

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 42

Theorie der
sozialen Schadensverteilung

Von

Univ.-Doz. Dr. Bernd Schilcher



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

BERND SCHILCHER

Theorie der sozialen Schadensverteilung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 42

Theorie der sozialen Schadensverteilung

Von

Univ.-Doz. Dr. Bernd Schilcher



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03989 0

Vorwort

Die traditionelle Schadenersatzdogmatik ist in Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten haben Namen: „Mittelbarer Schaden“, „Verkehrssicherungspflichten“, „culpa in contrahendo“, „Vorteilsausgleichung“, „überholende Kausalität“, „Frustrierungsschaden“, „Rechtswidrigkeitszusammenhang“, „Vorhaltekosten“ usw.

In allen diesen Begriffen, die sich inflationsartig in Lehrbüchern und Entscheidungen ausbreiten, steckt meist weniger eine Erklärung als ein neuerliches Problem. Ja, es hat den Anschein als würde das ganze Schadensrecht überhaupt nur noch eine Summe von (ungelösten) Problemen sein. Kein Grundsatz, der nicht im nächsten Augenblick von einer „Ausnahme“ durchbrochen würde. Das Verschuldensprinzip von der Gefährdung; der Differenzschaden vom objektiv-normativen Schaden; die Kausalität der *conditio sine qua non* von der alternativen Verursachung. Dem „Totalersatz“ setzt man eine „billige Reduktion“ bei außergewöhnlich hohen Schäden entgegen (Deutscher Referentenentwurf 1967); bestimmte Vorteile werden dem Geschädigten angerechnet, andere wieder „ausnahmsweise“ nicht. Warum — das kann niemand wirklich begründen.

Vergeblich sucht man in diesem Irrgarten von Lehren und Begriffen, Prinzipien und Regeln, Grundsätzen und Ausnahmen nach einem roten Faden, nach einer systematischen Verbindung. Aber selbst hier, bei der Gretchenfrage nach dem systematischen Halt für alle diese zahllosen schwammigen Wucherungen begnügt sich die herrschende Dogmatik mit bloßer Problembeschreibung. Das System, so heißt es, sei eben „zweispurig“ (Esser) oder gar „dreispurig“ (M. v. Bieberstein) geworden. Das ist aber wohl nur ein anderer Ausdruck für theoretische Resignation.

Eine reine Beschreibungsdogmatik wie die gegenwärtige hat offenbar nicht mehr die Kraft, diese „Spuren“ zu lenken — geschweige denn aufeinander abzustimmen. Die Schadenersatzwissenschaft übernimmt zusehends die Rolle des Chors in der griechischen Tragödie: Sie kann die Erscheinungen auf der Bühne beklatschen oder bedauern — ändern kann sie diese nicht mehr.

Dementsprechend sind die Folgen.

Unter dem sozialen Druck, ja jedem alles zu vergüten und niemanden auf seinem Schaden sitzen zu lassen, degenerieren die alten, noch ethisch fundierten Instrumente der individuellen Zurechnung zu wertfreien

Auslösungsmechanismen für kollektiven Versicherungsschutz. Auf diese Weise wird der Zufall zum Hauptsteuerungselement des Haftungsrechts. Ob bei einem leichtfahrlässigen Tankwagenunfall das ausfließende Benzin lediglich einen Fleck am Asphalt verursacht, eine größere Wiese verunreinigt oder das Grundwasser einer ganzen Stadt auf Monate hinaus ruiniert, hängt von Entwicklungen ab, die der Schädiger mit Sicherheit nicht beherrscht — die ihm aber ebenso verlässlich zugerechnet werden. Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er diesen Schaden tatsächlich zu tragen imstande ist oder nicht. Denn die herrschende Dogmatik weigert sich hartnäckig, derartige „soziale“ Überlegungen offiziell in ihr Programm aufzunehmen. Solches gehört, so wird gesagt, in den Bereich des Sozialrechts.

Diese Mischung aus sozialer Askese bei gleichzeitiger Verdünnung der individuellen Zurechnung, insbesondere des Verschuldens, macht das Schadensrecht „sozialisierungsreif“. Kein Wunder, daß allorts der Ruf der Reformen ertönt, das Haftpflichtrecht seiner letzten Reste an persönlicher Verantwortung zu entkleiden und jedenfalls bei Kfz-Unfällen durch einen großen Versicherungstopf zu ersetzen.

Die vorliegende Arbeit unternimmt es, die geschilderte Situation zunächst einmal zu belegen. Auch mit empirischen Material, was im Zivilrecht noch eher selten ist.

Weiters wird zu zeigen versucht, daß neben Verschulden und Gefährlichkeit als Zurechnungselementen immer schon auch die Frage nach der tatsächlichen Fähigkeit, Schaden zu tragen, normativ bedeutsam war. Bei manchen Autoren ganz bewußt und ausdrücklich, in manchen Gesetzen sporadisch und kaum beachtet, in der Praxis verborgen aber wirksam.

In diesem Punkt setzt die Arbeit beim Werk Walter Wilburgs ein. Er hat erstmals den Versuch unternommen, mehrere Wertungsgesichtspunkte nicht gegeneinander auszuspielen (Regel — Ausnahme) oder resignierend nebeneinander herlaufen zu lassen („Zwei- und Dreispurigkeit“), sondern sie systematisch miteinander zu kombinieren.

Mit Hilfe der neueren komparativen Logik (Otte) wird dieses Wilburgsche System schärfer gefaßt und für seine Aufgabe, einen Wertpluralismus auch dogmatisch zu bewältigen, vorbereitet. Im Ergebnis kommt es grundsätzlich zu einer Schadensverteilung nach individuellen und sozialen Gesichtspunkten, die deshalb als eine „Theorie“ bezeichnet wird, weil sie kritik-offen und auf Falsifikation hin formuliert ist, d. h. im Gegensatz zu jenen überkommenen Argumentationsweisen steht, die entweder „aus“ irgendwelchen Begriffen und Lehren jene praktischen Lösungen deduzieren, die sie zuvor eben dort hineingepackt haben; oder die durch immer neue Zusatzannahmen (ad-hoc-Erklärungen) bzw. Regel-Ausnahme-Spiele jede wissenschaftliche Nachprüfung unmöglich machen.

Ich darf an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Walter Wilburg für die zahllosen Gespräche über die Jahre hin danken, die mich nicht nur zu dieser Arbeit angeregt, sondern, wie ich glaube, mein juristisches Denken insgesamt nachhaltig beeinflusst haben.

Für zivilistische bzw. methodologische Hilfe schulde ich den Professoren Viktor Steininger und Ota Weinberger großen Dank. Ohne meinen Freund Willibald Posch schließlich wäre mein Hang zur „Großzügigkeit“ in Zitaten und Literaturhinweisen ohne entscheidende Korrektur geblieben. Ihm danke ich besonders.

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Graz im Sommersemester 1975 als Habilitationsschrift angenommen. Ich bin dem Verlag Duncker & Humblot und insbesondere seinem Inhaber, Herrn Prof. Dr. J. Broermann für die freundliche und entgegenkommende Aufnahme der „Theorie der sozialen Schadensverteilung“ in die Schriftenreihe zum Bürgerlichen Recht sehr dankbar.

Graz, September 1977

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

1. Kapitel

Zur Situation der Schadenersatzdogmatik: Symptome, Tendenzen und Selbsteinschätzungen

<i>A. Probleme am Horizont</i>	13
I. Das klassische Programm des Schadensrechts	13
1. Die liberale Schadenskonzeption und ihre Folgen	14
2. Schadensrecht contra Charité: Das Trennungsprinzip überdauert den Staatsliberalismus	16
3. Zweierlei Recht im herrschenden System?	16
II. „Systeminflation“ und verlorene Proportionalität	18
1. „Zweispurigkeit“: Ein neuer Begriff für ein altes ungelöstes Problem	18
2. Und noch eine „Spur“: Versicherung und soziale Vorsorge	19
3. „Alles oder Nichts“ — ein Glücksspiel?	21
4. Die verlorene Proportionalität	22
<i>B. Der Prozeß der „Entnormativisierung“ und seine Auswirkung auf das System der Verschuldenshaftung</i>	25
I. Die Erweiterungen der Risikobereiche des Schädigers	25
1. Das Vermögens-, Einkommens- und Anlagenrisiko	25
2. Culpa in contrahendo, Organisationsverschulden und Gehilfenhaftung als Instrumente der Haftungsausweitung	26
II. Die Objektivierung des Verschuldens	27
1. Der Sorgfaltsmaßstab	27
2. Verkehrssicherungspflichten	27
3. „Werkhaftung“	28
4. Produzentenhaftung	28
III. Das Beweisrecht	29
1. Prima-facie-Beweis	29
2. Beweislast-Umkehr	30
IV. Widersprüche und gegenläufige Tendenzen als Folgen der Entnormativisierung	31
1. Die Schwierigkeiten bei der „überholenden Kausalität“	31
2. Die Schwierigkeiten bei „alternativer Kausalität“	33

3. Die Schwierigkeiten mit der Adäquanz	35
4. Die Schwierigkeiten bei der Theorie des Rechtswidrigkeitszusammenhangs	37
5. Die Schwierigkeiten mit der „Vorteilsausgleichung“	38
C. Systemverlust und die Folgen	41
I. Gegenläufige Tendenzen: Ersatz ohne Schaden und Schaden ohne Ersatz	41
1. Merkantiler Minderwert	41
2. Frustrierungsschäden und Vorhaltekosten	41
3. Entgangene Gebrauchsvorteile	43
4. Immaterieller Schaden	44
5. Benachteiligte Personengruppen: Hausfrauen, Kinder, Rentner und kleine Unternehmer	44
6. Spiegelbild des herrschenden Materialismus	45
II. Neue Wucherungen außerhalb des Systems: Eingriffshaftung, Aufopferung, soziale Entschädigung	46
1. Haftung ohne Verschulden	46
2. Die neuen Tatbestände	47
3. Ungeklärtes Verhältnis zu Verschulden und Gefährdung	48
4. „Eingriffshaftung“ und „soziale Entschädigung“	48
5. „Dogmatischer Pluralismus“?	50
Resümee I	50
1. Systemverlust	50
2. Orientierungsmängel	51
3. Regel-Ausnahme-Dialektik	51
4. Düstere Prognosen	51
5. Gerechtigkeitsprobleme	52
6. Stille Sozialisierung?	52

2. Kapitel

Methoden, Wertungen und Verfahrensweisen

I. Die verborgene Ausstrahlung der Haftpflichtversicherung	55
II. Zur Argumentationspraxis	56
1. Das Problem der „verschämten“ Wertungen	56
2. Die „Regel-Ausnahme-Dialektik“ der herrschenden Auffassung ..	59
III. Zurück zur Realität	63
IV. Zum Verhältnis von Dogmatik, Rechtspolitik und Empirie	65
1. Die falsch verstandene Positivität	66
2. Die Position der neueren Werttheorie (Myrdal, Albert, Brecht, Acham; Kraft, Weinberger)	68
3. Die Parallele zum „New-Haven-Approach“ (McDougal, Lasswell) ..	70
Resümee II	71

3. Kapitel

Die neue rechtspolitische Diskussion

A. <i>Der Angriff</i>	73
I. „Economic Approach“ und sozialpolitische Forderung nach „Versicherung statt Haftung“	73
1. Die marktwirtschaftliche Zielsetzung des „Economic Approach“	73
2. Die Sozialisierung des Schadens	75
II. Die Argumente der „Reformer“	78
1. Mangel: Deckungslücken	79
2. Mangel: Fehlende Berücksichtigung der individuellen Verantwortung im gegenwärtigen System	83
3. Mangel: Koordinationschwierigkeiten im System der „dreigliedrigen Haftungsgründe“	87
4. Mangel: Unrationelle Schadensabwicklung	93
5. Mangel: Fehlende Rechtssicherheit	94
6. Mangel: Ungerechte Lastenverteilung	95
B. <i>Die Gegenargumente der herrschenden Dogmatik</i>	96
1. Deckungslücken: Kein Problem des Schadensrechts?	96
2. Zur Rolle der individuellen Verantwortung	97
3. Keine Koordinationsprobleme im mehrgliedrigen Haftungssystem?	100
4. Rationelle Schadensabwicklung — nur auf Kosten der Gerechtigkeit?	101
5. Zur Rechtssicherheit und gerechten Lastenverteilung	102

ZWEITER TEIL

1. Kapitel

Die Reformpläne

A. <i>Die radikalen Reformpläne: „Versicherung statt Haftung“</i>	103
I. „Full-Aid-Insurance“-Plan (Albert Ehrenzweig)	103
II. „Basic Protection“-Plan (Keeton / O'Connell)	104
III. Le Projet Tunc	105
IV. v. Hippels „Haftungersetzung durch Versicherungsschutz“	107
V. Der Güllemann-Plan: Die obligatorische Unfall- und Sachversicherung für Kraftfahrzeuge	109

<i>B. Die gemäßigten Reformpläne: Verbesserter Versicherungsschutz neben Haftpflichtrecht (Soziale „Grundversorgung“ und Schadenersatz)</i>	110
I. Die Projekte der sozialen Grundversorgung	110
1. Frühe Vorbilder	110
2. Möller / Sieg	110
3. Deutsch, v. Caemmerer, Stoll	111
II. Die Einwände gegen den Haftpflichtersatz durch Versicherung	113
III. Zum Ertrag der Diskussion	117
1. Zur Angemessenheit der Lösungsvorschläge für die Kraftfahrzeugunfälle	117
2. Zur Frage der Auswirkung auf das traditionelle Schadenersatzsystem und zum Gewicht der Kritik der Reformer	119
Resümee III	125

2. Kapitel

Lageskizze der österreichischen Situation

<i>A. Der empirische Befund</i>	126
I. Zur sozialen und rechtstatsächlichen Lage der Schadenersatzpraxis	127
1. Anzahl der Schadensfälle	127
2. Entschädigungssummen	130
3. Anteil der Schadensfälle	131
4. Anteil der Kraftfahrzeugunfälle an den gesamten Schadensfällen	131
5. Verhältnis von Personen- und Sachschäden	132
6. Anteil der Sozialversicherung	132
7. Anteil der Funktionskosten	134
8. Anteil der „Instanzfälle“	136
9. Regreßanteil der Sozialversicherungsträger und Haftpflichtversicherer	137
10. Zur Rolle der Teilungsabkommen	138
11. Abwicklungsdauer	140
12. Immaterieller Schaden	140
13. Fälle, die ohne Entschädigung bleiben	141
II. Zur praktischen Bedeutung dogmatischer Begriffe	142
1. Zum Anteil des schweren und leichten Verschuldens und der Gefährdung nach EKHG	143
2. Zum Anteil des Mitverschuldens bzw. der mitwirkenden Betriebsgefahr gem. § 7 EKHG	143
3. Zum Anteil der DHG-Fälle	144
4. Zum Anteil der Drittschadensfälle bzw. der Fälle des mittelbaren Schadens und der Vorteilsausgleichung	144
5. Zum Anteil der Fälle mit objektivem Schaden und entgangenem Gewinn	145
6. Zum Anteil der Fälle, in denen Adäquanz bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang geprüft wurden	146

7. Zur Frage der Objektivierung des Verschuldens	146
8. Zur offenen und verdeckten sozialen Abwägung	146
III. Zur Einschätzung des gegenwärtigen Schadenersatzsystems	147
1. Zur Frage des pauschalierten Ersatzes	148
2. Zur Frage der Abwägung im DHG	148
3. Zur Frage der Abwägung im allgemeinen	148
4. Zur Frage der „Reduktionsklausel“	149
5. Zur Beurteilung des gegenwärtigen Schadenersatzsystems	149
6. Zur Frage der einzelnen Mängel	150
7. Zur Frage der Verbesserungen	151
<i>B. Schlußfolgerungen</i>	152
I. Die Situation der Kfz-Unfälle	152
1. Volkswirtschaftliche Bedeutung	152
2. Die Bedeutung für die Schadenersatzpraxis	152
3. Der Einfluß der Sachverständigen als „Systemmangel“?	152
4. Kosten und Gerechtigkeit	153
5. Die ständige Angleichung der privaten Versicherungen an die staatliche	153
6. Die ungünstige Kostenlage der Haftpflichtversicherung	153
7. Die verwischten Unterschiede zwischen Haftpflichtversicherung und Schadensversicherung	154
8. Ungerechte Haftpflichtversicherung?	154
II. Zum Stand der sozialen Sicherheit	155
1. Unterschiede im sozialen Schutz	155
2. Die ungerecht behandelte Frau	155
3. Schlecht versorgte Hinterbliebene	156
4. Besonders benachteiligt: Freiberufliche, Gewerbetreibende, Bauern	156
5. Schlechtgestellte Rentner, Kinder und Hausfrauen	156
III. Zur Einschätzung des Schadenersatzsystems	156
1. Die Hauptmängel: Schwerfälligkeit, hohe Kosten, Sachver- ständigen-Dominanz und Rechtsunsicherheit	157
2. Unerhebliches Gesetz?	157
3. Die ambivalente Einstellung zur „sozialen Abwägung“	157
4. Der Einfluß von Standesinteressen	158
5. Soziale Abwägung ist nicht Vermögensabwägung	158
6. Zwischen Gerechtigkeit und „festen Grenzen“	158
7. Die praktische Überwindung der „Zweispurigkeit“	158
8. Die Bedeutung der Mitverschuldensnorm	159
9. Der subjektiv-objektive Schadensbegriff der Praxis	159
10. Die unbekannte soziale Realität	160
11. Die „Sozialisierungsreife“ der Kfz-Unfälle im Spiegel der Ver- besserungsvorschläge	160
Resümee IV	161

DRITTER TEIL

1. Kapitel

Der unbekannte dritte Weg: Die soziale Abwägung im Haftungsrecht

<i>A. Die soziale Abwägung aus der Sicht der älteren Dogmatik</i>	166
I. Ad Fontes: Die Lehre Ungers	166
II. Die Haftung der Unzurechnungsfähigen und die soziale Abwägung	168
III. Von § 1310 ABGB zum „gemeinwirtschaftlichen Schadensverteilungsrecht“ Steinbachs	170
1. Die Beziehung zwischen individuellem und gemeinwirtschaftlichem Schadensrecht bei Steinbach	171
2. Die gemeinsamen Grundlagen des privaten und gemeinwirtschaftlichen Verteilungsrechts	173
3. Drei legistische Möglichkeiten	174
<i>B. Der Rückschritt des (Paläo-)Liberalismus</i>	177
I. Von der Schadensteilung zur Arbeitsteilung	177
1. Die „Nachzügler“: Mataja und Adler	178
2. Die Grenzziehung beginnt: Max Rümelin	178
3. Fiktionen statt Erklärungen: Der Beginn der Lebensfremdheit des Schadenersatzrechts	179
II. Der ideologische Hintergrund des (paläo-)liberalen Schadenskonzepts	180
1. „Fortschritt“ durch Objektivierung	180
2. Die unterdrückte soziale Abwägung	182
3. Die „stumme“ Proportionalität	182
<i>C. Zurück von den Quellen: Das Wilburgsche Schadenersatzsystem</i>	184
I. Die Grundzüge des Schadenersatzaufbaues bei Wilburg	184
1. Der Verschuldens- und Unternehmerbegriff	184
2. Wilburgs Konzept der Proportionalität	185
3. Beseitigung der „Zweispurigkeit“	188
4. Die durchgehende Berücksichtigung des Schädiger- und Geschädigtenverhaltens	188
II. Proportionalität contra Differenzhypothese: Die Überwindung der Kluft zwischen Haftungsgrund und Haftungsumfang	189
III. Die Wertungsaufgabe der Dogmatik und Judikatur im Wilburgschen System	190
IV. Der umfassende Erklärungsanspruch der Wilburgschen Theorie und das Problem der „Überbrückung“	191
V. Wertungsaufgabe und Billigkeitsjurisprudenz	192
VI. Vordergründige und bemerkenswerte Einwände gegen Wilburgs Konzept	194

2. Kapitel

Grundzüge einer Theorie der sozialen Schadensverteilung

A. Zur Logik des Wilburgschen Systems	198
I. Komparative Logik und bewegliches System	198
1. Hempels Gesetz der Trichotomie	198
2. Die komparativen Sätze im Recht: Zur Lehre Ottes	199
3. Der logische Rang des gebundenen Ermessens	200
4. Zum Informationsgehalt komparativer Sätze	202
II. Das Problem der Operationalisierung	203
1. Die Reduktion der „Veranlassung“ (Verursachung)	204
2. Die Reduktion der „Rechtswidrigkeit“	208
3. Die Reduktion der „Adäquanz“	211
4. Die Reduktion der Theorie des Rechtswidrigkeitszusammenhan- ges und des Schutzzweckes der Norm	212
III. Das Problem der Basiswertung	214
B. Die traditionellen drei Typen der Schadenersatzentwicklung und der zunehmende Erklärungsschwund der Theorie	217
I. Der Archetypus der individuellen Schadenszurechnung (Proportio- naler Verschuldenstypus)	217
II. Der ökonomische Produzententypus (der nicht-proportionale BGB- Typus)	219
III. Der sozialisierungsreife Konsumententypus (Entnormativisierter Typus)	220

3. Kapitel

Das soziale Element im Haftungsrecht

A. Zur Entwicklung des sozialen Elements im Haftungsrecht	222
I. Der Stand der sozialen Abwägung bis zum Wilburgschen System	222
II. Die soziale Abwägung als Haftungselement	223
III. Die Weiterentwicklung des Wilburgschen Ansatzes	225
1. Die Bedeutung des Unternehmensbegriffes für die soziale Ab- wägung	225
2. Das Verhältnis der individuellen und sozialen Tragfähigkeit von Verantwortung	226
3. Das Verhältnis des hier vertretenen (Unternehmens)Begriffs der „sozialen Verantwortlichkeit“ zum „Cheapest Cost Avoider“ im Economic Approach	228
4. Das Verhältnis der komparativen sozialen Verantwortlichkeit zur Basiswertung	228
B. Der vierte Typus: Das individuellsoziale Schadensverteilungsmodell ..	230
I. Die grafische Darstellung	230

II. Überwindung der „Dreispurigkeit“ durch die Kombination der drei Wertungsreihen?	232
1. Praxisbezogenheit	232
2. Umfassender Erklärungsanspruch	233
3. Verbindung zwischen „kausaler“ und „finaler“ Betrachtung des Schadenersatzes	233
4. Die dogmatische Erklärung der „Grundversorgungstheorie“ (Deutsch, Stoll)	234
5. Proportionalität auch im „finalen“ Bereich?	234
6. Reform des Regresses	235
III. Vom Schadenersatz zur Schadensverteilung	235
1. Zur Dogmatik des „typischen Schadens“	236
2. Schadensbegrenzung durch normative Risikoverteilung	238
IV. Die grafische Darstellung der Schadensverteilung	240
V. Die Offenheit der Theorie der sozialen Schadensverteilung und ihr Verhältnis zum positiven Recht	245
1. Offenheit als theoretisches und praktisches Postulat	245
2. Das Verhältnis zum positiven Recht	247
3. Abwägung und Rechtssicherheit	249
Literaturverzeichnis	251

ERSTER TEIL

1. Kapitel

Zur Situation der Schadenersatzdogmatik: Symptome, Tendenzen und Selbsteinschätzungen

A. Probleme am Horizont

I. Das klassische Programm des Schadensrechts

„Erleidet jemand einen Schaden, so hat er ihn grundsätzlich selbst zu tragen: Jeder trägt das Risiko für seine Güter.“ Helmut Koziol hat diesen programmatischen Satz an den Anfang seines „Österreichischen Haftpflichtrechts“ gestellt¹. Aus ihm folgt alles weitere: „Wenn grundsätzlich jeder das Risiko bezüglich der ihm gehörenden Rechtsgüter trägt, da diese ihm zugeordnet sind und seinen Interessen dienen, so bedarf es besonderer Gründe, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, die Schadenstragung einem anderen aufzubürden.“ Der gewichtigste Grund dafür ist nach wie vor das Verschulden: „Die Haftung wegen Verschuldens stellt auch heute noch den wesentlichen Kern des Haftpflichtrechts dar“².

Damit ist das klassische Programm des Schadensrechts in aller Kürze skizziert: „Prinzipiell“, das heißt mit Ausnahme besonderer „Gefährdungstatbestände“ wird nur der zumindest fahrlässig zugefügte Schaden vergütet. Denn Schadenersatz ist immer noch primär „Haftung für Unrecht“ (Larenz), das heißt, „Verantwortlichkeit für das eigene Tun, die sich daraus ergibt, daß sich ein Mensch durch seine Handlung mit den Forderungen der Rechtsordnung in Widerspruch gesetzt hat und ihm ein Schuldvorwurf zu machen ist“³.

In diesem Ergebnis sind sich die herrschenden Auffassungen in Deutschland und Österreich einig. Unterschiede bestehen allerdings in den Gründen. So gibt es auch heute noch Anhänger von Kant und Stuart Mill, für die das Verschulden eine moralische Kategorie bleibt: Rechtsgrund des Ersatzes ist demnach der „böse Wille“ oder doch zumindest der

¹ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1973), 1. Ebenso Widmer, Die abenteuerliche Wissenschaft vom Haftpflichtrecht, ZBJV 1976, 211.

² Koziol, Haftpflichtrecht I 1,2.

³ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II¹¹ (1977), 523.

Mangel an „gutem Willen“⁴. Diese Auffassung muß naturgemäß den Sanktions- und Präventionsgedanken in den Vordergrund stellen⁵.

Andere betonen die Rechtswidrigkeit, das heißt den Verstoß gegen das Gesetz und begeben sich damit — wie etwa Larenz — in die Nähe eines Hegelschen Rechtspositivismus⁶. Der Ersatz erscheint aus dieser Sicht als Reaktion des verletzten Gesetzes, die Buße und Ausgleich nebeneinander meinen kann.

1. Die liberale Schadenskonzeption und ihre Folgen

Weitgehend frei von solchen ethischen Elementen ist schließlich die liberale Konzeption des Schadensersatzes, wie sie beispielsweise dem deutschen BGB zugrunde liegt. Sein Ziel ist der „Schadensausgleich“. Buße und Prävention spielen keine wirklich entscheidende Rolle. „Die Heranziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte“, so heißt es in den Motiven zum BGB, „muß bei der Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen unerlaubten Verhaltens durchaus fern gehalten werden“⁷.

Das Verschulden dient nur noch als technisches Mittel zur Abgrenzung der Risikobereiche. Mit ihm soll vor allem die „Bewegungsfreiheit“ des einzelnen geschützt werden. Das ist auch der wesentliche Grund weshalb man „Kausalhaftungen“ um die Jahrhundertwende besonders vehement abgelehnt hat.

Solche Haftungen würden, meint Max Rümelin „die individuelle Freiheit der Bewegung in unerträglicher Weise beschränken“⁸. Ähnlich befürchtete der berühmte Planiol, daß eine Haftung ohne „faute“ „la plus stupide immobilité“ der Gesellschaft zur Folge hätte⁹. Und für das österreichische Recht forderte Mauczka damals, daß die Verantwortlichkeit nicht überwiegende Interessen des Haftenden stören dürfe¹⁰.

Die individuelle Bewegungsfreiheit, der diese massive Aufmerksamkeit galt, war freilich in erster Linie die des Unternehmers. Er sollte im Dienst des industriellen Fortschrittes von den Kosten einer strengen Haftung soweit wie möglich verschont bleiben. Für nicht unternehmerisch tätige Personen wiederum waren Haftungen bei größeren Schäden ohne-

⁴ Vgl. Jørgensen, Ersatz und Versicherung, VersR 1970, 196 f.

⁵ Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht (1934), 64; derselbe, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156, 114.

⁶ Larenz, Schuldrecht I¹¹ (1976), 344 f.

⁷ Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II (1899), 10.

⁸ Max Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung (1898), 28.

⁹ Planiol, Rev. crit. lég. 34 (1905), 277, 289 f.; zit. nach Kötz, Haftung für besondere Gefahr, AcP 170, 1. (4 Anm. 5).

¹⁰ Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes (1904), 235.

hin ziemlich platonisch: Weyers berichtet, daß um die Jahrhundertwende rund 80 % aller Schadenersatzforderungen mangels irgendeines vollstreckbaren Vermögens wertlos waren¹¹.

Die relativ hohe Schwelle der Fahrlässigkeit, die zu dieser Zeit zumindest in Österreich vorwiegend am *pater bonus familias* gemessen wurde¹², formte damit gleichzeitig ein bedeutsames wirtschaftspolitisches Instrument¹³: Gemeinsam mit einer ebenfalls durch das Verschulden eng begrenzten Gehilfenhaftung und einer Praxis, die in punkto „eingetretener Schaden“ ungleich zurückhaltender war, als etwa die heutige, half das Verschuldensdogma mit, die Industrialisierung zu finanzieren.

Der Private, oder wie wir heute sagen würden, der Konsument, der nicht in der Lage war, dem schädigenden Unternehmer die Verletzung der zumutbaren Sorgfalt nachzuweisen, mußte selbst große Schäden als „Zufall“ hinnehmen. Es entspricht der fatalistischen Komponente des *laissez — faire* — Prinzips, daß man solche Schäden, auf denen der Betroffene sitzen blieb, als Opfer ansah, die der einzelne im Interesse des Fortschritts zu erbringen hatte¹⁴.

Da man sich diesen einzelnen in der liberalen Sozialordnung überdies als autonom und selbstverantwortlich handelnden, mit ausreichender Vernunft begabten und in der Regel ökonomisch auch tüchtigen Bürger vorstellte, der noch dazu Nutznießer jenes Fortschritts wurde, der ihn bisweilen schädigte, zerbrach man sich über derartige „Unglücksfälle“ nicht weiter den Kopf. Stand es doch nach der offiziellen Philosophie jedermann frei, sich für solche Wechselfälle des Lebens einzurichten — sei es durch die Anhäufung privaten Vermögens oder durch eine ausreichende Versicherung. Wer das nicht tat, oder nicht tun konnte, der hatte eben „Pech“ oder war selbst „schuld“.

An dieser Grundhaltung änderte sich auch nichts, als der Gesetzgeber in nahezu allen europäischen Staaten dazu überging, die Unfälle der Arbeiter aus dem Schadensrecht auszuklammern und versicherungsrechtlich bzw. nach den Grundsätzen der sozialen Vorsorge zu lösen¹⁵. Planiol empfand das keineswegs als „une raison d'ordre juridique“, sondern als Akt der Fürsorge und Armenpflege, als ein *pure* „sentiment de charité“, das sich völlig außerhalb der Jurisprudenz abspielte — und auch abspielen sollte¹⁶.

¹¹ Weyers, Unfallschäden. Praxis und Ziel von Haftpflicht und Vorsorgesystemen (1971). 117.

¹² Vgl. etwa § 228 ABGB; dazu Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts², II/1, 56.

¹³ Auch Esser sieht im Verschuldensdogma der Liberalen eine wirtschaftspolitische Entscheidung: Esser, Grundfragen der Reform des Schadensrechts, AcP 148, 121.

¹⁴ So auch Kötz, AcP 170, 2 ff.

¹⁵ Das geschah in Deutschland schon 1884; dazu Kötz, Haftung, 7 f. Das österreichische Unfallversicherungsgesetz datiert vom 28. 12. 1887.