dem Fall eingreifen kann, dass keine Verschuldensfähigkeit gegeben ist. Zu diesen Bereichen zählen außerdem das System von Tatbeständen einer Gefährdungshaftung, welches sehr weitreichend zu sein scheint, die negatorische Beseitigungshaftung nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sowie die Aufopferungshaftung gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.

§ 21 Grundproblematik

All diesen Disziplinen des außervertraglichen Haftungsrechts ist einerseits gemein, dass die Haftung des Anspruchsgegners nicht von seinem Verschulden abhängig gemacht wird, sondern auf anderen Gründen basiert. Andererseits haben sie alle – wenn auch in unterschiedlicher Art und Weise – Ausdehnungen erfahren, welche möglicherweise eine Gefahr für die verschuldensabhängige Deliktshaftung und somit für den Verschuldensgrundsatz an sich bewirken könnten. Die Bedeutung der §§ 823 ff. BGB als Anspruchsgrundlage für einen Geschädigten und damit die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes im deutschen Deliktsrecht schrumpfen, je eher der Betroffene bei einem Vorgehen über verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen zu gleichen oder ähnlichen Ergebnissen gelangen kann wie bei einem Vorgehen über die verschuldensabhängigen Normen des Deliktsrechts.

Es entsteht daher die Frage, inwieweit es überhaupt noch auf ein Verschulden des Anspruchsgegners ankommt, um dessen Haftung zu erreichen. Inwieweit wurde das außervertragliche, verschuldensabhängige Haftungsrecht der §§ 823 ff. BGB womöglich schon durch das außervertragliche, verschuldensunabhängige Haftungsrecht überlagert? Die Urteilsanalyse wird aufzeigen, in wie vielen Fällen fehlenden Verschuldens eine Haftungsklage letzten Endes auch daran *gescheitert* ist.

§ 22 Die Billigkeitshaftung gemäß § 829 BGB

Ein Blick sei zunächst auf die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB geworfen, denn sie enthält eine Ausnahme vom Verschuldensgrundsatz⁵⁶⁵. Danach hat der deliktsunfähige Schadensverursacher dem Geschädigten einen Schaden, dessen Ersatz nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, insoweit zu er-

⁵⁶⁴ Siehe auch v. Bar, FS für Lange, S. 384.

⁵⁶⁵ Palandt/Sprau § 829 Rn. 2; Hk-BGB/Staudinger § 829 Rn. 1; Soergel/Spickhoff § 829 Rn. 2; für einen Fall der Schuldhaftung dagegen noch M. Rümelin, S. 51 ff.; vgl. zur strittigen Einordnung i.Ü.: Kreuzer, FS für Lorenz, S. 128 f.

setzen, als die Billigkeit dies erfordert und ihm nicht diejenigen Mittel entzogen werden, die seinem eigenen angemessenen Unterhalt bzw. der Erfüllung gesetzlicher Unterhaltungspflichten dienen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz beruht letztendlich also darauf, dass der Schadensverursacher aufgrund seiner Vermögenslage viel eher als der Geschädigte in der Lage ist, die Schadenslast zu tragen. Teilweise wird die Billigkeitshaftung sogar als ein Fall von Gefährdungshaftung angesehen, da der geistesranke oder minderjährige nicht oder nur eingeschränkt Deliktstfähige eine besondere Gefahr für die Allgemeinheit darstelle⁵⁶⁶. In § 829 BGB komme zum Ausdruck, dass abstraktes Gefährlichsein die Schuld als Zurechnungselement verdrängen kann⁵⁶⁷. Wenn Ziel die Ermittlung der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes ist, dann muss § 829 BGB als Ausnahme vom Verschuldensprinzip im Hinblick auf seine Relevanz in der Praxis untersucht werden.

I. Der Anwendungsbereich

1. § 829 BGB als Auffangnetz

Dem Wortlaut nach ist die Norm auf solche Fälle beschränkt, in denen es an der Verschuldensfähigkeit iSd. §§ 827, 828 BGB fehlt. Gefährlich für das Verschuldensprinzip wird es allerdings, wenn die Billigkeitshaftung in anderen Fällen fehlenden Verschuldens als „Korrektiv“ eingesetzt würde, um zu „angemessenen Ergebnissen“⁵⁶⁸ zu gelangen – auf welchen Gründen auch immer ein solches Fehlen beruhen mag. Der Verschuldensgrundsatz würde ausgehebelt, wenn der Geschädigte bei Nichtanwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB quasi sanft auf der Vorschrift des § 829 BGB „landet“ und fehlendes Verschulden kein Haftungshindernis mehr ist. Zu überprüfen ist demnach, ob und inwieweit dies tatsächlich geschieht, ob und inwieweit die Vorschrift des § 829 BGB bildlich gesprochen als Auffangnetz dient. Je weiter der Anwendungsbereich der Vorschrift ausgedehnt wird, desto seltener hängt die Haftung von einem Verschulden des Schadensverursachers ab und desto stärker minimiert sich infolgedessen die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes.

2. Die Haltung der Literatur

In der Literatur wird konstatiert, dass die Billigkeitshaftung die Verschuldenshaftung nicht aushebeln darf, indem sie als subsidiärer Haftungsgrund bei nicht gegebener Fahrlässigkeit eingreift⁵⁶⁹. Auch heißt es, § 829 BGB dürfe keinesfalls in *allen* Fällen fehlenden Verschuldens entsprechend angewandt werden, denn dann sei die Grenze zu einer allgemeinen Billigkeitshaftung überschritten⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 I 2 h, § 84 VII 2 b; v *Bar*, Verkehrspflichten, S. 143; a.A. *Esser/Weyers*, S. 148; *Deutsch*, FS für Honig, S. 47 spricht von einer „Mischform“ zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung.

⁵⁶⁷ v *Bar*, Verkehrspflichten, S. 143.

⁵⁶⁸ So die Formulierung in BT-Drucks. 14/7752, S. 16 für das Eingreifen in den Fällen des § 828 Abs. 2 BGB.

⁵⁶⁹ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 484.

⁵⁷⁰ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 84 VII 1a; i.E. auch *Soergel/Spickhoff* § 829 Rn. 11.

3. Rechtsprechungsanalyse

Gegen den Ausgangspunkt der Rechtsprechung bestehen keine Bedenken, ja man kann fast sagen, er schützt das Verschuldensprinzip: So wird regelmäßig betont, dass die verschuldensunabhängige Haftung aus § 829 BGB im deliktischen Haftungssystem eine Ausnahme bildet⁵⁷¹. Der Bundesgerichtshof hebt die Begrenztheit ihres Anwendungsbereichs hervor: Das Gesetz eröffne die Möglichkeit einer Billigkeitshaftung nur dort, wo es am Verschulden des Täters fehlt, sei es wegen § 827 BGB oder wegen § 828 BGB⁵⁷². Dabei wird auf den Entwurf der II. Kommission verwiesen, welcher eine Billigkeitshaftung in den Fällen fehlenden Verschuldens vorsah, aber letztlich abgelehnt wurde, weil man dem Veranlassungsprinzip nicht so viel Raum gewähren wollte. Mit dieser Aussage scheint einer weiteren Einschränkung des Verschuldensgrundsatzes über die in § 829 BGB ausdrücklich vorgesehenen Fälle hinaus vorgebeugt. Tatsächlich ist dies nicht der Fall: Vielmehr bejaht das Gericht eine entsprechende Anwendung der Vorschrift, wenn ein Jugendlicher zwar über die Einsichtsfähigkeit iSv. § 828 BGB verfügt (die rein individuell zu bestimmen ist und wofür ein allgemeines Verständnis genügt, dass das Verhalten geeignet ist, Gefahren herbeizuführen⁵⁷³), es ihm jedoch an der Fähigkeit ermangelt, „das Gefährliche eines Vorganges oder Zustandes zu erkennen und den Handlungswillen entsprechend dem verkehrsgemäßen Sollen zu bestimmen“: Fehlende Schuld oder fehlende Erkenntnis der Verantwortlichkeit seien nur Ausprägungen ein und desselben Mangels, des Mangels an der für die deliktische Haftung erforderlichen Reife. Es könne für die Anwendung des § 829 keinen Unterschied machen, ob bei einem Jugendlichen die Haftung ausgeschlossen ist, weil er nach dem Stande seiner Entwicklung noch nicht die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat oder weil er trotz Vorhandenseins dieser Einsicht nach dem allgemeinen Stande der Entwicklung von Jugendlichen seiner Altersklasse nicht schon die zur Bejahung seiner Schuld erforderliche Reife besitzt.⁵⁷⁴

Die Billigkeitshaftung wird somit in einem Fall entsprechend angewandt, in dem es an der Fahrlässigkeit iSv. § 276 Abs. 2 BGB fehlt, weil die alterstypische Sorgfalt eingehalten ist; dass der Jugendliche von seinem Tun nicht absehen konnte, ist nicht sorgfaltswidrig, weil Jugendliche seiner Altersklasse dies allgemein nicht gekannt hätten. In anderen, ähnlich gelagerten Fallkonstellationen wurde § 829 BGB hingegen nicht einmal thematisiert:

Ein zwölfjähriges Mädchen hat einen Pfeil mit einem Flitzebogen abgeschossen, ein Spielgefährte lief in die Flugbahn, sein Auge wurde getroffen und musste operativ entfernt werden. Alle Instanzen bejahten zwar die Deliktsfähigkeit des Mäd-

⁵⁷¹ BGH NJW 1995, 452, 454.

⁵⁷² BGHZ 39, 281, 284 f.

⁵⁷³ BGH NJW-RR 1997, 1110, 1111; OLG Nürnberg VersR 2006, 1128, 1129; BGH NJW 1970, 1038; BGH NJW 1984, 1958.

⁵⁷⁴ BGHZ 39, 281, 286; zustimmend RGRK/Steffen § 829 Rn. 9; *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 84 VII 1 a; *Palandt/Sprau* § 828 Rn. 6, 7, § 829 Rn. 2; *Hk-BGB/Staudinger* § 829 Rn. 5; kritisch aber *Jauernig/Teichmann* § 829 Rn. 2 mit Hinweis auf die Gefahr einer altersbedingten Gefährdungshaftung; ablehnend *Böhmer* MDR 1964, 278, 280.

chens, verneint hingegen ein Verschulden: Den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens träge es nur dann, wenn es die Sorgfalt außer Acht gelassen hätte, die von ihm nach dem Maßstab der an Jugendliche seiner Altersstufe allgemein zu stellenden Anforderungen erwartet werden konnte. Die Beklagte habe den Bogenschuss für gefahrlos halten dürfen, weil sie mehrere Meter am Kläger vorbei zielte und er nur getroffen wurde, weil er in die Flugbahn hineinlief. Anders wäre es nur, wenn sie die Möglichkeit des Hineinlaufens in die Flugbahn hätte in Betracht ziehen müssen, was aber nach dem Maß der an 12-jährige Kinder zu stellenden Anforderungen an Umsicht und Vorsorge nicht der Fall sei. An ein 12-jähriges Mädchen, das weniger Gelegenheit habe, gefährliches Spielzeug zu benutzen, dürften keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.⁵⁷⁵ Außerdem wurde eine Haftung aus § 832 BGB verneint, so dass es nach oben Gesagtem verwunderlich ist, dass die Gerichte die Vorschrift des § 829 BGB als Haftungsgrundlage nicht thematisiert haben, denn es fehlte zwar nicht an der Deliktsfähigkeit, jedoch an der Fahrlässigkeit iSv. § 276 Abs. 2 BGB.

In einem weiteren Fall spielten Kinder mit einem Segelflugzeug, an dem eine Gummischnur mit Leichtmetallring befestigt war. Letzterer ging verloren und wurde durch einen etwas schwereren Ring ersetzt. Beim Spielen löste sich die Gummischnur mit dem Ring und traf den Kläger ins Auge. Es könne dahinstehen, ob das an und für sich harmlose Spielzeug durch die Hinzufügung des Eisenringes zu einer Gefahrenquelle wurde, denn es übersteige die Einsichtsfähigkeit eines 10-Jährigen erheblich, wenn er unter diesen Umständen die Erkenntnis haben sollte, dass das Starten des Spielflugzeugs, so wie er es bisher gehandhabt hatte, mit einer Gefährdung für andere verbunden sei, die ihm besondere Vorsicht auferlegte; damit scheidet eine Verantwortlichkeit von vornherein aus⁵⁷⁶. Hier ist unklar, ob das Gericht bereits die Verschuldensfähigkeit oder erst eine Fahrlässigkeit des Kindes abgelehnt hat. Die Formulierung, dass eine Verantwortlichkeit „von vornherein“ ausscheidet, spricht für ersteres. Richtigerweise wird man aber sagen müssen, dass ein 10-Jähriger ein allgemeines Verständnis dafür haben dürfte, dass ein solches Spiel grundsätzlich geeignet ist, Gefahren herbeizuführen, so dass Verschuldensfähigkeit zu bejahen ist. Vielmehr konnte er die *konkrete* Gefahr nicht voraussehen; damit ist aber die Fahrlässigkeit iSv. § 276 Abs. 2 BGB betroffen⁵⁷⁷. Konsequenterweise hätte dann auch in diesem Falle § 829 BGB als alternative Anspruchsgrundlage angesprochen werden müssen.

Indem § 829 BGB auf Fälle analog angewandt wird, in denen es an der Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt iSv. § 276 Abs. 2 BGB fehlt, wird die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes minimiert, denn so scheidet eine Haftung nicht an fehlendem Verschulden. Dies kann nicht verkannt werden und gilt unabhängig von einer Wertung dieser Handhabung als positiv oder negativ. Problematisch ist außerdem, dass eine analoge Anwendung des § 829 BGB wie aufgezeigt nicht in al-

⁵⁷⁵ BGH VersR 1962, 989.

⁵⁷⁶ LG Karlsruhe VersR 1960, 1025.

⁵⁷⁷ Siehe hierzu Hk-BGB/Staudinger § 828 Rn. 6; Palandt/Sprau § 828 Rn. 6 f.

len an sich einschlägigen Konstellationen erfolgte, so dass Rechtssicherheit nicht gewährleistet ist. Andererseits lassen aber das Alter der hier zitierten Entscheidungen und das Fehlen einer auffälligen Mehrzahl solcher Fälle in der Gegenwart vermuten, dass die praktische Relevanz der Problematik momentan nicht allzu groß ist.

II. Billigkeitshaftung und Haftpflichtversicherung

1. Haftungsbegründung durch Haftpflichtversicherung

Einen weiteren Problemkreis bildet die Beziehung zwischen Billigkeitshaftung und dem Bestehen einer Haftpflichtversicherung auf Seiten des Schädigers. Es wird konstatiert, dass das Haftpflichtversicherungswesen für die Ausweitung der Schadensersatzpflichten auch und gerade im Bereich des Haftungsgrundes verantwortlich sei; das materielle Schadensersatzrecht werde durch Versicherungsschutz verändert⁵⁷⁸. Während manche dies als positiv bewerten⁵⁷⁹, sind andere eher verhalten, gehen aber noch davon aus, dass das Bestehen einer Haftpflichtversicherung die Verschuldens- nicht zur Kausalhaftung umforme, weil die Versicherung der Haftung nachfolge und sie nicht begründe⁵⁸⁰.

Für das Verschuldensprinzip ist von Bedeutung, ob der Grundsatz in der Praxis tatsächlich eingehalten wird, dass die Versicherung der Haftung nachfolgt. Gerade im Rahmen der Untersuchung der Urteile zu § 832 BGB hatte sich gezeigt, dass die Judikatur diesen Grundsatz nicht immer strikt einzuhalten scheint. Dort hatte das Bestehen von Versicherungsschutz auf Seiten des Beklagten bei der Begründung der Haftung oftmals implizit Berücksichtigung erfahren. Wenn das Vorhandensein von Versicherungsschutz auf Seiten des schuldlosen Schädigers dazu führt, dass die Voraussetzungen der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB schneller bejaht werden, so ergibt sich die für den Verschuldensgrundsatz missliche Konsequenz einer Aushebelung. Je öfter die Billigkeitshaftung eingreift, desto kleiner wird im Gegenzug die Faktizität der Verschuldenshaftung, weil es trotz fehlenden Verschuldens zu einer Haftung kommt.

2. Rechtsprechungsanalyse

Seit langem ist anerkannt, dass im Rahmen der deliktischen Verschuldenshaftung das Bestehen von Versicherungsschutz bei der *Bemessung eines Schmerzensgeldanspruchs* zu berücksichtigen ist: Ein haftpflichtversicherter Schädiger stehe eben wirtschaftlich günstiger als einer, der die Schäden aus einer unerlaubten Handlung allein zu tragen hat⁵⁸¹. Der Bundesgerichtshof betont aber ausdrücklich, dass das

⁵⁷⁸ v Bar AcP 181, 289, 291 u. 293; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 16.

⁵⁷⁹ So insb. v Bar AcP 181, 289 ff.: Er spricht sogar davon, ob ein Nichtversichertsein noch der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspreche (S. 326). Er will nicht nur die Billigkeit, sondern auch Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit danach bestimmen, ob der Schädiger versichert ist oder nicht (S. 325).

⁵⁸⁰ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 482; *ders.*, FS für Honig, S. 49.

⁵⁸¹ BGHZ 18, 149, 165 f. (=NJW 1955, 1675); NJW 1993, 1531, 1532 (=VersR 1993, 585, 586).

Unterabschnitt IV: Das Gesamtmaß der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes

Um schlussendlich entscheiden zu können, inwieweit eine Bedeutung des Verschuldensgrundsatzes im deutschen außervertraglichen Haftungssystem im 21. Jahrhundert nicht nur in normativer, sondern auch in faktischer Hinsicht besteht, um also das *Gesamtmaß der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes* abschließend ermitteln zu können, ist es zweckmäßig, sämtliche Untersuchungsergebnisse noch einmal in ihrer Gesamtheit in den Blick zu nehmen. An dieser Stelle sei ins Gedächtnis gerufen, dass die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes unter zwei Hauptgesichtspunkten betrachtet wurde: Einerseits stellte sich die Frage, wie hoch die Anforderungen an ein Verschulden sind, andererseits war gefragt, ob und inwieweit ein Verschulden des in Anspruch Genommenen überhaupt noch Haftungsvoraussetzung ist.

Insgesamt wurden 500 Urteile aus allen Instanzen untersucht. In 224 Fällen fehlte es entweder schon an einer Verkehrspflichtverletzung oder an einem Verschulden. Somit kann nicht gesagt werden, dass die Sorgfaltsanforderungen in der Praxis schier unerfüllbar sind. Demgegenüber waren Verschulden respektive Verkehrspflichtverletzung und Verschulden in 218 Konstellationen bejaht worden. 58 Urteile wurden wegen unrichtiger Prüfung von Pflichtverletzung oder Verschulden aufgehoben und zur erneuten Prüfung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Letztendlich halten sich also Verschulden und fehlendes Verschulden/fehlende Verkehrspflichtverletzung in der Praxis annähernd die Waage. Es kann nicht davon die Rede sein, dass unter dem Regime der *de lege lata* verschuldensabhängigen §§ 823 ff. BGB faktisch *regelmäßig* eine objektive Haftung gilt. Dieses Ergebnis darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass innerhalb der rechtstatsächlichen Analyse durchaus nicht wenige Urteile aufgefunden wurden, in welchen die Gerichte die Sorgfaltsanforderungen teils ganz erheblich überspannten. Dies ließ sich weder rechtfertigen noch entschuldigen. Die Schadensabnahme für den vermeintlich Schutzbedürftigeren stand im Vordergrund. In einigen Bereichen drohen der Verschuldenshaftung Gefahren einer Aushebelung; hier wurde eine sinkende Faktizität der Culpa-Doktrin festgestellt.

Schließlich besitzen verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen eine nicht bloß vernachlässigbar geringe Relevanz. Einem knappen Viertel der im Rahmen der in den Tabellen 1-3 untersuchten Klagen verhalten sie bei fehlendem Verschulden zum Erfolg. Dabei wurde ein Verschulden des Beklagten zum Teil von vornherein überhaupt nicht thematisiert – zumindest nicht aus dem Abdruck der entsprechenden Urteile ersichtlich – und es wurde sofort auf verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen zurückgegriffen. Das sind natürlich bislang wenige Konstellationen. Sie zeigen aber dennoch einen gewissen Bedeutungsverlust der Verschuldenshaftung, die demnach nicht mehr der erste richterliche Gedanke bei außervertraglichen Haftungsfällen zu sein scheint.

Teil C Bewertung des tatsächlichen Befundes

Der soeben ermittelte Befund über das Maß der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes im deutschen außervertraglichen Haftungsrecht ist im Folgenden zu bewerten. Dabei geht es um die Frage, ob das soeben gezeichnete *Gesamtbild der Faktizität des Verschuldensgrundsatzes* makellos oder vielmehr verbesserungswürdig ist. Zu untersuchen ist demnach, ob der Ist-Zustand bestehen bleiben kann, welcher insbesondere durch strenge und teils überspannte Sorgfaltsanforderungen im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte sowie eine Extension des verschuldensunabhängigen Haftungsrechts geprägt ist, und damit dem Soll-Zustand entspricht oder ob letzterer womöglich anders auszusehen hätte. Dies ist sowohl unter rechtspolitischen als auch rechtsdogmatischen Aspekten zu würdigen.

Unterabschnitt I: Aufrechterhaltung oder Abschaffung der Culpa-Doktrin

Die Bewertung des soeben gezeichneten *Gesamtbildes*, d.h. die Entscheidung hinsichtlich der Aufrechterhaltung oder Abänderung des Ist-Zustands, erfordert, dass ex ante geklärt wird, ob die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens in den §§ 823 ff. BGB *überhaupt* beizubehalten ist. Letztlich wird man es kaum vermeiden können, auch über eine gänzliche Abschaffung des Verschuldensgrundsatzes zumindest nachzudenken. So heißt es, gerade das Schadensersatzrecht sei Niederschlag der ethischen Überzeugungen sowie der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse einer Kulturepoche, so dass deren Änderung eine Änderung des Schadensersatzrechts zur Folge haben müsse⁸⁰⁴. Aufgrund des Ergebnisses der rechtstatsächlichen Untersuchung in Teil B könnte immerhin mancherorts der Eindruck entstanden sein, dass eine Abschaffung des Verschuldensprinzips ohnehin nur die Anpassung der Gesetzeslage an die tatsächliche Rechtslage darstellen würde. Möglicherweise ist der Verschuldensgrundsatz also schlichtweg nicht mehr zeitgemäß.

„Der Inhalt einer jeden Wissenschaft muss eine Anwendung auf das Leben zulassen und fordern. [...] die Jurisprudenz [...] würde [...] sich selbst verlieren, wenn sie nicht die unmittelbare Einwirkung auf das Leben fortwährend im Auge behielte“⁸⁰⁵. Je nachdem, ob man zu einer Beibehaltung oder aber Abschaffung des Verschuldensgrundsatzes gelangt, ändern sich die Kriterien für die Bewertung der ermittelten tatsächlichen Rechtslage: Käme man zu einer Aufrechterhaltung, muss vor allem überlegt werden, wie die Verschuldenshaftung einen eigenen Anwendungsbereich beibehalten bzw. zurückerhalten kann. Käme man hingegen zu einer Abschaffung, dann könnte die festgestellte sinkende Faktizität der Verschuldenshaftung möglicherweise hingenommen werden. Über kurz oder lang wäre wohl aber der Gesetzgeber zu einer Abschaffung berufen. Erst wenn also diese Vorüberlegung getan ist, kann entschieden werden, ob und inwiefern die tatsächliche Vor-

⁸⁰⁴ Unger, S. 1; ähnlich *Enneccerus/Nipperdey* AT 2, S. 1271.

⁸⁰⁵ *Puchta*, Bd. 1, S. 105.

gehensweise der Rechtsanwender im Rahmen der einzelnen untersuchten Bereiche beizubehalten oder zukünftig abzuändern ist.

§ 27 Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht

Wenn über eine Abschaffung des Verschuldensgrundsatzes nachgedacht wird, so muss zunächst über die allgemeinen Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht nachgedacht werden. Gleichgültig, ob man von Zufall, vom eigenen Schadensbereich oder vom allgemeinen Lebensrisiko sprechen wolle, gebe es eine erste Zuordnung des Schadens, nämlich zum Träger des verletzten Rechtsguts⁸⁰⁶. Die rechtstatsächlichen Untersuchungen haben gezeigt, dass in einer nicht kleinen Zahl von Fällen versucht wird, von dieser ersten Zuordnung abzurücken. Das Begehren, von einer anderen Person Schadensersatz zu erhalten, scheint aktuell der Mentalität in der Gesellschaft zu entsprechen. Für jeden eingetretenen Erfolg wird die „Schuld“ zunächst bei jemand anderem gesucht. Dies haben einige kuriose Fälle im Rahmen der rechtstatsächlichen Analyse belegt⁸⁰⁷ und es resultiert wohl gleichermaßen aus dem natürlichen Verständnis des Begriffs „Schaden“, worunter jede *unfreiwillige* Einbuße zu verstehen ist, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinen Rechtsgütern erleidet⁸⁰⁸. Schon aus dieser *Unfreiwilligkeit* dürfte sich ergeben, dass regelmäßig versucht werden wird, eingetretene Schäden auf einen anderen abzuwälzen. In diesem Zusammenhang wird auch davon gesprochen, dass im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung eine „Vollkasko-Mentalität“ herrscht⁸⁰⁹.

Wesentlich für Geschädigte ist nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie wegen der an ihren Rechtsgütern eingetretenen Einbußen jemand anderen in Anspruch nehmen können, dagegen für potentiell Haftende die Frage, wann sie mit Schadensersatzpflichten zu rechnen haben. Die Auferlegung einer Haftung, in der Regel also einer Zahlungspflicht, bedeutet einen Eingriff in Freiheit und Vermögen des Ersatzpflichtigen. Sie erfordert deshalb einen besonderen Grund⁸¹⁰. Wenn die gesetzliche Anordnung einer Schadensersatzpflicht sachlich begründet und nicht willkürlich erscheinen soll, bedürfe es einer besonderen Beziehung zwischen dem Schadensereignis und dem Ersatzpflichtigen, welche eine Schadensersatzpflicht rechtfertigt⁸¹¹. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang von „Zurechnung“. De-

⁸⁰⁶ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 1; gerade umgekehrt aber offenbar *Picker* JZ 1987, 1041, 1052 f.

⁸⁰⁷ Siehe insbesondere AG Siegsburg NJW-RR 2001, 1390 f.; LG Arnsberg VersR 2006, 422 f.; OLG Hamm MDR 2001, 690 f.; OLG Köln VersR 2007, 1003, 1004.

⁸⁰⁸ *Palandt/Heinrichs* Vorb v § 249 Rn. 8; Hk-BGB/*Schulze* Vor §§ 249-253 Rn. 5.

⁸⁰⁹ *Edenfeld* VersR 2002, 272; siehe dazu auch *Schneider* VersR 2007, 743.

⁸¹⁰ *Larenz/Canaris* SchR II/2 § 75 2 a; so auch BVerfGE 57, 361, 378 zu Unterhaltspflichten; BVerfGE 63, 88, 109 zur Verpflichtung zum Versorgungsausgleich.

⁸¹¹ *Larenz* JuS 1965, 373; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 468 ff.; *Deutsch*, FS für Honig, S. 33; *ders.*, Haftungsrecht, Rn. 2, 20; *Koziol*, FS für Canaris, S. 654; a.A. jedoch *Picker* JZ 1987, 1041, 1052 f., der einen besonderen Grund nicht für die Haftungsbegründung, sondern nur für die ausnahmsweise Nichthaftung verlangt.

ren Aufgabe sei es, die eigene Tat vom Zufall abzugrenzen⁸¹². Damit werde erklärt, dass eine Person für ein Verhalten oder einen Erfolg im Hinblick auf eine Rechtsfolge verantwortlich ist, und wer für ein Verhalten die Verantwortung trägt, müsse die Folgen dieses Verhaltens auf sich nehmen⁸¹³. Sie bestimmt demnach, wann Schadensersatz von einer anderen Person verlangt werden kann und folglich der Grundsatz der Erstzuordnung des Schadens zum Geschädigten, „casum sentit dominus“, nicht zur Anwendung gelangt.

Die Herbeiführung eines Schadens durch schuldhaftes Verhalten stellt aber *nur einen* solchen besonderen Grund dar.

§ 28 Die Alternativen zum Verschuldensprinzip

Wenn über Beibehaltung oder Abschaffung des Verschuldensgrundsatzes nachgedacht wird, so müssen die Alternativen feststehen, d.h. besondere Gründe, an welche eine Haftung des Schadensverursachers stattdessen geknüpft werden kann. Im Folgenden ist daher weiteren möglichen Anknüpfungspunkten für eine Schadensersatzpflicht nachzugehen. Es bereitet insoweit allerdings Schwierigkeiten, dass die Terminologie in diesem Bereich nicht unerheblich divergiert. So unterscheidet insbesondere *Canaris* zwischen Haftungsgründen und Zurechnungsprinzipien, wobei erstere beschrieben, warum die Rechtsordnung eine Partei schützt, letztere, warum sie die andere Partei mit einer entsprechenden Pflicht belastet⁸¹⁴. Zu den Haftungsgründen gehören nach *Canaris* die rechtswidrige Verletzung fremder Rechtsgüter, die Gefährdung, die Schaffung eines Vertrauenstatbestands sowie der Aufopferungsgedanke, Zurechnungsprinzipien sind das Verschuldens- und das Risikoprinzip⁸¹⁵. Beispielsweise *Larenz* dagegen differenzierte nicht derart zwischen Haftungs- und Zurechnungsgrund, und auch heute wird nicht überall genau unterschieden, was sogleich zu zeigen sein wird.

I. Das Veranlassungsprinzip

Das Veranlassungsprinzip ist nichts anderes als das Prinzip der reinen Kausalhaftung unter einem anderen Namen⁸¹⁶. Die Frage nach der Anknüpfung der Haftung an ein Verschulden oder an die bloße Verursachung sei „das wichtigste und bedeu-

⁸¹² *Larenz*, Zurechnungslehre, S. VII, 61, 76, der *hier* allerdings nur von objektiver Zurechnung, Zurechnung zur Tat, spricht, nicht von subjektiver Zurechnung, Zurechnung zur Schuld; wegen des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs ist die Fahrlässigkeit nach *Deutsch* AcP 202, 889, 893 objektive Zurechnung.

⁸¹³ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 84 f.; *Staudinger/Hager* Vorbem zu §§ 823 ff. Rn. 24; *Larenz*, Zurechnungslehre, S. 90.

⁸¹⁴ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 470.

⁸¹⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 469 ff.; beispielsweise *Wagner* AcP 206, 352, 454 (Sonderausgabe) spricht von Verschulden und Gefährdung als Zurechnungsgründen.

⁸¹⁶ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 474.

tungsvollste [Problem], mit dem wir uns überhaupt auf dem Gebiet des Zivilrechts zu beschäftigen haben⁸¹⁷.

1. Die Standpunkte innerhalb der Literatur

Im vorvergangenen Jahrhundert war die bloße Verursachung eines Schadens zum Teil als ausreichend angesehen worden, um eine Ersatzpflicht zu begründen. Da das Privatrecht nicht Bestrafung, sondern die Wiederherstellung des Vermögens bezwecke und es damit nicht um ethische Ziele gehe, sei ein Verschulden für eine Schadensersatzverpflichtung nicht erforderlich⁸¹⁸. „[...] dass der Unschuldige den Schaden ersetze, den ein anderer Schuldiger oder Unschuldiger oder gar der Zufall angerichtet hat, erscheint in keiner Weise anstößig⁸¹⁹, heißt es mitunter. Allein die *Verursachung* eines Schadens würde nach dieser Ansicht als besonderer Grund im obigen Sinne genügen.

Schon die Verfasser des BGB lehnten dagegen die *bloße* Verursachung als besonderen Grund für die Normierung einer Haftung ab: „Denn die Verknüpfung der Haftung wegen Schadenszufügung mit der Verursachung des Schadens sei nicht eine nationale Eigentümlichkeit [sic] des deutschen Rechtes, sondern eine Erscheinung, die sich in allen Rechten niederer Kulturstufen finde, bei denen der Schuld begriff noch nicht ausgebildet und der Unterschied zwischen der verschuldeten und nichtverschuldeten Schadenszufügung noch nicht erfasst sei⁸²⁰. Auch die heute ganz herrschende Meinung spricht der *bloßen* Verursachung die Eignung als Zurechnungskriterium ab: Die Verbindung einer Ersatzpflicht mit der bloßen Veranlassung widerstreite unserem Rechtssinne und sei dem deutschen Recht fremd⁸²¹. Wegen der Gleichwertigkeit aller Ursachen sei eine bloße Kausalhaftung stets „wertblind“ und könne deshalb nicht als Grundlage für eine Schadensersatzpflicht in Betracht kommen⁸²². Die bloße Veranlassung sei selbst kein Zurechnungsprinzip, sondern immer nur in Verbindung mit einem anderen, Zurechnung legitimierenden Prinzip von Bedeutung⁸²³. Der Kausalzusammenhang ist demnach zwar Voraussetzung für eine Haftung, aber weder alleiniger noch letzter noch wesentlichster Grund der Haftung⁸²⁴. Dies ist vielmehr die Zurechnung, welche auf verschiedenen Kriterien beruhen kann. Eine neuere Ansicht will zwar von der „Verursachung“ als Grundlage der Schadenszurechnung ausgehen, denn diese sei „größter gemeinsamer Nenner“ aller Haftungsstatbestände, diesen Grundsatz sodann aber mit

⁸¹⁷ G. Rümelin, AcP 88, S. 285; zustimmend Schmidt-Salzer, FS für Steffen, S. 429.

⁸¹⁸ Baron AcP 78, 203, 217 f.

⁸¹⁹ Binding, Die Normen, Bd. I, S. 167.

⁸²⁰ Mugdan II, S. 1074.

⁸²¹ Unger, S. 131 f.; BGHZ 92, 357, 360 und 362 (=NJW 1985, 490, 491); Knoche, Altlasten und Haftung, § 21 IV 2, V 4; BaRo/Spindler § 823 Rn. 0.2; Deutsch, Haftungsrecht, Rn. 15.

⁸²² Larenz, Hegels Zurechnungslehre, S. 61; Larenz/Canaris SchR II/2 § 84 I 2 d; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 469, 474; Deutsch, Haftungsrecht, Rn. 134; Staudinger/Hager Vorbem zu §§ 823 ff. Rn. 24; Steffen NJW 1990, 1817, 1818.

⁸²³ Larenz JuS 1965, 373, 379.

⁸²⁴ Larenz, FS für Honig, S. 88; Deutsch, FS für Honig, S. 50 f.; ders., Haftungsrecht, Rn. 114; missverständlich Palandt/Heinrichs Vorb v § 249 Rn. 54: Kausalzusammenhang sei Grund und Grenze zivilrechtlicher Haftung.

Einschränkungen versehen, um die Härten der reinen Kausalhaftung auszugleichen, wobei eine solche Einschränkung beispielsweise durch ein Verschulden oder das Nutzen-Risiko-Prinzip erfolgen kann⁸²⁵.

2. Stellungnahme

Die *reine* Veranlassungshaftung wird heutzutage demnach überall abgelehnt. Es sind die Begrifflichkeiten, welche zu Unklarheiten führen, denn der Ausdruck „Zurechnung“ wird in unterschiedlichen Zusammenhängen gebraucht: Einerseits wird der bloßen Verursachung die Qualität als eigenständiges „Zurechnungsprinzip“ abgesprochen, andererseits heißt es, sie begründe mitunter den „Zurechnungszusammenhang“: Jede Schadensposition, deren Ersatz begehrt wird, müsse zu einem Verhalten des Schädigers in einem Zurechnungszusammenhang stehen, dessen Vorhandensein mittels Äquivalenz, Adäquanz und Schutzzweck der Norm festzustellen sei⁸²⁶. Der BGH spricht auch im Zusammenhang mit Äquivalenz und Adäquanz von „Zurechnungskriterium“⁸²⁷. Der Zurechnungszusammenhang stellt die Rückkoppelung von Zurechnungskriterien des Haftungsgrundes mit dem Haftungsumfang dar, wird gesagt⁸²⁸.

Wird Zurechnung im Sinne der Frage verstanden, ob ein Schadensverursacher für einen Schaden verantwortlich gemacht werden kann, d.h. ihm die Folgen aufzubürden sind, dann wird einheitlich davon ausgegangen, dass die bloße Verursachung nicht zur Bejahung dieser Frage führen kann. In diesem Sinne ist sie demnach nicht Zurechnungsgrund. Wenn es darum geht, sachliche Gründe für die Begründung der Verantwortlichkeit einer anderen Person als der des Geschädigten zu finden, dann scheidet die bloße Verursachung nach allen Ansichten aus. Die Anknüpfung einer Schadensersatzpflicht an die *bloße* Verursachung steht folglich nicht zur Debatte.

II. Risiko-, insbesondere Gefährdungshaftung

Ein besonderer Grund für die Normierung einer Ersatzpflicht sei die Zurechnung eines bestimmten Schadensrisikos an dessen Nutznießer⁸²⁹. Den wichtigsten, allerdings nicht einzigen, Fall dieser Kategorie bildet nach Ansicht von *Larenz* die Gefährdungshaftung. Hier wird deutlich, dass er nicht zwischen Haftungs- und Zurechnungsgründen differenziert. Nach *Canaris* ist dagegen die Gefährdung den Haftungsgründen zuzurechnen⁸³⁰; der Risikogedanke dürfte das entsprechende Zurechnungskriterium darstellen.

⁸²⁵ *Koch*, S. 52 f., 60 f., 80, wobei es ihm nicht um Änderungen bei der Schadenszurechnung, sondern nur um eine neue Systematisierung geht (S. 164); *Jansen*, Struktur, S. 561 ff. versucht dagegen, den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ von Haftungsnormen zu finden.

⁸²⁶ Hk-BGB/Schulze Vor §§ 249-253 Rn. 13 f.; *Palandt/Heinrichs* Vorb v § 249 Rn. 54 ff.

⁸²⁷ BGH NJW 2002, 2232, 2233.

⁸²⁸ *Deutsch*, FS für Medicus, S. 85.

⁸²⁹ *Larenz* JuS 1965, 373, 374; *Deutsch* NJW 1992, 73, 74.

⁸³⁰ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 469 Fn. 7.

Unterabschnitt II: Aufrechterhaltung oder Änderung des Ist-Zustands

Es wurde eine Beibehaltung des Zurechnungskriteriums „Verschulden“ und eine Kombination aller angesprochenen Zurechnungskriterien als sinnvoll herausgearbeitet. Dabei darf eine solche Kombination allerdings nicht im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses oder eines Über-/Unterordnungsverhältnisses verstanden werden⁸⁹⁰, denn dazu sind die Anforderungen zu vielgestaltig und zu dynamisch, die Gesellschaft, Wirtschaft und Technik an das Recht stellen. Folglich muss aber auch der Entwicklung entgegengewirkt werden, dass die Verschuldenshaftung neben den Tatbeständen einer Gefährdungs- oder Aufopferungshaftung nur noch eine bloße Auffangfunktion wahrnimmt⁸⁹¹. Zwar ist zu erwarten, dass im Wege des technischen Fortschritts mehr und mehr Verhaltensweisen als erlaubt zu qualifizieren sein werden. Die logische Folge ist ein Zurückdrängen der Verschuldenshaftung. Dann allerdings muss zumindest versucht werden, ihr ihren ganz traditionellen Anwendungsbereich zu sichern bzw. ihn ihr zurückzugeben. Ergo gilt es in Zukunft, das „Zusammenspiel mehrerer grundsätzlich gleichwertiger Zurechnungsprinzipien“⁸⁹² wiederherzustellen.

Schließlich darf der Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht außer Acht bleiben. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes muss die Rechtslage für den Bürger vorhersehbar sein⁸⁹³. Die Rechtssicherheit gebietet es, dass er ex ante weiß, welche Verhaltensweisen welche Haftungsfolgen auslösen können. Insbesondere soll er die Möglichkeit haben, sich gegen bestimmte Haftungsrisiken adäquat zu versichern; diese besteht aber nur, wenn er weiß, welche Haftungsfolgen auf ihn zukommen können.

Anhand dieser Kriterien kann nun im Hinblick auf die einzelnen Bereiche untersucht werden, ob der Ist-Zustand bestehen bleiben kann und damit dem Soll-Zustand entspricht oder ob dieser zukünftig anders auszusehen hat. Sollte letzteres der Fall sein, so ist zu erforschen, auf welche Weise Remedur geschaffen werden könnte.

§ 32 Der Bezugspunkt des Verschuldens

Das Verschulden brauchte sich seit jeher nicht auf den Bereich der Haftungsausfüllung zu beziehen. Es hieß bereits in § 704 des I. Entwurfs zum BGB „[...] so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder

⁸⁹⁰ So aber noch z.B. *Unger*, S. 131; auch heute wohl noch *Karsten*, S. 131.

⁸⁹¹ So *Kreuzer*, FS für Lorenz, S. 140.

⁸⁹² *Larenz* JuS 1965, 373; *Schmidt-Salzer*, FS für Steffen, S. 435; *Koziol*, in: *Bydlinski*, *Bewegliches System*, S. 51 ff.; ähnlich, aber mit anderer Gewichtung, v *Caemmerer* *RabelsZ* 42, 5, 11 f.; dagegen verneint *Jansen*, *Struktur*, S. 551 ff. wertungsstrukturelle Gründe für eine mehrspurige Systematisierung des Haftungsrechts und meint seine Einheitlichkeit zu erkennen; ähnlich *Rother*, FS für Michaelis, S. 254; dies ausdrücklich ablehnend schon *Larenz* JuS 1965, 373, 379.

⁸⁹³ *Jarass/Pieroth* Art. 20 Rn. 60 ff.

nicht⁸⁹⁴. Insofern handelt es sich um eine Einschränkung des Verschuldensgrundsatzes, die von vornherein vom Gesetzgeber beabsichtigt war und daher *an sich* die Faktizität des Verschuldensgrundsatzes nicht berührt. Die *tatsächlichen Auswirkungen* dieser Einschränkung allerdings hatten sich als für seine Faktizität durchaus von Bedeutung erwiesen. Die rechtstatsächliche Analyse hatte ergeben, dass im Rahmen der Adäquanz mit dem Abstellen auf einen optimalen Beobachter oft nurmehr vereinzelt Schadensfolgen existierten, die dem Verursacher nicht zur Verantwortung zugerechnet werden konnten. In Zukunft muss insofern zumindest einer weiteren Ausdehnung Einhalt geboten werden, denn wenn nahezu alle Schadensfolgen adäquat sind, droht tatsächlich eine Erfolgshaftung. Soll der Verschuldensgrundsatz aufrechterhalten bleiben und dabei auch faktische Bedeutung haben, so gilt es dies zu verhindern.

I. Vorschläge innerhalb der Literatur

Grundlegend für das Kriterium der Adäquanz waren die Ausführungen *Traegers*, auf die sich schon das Reichsgericht in RGZ 81, 359 bezog und die später auch BGHZ 3, 261 zugrunde lagen. Die Mehrheit innerhalb der Lehre geht nach wie vor davon aus, dass die Adäquanz ein brauchbares Kriterium für die Bestimmung der äußersten Grenzen der Zurechnung der Handlungsfolgen zur Verantwortung des Handelnden darstellt⁸⁹⁵.

Allerdings differieren die Ansichten bzgl. des konkret anzulegenden Maßstabs: So heißt es vielfach, aufgrund einer objektiv-nachträglichen Prognose eines optimalen Beobachters sei zu bestimmen, ob ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht; die subjektive Einsicht des Schädigers und die Voraussehbarkeit der Haftungsfolgen spielten dabei keine Rolle⁸⁹⁶. Andere befürworten hingegen eine ex ante-Prognose, denn ansonsten gäbe es nur adäquate Ursachen⁸⁹⁷. Beispielsweise *Larenz* wollte nicht auf einen *allwissenden*, sondern auf einen nur *erfahrenen* Beobachter abstellen, der außer die dem Ersatzpflichtigen schon bekannten Umstände diejenigen berücksichtigt, mit denen ein verständiger Mensch in dessen Lage nach der Lebenserfahrung rechnen musste: Die Verantwortung des Ersatzpflichtigen für die von ihm herbeigeführten, obgleich nicht mehr verschuldeten, ferneren Folgen müsse dort enden, wo die Folge so ungewöhnlich ist, dass man mit ihr *nach allgemeiner menschlicher Lebenserfahrung* nicht rechnen konnte. Derartige Folgen entzögen sich der Beherrschbarkeit durch den steuernden Willen in dem Maße, dass sie nur noch als Spiel des blinden Zufalls erscheinen, für das niemand mehr verantwortlich gemacht werden könne.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ *Mugdan* II, S. CXXIII.

⁸⁹⁵ *Palandt/Heinrichs* Vorb v § 249 Rn. 61; *Staudinger/Schiemann* § 249 Rn. 19 ff.; *Larenz* SchR I § 27 III b 1; *BaRo/Schubert* § 249 Rn. 47.

⁸⁹⁶ *Erman/Kuckuk* Vor §§ 249-253 Rn. 33; *Palandt/Heinrichs* Vorb v § 249 Rn. 60; *RGRK/Steffen* § 823 Rn. 81; *Hk-BGB/Schulze* Vor §§ 249-253 Rn. 15; *BaRo/Schubert* § 249 Rn. 46.

⁸⁹⁷ *MüKo/Oetker* § 249 Rn. 106.

⁸⁹⁸ *Larenz* SchR I § 27 III b 1; *ders.*, FS für Honig, S. 82 und 85; *Deutsch*, FS für Honig, S. 48; *ders.*, Haftungsrecht, Rn. 134, 146.

II. Stellungnahme

Offenbar wird zunächst, dass auch innerhalb der Literatur aus der Entscheidung BGHZ 3, 261 unterschiedliche Ansatzpunkte für die Bemessung der Adäquanz herausgelesen werden, indem einige auf eine objektiv-*nachträgliche*, andere hingegen auf eine *ex ante*-Prognose eines optimalen Beobachters abstellen. Die genaue Analyse des Urteils BGHZ 3, 261 hatte ergeben, dass der Bundesgerichtshof für das Tatsachenwissen auf eine *ex ante*-Sicht eines optimalen Beobachters, für die Kenntnisse der naturwissenschaftlichen Zusammenhänge auf eine *ex post*-Sicht abstellt. Die Beantwortung der Frage, auf wessen Sicht es im Rahmen der Adäquanz ankommen sollte, erfordert einen Balanceakt: Einerseits muss vermieden werden, dass jede noch so entfernte Schadensfolge in adäquatem Zusammenhang mit dem schuldhaften Verhalten steht, sonst bestünde tatsächlich eine objektive Haftung. Das Abstellen auf einen allwissenden Beobachter verbietet sich daher. Selbst das Anlegen einer *ex post*-Sicht (nur) hinsichtlich der naturwissenschaftlichen Zusammenhänge erweist sich nicht als insgesamt unproblematisch, da die Abgrenzung zum Tatsachenwissen nicht immer klar möglich sein wird. Andererseits kann es für die Beantwortung der Frage, ob das schadensstiftende Ereignis die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen nicht unerheblich erhöhen würde, nicht auf die *individuellen* Kenntnisse des Handelnden ankommen. Wenn diese schon für die Beurteilung der Schuldhaftigkeit eines Verhaltens grundsätzlich irrelevant sind, so ergäbe es keinen Sinn, sie zu berücksichtigen, wenn es um die Zurechnung der aus diesem schuldhaften Verhalten entstandenen Schäden geht. Schließlich kann nicht derselbe Maßstab wie bei Ermittlung der Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 2 BGB angelegt werden, denn so wäre faktisch mit der Rechtstradition gebrochen, dass sich das Verschulden nicht auf die Haftungsausfüllung beziehen muss. Dass nur für diejenigen Folgen einer Rechtsgutverletzung gehaftet wird, die nach objektiv-typisiertem Maßstab vorhersehbar waren, ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Mit *Larenz* und *Deutsch* auf einen verständigen Menschen respektive die allgemeine menschliche Lebenserfahrung abzustellen, birgt zumindest die Gefahr, dass eine Unterscheidung zwischen Adäquanz und Voraussehbarkeit iSd. Fahrlässigkeit schwierig wird. Sinnvoll erscheint es daher, einen Mittelweg einzuschlagen und auf einen *besonders* erfahrenen und *äußerst* sorgfältigen Beobachter⁸⁹⁹ des betreffenden Verkehrskreises abzustellen, denn ein solcher dürfte zwischen einer Durchschnittsperson aus dem entsprechenden Verkehrskreis und einem allwissenden Beobachter stehen. So wird es möglich, zufällige sowie äußerst entfernt liegende Schadensfolgen mit dem Grundsatz „*Casum sentit dominus*“ beim Geschädigten zu belassen und gleichzeitig nicht mit der Tradition des verkürzten Verschuldensbezugs zu brechen, der nun einmal seit Inkrafttreten des BGB gilt und folglich „Inhaltsbestimmung“ des Verschuldensgrundsatzes im obigen Sinne ist.

⁸⁹⁹ So *Soergel/Mertens* Vor § 249 Rn. 120.

§ 33 Der Umgang mit dem Fahrlässigkeitsbegriff

I. Objektivierung und Typisierung

Der objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff entspricht der *lex lata*, denn in § 276 Abs. 2 BGB heißt es: „Fahrlässig handelt, wer *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* außer Acht lässt“. Mit den vorgenommenen Typisierungen wird ein Stück weit subjektiviert. Da somit jeder dafür sorgen muss, dass er den an seinen Verkehrskreis gestellten Anforderungen genügt, enthält der geltende Fahrlässigkeitsbegriff Elemente des Risiko- bzw. des Garantieprinzips⁹⁰⁰. Aufgrund der Intention des Gesetzgebers kann der objektiv-typisierte Fahrlässigkeitsbegriff *an sich* in Bezug auf den Verschuldensgrundsatz nicht als faktizitätsmindernd angesehen werden.

Wie bereits angekündigt handelt es sich um eine Wertungsfrage, wenn es darum geht, welches Begriffsverständnis bei Bestimmung der Fahrlässigkeit in Zukunft angelegt werden sollte. Ob ein vollständig subjektiv orientierter Fahrlässigkeitsbegriff *de lege ferenda* wünschenswert wäre, ist zweifelhaft und letztlich aus dreierlei Gründen zu verneinen: Es wurde aufgezeigt, dass der objektiv-typisierte Fahrlässigkeitsbegriff schon von den ursprünglichen BGB-Gesetzgebern vorgesehen war und daher dem Verschuldensgrundsatz entspricht, wie er diesen für das bürgerliche Recht vorschwebte. Schon deswegen wird man einen vollständig subjektiv orientierten Fahrlässigkeitsbegriff, wie er im Strafrecht gilt, abzulehnen haben, jedenfalls, wenn man nicht mit über hundertjähriger Rechtstradition brechen will. Für den zivilrechtlichen Verkehr ist es Voraussetzung, dass jeder bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte grundsätzlich vom verkehrsgerechten Verhalten anderer ausgehen kann. Praktische Gründe sprechen ebenfalls gegen einen subjektiv orientierten Fahrlässigkeitsbegriff. Die Gerichte sind ohnehin überlastet. In Haftpflichtprozessen dient gerade der objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff dazu, dem wenigstens zum Teil entgegenzuwirken. Die Gerichte wären vor enorme Schwierigkeiten gestellt, müsste der Richter in jedem Einzelfall das ganz individuelle „Gefahrsteuerungspotential“⁹⁰¹ des Beklagten ermitteln. Praktisch gesehen dürfte eine solche Ermittlung kaum möglich sein, da sie letztlich das gesamte bisherige Leben des Beklagten berücksichtigen müsste. Auch aus prozessualer Sicht entspricht ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff daher am ehesten den Gegebenheiten und Möglichkeiten. Schließlich würde es ein rein subjektiv verstandener Fahrlässigkeitsbegriff zweifelhaft erscheinen lassen, ob die nötigen Anstrengungen unternommen werden, die Verletzung von Rechtsgütern anderer zu vermeiden. Personen könnten sich so auf ihrer eigenen Unzulänglichkeit oder gar Faulheit „ausruhen“. Insofern kommt gerade dem objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriff eine nicht unerhebliche Funktion in Sachen Verhaltenssteuerung zu. Für den Bereich der Fahrlässigkeit ist demnach dem zivilrechtlichen und somit objektivierten Verständnis des Verschuldensbegriffs gegenüber dem strafrechtlichen subjektiven Verständnis auch in Zukunft der Vorzug zu geben.

⁹⁰⁰ Siehe bereits oben, §§ 14 IV, 17.

⁹⁰¹ So der Begriff bei *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 116.

Wenn allerdings für die Aufrechterhaltung des Verschuldensgrundsatzes plädiert wird, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den Grenzen dieser objektiviert verstandenen Fahrlässigkeit. So muss verhindert werden, dass die Verschuldenshaftung im Bereich der Fahrlässigkeitsschuld aufgrund des objektivierten Verständnisses mehr und mehr Risikohaftung wird und man letzten Endes tatsächlich zu einer rein objektiven Haftung gelangt. Kaum ausreichend erscheint es, in diesem Zusammenhang auf das weiterhin bestehende Erfordernis der Verschuldensfähigkeit zu verweisen⁹⁰². Die Voraussetzung der Deliktsfähigkeit ist nur *ein* Element der Verschuldenshaftung. Von entscheidender Bedeutung aber ist der zukünftige Umgang mit der Typisierung nach Verkehrskreisen. Solange solche Typisierungen auch in Zukunft vorgenommen werden, ist jedenfalls einer vollständigen Objektivierung vorgebeugt und dem dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff innewohnenden Element der Risiko- bzw. Garantiehaftung sind Grenzen gesetzt. Der Einzelne hat nicht für die Erfüllung eines allgemeinen Durchschnittsmaßstabs einzustehen, sondern nur für den in seinem Verkehrskreis bestehenden Durchschnitt. Dies mag gegenüber einem allgemeinen Maßstab mal eine Anhebung, mal eine Absenkung der Sorgfaltsanforderungen bedeuten, ist jedoch nur sachgerecht, denn in den unterschiedlichen Verkehrskreisen bestehen unterschiedliche Ausbildung, Erfahrung, Möglichkeiten. Schließlich dürfte es grundsätzlich auch so sein, dass die meisten Menschen bei gehöriger und ihnen möglicher Anstrengung in der Lage sind, die in ihrem Verkehrskreis erforderliche Sorgfalt einzuhalten.

Entscheidend wird in Zukunft außerdem die Bereitschaft der Gerichte sein, sich in eine *ex ante*-Perspektive zu versetzen. Naturgemäß dürfte es nicht immer einfach sein, inzwischen gewonnene Erkenntnisse bei der Bewertung eines Verhaltens als fahrlässig auszublenden⁹⁰³. Doch nur wenn dies geschieht, kann ein Erfolg wirklich als vermeidbar und seine Herbeiführung durch den konkreten Schädiger demgemäß als fahrlässig bezeichnet werden.

Dass sich die tatsächlichen Auswirkungen des objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs verändern, liegt in einer sich verändernden Lebenswirklichkeit begründet; gesteigerte Gefahrenlagen erfordern eine gesteigerte Sorgfalt. So kann es u.U. zu sehr strengen Sorgfaltsanforderungen kommen, die nicht ohne weiteres als Überspannungen zu qualifizieren sind. Hier spiegelt sich ein Aspekt der Wandelbarkeit des Rechts wider: „So wie das Volk selbst in seinem gesammten (sic) Leben sich in der Zeit verändert, so ist auch das Recht, als ein Zweig dieses Lebens, nichts stabiles, es entwickelt sich mit dem Volk; dem Charakter desselben auf seinen verschiedenen Bildungsstufen schließt es sich an, seinen wechselnden Bedürfnissen bequem es sich“⁹⁰⁴. Letzten Endes bestehen ohnehin nur wenige Alternativen: Entweder ist der zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff neu zu definieren und die Abhängigkeit der erforderlichen Sorgfalt vom Grad der Gefahren zu beseitigen oder man hat der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung Stillstand aufzuzwin-

⁹⁰² Siehe *Stathopoulos*, 2. FS für Larenz, S. 645; und oben § 10 III, § 13 III 2.

⁹⁰³ Siehe zur Problematik der Rückschauverzerrung bereits § 14 III 2 f.

⁹⁰⁴ *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, S. 45.

Unterabschnitt III: Gesamtbewertung

Wie gesehen kann der Ist-Zustand in weiten Bereichen nicht beibehalten werden, wenn einerseits die Aufrechterhaltung des Verschuldensgrundsatzes befürwortet und andererseits Rechtssicherheit für den Einzelnen angestrebt wird.

Vielerorts hat sich die Judikatur über die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung hinweggesetzt, so insbesondere bei Überspannung von Verkehrspflichten respektive Sorgfaltsanforderungen oder Ausweitung der §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 906 Abs. 2 S. 2 BGB:

Grenzen der Rechtsfortbildung sind die Wertentscheidungen des Gesetzgebers; der Rechtsanwender sei daran gehindert, seine Wertanschauungen über die Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu stellen und diesen rechtspolitisch zu korrigieren¹¹²⁵. Demnach kann die Judikatur an und für sich nicht entscheiden, dass Schadensabnahme das stets zu erreichende Ziel ist, wenn der Gesetzgeber eine solche nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen hat. Allerdings müssten die Wertentscheidungen des Gesetzgebers dynamisch verstanden werden; selbst wenn er bewusst vom Erlass einer jetzt als fehlend erachteten Norm abgesehen hat, weil er die Rechtslage genauso wollte, könne eine Rechtsfortbildung doch insoweit zulässig sein, als die Entscheidung inzwischen aufgrund veränderter Verhältnisse als obsolet zu betrachten ist¹¹²⁶. Es sei der Gesetzgeber, welcher aufgrund des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips verpflichtet ist, wichtige Lebensbereiche selbst zu gestalten (Wesentlichkeitstheorie) und für eine Rechtsordnung materialer Gerechtigkeit zu sorgen; die Normsetzungskompetenz könne nur dann auf die Gerichte übergehen, wenn er seiner Gesetzgebungspflicht aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen nicht nachkomme¹¹²⁷.

Unter keinem dieser beiden Gesichtspunkte aber ist die fortschreitende Ausdehnung von Anspruchsgrundlagen zugunsten von Geschädigten zu rechtfertigen: Die Entscheidungen des Gesetzgebers für den Verschuldensgrundsatz einerseits und das gefährdungshaftungsrechtliche Enumerationsprinzip andererseits zeigen deutlich, dass im deutschen Recht keine vollumfassende außervertragliche Schadensersatzhaftung gewollt ist, die eine Schadensabnahme in jedem Falle gewährleistet. Zu diesen Prinzipien steht er offensichtlich auch heute noch, obwohl sich die Verhältnisse zum Teil verändert haben mögen¹¹²⁸. Schließlich wird eine Rechtsordnung materialer Gerechtigkeit nicht dadurch konterkariert, dass eine Schadensabnahme nicht in jedem Falle gegeben ist. Nein, vielmehr scheint es einerseits geradezu materialer Gerechtigkeit zu entsprechen, potentiellen Schadensbetroffenen Eigenverantwortung abzuverlangen, indem sie sich nicht auf eine Schadensabnahme *verlassen* können. Andererseits ist zu beachten, dass Betroffene selbst im Falle fehlender Schadensabnahme durch den Verursacher existentiell nicht vollkommen schutzlos

¹¹²⁵ *Looschelders/Roth*, S. 249 ff., 282 ff.;

¹¹²⁶ *Looschelders/Roth*, S. 291.

¹¹²⁷ *Wank*, S. 256.

¹¹²⁸ Siehe Abschlussbericht, S. 122 III; BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

Schlussthesen

- I. Der Verschuldensgrundsatz ist aufrecht zu erhalten. Zwar kann die Verschuldenshaftung keinen Alleinanspruch auf die Regelung sämtlicher Schadensfälle haben; ihre Kombination mit anderen Zurechnungsgründen führt jedoch zu angemessenen Ergebnissen. Das außervertragliche Haftungsrecht sollte mehrspurig bleiben.
- II. Weder die Formulierung der Fahrlässigkeitsdefinition in § 276 Abs. 2 BGB noch das Begriffsverständnis der Praxis haben sich grundlegend verändert. Elemente der Risikohaftung sowohl im Bereich der Haftungsausfüllung als auch in demjenigen der Haftungsbegründung entsprechen der *lex lata*. Allerdings wurde weder in allen noch in der ganz überwiegenden Zahl von 500 untersuchten Urteilen ein Verschulden des Beklagten angenommen; vielmehr befanden sich die Fälle angenommener und abgelehnter Verschuldenshaftung annähernd im Gleichgewicht. Die von der Judikatur gestellten Anforderungen an eine Erfüllung der verkehrserforderlichen Sorgfalt sind demnach nicht regelmäßig unerfüllbar hoch. Nach den vorgenommenen Untersuchungen kann nicht davon die Rede sein, dass unter dem Regime der geltenden §§ 823 ff. BGB faktisch gesehen insgesamt eine objektive Haftung gilt.
- III. Sehr strenge Anforderungen an die „äußere“ wie an die „innere“ Sorgfalt in der Rechtsprechungspraxis können aus einer sachgerechten Anwendung des Fahrlässigkeitsbegriffs resultieren, denn die Höhe der Anforderungen verhält sich mitunter relativ zum Grad der den Rechtsgütern anderer drohenden Gefahren.
- IV. Überspannungen der Ansprüche der Judikatur an die aufzubringende Sorgfalt führen zu einer Aushebelung des Verschuldensgrundsatzes und mindern seine Faktizität entsprechend. Im Bereich der untersuchten Urteile zu den allgemeinen Verkehrspflichten lagen solche regelmäßig in der fehlenden Berücksichtigung der Eigenverantwortung von Geschädigten begründet. Damit verliert die Verschuldenshaftung an Steuerungsfunktion. Das Verschuldensprinzip, welches auf personaler Verantwortung basiert, wird von der anderen Seite her in Frage gestellt, wenn zurechnungsfähige Menschen das eigene Lebensrisiko in jedem Schadensfall auf andere abwälzen können.
- V. Im Rahmen der Bestimmung der in den §§ 831 ff. BGB normierten Verkehrspflichten muss der Zumutbarkeitsaspekt eine stärkere Rolle spielen, um Überspannungen in Zukunft vorzubeugen. Das Umschlagen abstrakter Gefahren in Schäden darf die Rechtsprechung nicht dazu veranlassen, eine Haftung auf der Grundlage dieser Vorschriften zu konstruieren, indem sie im Nachhinein „irreale Sorgfaltsanforderungen“ stellt oder gar das Bestehen ei-

Überblick über die Tabellen

Tabelle 1:	Klagen betreffend § 823 Abs. 1 BGB – 1. Instanz
Tabelle 2:	Klagen betreffend § 823 Abs. 1 BGB – 2. Instanz
Tabelle 3:	Klagen betreffend § 823 Abs. 1 BGB – 3. Instanz
Tabelle 4:	Klagen betreffend § 823 Abs. 1 BGB/ Allgemeine Verkehrspflichten
Tabelle 5:	Klagen betreffend § 831 BGB
Tabelle 6:	Klagen betreffend § 832 BGB
Tabelle 7:	Klagen betreffend § 833 S. 2 BGB
Tabelle 8:	Klagen betreffend § 836 BGB

Abkürzungen

AB	Anscheinsbeweis
AGL	Anspruchsgrundlage
Anf.	Anforderungen
AZ	Aufhebung und Zurückverweisung
beherrschb.	beherrschbar
BL	Beweislast
BLU	Beweislastumkehr
dezentr.	dezentralisierter
EB	Entlastungsbeweis
Exk.	Exkulpation
Haftg.	Haftung
IP	Informationspflicht
OV	Organisationsverschulden
V	Verschulden
VPV	Verkehrspflichtverletzung

Erklärungen

V 1. Instanz/ 2. Instanz/ 3. Instanz	die Entscheidung über das Vorhandensein von Verschulden des Beklagten jeweils in 1. Instanz/ 2. Instanz/ 3. Instanz
VPV 1. Instanz/ 2. Instanz/ 3. Instanz	die Entscheidung über das Vorhandensein einer Verkehrspflichtverletzung jeweils in 1. Instanz/ 2. Instanz/ 3. Instanz

ja	das Verschulden/ die Verkehrs- pflichtverletzung wurden in der je- weiligen Instanz bejaht
nein	das Verschulden/ die Verkehrs- pflichtverletzung wurden in der je- weiligen Instanz verneint
nicht geprüft	das Verschulden wurde in der jewei- ligen Instanz nicht geprüft (jedenfalls aus dem Abdruck des entsprechenden Urteils nicht ersichtlich)

Literaturverzeichnis

Abeltshauer, Thomas E., Verschuldens- oder Gefährdungshaftung für Mikroorganismen? – BGH NJW 1989, 2947, Jus 1991, 366 ff.

Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (hrsgg. vom Bundesministerium der Justiz), Köln 1992 (zitiert: Abschlussbericht)

Adams, Michael, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985

Adams, Michael/ Bornhäuser, Annette/ Pötschke-Langer, Martina/ Grunewald, Barbara, Die Haftung der Zigarettenhersteller für durch Rauchen verursachte Gesundheitsschäden, NJW 2004, 3657 ff.

Alternativ-Kommentar (Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Band 4: Sachenrecht (§§ 854-1296), Neuwied/Darmstadt 1983 (zitiert: AK-BGB/Bearbeiter)

Amira, Karl von, Germanisches Recht, in: Grundriss der Germanischen Philologie, herausgegeben von Hermann Paul, Strassburg 1893

Amira, Karl von/ Eckhardt, Karl August, Germanisches Recht, Band II, Rechtsaltertümer, Berlin 1967 (zitiert: *Amira/Eckhardt*)

Apathy, Peter/ Klingenberg, Georg/ Stiegler, Herwig, Einführung in das römische Recht, Wien, Köln, Weimar 1994 (zitiert: *Apathy/Klingenberg/Stiegler*)

Armbrüster, Christian, Eigentumsschutz durch den Beseitigungsanspruch nach § 1004 I 1 BGB und durch Deliktsrecht (Zugleich Besprechung von BGH NJW 2003, 1732), NJW 2003, 3087 ff.

Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1-610, 2. Auflage München 2007, Band 2: §§ 611-1296, ErbbauVO, WEG, 2. Auflage München 2008 (zitiert: *BaRö/Bearbeiter*)

Bar, Christian von, Das „Trennungsprinzip“ und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 181 (1981), 289 ff.

Bar, Christian von, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfflichten, JuS 1988, 169 ff.

Bar, Christian von, Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht – Die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung des deutschen Rechts und das haftungsrechtliche Richtlinienrecht der EG, in: Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart, Berlin, Köln 1992, 373 ff.

Bar, Christian von, Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1980 (zitiert: *v Bar, Verkehrspflichten*)

Westermann, Harry, fortgeführt von *Harm Peter Westermann*, Sachenrecht, 7. Auflage Heidelberg 1998 (zitiert: *Westermann*, Sachenrecht)

Westermann, Harm Peter, BGB-Sachenrecht, 11. Auflage Heidelberg 2005 (zitiert: *Westermann*, Sachenrecht, 11. Auflage)

Westphalen, Friedrich Graf von, Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 83 ff.

Weyers, Hans-Leo/ Wandt, Manfred, Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage München 2003

Weyl, Richard, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, München 1905

Wilburg, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg an der Lahn 1941 (zitiert: *Wilburg*, Elemente)

Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 2. Auflage Berlin, New York 2002

Will, Michael R., Quellen erhöhter Gefahr – Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder durch gesetzliche Generalklausel, München 1980 (zitiert: *Will*, Quellen)

Witte, Volker, Die Verschuldensvermutung im deutschen und europäischen Recht, Göttingen 1998

Wolf, Kurt, Die Beweislast für Verschulden, Marburg a.d.L. 1927 (zitiert: *Wolf*, Beweislast)

Wolf, Manfred, Sachenrecht, 22. Auflage München 2006

Wolf, Martin, Billigkeitshaftung statt überzogener elterlicher Aufsichtspflichten – ein erneutes Plädoyer für die Anwendung des § 829 BGB aufgrund einer Haftpflichtversicherung, VersR 1998, 812 ff.

Yeun, Kee-Young, Von der Verschuldenshaftung zur Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte – Eine zivilrechtliche Untersuchung mit rechtsvergleichenden Ausblicken, Göttingen 1988

Zachert, Ulrich-Christoph, Gefährdungshaftung und Haftung aus vermutetem Verschulden im deutschen und französischen Recht, Frankfurt a.M., Berlin 1971

Zimmermann, Reinhard/ Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, §§ 241-304, Tübingen 2007 (zitiert: *HKK/Bearbeiter*)

Zimmermann, Reinhard/ Verse, Dirk A., Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kodifikation des deutschen Deliktsrechts (1900-1914), in: *Falk, Ulrich/ Mohnhaupt, Heinz* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter – Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914), Frankfurt am Main 2000, S. 319 ff. (zitiert: *Zimmermann/Verse*)

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

- Band 759: Katharina M. Kolb: **Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz** · Untersuchungen zur Faktizität der Culpa-Doktrin im deutschen außervertraglichen Haftungsrecht
2008 · 360 Seiten · ISBN 978-3-8316-0848-5
- Band 758: Christian Eichholz: **Herabsetzung durch vergleichende Werbung** · Eine Untersuchung zum europäischen, deutschen, englischen und österreichischen Recht
2008 · 192 Seiten · ISBN 978-3-8316-0811-9
- Band 757: Alexander Metz: **Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung** · Eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen
2008 · 320 Seiten · ISBN 978-3-8316-0808-9
- Band 756: Andreas Begemann: **Die Rolle von Patenten in der zivilen Luftfahrtindustrie aus historischer und rechtsvergleichender Sicht**
2008 · 170 Seiten · ISBN 978-3-8316-0759-4
- Band 755: Karin Reißmann: **Die kartellrechtliche Beurteilung der Markenabgrenzung**
2008 · 264 Seiten · ISBN 978-3-8316-0751-8
- Band 754: Jingwen Zhu: **Die staatliche Infrastrukturgarantie für die als Wirtschaftsunternehmen geführten Eisenbahnen des Bundes in Deutschland – zugleich eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung zu dem Recht des Eisenbahnwesens in der Volksrepublik China –**
2007 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-0734-1
- Band 753: Philipp Linden: **Die Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen in Italien**
2007 · 380 Seiten · ISBN 978-3-8316-0733-4
- Band 752: Chengliang Li: **Die Zahlung der fiktiven Herstellungskosten gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB** · Insbesondere zur Abrechnung der Substanzschäden an Kraftfahrzeugen
2007 · 246 Seiten · ISBN 978-3-8316-0730-3
- Band 751: Felix Wesel: **Intent-to-use im US-amerikanischen Markenrecht**
2007 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-0720-4
- Band 750: Sonja Orel: **Heimliche Vaterschaftstests** · Perspektiven für eine Reform der Vaterschaftsuntersuchungsmöglichkeiten
2007 · 288 Seiten · ISBN 978-3-8316-0698-6
- Band 749: Timoleon Kosmides: **Haftung für unzulässige Verarbeitung personenbezogener Daten** · Datenschutzrechtliche Beurteilung des Datenumgangs innerhalb der griechischen Kreditauskunftei TEIRESIAS AG nach europäischem und griechischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts
2007 · 186 Seiten · ISBN 978-3-8316-0707-5
- Band 748: Helga Knauer: **Möglichkeiten und Nutzen einer Vereinheitlichung des Arbeitnehmererfinderrechts in der Europäischen Union und Schlussfolgerungen für die diesbezügliche deutsche Gesetzgebung**
2007 · 225 Seiten · ISBN 978-3-8316-0693-1
- Band 747: Michael Grötsch: **Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung durch vertragliche Vereinbarungen im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung bei**

Ehescheidung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr

2007 · 519 Seiten · ISBN 978-3-8316-0673-3

- Band 745: Rudolf Brachtel: **Die Gruppenfreistellung von Know-how-Vereinbarungen** · Entwicklung von Wettbewerbsregeln und Kommissionspraxis im Lichte der strukturellen Schwäche des Geheimnisschutzes
2006 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0655-9
- Band 744: Julian Fuchs: **Die Marke des Einzelhandels**
2006 · 278 Seiten · ISBN 978-3-8316-0633-7
- Band 743: Tanja Rippberger: **Zur Frage der Kompetenz der Landesverfassungsgerichte zur Überprüfung formellen und materiellen Bundesrechts**
2006 · 320 Seiten · ISBN 978-3-8316-0604-7
- Band 742: Christopher Maierhöfer: **Geschmacksmusterschutz und UWG-Leistungsschutz** · Ein Vergleich unter Berücksichtigung des Konkurrenzverhältnisses
2006 · 242 Seiten · ISBN 978-3-8316-0588-0
- Band 741: Philipp Strümpell: **Die übertragende Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz**
2006 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-0566-8
- Band 740: Moritz Freiherr von Hutten: **Rundfunkfreiheit und Programmfreiheit nach bayerischem Verfassungsrecht und Grundgesetz – das Ende des bayerischen Sonderwegs?**
2006 · 196 Seiten · ISBN 978-3-8316-0563-7
- Band 739: Thilo von Bodungen: **Vertrags-, kartell- und wettbewerbsrechtliche Aspekte von Kundenbindungssystemen in Form von Bonussystemen**
2006 · 208 Seiten · ISBN 978-3-8316-0559-0
- Band 738: Frank Lenhard: **Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen** · Neues Urhebervertragsrecht und neues Schuldrecht unter Berücksichtigung der Open Source-Softwareüberlassung
2006 · 488 Seiten · ISBN 978-3-8316-0539-2
- Band 737: Sebastian Franck: **Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** · Eine Untersuchung zum Einfluss des neuen Verjährungsrechts auf erbrechtliche Ansprüche
2005 · 172 Seiten · ISBN 978-3-8316-0514-9
- Band 736: Erik Ahnis: **Verwaltungsvollmacht und Aktionärskontrolle** · Voraussetzungen und Grenzen der Verwaltungsvollmacht auf deutschen Online-Hauptversammlungen sowie Vorschläge zur Stärkung der Kontrolle der Verwaltung
2005 · 396 Seiten · ISBN 978-3-8316-0532-3
- Band 735: Sabine Demangue: **Intellectual Property Protection for Crop Genetic Resources** · A Suitable System for India
2005 · 560 Seiten · ISBN 978-3-8316-0517-0
- Band 734: Veronika Sadlonova: **Vorgaben des Acquis Communautaire für den Bereich des Patentrechts**
2005 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-0516-3

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utz.de