

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 183

Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht

Von

Karsten Scholz



Duncker & Humblot · Berlin

KARSTEN SCHOLZ

**Der Begriff der Zumutbarkeit
im Deliktsrecht**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 183

Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht

Von

Karsten Scholz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Scholz, Karsten:

Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht / von
Karsten Scholz. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 183)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08493-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-08493-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Buchtitel wecken Erwartungen. Der Begriff der Zumutbarkeit sicherlich diejenige, Anhaltspunkte für die Konkretisierung eines juristischen Sammelbegriffs zu erhalten. Daher mag mancher Leser, der nach einer Darstellung von Fallgruppen Ausschau hält, von dieser Schrift enttäuscht werden. Sie hält vielmehr dazu an, die Interessen desjenigen näher zu ergründen, der sich auf die Unzumutbarkeit der Einhaltung einer Norm beruft. Nur dadurch läßt sich die Gefahr bannen, daß durch die Hintertür des Unzumutbarkeitseinwands die rechtlichen Wertungen unbemerkt verschoben werden.

Die Arbeit ruht daher auf dem Fundament des modernen Deliktsrechts, das mein Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erwin Deutsch mit aufgebaut und mir über mehrere Jahre meiner Assistententätigkeit vermittelt hat. Mein besonderer Dank gebührt jedoch nicht nur ihm, sondern auch meinem Freund Dr. Tonio Stoll, dessen juristischer Sachverstand und persönlicher Zuspruch an zahlreichen Stellen der Arbeit durchscheint. Für die Durchsicht aus dem Blickwinkel des Strafrechtlers hat sich freundlicherweise Prof. Dr. Manfred Maiwald zum Zweitgutachten bereiterklärt. Die Unterstützung anderer, allen voran meiner Mutter, ist zwar weniger offenkundig, war aber unverzichtbar. Dafür herzlichen Dank.

Gewidmet ist die Arbeit meinem Vater und meiner Oma Emma, die zwar deren Beginn, nicht aber mehr den Tag des Rigorosums miterleben durften.

Hannover, im Juni 1995

Dr. Karsten Scholz

Inhaltsverzeichnis

Einführender Teil

§ 1 Einleitung	21
§ 2 Methodisches Vorgehen	22
I. Die Herleitung des Begriffes der Zumutbarkeit im Deliktsrecht	22
II. Die Verortung des Merkmals der Zumutbarkeit im Schichtaufbau des Deliktstatbestandes	24
III. Qualitative Bedeutung des Zumutbarkeitsgesichtspunktes im Deliktsrecht ...	25
§ 3 Begriffsbestimmung: Objektive und subjektive Zumutbarkeit	26
§ 4 Reichweite der Rechtfertigungsgründe im Hinblick auf das Problem der Zumutbarkeit	28
I. Problemstellung	28
II. Der zivilrechtliche aggressive Notstand, § 904 BGB	30
1. Eigentum und sonstige Vermögensrechte als geschützte Rechtsgüter	31
2. Erfordernis der zumindest bedingt vorsätzlichen Verletzung des Rechtsguts	31
3. Unanwendbarkeit bei Unterlassungen	32
4. Zusammenfassung	33
III. Der strafrechtliche rechtfertigende Notstand, § 34 StGB	34
1. Der Anwendungsbereich des § 34 StGB im Deliktsrecht	34
a) Geltung strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Zivilrecht	34
b) Das Konkurrenzverhältnis von § 34 StGB und § 904 BGB	35

c) § 34 StGB bei deliktischer Haftung wegen Unterlassens	37
d) § 34 StGB bei deliktischer Haftung aufgrund Fahrlässigkeit	38
e) § 34 StGB und die rechtfertigende Pflichtenkollision	39
f) Zusammenfassung zum Anwendungsbereich des § 34 StGB	40
2. Der Tatbestand des § 34 StGB	41
a) Geschützte Rechtsgüter	41
b) Erforderlichkeit des Notstandseingriffs	43
3. Zusammenfassung	44
IV. §§ 904 BGB, 34 StGB als abschließende Regelung bzw. rechtlicher Maßstab für die Berücksichtigung von Zumutbarkeitserwägungen	44
1. §§ 904 BGB, 34 StGB als abschließende Regelung von Notstandssituationen	45
2. Der Maßstab der §§ 904 BGB, 34 StGB bei Zumutbarkeitsüberlegungen außerhalb von Notstandssituationen	46
3. Der Maßstab der §§ 904 BGB, 34 StGB bei Zumutbarkeitsüberlegungen, die nicht auf den Interessenabwägungsgrundsatz zurückzuführen sind	46
V. Zusammenfassung	48

Erster Teil

Die Herleitung des Merkmals der Zumutbarkeit im Deliktsrecht

§ 5 Die Herleitung des Zumutbarkeitsmerkmals im sonstigen Zivilrecht: Der Grundsatz von Treu und Glauben	49
I. Die Zumutbarkeit als Fallgruppe des § 242 BGB	49
II. Der Geltungsbereich des § 242 BGB: Erfordernis des Bestehens einer Sonderverbindung	51
III. Schlußfolgerung zur Anwendbarkeit von § 242 BGB im Deliktsrecht	53
IV. Ergebnis	55

§ 6 Die Herleitung des Zumutbarkeitsmerkmals im Strafrecht: Orientierung an der Strafzwecklehre	55
I. Analogie zu § 242 BGB – Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip	56
II. Ableitung aus dem Schuldprinzip	57
III. Orientierung an den Zwecken der Strafbarkeit	59
1. Generalpräventive Ableitung der Zumutbarkeitslehre	60
2. Spezialpräventive Ableitung der Zumutbarkeitslehre	61
IV. Zusammenfassung	61
§ 7 Die Zwecke des Haftungsrechts	62
I. Die Präventivfunktion	63
II. Die Ausgleichsfunktion	67
III. Die Rechtsfortsetzungsfunktion	68
1. Leitgedanken der Rechtsfortsetzungsfunktion	69
2. Begründung der Geltung des Rechtsfortsetzungsprinzips	70
a) Grundsatz der Naturalrestitution	70
b) Deliktsrecht als Schutz von Rechten und Rechtsgütern und nicht des Vermögens generell	71
3. Die Einwände von Steffen	71
a) Subjektbezogener Schadensbegriff	71
b) Zäsur zwischen haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Tatbestand	72
4. Stellungnahme	73
a) Trennung zwischen Haftungs- und Schadensrecht	73
b) Schlußfolgerungen aus dem Grundsatz der Naturalrestitution bzw. dem Tatbestandsmerkmal der Rechtsgutverletzung	75
c) Keine Teilfunktion des Ausgleichsprinzips	75
IV. Ergebnis	75

§ 8 Die Entwicklung der Rechtsfortsetzungsfunktion zur Interessenfortsetzungsfunktion und die Herleitung der Zumutbarkeit im Haftungsrechts aus der Interessenfortsetzungsfunktion sowie im Schadens- und Verjährungsrecht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben	76
I. Schwächen des Rechtsfortsetzungsprinzips	76
II. Die Interessenfortsetzungsfunktion als Zweckrichtung des Haftungsrechts ...	79
III. Die Herleitung des Zumutbarkeitskriteriums aus der Interessenfortsetzungsfunktion	81
IV. Die Herleitung des Zumutbarkeitsbegriffs im Schadensrecht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben	83
1. Der Stellenwert von Zumutbarkeitsbetrachtungen im Schadensrecht	83
a) Die Zumutbarkeit als Grenze der Vorteilsausgleichung	83
b) Die Zumutbarkeit als Begrenzungsmerkmal der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 2. Halbs. BGB	85
2. Der haftungsbegründende Deliktstatbestand als Schuldverhältnis	87
3. Der Sonderfall des § 839 Abs. 3 BGB	88
V. Die Herleitung des Zumutbarkeitsbegriffs im Verjährungsrecht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben	89
VI. Ergebnis	91
§ 9 Die Herleitung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten aus verfassungsrechtlichen Vorgaben	92
I. Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht	92
II. Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte	93
1. Vorstellung der Theorie	93
2. Schlußfolgerungen für die Herleitung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten im Zivilrecht	95
III. Die Ansicht Schwabes und Canaris'	96
1. Vorstellung der Theorie	96

Inhaltsverzeichnis	11
2. Schlußfolgerungen für die Herleitung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten im Zivilrecht	97
a) Die Zumutbarkeit im öffentlichen Recht als Unterkategorie der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne	98
aa) Einführung in die Problematik	98
bb) Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	99
cc) Die Ansichten anderer Gerichte sowie im Schrifttum	101
dd) Zwischenergebnis	102
b) Die Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus Art. 1 Abs. 3 GG bzw. dem Rechtsstaatsprinzip	103
aa) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	103
bb) Eigene Stellungnahme und Schlußfolgerung	104
IV. Ergebnis	105

Zweiter Teil

**Die Verortung des Zumutbarkeitskriteriums
im deliktischen Schichtaufbau**

§ 10 Die Zumutbarkeit als ausschließliche Kategorie des Schadensrechts	106
I. Zumutbarkeitsbetrachtungen beim repressiven und defensiven Rechtsgüterschutz	107
II. Zumutbarkeit von Ersatzleistungen bei unzumutbarem Normgebot	109
III. Vereinbarkeit mit der Dogmatik zu den Verkehrspflichten	110
1. Die Position Steffens	110
2. Die Position Mertens'	111
3. Eigene Stellungnahme	111
a) Einklagbarkeit von Verkehrspflichten	111
b) Interessenfortsetzungsfunktion als Hauptzweck des Deliktsrechts	113
c) Das Verschuldensprinzip als Basis des Deliktsrechts	114
IV. Ergebnis	116

§ 11 Die Zumutbarkeit als Basis der Adäquanzlehre – Verortung der Zumutbarkeit im haftungsbegründenden Tatbestand auf der Stufe der Adäquanzprüfung	117
I. Die Verbindung des Adäquanzurteils mit Zumutbarkeitsüberlegungen in der Rechtsprechung	118
II. Die Gegenposition in der Literatur	118
III. Zwischenergebnis	120
IV. Fehlendes Bedürfnis einer Adäquanzprüfung im haftungsbegründenden deliktischen Tatbestand	120
1. Die Position der Rechtsprechung	121
2. Stellungnahmen im Schrifttum	121
V. Zusammenfassung	123
§ 12 Die Verortung der objektiven Zumutbarkeit als Faktor für die Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sowie der subjektiven Zumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund	124
I. Die Position der Rechtsprechung	124
II. Stellungnahmen im Schrifttum	126
1. Die Zumutbarkeit als Verschuldenselement	126
2. Die Zumutbarkeit als Bestimmungsmerkmal der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt	127
3. Einordnungsvorschläge bei Unterscheidung in objektive und subjektive Zumutbarkeit	129
a) Die Position von Engisch	129
b) Die Position von Münzberg	129
c) Die Position von Deutsch	130
III. Die gesetzliche Regelung in § 5 Abs. 1 KSchG	131
1. Die vorherrschende Ansicht	131
2. Die Gegenposition	132

Inhaltsverzeichnis	13
3. Die Auffassung von Rohlfing/Rewolle	132
4. Zusammenfassende Gesamtwürdigung	132
IV. Die objektive Zumutbarkeit als Versubjektivierungskriterium des objektiv- typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs im Deliktsrecht	134
1. Objektiv-typisierender Sorgfaltsmaßstab im Zivilrecht	134
2. Begründung für den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab im Zivilrecht	135
3. Kritische Würdigung im Hinblick auf die besondere Situation im Delikts- recht	135
4. Zwischenergebnis: Der Fahrlässigkeitsbegriff als Einfallstor für Zumut- barkeitsaspekte	137
5. Objektive und subjektive Zumutbarkeit	138
6. Die objektive Zumutbarkeit als Bestimmungsmerkmal der objektiven Sorgfaltswidrigkeit	138
7. Ergebnis und Schlußbetrachtung	140
V. Haftung aus dem Gesichtspunkt des Übernahme- oder Vorsorgeverschuldens	141
VI. Die subjektive Zumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund	143
VII. Die Verortung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten bei vorsätzlicher Bege- hung eines deliktischen Tatbestandes	145
1. Ausschluß wertender Betrachtungen beim Vorsatzbegriff	145
2. Die subjektive Zumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund bei der vor- sätzlichen unerlaubten Handlung	147
VIII. Exkurs: Die Berücksichtigung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten nach dem Produkthaftungsgesetz	148
1. Stellungnahmen im Schrifttum	148
2. Eigene Position für den Bereich der Konstruktionsfehler	150
3. Zusammenfassung	151
IX. Ergebnis	151

*Dritter Teil***Die Bedeutung des Zumutbarkeitseinwandes
für den Deliktsschuldner**

§ 13 Verantwortlichkeit aufgrund anderer Haftungsnormen trotz Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	153
I. Die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB	154
1. Die Position der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung	154
2. Die Auffassung von Deutsch und Nipperdey	155
3. Eigene Stellungnahme	155
II. Der Ausgleichsanspruch nach § 904, S. 2 BGB	156
1. Analoge Anwendung des § 904, S. 2 BGB	156
2. Gegenstimmen und eigene Stellungnahme	157
3. Reichweite der Analogie	159
III. Zusammenfassung	160
§ 14 Die Reichweite von Zumutbarkeitsgesichtspunkten im Deliktsrecht	160
I. Rechtfertigungsgründe und Zumutbarkeitsaspekte	161
II. Vorrang der auf den Kernbereich einer grundrechtlichen Gewährleistung zurückführbaren Zumutbarkeitsgesichtspunkte	162
III. Das Durchgreifen des Zumutbarkeitseinwandes als Einzelfallentscheidung ..	163
§ 15 Versicherungsschutz als bei Zumutbarkeitsüberlegungen zu berücksichtigender Gesichtspunkt	164
I. Bestehende Haftpflichtversicherung	164
1. Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur	164
2. Eigene Stellungnahme	166

Inhaltsverzeichnis	15
II. Üblicher oder vernünftigerweise gebotener Versicherungsschutz	167
III. Zusammenfassung	168
§ 16 Die Bedeutung des Zumutbarkeitsbegriffs im Deliktsrecht – Eine abschließende Stellungnahme	168
Versubjektivierung des objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs	169
§ 17 Zusammenfassung	171
I. Begriffsbestimmung	171
II. Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktsrecht – Ausfluß seiner Interessenfortsetzungsfunktion	171
III. Die Verortung der Zumutbarkeit im Schichtaufbau des Deliktstatbestandes ..	173
IV. Reichweite des Zumutbarkeitseinwandes	174
Literaturverzeichnis	176

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Allgem.	Allgemeiner
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
Art.	Artikel
ArbuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauGB	Baugesetzbuch
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht
BMJ	Bundesminister der Justiz
BonnerKomm	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BR	Bundesrat
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss. jur.	juristische Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
dng	die niedersächsische gemeinde
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
Drs.	Drucksache
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.PreußALR	Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht
f.	für
f., ff.	folgende (Seite(n))
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GemKomm	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
i. V.	in Verbindung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
JherJb., JJB.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

LAG	Landesarbeitsgericht
LeipzKomm	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring. Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs
LPachtG	Landpachtgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Österr.	Österreichisches
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OVG	Oberverwaltungsgericht
PfIVG	Pflichtversicherungsgesetz
PHI	Produkthaftung International
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Richtl.	Richtlinie
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite(n)
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
v.	von
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

WM	Wertpapier-Mitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Einführender Teil

§ 1 Einleitung

Die korrespondierenden Begriffe der Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit begegnen uns in nahezu allen Rechtsgebieten¹. Im Strafrecht ist beispielsweise versucht worden, einen allgemeinen Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit herzuleiten. Für das Bundesverfassungsgericht ist die Zumutbarkeit offensichtlich mit der Angemessenheit gleichbedeutend und deshalb das abschließende Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung². Im Zivil- und Zivilprozeßrecht taucht der Begriff der Zumutbarkeit in einer Reihe von gesetzlichen Regelungen auf³, wird bei von der Rechtsprechung anerkannten Rechtsinstituten wie dem Wegfall der Geschäftsgrundlage eingeführt und erfüllt auch sonst häufig eine haftungsbegrenzende Funktion⁴.

Letzterer Befund verstärkt sich für denjenigen, der im Bereich des Haftungsrechts⁵ arbeitet. Bei den Verkehrspflichten findet sich der Begriff der Zumutbarkeit schon im „Tatbestand“. Jedenfalls die Rechtsprechung bringt auch die Adäquanz mit der Zumutbarkeit in Verbindung. Ebenso ist Gemeingut, daß Zumutbarkeitserwägungen im Rahmen der Schadensminderungspflicht zu berücksichtigen sind, und schließlich soll ein Verschulden dann zu verneinen sein, wenn dem Täter in der konkreten Situation ein normgemäßes Verhalten nicht zumutbar war.

¹ Deutlich geworden ist dies bei den 8. Helgoländer Richtertagen mit dem Thema „Der Grundsatz der Zumutbarkeit im Recht“. Vgl. hierzu SchHAnz 1969, S. 167ff.

² Vergleiche etwa BVerfGE 59, 336 (357); 61, 126 (134).

³ §§ 549 Abs. 2, 554a, 556 a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, 626 Abs. 1, 651e Abs. 1 S. 2, 906 Abs. 2 S. 1 u. 2, 1898 Abs. 1, 1901 Abs. 2 S. 1, 2331a Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6 Abs. 3, 10 Nr. 4, 19 AGBG, § 5 Abs. 1 KSchG, § 5 LPachtVG, §§ 116, S. 1 Nr. 1, 141 Abs. 1 S. 2, 811a Abs. 1, 2. Halbs. ZPO, § 30a ZVG. Ebenso in dem nach h.L. dem Privatrecht zuzuordnenden § 102 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BetrVG.

⁴ Erinnert sei hier an den Schulfall der Sängerin, die nicht auftreten kann, weil ihr Kind schwer erkrankt ist. Die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen ist ihr unzumutbar.

⁵ Die im Nachfolgenden synonym verwandten Begriffe „Haftungsrecht“ und „Deliktsrecht“ beziehen sich auf den Fragenkomplex des Haftungsgrundes im Bereich der unerlaubten Handlungen. Soweit es um den Umfang der Haftung geht, den das Bestehen eines Haftungsgrundes nach sich zieht, wird der Ausdruck „Schadensrecht“ verwendet werden. Die Unterscheidung zwischen „Haftungsrecht“ und „Schadensrecht“ vollzieht auch Schäfer, In: Staudinger¹², Rn. 1 vor §§ 823ff.

Bei der Allgegenwärtigkeit des Begriffes der Zumutbarkeit liegt es nahe, darin mit Henkel ein „regulatives Prinzip“ zu sehen⁶. Damit ist aber noch keine Entscheidung darüber gefallen, wann und wo dieses Prinzip überhaupt wirken darf und wie stark die Regulationswirkung im Einzelfall ist.

Der bislang umfassendste Versuch, sich der Problematik der Zumutbarkeit anzunehmen, ist 1961 von Weber unternommen worden⁷. Auch heute noch gilt seine Erkenntnis⁸, daß der Begriff der Unzumutbarkeit vielfach gedankenlos verwandt wird, häufig gar nicht als Rechtsbegriff verstanden werden soll, sondern nur der Ausschmückung der Argumentation dient. Heute, 35 Jahre nach der Kommentierung, ist festzustellen, daß der Zumutbarkeitsbegriff eher noch freimütiger in die Debatte geworfen wird als zur damaligen Zeit. Weber hat deshalb mit Recht dazu aufgerufen, „dem Problem der Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit methodisch zu Leibe zu gehen“⁹. Die Ansätze hierzu sind allerdings spärlich geblieben, und für das Deliktsrecht¹⁰ kommt verstärkend hinzu, daß Weber mit seinen Untersuchungen dieses Rechtsgebiet selbst nicht behandelt hat. Die nachfolgende Bearbeitung will versuchen, die bestehende Lücke zumindest ansatzweise zu füllen.

§ 2 Methodisches Vorgehen

I. Die Herleitung des Begriffes der Zumutbarkeit im Deliktsrecht

Zumutbarkeitserwägungen verschieben die Haftungsgrenzen. Beruft sich der Schädiger darauf, ein rechtmäßiges Verhalten sei ihm unzumutbar gewesen, weshalb eine Haftung ausscheiden müsse, geht dieser Einwand zu Lasten des Geschädigten. Dessen Haftungsrecht erfährt durch die Berücksichtigung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten eine Einschränkung. Andererseits mag der Geschädigte darauf verweisen, er hätte den eingetretenen Schaden nur mit einem ihm nicht zumutbaren Aufwand abzuwenden vermocht, so daß ihm ein Verstoß gegen seine Schadensminderungspflicht nicht zur Last gelegt werden könne. Hier verschärft also der Einwand des Geschädigten die Haftung des Schädigers.

Beide Haftungsverschiebungen sind begründungsbedürftig. Dabei ist zunächst festzustellen, daß den Tatbeständen der unerlaubten Handlungen der Begriff der Zumutbarkeit fremd ist. Es muß daher nach einem allgemeinen Prinzip gesucht

⁶ Henkel, In: Festschrift für Mezger, S. 249 (267).

⁷ Kommentierung zu § 242 in der 11. Auflage des Kommentars von Staudinger.

⁸ In: Staudinger¹¹ § 242, Rn. B29.

⁹ Weber JJB. 1962/63, 212, 239.

¹⁰ Vgl. Fn. 5.

werden, aus dem sich eine Beachtlichkeit der Zumutbarkeit im Deliktsrecht ableiten läßt. In Betracht kommen hier zunächst Prinzipien, die sich aus dem allgemeinen Schuldrecht ableiten lassen, insbesondere das Gebot von Treu und Glauben. Zweifel an der Tragfähigkeit dieser Herleitung resultieren aber daraus, daß § 242 BGB nach weitverbreiteter Ansicht nur innerhalb bestehender oder zumindest bereits angebahnter Sonderverbindungen Anwendung finden soll. Eine derartige Sonderbeziehung wird durch das Delikt aber gerade erst begründet. Die Zumutbarkeit wird im Deliktsrecht deshalb – anders als im Schadensrecht – kaum auf das Gebot von Treu und Glauben zurückführbar sein. Daher wird anschließend untersucht werden, inwieweit speziell das Haftungsrecht prägende Prinzipien wie der Präventions- und der Ausgleichsgedanke oder das Rechtsfortsetzungsprinzip die Berücksichtigung von Zumutbarkeits Gesichtspunkten erforderlich machen. Ausgangspunkt dieser Überlegungen sind entsprechende Versuche im strafrechtlichen Schrifttum. Dort bemüht man sich, die Notwendigkeit der Einbeziehung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten in den strafrechtlichen Deliktsaufbau aus der Strafzwecklehre heraus zu begründen. Dieses Vorgehen erscheint wegen der nicht zu leugnenden Parallelen zwischen dem Delikts- und dem Strafrecht auch für die vorliegende Untersuchung interessant.

Ein Gebot, Zumutbarkeitserwägungen im Deliktsrecht mitzubeachten, mag schließlich auch aus verfassungsrechtlichen Vorgaben folgen. Derjenige, der mit der Unzumutbarkeit argumentiert, beruft sich vielfach auf Gesichtspunkte, die ihm gegenüber dem Staat ein Abwehrrecht gewähren würden. Das bedeutet, er ist im Einzelfall nicht verpflichtet, der geschriebenen Rechtsordnung, also dem staatlichen Befehl, zu folgen, weil seine Handlungsfreiheit, Gewissensfreiheit oder auch ein anderes Grundrecht anderenfalls in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt wäre. Damit aber stellt sich hier das Problem der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht. Beeinflussen die Grundrechte einerseits auch die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen und verlangen sie andererseits – zumindest im Verhältnis zum Staat – nach der Berücksichtigung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten, müßten sie möglicherweise auch im Deliktsrecht Beachtung finden.

Dennoch soll zunächst versucht werden, das Zumutbarkeitskriterium aus allgemeinen zivil- bzw. haftungsrechtlichen Grundsätzen herzuleiten. Eine solche Zurückführung auf allgemeine Prinzipien bereitet aber in einem dem Kodifikationsgedanken verschriebenen Zivilrechtssystem nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Das Gesetz erhebt hier nämlich den Anspruch, denkbare Interessenkonflikte möglichst vollständig erfaßt und sie dann jeweils abschließend geregelt zu haben. Die auf diese Weise zum Ausdruck kommende Wertung darf deshalb nicht mittels allgemeiner (Zumutbarkeits-) Erwägungen ausgehebelt werden. Zumutbarkeitsüberlegungen müssen deshalb im Deliktsrecht unter dem Vorbehalt anderweitiger positivistischer Wertungen stehen. Nur dann wird man den Einwänden Webers gerecht, den Zumutbarkeitsbegriff nicht gedankenlos zu verwenden, sondern gezielt bei gesetzlich nicht geregelten Interessenkonflikten aufzugreifen. Allein unter die-