

~~24-D-186~~

Drei Gutachten

über die

beantragte Revision des 30. Hauptstückes

im II. Theile des a. h. Gesetzbuches.

Dem österreichischen Advocatentage erstattet

von

Prof. Dr. L. Pfaff, Prof. Dr. Randa,

Prof. Dr. Emil Brehal.

Im Verlage des österr. Advocatentages.



Wien,

k. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme

1880.

Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht.

Ein Gutachten

dem österreichischen Advocatentag erstattet

von

Prof. Dr. L. Pfaff.

Verstehe ich den Antrag¹, dem die vorliegende Untersuchung gilt, recht, so bezieht er nicht nur eine Revision der das 30. Hauptstück des a. b. G. B. bildenden §§ 1293—1341, sondern er verlangt eine Reform unseres Schadenersatzrechtes überhaupt, einen gesetzgeberischen Act, der ändernd eingreift in das praktisch wichtigste Gebiet unseres bürgerlichen Rechtes und mehr oder weniger alle Theile des letzteren berührt². Selbst so verstanden, geht der Antrag, wofern unser Schadenrecht wirklich einer Revision dringend bedarf, kaum weit genug. Von vornherein wird nicht zweifelhaft sein, daß eine Revision einer einzelnen Lehre, die in alle Theile des Privatrechtssystems so tief eingreift, außerordentlich schwierig ist; man braucht nicht Pessimist zu sein und kann doch den Erfolg der Arbeit für einen sehr problematischen halten, wofern die Revision nicht in einer Umarbeitung des ganzen bürgerlichen Gesetzbuches erweitert würde; bliebe sie beschränkt auf das Schadenersatzrecht, wollte sie aber dennoch alle, wenn auch im Gesetzbuch noch so abseits stehenden, dahin gehörigen Stellen, umfassen, so würden die Schwierigkeiten der Bewältigung der Aufgabe ebenso groß sein, als jene es wären, die sich, wenn die Revision auf das 30. Hauptstück beschränkt würde, gerade aus der Lösung der Aufgabe ergeben müßten³. Trotzdem soll

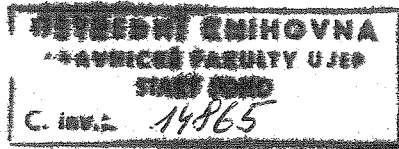
¹ Antrag des Herrn Hof- und Gerichtsadvocaten Dr. Max Strauß: „Der österreichische Advocatentag spreche seine Rechtsüberzeugung dahin aus, daß eine gründliche Revision des 30. Hauptstückes II. Theiles des a. b. G. B. (Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung) im dringenden Interesse der Rechtspflege liege.“

² Vgl. schon Zeiller Comm. III, S. 700, Z. 2. Scheidlein Miscellen IV, 1821, S. III, und von Wening-Rugenheim Die Lehre vom Schadenersatz nach Römischen Rechte. Heidelberg, 1841, S. VI, 18.

³ Sehr zahlreiche Sätze in allen Theilen des Gesetzbuches erhalten Leben und Bedeutung erst aus dem 30. Hauptstücke. Welche Unsicherheit des Rechtes, wenn nun nicht klar wäre, welches die Tragweite der von der Gesetzgebung beschlossenen Aenderungen wäre, wenn zweifelhaft bliebe, wie viel vom alten Recht geändert, wie viel von demselben stehen geblieben sei!

Die ständige Deputation des österr. Advocatentages erhielt die nachstehenden Gutachten:

1. Von Prof. Randa mit Zuschrift vom 31. März 1878.
2. Von Prof. Pfaff mit Zuschrift vom 27. März 1880.
3. Von Prof. Strohal mit Zuschrift vom 29. März 1880.



| |
|---------------------------|
| Koupi od |
| Darem od <u>W</u> |
| v za Kčs <u>45-</u> |
| Inv. čis: <u>30930</u> |
| Sign |

bereitwillig zugegeben werden, daß die Schwierigkeit der Aufgabe kein durchschlagender Grund sein kann, ihre Lösung nicht zu versuchen, wenn wirklich die Sätze unseres Schadenersatzrechtes so mangelhaft sind, daß ihre Reform im dringenden Interesse der Rechtspflege liegt. Und den Anschein hat es allerdings, als sei unser Schädenerrecht ein sehr mangelhaftes. Jedermann weiß ja, daß auch bei uns wahr ist, was Zink⁴ versichert: „Es ist nichts mißlicher und hoffnungsloser, als eine Entschädigungsfrage in deutschen Gerichten anzustellen, sie geht gewiß in der Regel leer aus; liefert sie am Ende auch eine spärliche Ausbeute, so ist das Gewisse, was sie einbringt, meistens so unbedeutend und karg zugemessen, daß es nur mit Noth die Kosten des Processus deckt und nie den Verdruß desselben vergüten wird.“ Billig darf man fragen: Wo ist der Grund dieser Uebelstände zu suchen? Und insbesondere: Liegt er in den Bestimmungen unseres materiellen bürgerlichen Rechtes?

Soll auf diese Frage eine überzeugende Antwort gegeben werden, so darf sich die Untersuchung nicht darauf beschränken, lediglich die in unserer Praxis angewendeten Rechtsätze auf ihren Werth hin zu prüfen; es muß ihr gestattet sein, sich auch mit der Frage zu beschäftigen, welches die vom b. G. B. aufgestellten Principien des Schadenersatzrechtes seien, und ob nicht so manche von der Theorie gelehrte und von der Praxis geübte Sätze mehr oder weniger von dem abweichen, was das Gesetzbuch als Norm aufgestellt hat. Hierbei sollen — es geschieht dies in Rücksicht des österreichischen Schädenerrechtes seit Zeiller zum erstenmale — die Berathungsprotokolle des b. G. B.⁵ benützt werden. Was sie enthalten, ist darum nicht

⁴ Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilproceß (München, 1860), I, S. 568 f. Vgl. G. Lehmann Der Nothstand des Schädenerrechtes und der Entwurf der k. sächsischen Civilproceßordnung (Leipzig, 1865), S. 41: „... Anschauungen . . . die von fast allen modernen deutschen Proceßgesetzgebungen vertreten werden.“

⁵ Der Berathung des 30. Hauptstückes waren gewidmet in erster Lesung die Sitzungen vom 12. und 19. Mai, 2., 9. und 16. Juni 1806, in zweiter Lesung die Sitzung vom 3. December 1807 und in dritter Lesung die Sitzung vom 21. December 1809. An der ersten Lesung nahmen hier Theil Mottenhann, der D. L. N. Haan, Sonnenfels, Nischen, Ehrenberg, Lyro, Pitreich, Orlandini, Zeiller und Scheppl (doch fehlten am 19. Mai 1806 Haan, am 16. Juni 1806 Sonnenfels, und Nischen war am 9. Juni 1806 nur während eines Theiles der Sitzung anwesend). An der zweiten Lesung waren betheiligte: Haan, Sonnenfels, Pitreich, Zeiller und Pratobevera, und an der dritten: Haan, Pfleger, Nischen, Zeiller und Pratobevera. — Daß der Berathung einer so wichtigen und schwierigen Materie schon in der ersten Lesung verhältnißmäßig so wenig Zeit gewidmet wurde, mag sich wohl hauptsächlich daraus erklären, daß während sonst über die Paragraphe des w. g. G. B. debattirt wurde, bei diesem Hauptstück ein eigener vom Referenten verfaßter Entwurf die Basis der Berathung bildete. Diese, die Debatten ohne Zweifel sehr abkürzende Vorarbeit war, wie Zeiller mittheilte, vorgenommen worden, weil er in diesem Hauptstücke sowohl in

weniger interessant, weil es zum Theile mit Lehren zusammenfällt⁶, die man gewohnt ist, in der Doctrin für überwunden anzusehen und selbst in der Praxis bei Seite gelegt hat. Die Frage, welches Gewicht diesen Protokollen als Interpretationsmittel zukomme, bedarf hier keiner neuen Untersuchung⁷; es sei nur bemerkt, daß es weder auf eine vollständige Mittheilung der erwähnten Protokolle⁸, noch auf eine vollständige Darstellung der Lehre vom Schadenersatz abgesehen ist. Die Aufgabe geht vielmehr in erster Linie dahin, zu untersuchen, ob jene vielfach laut gewordenen Klagen und worin sie begründet seien, aus denen der Antrag Strauß hervorgegangen ist, die Klagen nämlich, daß der Rahmen des Schadenersatzrechtes bei uns ein zu eng geschlossener sei nach zwei Richtungen hin:

Rücksicht des Inhalts als der Ordnung der Begriffe sehr viele Veränderungen haben vornehmen müssen. Das bestätigt auch die Vergleichung des b. G. B. mit dem w. g. G. B. auf das Vollständigste. So stark des letzteren Hauptstück „Von dem Verschulden“ auch benutzt ist, die Differenzen sind sehr bedeutend. Das b. G. B. von 1811 schweigt z. B. von dem Gegensatz des öffentlichen (d. h. strafbaren) und Privatverschuldens; es unterscheidet nicht mehr ein Verschulden, welches von einem vermeidlichen Fehler des Verstandes herrühren soll, von einem solchen, das auf einem Willensfehler beruht; es kennt nicht mehr unzählige Grade des Versehens, vermeidet eine Menge Detail, das sich im w. g. G. B. vorfand und ist doch vollständiger, insofern es im 30. Hauptstücke auch einige Lehren abgehandelt hat, die das w. g. G. B. erst in das Hauptstück: „Von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen und auf Nebengebühren“ einreichte. Man wird behaupten dürfen, daß dieser Vorarbeit Zeiller's der streng geschlossene Gedankengang zu verdanken ist, durch welchen sich das 30. Hauptstück auszeichnet. Daß der Gegenwart, die den Begriff des Zufalls anders zu begrenzen pflegt, als Zeiller that, jener Gedankengang als ein unlogischer erscheinen kann und muß, kann diesen Werth der Zeiller'schen Arbeit, wofern sie, wie billig, mit dem Maße ihrer Zeit gemessen wird, gewiß nicht schmälern. Vgl. Wenig-Engenheim, S. 12, der, wie er die Zersplitterung der Lehre vom Schadenersatz im corpus iuris tadelnswerth findet, so ihre Concentration im b. G. B. rühmt. Ueberhaupt klingen so manche seiner eigenen Ausführungen mit Sätzen des b. G. B. zusammen.

⁶ Die Lehre vom Schadenersatz war namentlich in den letzten Jahren der Redactionszeit mehrfach literarisch besprochen und allenthalben finden wir Klagen über ihre Schwierigkeit. Vgl. z. B. Schöman Lehre vom Schadenersatz (1806) (partiell auch in seinem Handbuche des Civilrechtes veröffentlicht) I, S. III: „Es sind der dunkeln und vielfinnigen Fragmente so viele, daß selbst Doneau den auffallendsten Collisionen nicht entging, und der praktische Leyser an ihrer Enträthselung gänzlich verzweifelte.“ II, S. VIII: „. . . in allem Betracht so schweren und verzweifelten Lehre.“ Vgl. die Theorie der Culpa (1806), Vorrede: „Da diese Lehre so dürftig und von den Meisten gedankenlos bearbeitet worden ist. . .“ „bei so wenigen und fast durchaus schlechten Vorarbeiten. . .“ Vgl. noch ein halbes Jahrhundert später: Fr. Mommsen zur L. v. d. Interesse (1855), S. V ff., und von Oesterreichern: Scheidlein Miscellen IV (1821), S. IV: . . . „nicht geringe Schwierigkeiten.“

⁷ Vgl. darüber Pfaff und Hofmann Comm. I, S. 187 ff.

⁸ Von diesen wird so viel mitgetheilt werden, als die im Text sofort bezeichnete Begrenzung der Aufgabe mit sich bringt.

einmal, indem das Gesetz Ersatzansprüche gar nicht zulasse, die de lege ferenda Berücksichtigung verdienen; und zum andern, daß das Gesetz Ersatzansprüche, die es zuläßt, häufig nur in ungenügendem Maße zur siegreichen Durchführung kommen lasse.

Soll aber unsere Untersuchung keine einseitige sein, so wird sie auch die umgekehrte Frage nicht ganz bei Seite liegen lassen dürfen, — die Frage, ob das Gesetz nicht auch da und dort zu weit gegangen sei theils in der Statuierung⁹, theils in der Begrenzung des Umfangs von Ersatzansprüchen. Wohl hat sich die Praxis darüber noch kaum beschwert, und gewiß ist die Gefahr, daß der Beschädigte durch einen Schadenproceß mehr erziele, als ihm gebührt, kleiner als die umgekehrte, daß ihm etwas entzogen bleibe, was ihm von Rechtswegen zukommt¹⁰; immerhin gehört auch die Untersuchung dieser Frage zur Prüfung des Werthes des bestehenden Rechtszustandes.

I. Die Ausgangspunkte der Redactoren im Schädenrecht.

Zeiller leitete (12. Mai 1806) unter voller Zustimmung seiner Collegen zu seinen Ausführungen die Besprechung des 30. Hauptstückes mit nachstehendem Vortrag¹¹ ein:

„Vor Allem komme es hier auf die Frage an, ob man jeden, selbst durch eine unwillkürliche Handlung oder wenigstens durch was immer für ein Verschulden oder Versehen dem Andern zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig sein sollte? Nach der Lehre der älteren Naturrechtslehrer¹² hatte man für jedes Verschulden, für jedes Versehen, wodurch man den Andern beschädigt. Nach der Lehre einiger neuen Naturrechtslehrer, zu welcher Re-

⁹ Man braucht Fälle dieser Art insbesondere dann nicht lange zu suchen, wenn man so interpretirt, wie z. B. Sintenis Zur Frage v. d. Civilgesetzbüchern (1853), S. 144 den § 1312 auslegt.

¹⁰ Vgl. Mommsen a. a. D., S. 231. Lehmann S. 10: „Der Gedanke unseres Schädenrechtes ist, es soll Keiner an Schäden einen Groschen mehr bekommen, als ihm gebührt.“ In der Literatur wird denn auch selten die Gefahr betont, daß der Beschädigte zu viel vergütet bekommen könnte. Am entschiedensten thut es wohl Ruffhaumer Ueber das Maß des Schadenersatzes (1855) S. 1: „Aus seinem eigenen Schaden eine Speculation zu machen und sich in die Lage zu stellen, daß man sich allenfalls dazu nur gratuliren kann, ist gegen die guten Sitten und gegen Tren und Glauben.“

¹¹ Vgl. dazu Zeiller Comm. III, S. 704 ff., 711 ff. und die Beilage zum Vortrag vom 19. Jänner 1808 (abgedruckt bei Pfaff und Hofmann Excurse I, S. 81)

¹² Dahin gehört z. B. Höpfner Naturrecht (2. Aufl. 1783), § 131, N. 1, der jeden nicht durch freie Handlung eines Menschen zugefügten Schaden einen zufälligen nennt. Vgl. Martini, Lehrbegriff I (1783) §§ 180, 185, 195.

ferent sich in seinem Natürlichen Privatrechte¹³ ebenfalls bekannt habe, habe man das Recht, von dem Beschädiger Ersatz zu fordern, wenn er uns auch nur durch eine unwillkürliche (unfreie) Handlung einen Schaden zugefügt hat.“

„Ohne über die Richtigkeit dieser beiden philosophischen Meinungen zu streiten, gestehe Referent doch selbst, daß weder die letztere, noch auch, wenigstens ohne eine nähere Bestimmung, die erstere Meinung auf die bürgerlichen Verhältnisse¹⁴, in welchen (sic) die Menschen so oft gegen, oder wenigstens ohne ihren Willen verwickelt werden, anwendbar sei. Schon das römische Recht habe daher diese Strenge gemildert. Außer einem Vertragsverhältnisse mache zwar das aquilische Gesetz den Beschädiger für jeden durch Verschulden, selbst durch die geringste Fahrlässigkeit, zugefügten Schaden verantwortlich. Dagegen bei einseitig verbindlichen Verträgen hafte der begünstigte Empfänger für das geringste, der Verleiher nur für ein grobes, und bei zweiseitig verbindlichen Verträgen jeder Theil für das mittlere Versehen. Von diesen allgemeinen Regeln gebe es jedoch in der römischen Gesetzgebung mehrere bekannte Ausnahmen. Das preußische Gesetzbuch stelle überhaupt eben diese Theorie auf und wende sie auf die verschiedenen einzelnen Rechtsgeschäfte mit einer solchen Genauigkeit an, daß wohl einige hundert Paragraphen über diesen Gegenstand an zerstreuten Orten vorkommen. Das französische Gesetzbuch¹⁵ begnüge sich hier, wie an vielen anderen Orten, mit einer oberflächlichen Anwendung der römischen Rechtstheorie.“

„Die Verfasser dieser Theorie seien unstreitig von der wichtigen Betrachtung ausgegangen, daß man von dem Menschen nicht in allen Rechtsverhältnissen den nämlichen Grad des Fleißes, der Aufmerksamkeit und Erfahrung fordern könne. Sie unterscheiden daher einerseits (objectiv) die verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte, andererseits (subjectiv) die verschiedenen Grade des Fleißes, und wollen durch die oben angezeigten und

¹³ Wien, 1802. §§ 178, 179. Vgl. Schöman I, S. 26 ff.: „Die Philosophie des Rechtes macht den Bürger unbedingt zur Entschädigung verpflichtet, wenn er oder sein Eigenthum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers sind,“ sonst „erhält das Nichtrecht ein Uebergewicht gegen das Recht des Eigenthums.“

¹⁴ Nicht ganz so faßt die Sache Schöman I, S. 4, kommt aber doch (S. 26) wesentlich zu dem gleichen Ergebnis: „Ereignisse und Rechtsgeschichte werden hier um kein Haar weiter bringen — sondern philosophische Gesichtspunkte, deren Verbindung mit Ereignissen überhaupt unserem Zeitalter vorbehalten scheint, werden den Bearbeiter auf einen höheren Standpunkt versetzen, der es ihm möglich macht, die sichersten Resultate mit der größten Bestimmtheit aus einigen classischen Stellen zu entwickeln. Uebrigens lassen sich die einzelnen Geschäfte nicht durchaus unter allgemeine Oberbegriffe bringen. . . Es hängt nun hier“ (wenn der Bürger oder sein Eigenthum Ursache einer Beschädigung sind) „von der positiven Gesetzgebung ab, den Entschädigungszwang nach ihren besten Einsichten zu bestimmen.“

¹⁵ Vgl. Wenig S. 2: „Im Code Nap. ist die ganze Lehre ohnehin nicht vorzüglich bearbeitet, wiederum völlig zersplittert.“

weiter ausgeführten Regeln dem Richter zur Anleitung und Beschränkung der parteiischen Willkür an die Hand gehen.“

„Wenn dieser Zweck erreicht werden soll, so müsse man die verschiedenen Grade des Fleißes, an die der Richter in seiner Entscheidung gebunden sein soll, durch deutliche Begriffe bezeichnen. Nun lese man aber die Erklärungen, welche das römische Recht und dessen Commentatoren oder das preussische Gesetzbuch hierüber aufstellen! Das letztere sage in Kürze Folgendes: Ein grobes Versehen heißt, welches ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit — ein mäßiges, welches bei einem gewöhnlichen Grade der Aufmerksamkeit — ein geringes, so nur durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden kann¹⁶.“

„Was heißt Anstrengung? oder gibt es wohl eine Aufmerksamkeit ohne alle Anstrengung?¹⁷ wo findet man den Maßstab des gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Grades der Aufmerksamkeit? Diese und alle ähnlichen Erklärungen von Begriffen, denen kein scharf und genau bezeichnetes Object in der Natur entspricht, werde zwar der treuherzige Schüler nachsprechen, aber in den Geschäften des bürgerlichen Lebens, sobald er davon eine Anwendung machen will, ihre Unfruchtbarkeit deutlich einsehen lernen. Daher bezeugen auch Männer von bewährter Praxis, daß man von jener spitzfindigen Unterscheidung der Grade des Versehens in den Gerichtshöfen wenig oder gar keinen Gebrauch mache. Titius (ad Lauterbach. obs. 102) sage: Haec res (de culpa gradu) magis in scholis, quam in foro auditur, cum in vita civili plerumque non tam de gradu culpa, quam eius existentia, seu an in universum aliqua culpa commissa est, quaeri soleat. Und der berühmte Höpffner habe sich nicht erinnern können, daß ihm während seiner 36jährigen Praxis ein einziger Fall vorgekommen sei, wo die Parteien über den Grad der Schuld gestritten hätten (Comm. über Heineccius Instit. zu § 757 f.). Das Nämliche werde auch von den Praktikern der österreichischen Gerichtshöfe bestätigt¹⁸.“

„Es gereiche dem Verfasser des vorliegenden Entwurfes¹⁹ zur Ehre, daß er sich bei diesem Gegenstande sowie bei vielen anderen über die verjährten Vorurtheile der Schule weggesetzt und den Unterschied bestimmter Grade des Verschuldens für unmöglich und unnütz erklärt habe. (§§ 423, 428 und

¹⁶ Vgl. auch Kreittmahr, Anmerkungen IV (1821), S. 73 ff.

¹⁷ Indessen spricht doch Zeiller selbst (Comm. III, S. 759, Z. 4) von einem „groben Versehen, welches bei den gemeinsten Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte“.

¹⁸ Vgl. Wenig, S. 108: „Eine der merkwürdigsten Erscheinungen bleibt, daß, während aller Zeit die Theorie im Haber war, die Praxis fortwährend nur eine zweigradige culpa annahm und nach dieser ihre Entscheidungen regelte.“

¹⁹ Darunter ist hier selbstverständlich das w. g. G. B. zu verstehen.

429)²⁰. Er sei aber dieser Behauptung nicht ganz treu geblieben²¹, indem er selbst eine Erklärung von dem größten, geringsten und mittleren Versehen zu geben versucht (§ 424), und in der Folge nicht undeutlich darauf Rücksicht nimmt (§§ 441 und 442).“

„Da es indessen doch auch wahr bleibe, daß man von dem Menschen nicht unter allen Umständen, wo die Rechte Anderer Gefahr laufen, den höchsten Grad von Erfahrung und Aufmerksamkeit fordern könne, so dürfte es nur darauf ankommen, daß man den Begriff von Versehen nicht zu hoch angebe²², sondern ihn den gewöhnlichen und billig vorauszusetzenden Fähigkeiten derjenigen, welche des Erfases wegen in Anspruch genommen werden sollen, anzupassen suche. Einen Versuch dieser Art enthalte die folgende Textirung.“

Man sieht, zwei Gedanken beherrschen diese Ausführungen:

Zum Ersten: Der als Neuerung dem gemeinen und preussischen Recht gegenüber vorgeschlagene Rechtsatz, daß in allen bestehenden Verpflichtungsverhältnissen für omnis culpa gehaftet werden solle. Bei diesem Satz hält sich Zeiller hier und in anderem Zusammenhang²³ ziemlich lange auf, weil er fühlt, daß eine solche Vereinfachung des Rechtes einer Rechtfertigung bedürftig sei. Wir kommen darauf weiter unten zurück.

Zum Andern stellt Zeiller sich die Frage: Was kann Rechtsgrund einer Entschädigungspflicht sein? Zwar stellt er sie nicht in dieser Allgemeinheit, sondern seine Frage lautet: Soll man verantwortlich sein für jeden schuldhafterweise einem Andern zugefügten Schaden oder — weiter gehend — auch für einen Schaden, den man durch eine unwillkürliche Handlung zugefügt hat? Immerhin aber enthält auch diese Fassung, so sehr sie weitaus

²⁰ Ganz anders noch der von Zeiller (Comm. III, S. 737) so hochgehaltene Schöman, der I, S. 4 erklärt, daß sich ein Rechtsatz, wonach alles Versehen ohne Ausnahme dem Beschädigten zu praestiren wäre, nicht rechtfertigen lassen würde. Hingegen erklärt Wenig S. 102 sich „fest überzeugt, daß eine genaue Bestimmung der Grade ganz unmöglich und die Willkür in der Anwendung nie zu vermeiden sei“. Gleichermassen erscheint ihm (S. 169) die Aufstellung der culpa in concreto ganz überflüssig.

²¹ Daß Zeiller, dessen eigener Entwurf doch auch eine Unterscheidung von Graden der culpa (wenn auch nur implicite) enthielt, diesen Vorwurf erheben konnte, ohne sich selbst von demselben getroffen zu fühlen, läßt sich wohl nur begreifen, wenn man einerseits betont, daß sein Vorwurf sich gegen die Aufstellung von drei Culpagraden richtet, und andererseits, daß es ihm an dieser Stelle nur auf den Satz ankam, es solle (vorläufig noch ohne alle Rücksicht auf den Umfang der Haftung) Haftbarkeit für jedes Verschulden statuiert werden.

²² Vgl. Bar in Grünhut's Zeitschrift IV, S. 23: „Zu laxen Grundfälle (über die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit) untergraben das Gefühl der Verantwortlichkeit. zu strenge . . hemmen den Fortschritt und die Entwicklung der Industrie . .“

²³ Commentar III, S. 704 ff., und unten Text nach Note 80.

enger ist, die obige Frage. Eine präcise Antwort versucht Zeiller nicht; er bemerkt nur, man könne keine der beiden Fragen rundweg bejahen und diese Antwort als positives Recht gelten lassen, um dann sofort abzulenken zu der erwähnten, ihn hauptsächlich beschäftigenden Neuerung. Etwas deutlicher spricht er an einer anderen Stelle (Prot. 21. Januar 1805). Das w. g. G. B. III § 3 nannte als Quellen der persönlichen Rechte Verträge und Verschulden. Das letztere verwarf Zeiller, weil es zu eng sei, da der Entwurf III § 456 auch ein Entschädigungsrecht gegen Kinder und Wahnsinnige²⁴ gewähre, „denen man doch kein Verschulden beimessen kann“. Da alle Botanten seine Ausführungen „durchgängig richtig“ fanden, wurde statt des vom w. g. G. B. gebrauchten Ausdrucks gesagt: „eine widerrechtliche Handlung des Verpflichteten“^{25 26}, endlich aber, wieder auf Zeiller's Antrag, in zweiter Lesung (14. Sept. 1807) die gegenwärtige Fassung des § 859 gesetzt, wonach „eine erlittene Beschädigung“²⁷ der Grund des Entschädigungsanspruches ist.

Hiernach ist das Eine klar: Wenn auch nicht ohne Schwanken festgehalten²⁸, wenn auch nicht in wissenschaftlicher Klarheit entwickelt und begrenzt — schon der Standpunkt der Redactoren läßt sich nicht anders bezeichnen als durch den Satz: Das Recht, die Gerechtigkeit fordert nicht überall, wo eine Schadenersatzpflicht bestehen soll, das Vorhandensein eines Verschuldens, sondern es genügt unter Umständen zur Begründung der Verantwortlichkeit schon, daß Jemand die Ursache der Beschädigung ist. Wenn § 1295 den Beschädiger verantwortlich macht für den Schaden, den er aus Verschulden zugefügt hat, so ist damit nicht gesagt, daß es solche Fälle nicht gebe, in denen der Beschädiger den Schaden

²⁴ Etwas später (19. Mai 1806) wollte freilich Zeiller diese Verantwortlichkeit der Kinder u. s. w., so sehr er vom philosophischen Standpunkt dieselbe postulirte, ganz aufgeben, denn die Vorschrift lasse sich „auf das bürgerliche Leben nicht wohl anwenden. Wollte man ihr getreu bleiben, so müßte man umsomehr anordnen, daß jedes noch so geringe, selbst unvermeidliche Versehen den Schadenersatz nach sich ziehe . . .“

²⁵ Vgl. dazu Haffe Culpa S. 10 f.

²⁶ Weil es „außer den wenigen Fällen, wo unmittelbar das Gesetz ein Recht gibt, oder eine Verbindlichkeit auflegt . . . nur zwei Quellen der persönlichen Sachenrechte (gebe) . . . nämlich Verträge und Beschädigung“ — wurde auf Zeiller's Antrag auch die Ueberschrift des Hauptstückes („Von dem Verschulden“) in die gegenwärtige geändert.

²⁷ Den Forderungen, die sich unmittelbar auf ein Gesetz gründen, entsprachen nach den Beschlüssen der ersten Lesung jene, die sich auf „eine erlaubte Handlung des Berechtigten“ gründen. Auch diese Bezeichnung für die obligationes, quae quasi ex contracta nascuntur, hatte Zeiller vorgeschlagen, damit man „die Sache bei ihrem wahren Namen“ nenne.

²⁸ Sonnenfels erklärte einmal (19. Mai 1806), ohne Widerspruch zu finden, „daß Zufall auf das Entschädigungsrecht keinen Einfluß habe.“ Aber vgl. bei Note 165.

ersetzen muß, obwohl ihm kein Verschulden zur Last fällt. Es ist also mehr als ein unvorsichtiger Ausdruck, es ist geradezu unrichtig und heißt den Geist des geltenden Rechtes verkennen, wenn gelehrt wird, es sei, „damit von einem Ersatzanspruche die Rede sein könne . . . nothwendig, daß die Beschädigung in einem Verschulden des Beschädigers begründet sei“ oder es setze „die Ersatzpflicht jederzeit ein Verschulden voraus“²⁹. Für solche Irrthümer kann das Gesetz nicht verantwortlich gemacht werden; vielmehr ist es Aufgabe der Wissenschaft, klarzustellen, inwieweit und in welchen Anwendungen das Gesetz dem erwähnten Grundgedanken Folge gegeben hat³⁰.

Diese Aufgabe ist aber noch nirgends gelöst. Auch die Wissenschaft des gemeinen Rechts ist noch weit davon entfernt, die beiden Sätze: Es gibt Fälle, in welchen man nur für verschuldeten Schaden, und solche in denen man auch für unverschuldeten Schaden einstehen muß, als coordinirte nebeneinander zu stellen. Im Ganzen ist sie³¹ dabei stehen geblieben, das römische Recht mache den Beschädiger nur verantwortlich für verschuldeten Schaden, was darüber hinausgehe, sei Ausnahme³²; das

²⁹ Schuster Baurecht, S. 72 f. Stubenrauch Comm., 2 Aufl., II, S. 427 f., 439. Auch in den Motiven gerichtlicher Entscheidungen findet man nicht selten den gleichen unwahren Gedanken; vgl. z. B. Sammlung von Glaser, Unger, Walther II, Nr. 550, wo die erste Instanz sagt: „Die Pflicht zu einer Entschädigung setzt nach § 1295 b. G.-B., immer ein Verschulden voraus . . .“; XIV., Nr. 6214, wo die erste Instanz findet, der Anspruch des A aus dem Titel des Schadenersatzes sei nicht gerechtfertigt, weil nicht bewiesen sei, „daß er durch Verschulden des B um den . . . Posten gekommen sei . . .“ Köll, Sammlung von eisenbahnrechtl. Entscheidungen, Nr. 179, wo gleichfalls die erste Instanz erklärt: „Es scheiden sich . . . wie bei einer jeden Schadenersatzforderung 1. die Frage . . ., 2. ob ihm hiebei ein Verschulden zur Last falle . . .“ Ja sogar das Gesetz v. 5. März 1869 (R. G. Bl. Nr. 27) hat sich mit einer Vermuthung beholfen, „daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung . . . eingetreten sei“. Anders und richtiger das deutsche Reichsgesetz vom 7. Juni 1871. Vgl. noch unten Note 138.

³⁰ Allerdings steht § 1306 (v.: „in der Regel“) in der Reihe jener Paragrafen, die nur von dem „aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung“ entstandenen Schaden sprechen. Aber auch damit ist doch deutlich genug gesagt, daß Verschulden keine unerlässliche Voraussetzung für die Entstehung einer Ersatzverbindlichkeit sei. Und stellt unser Gesetzbuch nicht neben den Schaden aus Verschulden noch fünf andere Gruppen? Mag, wie nicht bezweifelt werden soll, immerhin auch in diese das Verschulden eingemengt sein — wer unbefangenen zuseht, wird nicht verkennen können, daß es nicht überall dominiert.

³¹ Zum Folgenden vgl. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts III, S. 375 ff.

³² Und das soll nicht nur Inhalt des römischen Rechts, sondern auch das Richtige sein. S. Wenig S. 19 f.: „Der Staat als Staat, d. h. seinem Wesen nach, kann . . . nur den widerrechtlich (d. h. von der Person mittelbar oder unmittelbar) verursachten Schaden überhaupt behandeln, nur dieser wird Gegenstand der Rechtsgesetz-

ältere deutsche Recht³³ allerdings enthalte das Princip, daß Jeder den von ihm widerrechtlich zugefügten Schaden ersetzen solle, selbst dann, wenn ihn nach unserer Auffassung keine Schuld trifft. Diese Auffassung habe wohl in den modernen Gesetzgebungen einzelne Erweiterungen der Haftungspflicht herbeigeführt, im Ganzen aber sei der Ausgangspunkt doch immer der geblieben, daß nur der für den Ersatz verbindlich sei, der den Schaden verschuldet habe. Und auch dabei ist wieder streitig, was denn eigentlich das zum Ersatz verpflichtende Moment sei³⁴. Trügen aber die Anzeichen³⁵

gebung.“ Was darüber hinausgeht, gehört in das Gebiet der Polizei. Ihering Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, S. 8: „... Der ewig wahre Satz: kein Uebel ohne Schuld.“ S. 45: „Nur der Vollständigkeit wegen sei bemerkt, daß dasselbe (das röm. Recht) in einigen ganz speciellen Fällen aus polizeilichen Gründen (utilitatis publicae causa) eine Haftung ohne nachweisbare eigene Schuld für Handlungen anderer Personen eintreten läßt...“ Wylß Die Haftung für fremde Culpa (1867) S. 1: „Axiom eines jeden Rechtssystems...“ Waentig Ueber die Haftung für fremde, unerlaubte Handlungen (1875) S. 1: „... eine zu allen Zeiten und in allen Rechtsgebieten gültige Regel...“ Ausnahmen aus „Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und Billigkeit...“ Neuestens vgl. noch Brinz Pand. 2. Aufl. II, S. 157, Note 35: „... ein nichtschuldbares Civilunrecht gibt es nicht...“ Aber vgl. schon Haffse Die Culpa des R. R. (2. Aufl. 1838), S. 13, 15: „... zu merken, daß die Römer nirgends einen Grundsatz hierüber aus ihren vielen einzelnen Bestimmungen hierüber ein solcher mit überzeugender Klarheit und Bestimmtheit ableiten lassen“.

³³ Vgl. Hepp Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts (1838) bes. S. 118 ff. Dazu E. Loening Die Haftung des Staates aus rechtm. Handlungen seiner Beamten (1879) S. 26 ff. (betreffend die mittelalterliche Haftung der Gemeinschaften für Handlungen ihrer Glieder). Allgemeiner führt Ihering a. a. O., S. 9 ff. aus, daß überhaupt das Recht auf den ersten Stufen seiner Entwicklung das Schuldmoment ignorire. Ebenso Bar, S. 52 ff.

³⁴ Vgl. z. B. Mommsen a. a. O., S. 138: „... besteht die verpflichtende Thatsache nicht in dem Dolus oder der Culpa des Verlegers... sondern in der verschuldeten (dolosen oder culposen) Rechtsverletzung...“ Ihering S. 40: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld“, S. 49: „Nicht... die Handlung oder Unterlassung als solche verpflichtet den Schuldner zum Ersatz des dem Gläubiger daraus erwachsenden Schadens, sondern lediglich der Umstand, daß sie ihm... zur Last gelegt werden kann.“ Brinz S. 249, Note 3: Wir bedienen uns „uns des Wortes Verschuldung für die Totalität der Handlung (objectiven und subjectiven Thatbestand zugleich).“

³⁵ Hierher gehört namentlich ein großer Theil der in Note 33 angeführten interessanten und lehrreichen Schrift von Loening, in welcher energisch betont wird, daß es eine „nicht zu rechtfertigende Ungerechtigkeit“ wäre, wenn ein Rechtsatz, trotzdem das Gesetz principieell die Schadenersatzpflicht nur der Schuld entspringen lasse, dennoch aus „Möglichkeitgründen“ eine Haftungsverbindlichkeit da statuiren wollte, wo eine Schuld nicht ist oder gar nicht sein kann. In diesem Sinne fordert „die Gerechtigkeit“ (S. 19), daß z. B. „der, der durch einen Vertreter sein Handeln ersetzen läßt, anders haftet, als der, der selbst handelt“. Diese Haftung „ist das Aequivalent für die er-

nicht, so ist der Satz, der nach dem Obigen schon unseren Redactoren vorschwebte, auf dem Punkte, zu immer weiterer Anerkennung zu gelangen. Die Gründe der Ersatzpflicht, die jetzt noch gezwungen werden, sich in den sie nicht fassenden Mantel der Verschuldung zu hüllen, werden in ihrer Reinheit hervortreten, und das vielbestrittene schuldlose (objective) Unrecht³⁶ in klaren Umrissen als ein Grund der Entschädigungspflicht zu Tage kommen. Für unser österreichisches Recht aber ist es doppelt wichtig, daran festzuhalten, daß eine Ersatzpflicht nicht nur durch Verschulden entstehen kann; denn da man den Begriff von Versehen „nicht zu hoch angeben“ wollte, (oben bei Note 22), würden wir entschieden gegen die Tendenz des Gesetzes verstoßen, wenn wir durch Verfeinerung und Zuspizung des Begriffes von Verschulden versuchen wollten, ein solches auch da zu finden, wo es nun einmal nicht ist.

II. Schaden, Ersatz, Genugthuung.

Es darf als eine in der Wissenschaft schon geraume Zeit herrschende Lehre bezeichnet werden, daß unter Schaden nur ein Vermögensnachtheil zu

weiterte Rechtsfähigkeit durch Vertreter Verträge abzuschließen“. Ebenso ist (S. 90) „die Gerechtigkeit einer Schadenersatzpflicht... darin begründet, daß die im Privatinteresse errichteten und betriebenen Unternehmungen Gefahren mit sich führen, die gar nicht oder nur unter Anwendung einer außergewöhnlichen Vorsicht... verhütet werden können. Wer eine solche Unternehmung betreibt, hat, wenn ihn auch kein Verschulden trifft, doch die aus dem Betrieb entstehenden Unfälle und Beschädigungen veranlaßt. In dem Betrieb selbst liegt keine Verschuldung, denn derselbe ist nicht rechtswidrig, aber mit dem Betrieb ist die Gefahr gegeben. Die Gesellschaft, die solche gefahrvolle Betriebe gestattet, kann und muß verlangen, daß der Unternehmer auch diese Gefahr trägt, sie muß ihn schadenersatzpflichtig machen... Wird sich das positive Recht einmal definitiv von dem Gedanken befreit haben, daß eine Schadenersatzpflicht nur aus einer Verschuldung erwachsen kann, dann werden die Gerichte auch nicht mehr in Versuchung kommen, auf dem Wege unhaltbarer Fiktionen das positive Recht mit der Gerechtigkeit in Uebereinstimmung bringen zu wollen“. Vgl. Binding Die Normen I, S. 167: „Den Unschuldigen strafen ist Justizwort: daß der Unschuldige den Schaden ersetze, den ein anderer Schuldiger oder Unschuldiger oder gar der Zufall angerichtet hat, erscheint in keiner Weise anstößig.“ Freilich will Binding S. 168, 207—223 (vgl. II, S. VI f.) die Grundlage der aus einem Delict entspringenden Ersatzverbindlichkeit nicht in dem Delict, sondern in einem Quasicontract finden, und hält (S. 229) daran fest, daß die Statuirung von Ersatzansprüchen auch auf Billigkeitsrück-sichten beruhe. Vgl. noch über Ersatzansprüche, die ohne Verschulden „nach Treu und Glauben“ als begründet erscheinen, Thöl Handelsrecht (4. Aufl.) I, § 57, S. 363; Scheurl in den dogm. Jahrb. II, S. 276 f.; Drechsler Ueber den Schadenersatz bei wichtigen Verträgen (1873) S. 58 ff. u. A.

³⁶ Vgl. Thon Rechtsnorm und subj. Recht (1878) S. 71 ff.

verstehen sei³⁷; selbst solche Juristen³⁸, die „dies eigentlich nicht gerechtfertigt“ finden, lehren es dennoch als Dogma des geltenden Rechtes, oder bekennen, es seien Forderungsrechte auf Ersatz eines anderen als Vermögensnachtheiles, wenn auch nicht undenkbar noch durch das positive Recht an und für sich ausgeschlossen, doch „von verschwindender praktischer Bedeutung und die juristische Lehre vom Interesse (sei) ausgebildet lediglich als Lehre vom Vermögensinteresse“.

Von dieser Auffassung sind auch neuere österreichische Juristen nicht unberührt geblieben; sie haben denn auch die „weite Begriffsbestimmung“ des § 1293 „unpassend“ gefunden, und es für nöthig erachtet, sie „auf das richtige Maß zurückzuführen“³⁹.

Man kann zugeben, daß die sehr vagen Definitionen von Schaden und Interesse im w. g. G. B. I § 35, III §§ 419, 479⁴⁰ zu Gunsten dieser Auffassung zu sprechen scheinen; in Wahrheit ist sie aber auch in diesem Gesetzbuche keineswegs durchgeführt — noch weniger aber im Gesetzbuche von 1811, in welchem die Redactoren mit der größten Klarheit und Entschiedenheit von einem sehr weiten Begriff des Schadens ausgehen und denselben handhaben, viel deutlicher noch, als wir dies sub I von dem Begriffe des objectiven Unrechts nachgewiesen haben.

³⁷ Vgl. Haffe S. 12: „... immer das charakteristische Merkmal: Verminderung des Vermögens...“; Arnolds Pand. § 206; Ruffbaumer S. 3; Mommsen Interesse S. 3, 5, 11 (aber auch 130) 133: „... die Richtung, in welcher sich das neuere Recht... entwickelt hat“ (zeigt sich) „namentlich in einer größeren (vielleicht zu großen) Einschränkung des richterlichen Ermessens bei der Schätzung und“ (führt) „daher noch entschiedener zur Ausschließung eines jeden Schadens, welcher nicht ein Vermögensschaden ist.“ Lehmann S. 58: „Raum betritt der Student die deutsche Univerſität, so vernimmt er gleich von allem Anfang an... den Satz: nur vermögensrechtlicher Schaden sei erstattbar, alle Affectionen, alle moralischen Schäden seien von der Erstattung ausgeschlossen. Er mag ein Lehrbuch über Recht aufschlagen, welches er will, überall liest er daselbe...“ Vgl. Entwurf eines w. g. B. für das Königreich Bayern (1861) II (Recht der Schuldbverhältnisse) Art. 52 und dazu die Motive S. 71. Anders die ältere Doctrin, z. B. Höpfner Comm. § 754: „Verlust eines Gutes, eines Vortheiles, einer Vollkommenheit. So vielerlei also die Güter sind, die man verlieren kann, so vielerlei ist der Schaden...“ Hoffbauer Naturrecht (3. Aufl., 1804) § 258: „jeder Verlust von etwas, auf welches ich ein Recht habe.“ Vgl. noch Wenig S. 14 f. mit 26 ff.

³⁸ Bruns in Holtzendorff's Encycl. (2. Aufl.), S. 384; Windscheid Pand. II, § 257, Note 3; vgl. Dernburg Preuß. Priv.-R. II, § 74.

³⁹ Unger in Haimers Vierteljahr. XIV, S. 113, Num. 3, und vgl. Hasenbühl Das österr. Obl.-R. I, S. 244, 252.

⁴⁰ I, 35: „Schaden, d. i. ein Verlust des Seinigen...“ III, 419: „erlittenen Schaden, nämlich die Schwäherung des schon gehaltenen Vermögens...“ 479: „in dem, was dem Andern daran liegt, nämlich in dem sog. Interesse...“ Vgl. aber dazu Martini Lehrsätze II, § 74 ff., 84.

Den (positiven) Schaden wollte Zeiller (19. Mai 1806) definiert wissen als „jedes Uebel, welches Jemandem an seinen Gütern oder Rechten zugefügt worden ist“; das Wort „Uebel“ wurde von der Majorität auf Antrag von Sonnenfels durch das „umfassendere und sprachrichtigere“ Wort „Nachtheil“⁴¹ ersetzt, und an Stelle der „Güter“ das „Vermögen“ genannt. Bei der Revision (3. December 1807) wurde, offenbar nach dem Muster des A. L. R.⁴² die gegenwärtige Textirung beschloffen; denn „man begreife unter Vermögen auch die Rechte, welche sich nicht unmittelbar auf die persönliche Sicherheit beziehen“. Danach ist wohl unzweifelhaft, daß der weite Schadensbegriff des § 1293, da er nur allmählich erweitert wurde, nicht bloß eine Minderung des Vermögens um einen gegenwärtigen oder zukünftigen Bestandtheil, sondern auch Verletzungen der Person an Leib, Ehre oder Freiheit (ohne Rücksicht auf die Wirkungen, welche solche Verletzungen mittelbar auf das Vermögen haben können), sowie die Vereitelung unschätzbare Rechte⁴³ umfassen will. Es kann sich also nur fragen: Hat diese theoretische Auffassung des Gesetzes auch zu concreten Rechtsätzen geführt, kraft deren auch Schäden ohne vermögensrechtliche Bedeutung ersetzt werden müssen? Nur wenn es an solchen Rechtsätzen fehlt, dürfen wir dem legalen Schadensbegriff, soweit er über den Vermögensschaden hinausgeht, die innere Wahrheit abprechen, der Umstand allein, daß Fälle vorkommen, in denen nach Vorschrift des Gesetzes gewisse nicht das Vermögen berührende Schäden nicht vergütet werden, berechtigt uns dazu noch keineswegs; denn das Gesetz kennt auch Fälle von Vermögensschäden, selbst von verschuldeten, die gleichwohl nicht zu vergüten sind⁴⁴, und doch wird hieraus Niemand schließen, daß verschuldete Vermögensschäden überhaupt nicht vergütet werden müssen.

Daß nun nach unserem Gesetz principiell auch Schäden ohne vermögensrechtliche Bedeutung ersetzt werden müssen, folgt nicht nur aus der unterscheidungslosen Textirung des § 1295, und der Art und Weise, wie in den §§ 1325 ff. die Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen den Verletzungen des Vermögens coordinirt werden, sondern ergibt sich zur vollen Evidenz aus

⁴¹ Vgl. Windscheid II, § 258, Note 1.

⁴² I, 6, § 1: „Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens.“

⁴³ Z. B. Unmöglichmachen der Erfüllung oder sonstiges Zuwiderhandeln gegen eine vertragmäßige Verpflichtung, die auf eine Leistung gerichtet ist, welche für den Gläubiger keinen Vermögenswerth hat. Daß Obligationen dieser Art anzuerkennen sind, ist nach österreichischem Recht noch viel weniger zu bezweifeln als nach gemeinem. Vgl. Unger der revidirte sächsische Entwurf (1861) S. 52 f.; Windscheid § 251, Note 3; Hasenbühl S. 21 ff.

⁴⁴ Entgangener Gewinn überhaupt, wenn der Entgang durch levis culpa veranlaßt ist, § 1324; gewisse entgangene Gewinne nach § 46, dazu Zeiller Comm. I, S. 175 und Sammlung VI, Nr. 3074.

dem richtig verstandenen § 1323, und zwar in zwei Richtungen: einmal, indem er die volle Genugthuung auch „die Tilgung der verursachten Beleidigung“⁴⁵ umfassen läßt, und zum Andern, indem der Schadenersatz wo möglich dadurch geleistet werden muß, daß der Beschädigte „Alles in den vorigen Stand zurückversetzt“, so daß es nur dann „wenn dieses nicht thunlich ist“, zur Vergütung in anderer Weise zu kommen hat. Von beiden Gedanken hat das Gesetz fruchtbare Anwendung gemacht. Das Gesetz trifft kein Vorwurf, wenn die Praxis nicht ausreichenden Gebrauch von den Mitteln macht, die es der Reaction gegen das Unrecht zur Verfügung gestellt hat.

Schon das w. g. G. B. III § 419 erwähnte neben dem erlittenen Schaden und dem entgangenen Gewinn auch (freilich verbunden durch ein „oder“) der „Tilgung der Beleidigung“ und umfaßte die beiden letzteren durch den Terminus „Genugthuung“. Zeiller's Entwurf schwieg von der Tilgung der Beleidigung ganz. Dagegen erhob sich Sonnenfels (2. Juni 1806): „Für den erlittenen Schaden werde Ersatz, für den entgangenen Gewinn Vergütung und für die zugefügte Beleidigung Genugthuung geleistet; jede dieser drei Gattungen setze ein Verschulden voraus, welches zwar durch die allgemeine Vorschrift vom Schadenersatz zur Entschädigung im Allgemeinen verbindet, dessen Aufzählung der Art, wie sie geleistet werden soll, hier am schicklichen Orte sei.“ In gleichem Sinne sprach der D. L. R. Haan, „da er überzeugt war, daß auch Beleidigung in Anschlag gebracht werden könne, und daß diese zu einer Verbindlichkeit führe, welche sich nicht auf Schaden, nicht auf entgangenen Gewinn gründet und sich daher nicht mit Schadenersatz, nicht mit Vergütung, sondern nur mit voller Genugthuung und Tilgung der verursachten Kränkung begnügt“.

Da die übrigen Stimmen beitraten, wurde textirt: „Für erlittenen Schaden muß Ersatz, für entgangenen Gewinn Vergütung, für zugefügte Beleidigung Genugthuung und Tilgung der Kränkung geleistet werden.“ Endlich wurde, noch in derselben Sitzung, mit Rücksicht auf die über § 1325 gefaßten Beschlüsse, eine Fassung beschloffen, die von der gegenwärtigen⁴⁶ nur darin abweicht, daß nicht von „Beleidigung“, sondern von „Kränkung“ die Rede ist.

⁴⁵ Unger in Jaimel's Bjschr. XIV, S. 114, N. 3, erklärt diesen Begriff für „unklar und jedenfalls irrelevant“.

⁴⁶ Vgl. den Text bei Note 275. Da der Terminus „Vergütung“ als technischer entfallen ist, da nun der „eigentlichen Schadloshaltung“ die „volle Genugthuung“ als einziger Gegensatz gegenüber steht, so kann die letztere je nach dem Zusammenhang entweder nur positiven Schaden und entgangenen Gewinn, oder auch die Tilgung der Beleidigung umfassen.

„Erlittener Schaden“, „entgangener Gewinn“ und „Tilgung der Beleidigung“ sind demnach gesetzliche Begriffe, von denen jeder seine eigene Bedeutung hat. Und es wird nicht schwer nachzuweisen sein, daß die Tilgung der verursachten Beleidigung, mag sie auch nicht in all' ihren Anwendungsfällen ganz einheitlich gedacht sein, Satisfaction für die dem Beleidigten erregten Schmerzgeföhle bieten soll. Das Mittel zur Erreichung dieses Zieles kann auch eine Vermögenszuwendung an den Beleidigten auf Unkosten des Beleidigers sein. Der juristische Gesichtspunkt aber, unter welchen diese Zuwendung fällt, ist keineswegs eine Abschätzung und Umsetzung seiner Schmerzgeföhle in Geld⁴⁷, sondern der Gedanke ist einfach der der vindicta: Wie das Gefühl des Beschädigten verletzt wurde, so soll diese Verletzung nun aufgehoben, wett gemacht werden durch die Befriedigung, die es ihm gewährt, indem dem Boshaften genommen, dem Beleidigten aber gegeben wird⁴⁸.

Die unzweideutigste Anwendung dieses Rechtsfases finden wir gemacht beim Schmerzengeld (§ 1325). Als Zeiller (2. Juni 1806) beantragte, des Schmerzengeldes in dem neuen Gesetzbuche ebenso ausdrücklich zu gedenken, wie das im w. g. G. B. III § 444 geschehen war, da opponirte Haan zwar, und beantragte, den Verlezer lediglich zur „vollen Genugthuung“ zu verhalten; aber er war weit entfernt, damit von des Referenten Antrag meritorisch abweichen zu wollen: er selbst hielt seinen Antrag für zusammenfallend mit dem Zeiller's, weil, wie er bemerkte, in „voller Genugthuung“ ohnedies Ersatz, Vergütung und Genugthuung enthalten sei. Nicht anders faßten auch die übrigen Botanten Haan's Motive auf; nur weil sie — auch dies wird ausdrücklich bemerkt — des Referenten Antrag deutlicher fanden, nahmen sie den letzteren an. Sie haben durch diese Vorsicht das

⁴⁷ So denkt sich die Sache Böhr Theorie S. 116 und verweigert von diesem Standpunkt — freilich ist nur vom römischen Rechte die Rede — jede Entschädigung. Vgl. Kreittmayr IV, S. 756: „die Schmerzen . . . werden zwar nicht iure romano, wohl aber naturali, canonico et germanico geschätzt . . .“

⁴⁸ Dieses Moment, „die Befriedigung unseres Geföhls durch das Wehe eines Andern“ ist schwerlich (wie Savigny II, S. 121 f. will) ganz auszuschließen aus dem Begriff des vindicta. Trohdem bleibt es wahr, daß der eingeklagte Vermögenswerth nicht Zweck, sondern Mittel zur Ausgleichung der in unserer Person gestörten Rechtsordnung ist (Savigny a. a. D. w. V, S. 60), auch wenn wir annehmen, daß die Genugthuung zugleich einen materiellen Ersatz für eine ideelle Einbuße bieten soll (Kunze Cursus § 475). Jedenfalls ist unsere Genugthuung auch nicht als Privatstrafe zu denken. Der „direct beabsichtigte Zweck“ (Mommser Interesse S. 19) jeder Strafe ist, eine Wunde zu schlagen (Binding Die Normen I, S. 170), unsere Genugthuung aber will eine Wunde heilen und stellt sich damit ihrem Wesen nach als eine Art des Schadenersatzes dar. Vgl. noch Thon Rechtsnorm und subj. R. S. 61 und in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 245: „Die Strafe verfolgt das Irreparable im Unrecht.“

Schmerzensgeld erhalten. Wäre Haan's Antrag zur Annahme gelangt, so würde — diese Behauptung wird kaum eine gewagte sein — das Schmerzensgeld das Schicksal der „Tilgung der verursachten Beleidigung“ getheilt haben — die Praxis hätte desselben vergessen.

Ist nun das Schmerzensgeld eine Art der Genugthuung, die für die erlittenen Schmerzen gebührt, soll es eine einer Person widerfahrne Unannehmlichkeit durch eine Vermögensleistung ausgleichen, ist dasselbe, wie ja nun als historisch erwiesen gelten darf⁴⁹, keine Privatstrafe⁵⁰ und die es einfordernde Klage keine Pönal-, sondern eine Entschädigungsklage — so tritt dasselbe auch aus seiner bis auf die neueste Zeit ganz isolirten Stellung heraus, in welcher es als etwas ganz Anomales erschien⁵¹; es stellt sich nun als ein, wenn auch in einzelnen Beziehungen eigenthümlich geregelter Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes dar, daß es auch eine Genugthuung gibt für Beschädigungen, die oder soweit sie mit dem Vermögen nichts zu schaffen haben.

Nicht weniger deutlich spricht die Genesis des § 866, die wieder einen anderen Anwendungsfall unseres Genugthuungsbegriffes ergibt. Der Paragraph lautete noch in erster Lesung (28. Januar 1805) ähnlich dem w. g. G. B. III § 15: „Wer . . . hintergeht, der haftet für alle aus dieser Handlung entstehenden Folgen.“ Bei der zweiten Lesung (14. September 1807) bemerkte Zeiller: Da man aus dieser Fassung den Schluß ziehen könnte, daß der Hintergangene auf die Erfüllung des Vertrages dringen könnte, so solle man lieber textiren: „Der ersetzt den dadurch verursachten Schaden.“ Mit dieser „Idee des Referenten“ war man zwar einverstanden; „allein da aus betrügerischen Handlungen . . . nicht allein Beschädigungen am Vermögen entstehen, wie z. B. bei Ueberlistungen zur Ehe, so müßte man auch den Schuldtragenden in eine mehr umfassende Haftung bringen und ihn etwa zur Genugthuung überhaupt und im Allgemeinen verhalten“. Aus diesen Erwägungen entstand hierauf jene Textirung des § 866, die wir im Gesetzbuch finden.

⁴⁹ Vgl. vorzüglich Wächter Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen (1874), S. 72 ff.; Windscheid (4. und 5. Aufl.) § 455, Note 31 (früher ein Gegner dieser Auffassung); Stobbe Handbuch III, S. 416 ff.; Dernburg II, S. 698; Bruns a. a. D.; Lyon S. 58, 152. Die österreichischen Juristen neigten sich von jeher meist der gleichen Ansicht zu: Zeiller III, S. 761; Scheidlein S. 151 f.; Winwartner IV, S. 585 f.; Stubenrauch (2. Aufl.) II, S. 455. Ellinger ad § 1325.

⁵⁰ Dafür erklärten es Nippel, Erläuterung der allgemeinen Gerichtsordnung (1845) I, S. 559, 562; Unger Syst. II, S. 365, Note 16; Seitz Unterv. über die heut. Schmerzensgeldklage (1860), S. 99 ff., 165 ff.; Randa Haft. der Eisenb.-Unt., S. 17, Note 18.

⁵¹ Nippel a. a. D., S. 558: „ . . . daß das Schmerzensgeld ganz eine (sic) eigenthümliche Natur habe . . .“

Der gleiche Gedanke tritt auch hervor in der charakteristischen Debatte über § 1328 (2. Juni 1806); wenn er in diesem Falle nicht zur Anwendung gebracht wurde, so geschah das doch nur, weil die Mehrzahl ihn eben für Fälle dieser Art nicht für passend erachtete.

Achen, Ehrenberg, Lyro, Orlandini und Scheppl zweifelten, ob die hier ausgemessene Entschädigung hinlänglich sei, ob man nicht auch eine Vergütung für die meist verlorene Hoffnung einer anderen Verbindung, eine Genugthuung für den Makel an Ehre und gutem Ruf vorschreiben solle. Daß diese Anregung, wie § 1328 zeigt, ergebnislos blieb, beruhte nicht darauf, daß die hier von Kottenhann geführte Majorität eine derartige Genugthuung als eine überhaupt unzulässige angesehen hätte, sie fand sie nur in solchem Falle unpassend. Denn, sagte sie, „man könne sich den Fall, daß eine sonst sittliche ehrbare Frauensperson bis zur Schwängerung verführt wird, nicht anders denken, als daß ihr die Ehe versprochen wird, durch welches Versprechen sie zwar verleitet wurde, jedoch immer mit Ueberlegung sich dem Verführer hingab.“ Trete dieser nun von seinem Versprechen zurück, so sei er zum Ersatz verbunden, dieser aber könne nur in den verursachten Kosten, in der Erhaltung des Kindes, in den übrigen bestimmten Auslagen mit Gewißheit angegeben werden.

Das dritte Hauptstück des I. Theiles bestimme die Pflichten des Vaters eines unehelichen Kindes, und die Erfüllung der im vorstehenden Paragraph bezeichneten Pflichten werde dem Mädchen, welches nicht gegen Belohnung, nicht in der Erwartung anderweitigen Gewinnes dem vermeintlichen künftigen Gatten sich hingegeben, genügen, wenn sie auch ihre Voreiligkeit betauern müsse. „Wenn man nun weiters betrachte, daß der Person, welche durch Trich, durch Lust, oft durch niedrige Gewinnsucht und heimlich versteckte verführerische Künste sich in die Lage versetzt, daß sie⁵² (zwar diesen Augenblick oder mit dieser Person nicht mit ihrem Willen, nach ihren Gesinnungen aber sonst) ganz gerne in gedachtes Verhältniß gerieth, gar kein geselllicher Beistand gegeben werden soll; wenn man andererseits betrachte, daß die von Seite des Verführers etwa angewandte heimtückische List, Betrug, Stärke oder gar Gewalt nicht bloß zur Entschädigung⁵³, sondern nach den Strafgesetzen auch zur Strafe führen,“ so dürfe man wohl die Rechte verführter Frauenspersonen durch den gegenwärtigen Paragraph genügend

⁵² Der eingeklammerte Satz ist im Protokoll nicht eingeklammert.

⁵³ Also ist wohl der Genothzüchtigten auch Genugthuung zuzusprechen. Es scheint, daß der Passus im Text nicht ohne Beziehung auf Orotius lib. II, cap. 17, § 15, gesprochen wurde. Die Stelle lautet (ed. Kirchmann II, S. 9.): „Wer eine Jungfrau beschwängert, sei es mit Gewalt oder List, muß sie für die verminderte Hoffnung zu heiraten, entschädigen . . .“ Unsere Praxis hat kein Bedenken getragen, einer Genothzüchtigten Schmerzensgeld zuzuerkennen. Sammlung VI, Nr. 2901.

gesichert erachten. Ein freies Feld für listige Speculationen wolle man doch nicht öffnen.

Diese eingehende Motivirung wäre offenbar ganz überflüssig gewesen, wenn die Meinung dahin gegangen wäre, daß das Recht überhaupt nur den Vermögensschaden berücksichtige. Diesen Gedanken würde man aber in der Gesamtheit der Protokolle vergeblich suchen. Vielmehr zeigt das eben Mitgetheilte, daß man es für nöthig hielt, den Gesichtspunkt der Unsicherheit der Höhe des anderweitigen Schadens, den des eigenen Verschuldens, der sittlichen Unwürdigkeit der Beschädigten und noch andere Gründe ins Treffen zu führen, um in unserem Falle die Vergütung für die verlorene Hoffnung einer anderen Verbindung und die Genugthuung für den Makel an der Geschlechtslehre auszuschließen⁵⁴.

Eine entschieden andere Auffassung tritt uns nur bei den Ehrverletzungen entgegen. Zwar war schon damals in der Doctrin die Anschauung vertreten, daß die ästimatorische Injurienklage „eine Strafflage ist und nicht auf die Verfolgung unserer Gerechtmäße geht, denn der Beleidigte erhält seine verlorene Ehre nicht wieder, wenn er auch Geld bekommt, und ebensowenig kann man dieses Geld als einen Ersatz des guten Namens ansehen, indem sich dieser nicht schätzen läßt“⁵⁵; die Gesetzgebung aber scheint mit jener Ansicht gerechnet zu haben, die noch heute, so lange auch schon Injurien nur mit öffentlicher Strafe belegt sind, im Volke nicht verschwunden ist, und sich trivial in dem Satze ausdrückt, es koste eine Ohrfeige fünf Gulden. (Vgl. unten Note 60.) Schon das w. g. G. B. (III § 449—452) trat dieser Auffassung durch Abschaffung der actio injuriarum aestimatoria entgegen;

⁵⁴ Ein Theil dieser Erwägungen findet sich auch öfters in den Entscheidungsgründen unserer Gerichte und hat der oberste Gerichtshof regelmäßig (Sammlung I, Nr. 56, II, Nr. 652, 680, V, Nr. 2471, VI, Nr. 2716, Jud. Buch Nr. 32) jeden auf den Gesichtspunkt der verlorenen Ehre oder der verminderten Aussicht auf künftige Bereicherung gebauten Entschädigungsanspruch, und ebenso (Sammlung V, Nr. 2471) auch den Anspruch auf Schmerzensgeld abgewiesen. Es ist aber charakteristisch, daß in den meisten der citirten Fälle doch wenigstens eine Instanz, in Sammlung I, Nr. 25 alle drei Instanzen der Verführten einen über § 1328 hinausgehenden Ersatzanspruch (die zweite Instanz sogar Anspruch) auf volle Genugthuung wegen Verlustes der Ehre zusprachen — in der That also eine Fortführung des Kampfes, wie er unter den Redactoren zwischen einem anerkannten Princip und wichtigen legislativen Utilitätsrückichten ausgefochten wurde. Bedauerlich ist aber insbesondere, daß von den vielen Fragen, die § 1328 aufwirft, seitens der Redactoren nur die im Text besprochene debattirt wurde. Diesfalls verdient unseres Erachtens volle Billigung die wichtige Entscheidung der II. und III. Instanz in Sammlung II, Nr. 680, welche den Ersatzanspruch der Verführten auch auf den entgangenen Verdienst erstreckt.

⁵⁵ Wiener Heineccius I, S. 747 f. Aber vgl. auch Schöman II, S. 156: „Wird denn nicht, z. B. in § 7 I de injur. dem Injurirten anheimgestellt, sein gekränktes Ehrgefühl zu trügeln?“

Zeiller markirte den gleichen Standpunkt auch als den seines Entwurfes, indem er sagte (2. Juni 1806): „Der Entwurf (das w. g. G. B.) treffe im § 449 die zur Verminderung der Rechtsfreiheiten sehr heilsame und zugleich zur Ehre der Nation gereichende Abänderung, daß künftig nicht, so wie bisher, für Ehrenverletzungen, obgleich sie ohne Folgen geblieben sind, ein Geldbetrag gefordert werden könne, nach welchem die Ehre des Bürgers tarirt und feilgeboten wird.“ In gleichem Sinne sagt ein von Zeiller's Hand herrührendes Concept einer an die vereinigte Hofkanzlei gerichteten Note vom 5. April 1808: „Das mit dem Charakter einer cultivirten und edlen Nation unvereinbare Verlangen, die Injurie mit Geld sich bezahlen zu lassen, siele dadurch ganz weg, und es würden viele muthwillige und kostspielige, oft von gewinnsüchtigen Rechtsfreunden angefauchte oder doch genährte Proceffe vermieden.“ Auch in dieser Anwendung also wird es nur nicht für angemessen⁵⁶ gehalten, eine nicht das Vermögen betreffende Beschädigung durch Geld auszugleichen. Das wichtigste Motiv hiefür liegt aber darin, daß die Tilgung der verursachten Beleidigung (abgesehen von der Bestrafung des Verleßers, die ja auch geeignet ist, dem Verletzten eine gewisse Satisfaction zu gewähren) hier auf einem anderen Wege möglich ist, nämlich durch Abbitte, Ehrenerklärung oder Widerruf der Beleidigung, lauter Acte, die nach ihrem Inhalt so recht geeignet sind, in dem Beleidigten Gefühle zu erregen, die den vollen Gegensatz der Beleidigung bilden, dieselbe tilgen⁵⁷. Allerdings wohl ist in den die Ehrverletzungen behandelnden Protokollen von diesen Arten, die Beleidigung zu tilgen, nicht die Rede; aber daraus folgt

⁵⁶ Wie wenig aber die Redactoren auch nur daran dachten, daß es gegen den Geist des Gesetzbuches laufen könne, für einen das Vermögen nicht berührenden Schaden eine Entschädigung zuzusprechen, zeigt die Thatfache, daß Sonnenfels noch in der zweiten Lesung (11. Mai 1807) zu § 46 b. G. B. (der in der Hauptsache ihm in seiner gegenwärtigen Fassung vorlag) bemerkte: „daß die für Schmähung und Verletzung des guten Rufes gebotene Entschädigung hier mit Stillschweigen zu übergehen sei, weil für diesen Fall ohnehin die Injurienklage offen bleibt“.

⁵⁷ Daß dies nicht die einzige Auffassung ist, in welcher diese drei Mittel in der Geschichte der Injurie auftreten, soll natürlich hiermit nicht bestritten werden. Die Ehrenerklärung ist vielmehr ihrem ursprünglichen Wesen nach weder Strafe, noch Wiederherstellung, sondern eine Proceßhandlung (Beweismodus, Reinigungsseid), der Widerruf allerdings Resignation, die Abbitte Satisfaction (Wallenrodt Zeitschr. f. Rechtsgesch., III, S. 247 f., 250, 254 f., 258, 266). Wie dieselben sich näher gekommen sind und mit einander verschmolzen, sich sämmtlich zu Strafen gestalteten, darüber vgl. Wallenrodt S. 267 ff. Aber diese Auffassung war keineswegs die alleinherrschende und gerade jene wurde für die österr. Gesetzgebung maßgebend, die darin Mittel des Ersatzes sah, „Mittel zur Tilgung einer Ehrenbeleidigung“ (Zeiller III, S. 765). Grotius a. a. D., § 22 (S. 12): „... Schadenersatz, welcher hier durch Schuldbekennniß, durch Ehrenerklärung, durch ein Unschuldszeugniß und Aehnliches erfolgt.“ Vgl. noch Windscheid II, S. 472, Note 8, Binding I, S. 170.

nicht, daß diese Mittel aufgegeben werden sollten⁵⁸; vielmehr wird nur darum nicht von ihnen gehandelt, weil sich die ganze Debatte wesentlich nur um die Frage drehte, welchen Behörden die Verhandlung über Ehrenbeleidigungen zugewiesen werde solle. Daß man aber gar nicht daran dachte, auf dieses Mittel der Tilgung von Beleidigungen zu verzichten, zeigt nicht nur Zeiller's Comm. III, S. 765, sondern auch die oben erwähnte Note von 1808, in welcher er sagt: Kränkungen dieser Art würden schon jetzt bei der Polizei angebracht oder von ihr entdeckt, und, wenn sie unwichtig sind, „mit einer Abbitte, Ehrenerklärung, Geldbuße oder kurzem Arrest in Kürze abgethan.“ In neuerer Zeit haben freilich Theorie und Praxis bei uns dieses Mittels fast ganz vergessen, weil es im Gesetze nicht ausdrücklich genannt ist, nur die Preßgesetzgebung hat bekanntlich von einem ähnlichen Mittel stets umfassenden Gebrauch gemacht.

Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung haben auch noch eine zweite Function, vermöge deren sie in der Auffassung der Redactionszeit in Parallele treten mochten mit dem Ersatz des positiven Vermögensschadens. Sie sollen die verletzte Ehre wiederherstellen, „in den vorigen Stand zurückversetzen“⁵⁹. In diesem Sinne sagt der Wiener Heineccius (I, S. 749 f.), „nach der Theorie“ seien die ästimatorische Injurienklage und die Klage auf Abbitte u. s. w. auch neben einander zulässig, „denn die ästimatorische Klage ist eine Straffklage⁶⁰, und die Klage auf die Widerrufung, Abbitte und Ehrenerklärung ist mehr eine Klage, die auf die Verfolgung unserer Gerechtfame abzielt, als eine Straffklage; dergleichen Klagen aber stehen in keiner Collision“.

Diese zweite Function aber führt uns zurück auf das zweite, oben behauptete Argument, das aus § 1323 sich ergibt. Weil es dem Gesetze voller Ernst ist mit der Annahme, daß nicht nur ein Vermögensschaden vergütet werden müsse, darum erscheinen in Anwendung des Satzes, daß wo möglich Alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden muß, Abbitte u. s. w. als Mittel den guten Ruf wieder herzustellen, darum auch ist, wo das noch möglich ist, der Freiheitsverlezer „verpflichtet, dem Verletzten die vorige Freiheit zu verschaffen“.

⁵⁸ Daß Zeiller persönlich nicht viel von ihrem Werthe hielt, ergibt sich aus seinen Ausführungen in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1827 I, § XV, S. 237 ff. Aber er selbst hebt hervor, daß im Strafgesetzb. v. 1803 II § 240 ein Fall der Verpflichtung zum Widerruf vorkomme.

⁵⁹ S. Note 57. Vgl. Wening S. 23: „... Ersatz der Ehre . . . in Abbitte und Ehrenerklärung.“

⁶⁰ Auch hier stand aber zu Zeiten eine andere Auffassung in praktischer Geltung. Wening S. 122: „Die Praxis (begriff) unter der aestimatoria eine eigentliche Ersatzklage. Ihr Object ist eine Geldsumme für die Ehrenverletzung, für den Seelenschmerz, für die Affection des Gemüths des klagenden Injuraten.“

Ein weiterer Fall eines zu vergütenden, wenngleich nicht das Vermögen betreffenden Schadens, der sich nun erst mit Sicherheit behaupten läßt, liegt in der „billigen Genugthuung für den erlittenen Schimpf und Schaden“ (§§ 282, 291, cf. 277, 285 A. G. D.). Wohl könnte man glauben, es sei mit Beseitigung der actio injur. aestim. auch diese Genugthuung für den erlittenen Schimpf entfallen⁶¹. Allein dagegen spricht nicht nur, daß die gleichen Bestimmungen sich auch in jenen Bearbeitungen der G. D. finden, die jünger sind, als das b. G. B.⁶², sondern noch entscheidender, daß der „Schimpf“, für welchen eine Genugthuung zugebilligt wird, begrifflich etwas ganz anderes ist, als eine Ehrenbeleidigung; vielmehr bezeichnet er hier die Summe dessen, was durch die Arretirung oder das Verbot dem davon Betroffenen rückfichtlich seiner persönlichen (nicht Vermögens-) Verhältnisse Unangenehmes widerfuhr; dieses soll die Genugthuung, soweit es eben geht, durch eine Geldleistung wieder ausgleichen. Auch hier wird nicht etwas Unschätzbares geschätzt, sondern es fällt das, was gewährt wird, unter den Gesichtspunkt der vindicta⁶³.

Ist das Gesagte richtig, so zwingt es uns sofort, einen Schritt weiter zu gehen. Die „volle Genugthuung“, auf welche der widerrechtlich seiner Freiheit Beraubte Anspruch hat (§ 1329), kann nicht nur den Ersatz des positiven und negativen Vermögensschadens⁶⁴, sie muß auch die Tilgung der verursachten Beleidigung umfassen⁶⁵, ganz wie in dem eben erwähnten Falle des Proceßrechtes, der ja theilweise damit zusammenfällt; selbstverständlich ist diese Genugthuung auch hier nicht als Vergütung des Schätzwertes der Freiheit zu denken, sondern das Schmerzgeld einen Schätzwert der Schmerzen vergüten soll. Unschätzbares — dieser Satz bleibt immer wahr — wird auch bei uns nie geschätzt. Was da geschieht, besteht nur darin, daß

⁶¹ Das wird denn auch wirklich behauptet, z. B. von Nippel Erl. der A. G. D. II, S. 92, Nr. 2.

⁶² Nämlich der tirolischen und italienischen G. D.; vgl. auch die prov. C. P. D. für Siebenbürgen v 1852, §§ 403, 422.

⁶³ Die Praxis hat denn auch, selbst in der neuesten Zeit, daran festgehalten, daß das b. G. B. an Bestand und Natur dieser Genugthuung nichts geändert habe. Vgl. Beilage zu Jur.-Bl. 1878, Nr. 33, S. 147 ff. und Sammlung VIII, Nr. 3991, welcher Fall dadurch an Beweiskraft für unsere Behauptung nichts verliert, daß in demselben das Begehren der Genugthuung verworfen wurde.

⁶⁴ Wie die Entscheidung in Sammlung XII, Nr. 5375 will, die den Kläger denn auch abwies, weil er nicht einmal behauptet hatte, „daß er durch die gefängliche Anhaltung einen Schaden erlitten oder einen Gewinn eingebüßt habe“.

⁶⁵ Dafür spricht sehr entschieden die Fassung des § 1329 („volle Genugthuung“), die — schwerlich nur zufällig — von w. g. G. B. III § 448 („allen daraus erfolgten Schaden und entgangenen Nutzen“) abweicht. Die Protokolle geben indessen hier keine Aufklärung. Die richtige Ansicht ist übrigens schon früher vertreten worden. Stubenrauch (2. Aufl.) II, S. 458, Note 4.

durch freies richterliches Ermessen mit Rücksicht auf die gesammten Umstände des Falles entschieden wird, welche Genugthuung dem Beschädigten zuzubilligen sei⁶⁶.

Inwieferne endlich auch jene Fälle hierher gehören, in welchen der Beschädigte für das Affectionsinteresse aufkommen muß, kann erst weiter unten untersucht werden. Doch ist dies kein Hinderniß, schon hier auf die Frage einzugehen, ob denn wohl der Vorwurf gerechtfertigt sei, daß das Gesetz in den soeben besprochenen Beziehungen der Durchführung von Schadensansprüchen zu enge Grenzen gezogen habe.

Eines sei von vorneherein zugestanden: In sich übereinstimmend sind die besprochenen Gesetzesbestimmungen nicht; wenn Schmerzensgeld bewilligt, der Verführten Entschädigung für verlorene Geschlechtslehre und verminderte Aussicht auf künftige Verehelichung schlechtweg verweigert, dem der Freiheit Beraubten Genugthuung zugesprochen, eine gleiche Satisfaction aber dem an der Ehre Gefräßigten abgesprochen wird — das Letztere, weil darin eine Taxirung und Feilbietung der Ehre des Bürgers gelegen wäre, so wird man darin kaum eine einheitliche Durchführung des in dem Begriffe der Genugthuung liegenden Gedankens finden können. Ob die Motive der Redactoren für diese so verschiedene Behandlung der erwähnten Fälle hinlänglich stark waren, sie zu rechtfertigen, ob nicht vielmehr eine principiell gleiche Behandlung aller das Richtige wäre, und ob alle nach dem Muster der einen oder der anderen Gruppe zu behandeln wären, darüber können die Meinungen getheilt sein und bleiben^{67 68}. Wenn aber — und ich zweifle nicht, daß diese

⁶⁶ Wächter Die Buße, S. 74 f.: „... Schmerzen und Geld sind specifisch ganz verschiedene Dinge. Allein auf dem Rechtsgebiet muß häufig für an sich specifisch verschiedene Größen ein Gleichungspunkt gesucht und gegeben werden. Es ist dies nicht bloß der Fall bei dem Verhältnisse zwischen Verbrechen und Strafe... Wie es nicht selten vorkommt, daß man unschätzbare Dienste mit Geld belohnt, oder daß man die einem Anderen zugefügten Kränkungen mit Geschenken wieder gut zu machen sucht, und (dabei)... bloß an Ausgleichung und Entschädigung denkt... Minder Gebildete... werden gern für ihre ausgestandenen Schmerzen eine Zahlung als solche annehmen...“ Vgl. Dernburg II, § 79; Lehmann S. 61: „Allerdings kann das Geld nimmer ein wahres Aequivalent für derlei Beschädigungen sein, es stellt sich eben nur als eine unzureichende Genugthuung dar. Aber der Richter hat ja nichts anderes, was er an seiner Statt dem Verletzten als Satisfaction bieten könnte. Und so ist es sicher doch immer besser denn gar nichts.“

⁶⁷ Auf der einen Seite (Zirk I, S. 591) werden in den wärmsten Worten die Vorzüge der „vollen Genugthuung“ im französischen Sinne gerühmt, als eines Rechtsmittels, das „auf halbem Wege zwischen der Vergehensstrafe und der Verfolgung von Vermögensrechten... in der Mitte steht“ und so den wirksamsten Schutz verleihe „gegen schuldhaftige Verletzungen, welche das Strafgesetz nicht recht in seinen Bereich ziehen kann“; auf der anderen Seite (Binding I, S. 215, Note 358) wird dagegen bemerkt: „Eine Vermengung (!) von Strafe und Ersatz gereicht keinem Recht zur

Klage auch in Oesterreich laut genug geworden ist — Beschwerde darüber geführt wird⁶⁹, es sei nun einmal „so angenommen, daß man nur für einen Vermögensschaden im Recht Genugthuung verlangen kann und daß das Affectionsmoment, überhaupt der moralische Schaden vor dem Richter kein Gehör findet“, wenn als jenes „Etwas“, das die französische Rechtspflege so besonders auszeichnen soll, die Thatfache genannt wird, „daß die französischen Richter unter Umständen auch einen nicht vermögensrechtlichen Schaden mit in Ansatz bringen und ebenfalls mit in Geld umschlagen“ — so ergeben die Protokolle (und das Nämlische erschlossen unsere älteren Juristen in den meisten Anwendungsfällen schon aus dem Gesetz), daß auch bei uns das Gesetz nicht im Wege steht, sondern daß es geradezu verlangt, es solle der Richter, wo er auf volle Genugthuung zu erkennen hat, wie der französische Richter⁷⁰, nicht nur auf den Ersatz des Vermögensschadens erkennen. Und Niemand wird zweifeln, daß die Gewohnheit, den Schaden da, wo er durch volle Genugthuung zu vergüten ist, in freiem approximativen Anschlag zu ermessen, nicht ohne Einfluß auch auf die anderen Fälle des Schadenanschlages hätte bleiben können.

III. Delicte und Vertragsverletzungen⁷¹.

Die Regel, daß man für jeden schuldhafterweise zugefügten Schaden hafte, wird in sehr allgemeiner Fassung⁷² im § 1295 aufgestellt. Die „widerrechtliche Handlung oder Unterlassung“ (§ 1294) aber, welche die

Zierde.“ Letzteres mag zugegeben werden und ebenso, daß das französische Gesetzbuch wirklich, selbst in seinem Ausdruck Strafe und Ersatz in einander fließen läßt (vgl. z. B. Code civ. art. 1136: „à peine de dommages et intérêts envers le créancier“), allein die in der vorigen Note angedeuteten Gesichtspunkte trifft dieser Vorwurf sicherlich nicht.

⁶⁸ Doch wird freilich, wer unsere Ausführungen über den Begriff der Genugthuung de lege lata für richtig hält, dennoch aber eine Reform für wünschenswerth erachtet, die den Schaden als reinen Vermögensschaden zur Anerkennung bringt, nicht (mit Randa Gutachten Jur. Bl. 1878, Nr. 34, S. 423, Sp. 1) bei der Aufhebung des Schmerzensgeldes (und der Beseitigung der Verächtlichmachung des Werthes der besondern Vorliebe) stehen bleiben können. S. oben bei Note 51.

⁶⁹ Lehmann S. 58, 56.

⁷⁰ Der Unterschied ist nur der, daß unser Richter oft nicht auf Genugthuung erkennen darf, wo der französische dies allerdings thun muß.

⁷¹ Diese Bezeichnung ist allerdings zu eng, wir bedienen uns derselben in Ermangelung einer besseren schon darum, weil sie (gewöhnlicher Contractsverletzung genannt) eingebürgert ist und sich an den Ausdruck des Gesetzes anlehnt. S. alsbald im Text.

⁷² Sie erinnert an cod. civ. art. 1382, 1383, weicht aber von diesen insbesondere darin ab daß sie der „Handlung“, die in jedem der beiden Artikel erwähnt ist, nicht

Quelle der Beschädigung und die Grundlage der Ersatzverbindlichkeit sein kann, kann in einer „Uebertretung einer Vertragspflicht“ bestehen oder „ohne Beziehung auf einen Vertrag“ einen Schaden verursachen. Dieser Gegensatz ist ungenau: es handelt sich nicht um den Gegensatz einer bestehenden Vertragspflicht und des vertragslosen Zustandes, sondern um den Gegensatz zwischen einem aus irgend welchem Grunde⁷³ schon bestehenden Verpflichtungsverhältnis und einer solchen Beschädigung, durch welche ein Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Schädenden und Beschädigten erst neu entsteht⁷⁴, wobei nur freilich zu beachten ist, daß eine und dieselbe Handlung auch so geartet sein kann, daß sie als Verletzung eines bestehenden Verpflichtungsverhältnisses erscheint, aber eine Ersatzverbindlichkeit, also eine neue Obligation auch erzeugen würde, wenn jenes Verhältnis, das durch sie verletzt wird, nicht bestände⁷⁵. Delicte aber wie Vertragsverletzungen kommen

gedenkt. Doch ist durch diese Auslassung der Gedanke kein anderer geworden. Zeiller's Formulirungsantrag (19. Mai 1806) enthielt nach dem Worte „Vertrag“ noch das Wort „widerrechtlich“. Dasselbe wurde als überflüssig gestrichen, da es nach § 1294 selbstverständlich sei, welcher Paragraph nach Zeiller's eigener Erklärung „als eine Einleitung“ zu dienen bestimmt ist, um die Ordnung der folgenden Paragraphen zu übersehen. Letzteres ist insofern ungenau, als § 1294 nur die „Quellen der Beschädigung“ nennen will, denen keineswegs immer eine Ersatzpflicht parallel läuft, während die folgenden Paragraphen eben „von der Verbindlichkeit zum Schadenersatz“ handeln. Insofern aber ist es zutreffend, als ja auch die folgenden Paragraphen so manchen Fall nennen, in welchem Niemandem eine Ersatzpflicht auferlegt wird.

⁷³ Der gewöhnlichste Grund ist eine bereits bestehende Vertragsverpflichtung; aber auch die Unterlassung der Erfüllung von ex lege bestehenden Verpflichtungen kann zum Schadenersatz verpflichten (§ 1301). Bei welchen gesetzlichen Verpflichtungen dies eintrete, hängt von dem Inhalt des concreten Gesetzes ab — sicher ist es nicht bei allen der Fall. Im w. g. G. B. I § 167 z. B. war gewissen Personen die Verpflichtung, Anzeige von dem eingetretenen Bedürfnis nach Bestellung einer Vormundschaft zu machen, „unter Verantwortung“ aufgelegt. Pratoberera (20. November 1809) machte aufmerksam, das könne von einer Haftung für allen aus der Nichtbestellung des Vormundes entstandenen Schaden ad id quod interest verstanden werden. Da man das nicht wollte, so wurde textirt: „unter angemessener Ahndung“, damit diese dem Mündel sehr vortheilhafte Vorschrift „nicht ohne Sanction, mithin bei den meisten Personen unbefolgt bleibe“.

⁷⁴ Windscheid § 101 unterscheidet „zwei Arten des unerlaubten Verhaltens: 1. Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjectiven Rechtes . . . 2. Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delict). Das Verhalten widerspricht einem besonderen Verbot des Rechtes“. Daß seine Eintheilung mit der unsrigen nicht zusammenfällt, ergibt schon die vorige Note. Vgl. schon Böhr Theorie S. 79; Thering Schuldmoment S. 21 u. ff.

⁷⁵ Ein Fall der Klagenconcurrentz — der Kläger wird, je nachdem ihm das Eine oder Andere vortheilhafter ist, entweder betonen, daß eine Vertragsverletzung, oder daß ein Delict vorliege. So schon in der Redactionszeit ganz bestimmt Böhr Theorie, S. 81, Note 1; Beitrage S. 219 ff.

darin überein, daß in beiden ein widerrechtliches⁷⁶ Verhalten gelegen ist. Die ihnen gemeinsam zukommenden Begriffselemente bedürfen hier keiner Unterjuchung. Das Gesetzbuch enthält dieselben in einer Fassung, die uns hinlängliche Freiheit gibt, jeden Fortschritt, den die Wissenschaft⁷⁷ über die Begriffe: Verschulden⁷⁸, Causalzusammenhang und Rechtswidrigkeit von Handlungen machen mag oder wenigstens bisher gemacht hat, auch für das österreichische Recht zu benutzen. Wohl aber dürfen wir an der Erscheinung nicht vorübergehen, daß in § 1295 Delicte und Vertragsverletzungen insofern gleichgestellt werden, als principiell ausgesprochen wird, daß der Schädende in wie außer Vertragsverhältnissen für omnis culpa zu haften habe. Ist schon dies eine erhebliche Abweichung von den im gemeinen Recht und den meisten modernen Gesetzgebungen aufgestellten Regeln (allerdings eine solche, die eine Erweiterung der Verantwortlichkeit nach der einen Seite enthält), so wird der Abstand zwischen dem österreichischen und anderen Rechten noch viel bedeutender, wenn wir sehen, daß die Gleichstellung von Delicten und Vertragsverletzungen überhaupt⁷⁹ (also auch in anderen Beziehungen, nicht

⁷⁶ Da Delicte unzweifelhaft nicht nothwendig die Verletzung eines subjectiven Rechtes enthalten müssen (Windscheid a. a. O. — Die Handlung meinerseits, die mich verantwortlich macht, ist ja z. B. im Falle des § 1314 möglicherweise lange Zeit vor der Schadenszufügung gesetzt; vgl. ferner den Fall der Sammlung VII, Nr. 3245: wo wäre hier ein Recht des Klägers verletzt, vorausgesetzt, daß wirklich eine Beschädigung seiner Möbel nicht stattgefunden hätte?) — so kann die Widerrechtlichkeit, in welcher Delicte und Vertragsverletzungen übereinkommen, nur in dem der Rechtsordnung nicht entsprechenden Verhalten zu erblicken sein. Vgl. St. G. B. von 1803, Einl. Abs. I: „Jede gesetzwidrige Handlung unterwirft einer Verantwortlichkeit.“

⁷⁷ Die Literatur bei Windscheid (5. Aufl.) a. a. O.; dazu Bar Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte (1871) und in Grünhuf's Zeitschrift IV, S. 31 ff.; neuestens Brinz Pand. (2. Aufl.) II, bes. §§ 250, 251, 265 ff. Vgl. namentlich in § 266 die Untersuchung darüber, „worin des näheren innerhalb einer Obligation überhaupt eine Verschuldung durch dolus und culpa möglich sei“ — eine Frage, die „vielleicht niemals eigens untersucht, keineswegs aber eintig festgestellt worden (Note 7)“.

⁷⁸ Beachtung verdient, daß, während noch das w. g. G. B. III § 420 den dolus auf einen Fehler des Willens, die culpa auf einen Fehler des Verstandes zurückführte, die letzten Redactoren auch in der culpa einen Willensfehler erblickten. (Vgl. auch hier Brinz S. 156 f.) Zeiller (19. Mai 1806) sagte: „Ein bloßer Fehler des Verstandes . . . unterliege wohl keiner Verantwortlichkeit.“ Dieser Erkenntnis ist deutlicher Ausdruck gegeben, indem in § 1294 auch jene Beschädigungen, die sich auf culpa gründen, zu den willkürlichen gerechnet werden. Dienach leistet § 1294 doch etwas mehr, als Zeiller (oben Note 72) ihm zumuthete.

⁷⁹ Bei Schöman findet sich ein so allgemein klingender Ausdruck, der freilich weit davon entfernt war, so allgemein gemeint zu sein, vielmehr eine ganz bestimmte Beziehung hatte, S. 49 (vgl. S. 50 f., 68, 74 f.): „Um der Wahrheit willen! Welche eigene Verbindung hat denn das Verhältnis des Schadenersatzes mit den Vertragsverhältnissen? Ist es denn etwa sein philosophisch, das Recht des Schadenersatzes in

blos was die gleiche Haftung für *omnis culpa* anbelangt) einer der leitenden Gedanken unseres 30. Hauptstückes zu sein scheint⁸⁰. Beide Momente haben denn auch in Randa's Gutachten rügende Beachtung gefunden. Sehen wir zu, wie es um die Auffassung der Redactoren und die Motive derselben steht.

Die sub I mitgetheilten Aeußerungen Zeiller's ergeben, daß auch unseren Redactoren klar war, daß jene Sorgfalt, die man anwenden muß, um ein Verpflichtungsverhältniß nicht zu verletzen, Abstufungen zulasse; nicht minder erkannten sie, daß das Versehen um so geringer sei, je größer die Aufmerksamkeit ist, die man anwenden muß, um die Verletzung zu vermeiden, und daß umgekehrt das Versehen um so größer sei, je geringere Sorgfalt hingereicht hätte, die Beschädigung hintanzuhalten. Der damals herrschenden Lehre aber, die drei⁸¹ Grade des Verschuldens: die *culpa lata*, *levis* und *levissima*⁸² annahm, traten sie aus triftigen praktischen Gründen entgegen; sie meinten mit Recht, daß die dreigliedrige Eintheilung klar faßbare Abstufungen unmöglich mache und statuirten darum in vermeintlicher Opposition gegen das römische Recht nur zwei Grade. Und da sie davon ausgingen, es komme darauf an, „daß man den Begriff von Versehen nicht zu hoch angebe, sondern ihn den gewöhnlichen, billig voranzusetzenden Fähigkeiten derjenigen, welche des Ersatzes wegen in Anspruch genommen werden sollen, anzupassen suche“, so haben sie die *levis culpa* definiert (§ 1297) als Vernachlässigung „eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit . . . welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann“. Um das Ergebnis zu gewinnen, daß damit nicht die *lata*⁸³, sondern die *levis culpa* definiert ist, braucht man nicht einmal das Wort „kann“ stark zu betonen, sobald man einmal weiß, daß der Begriff von Versehen

vertragsmäßigen Verhältnissen so und in nicht vertragsmäßigen Verhältnissen wieder anders zu construiren? Der Schade ist doch immer gleich, mag ich ihn durch meinen Mitcontrahent (sic) oder durch einen Dritten erleiden.“

⁸⁰ Die modernen Gesetzbücher und Entwürfe pflegen die beiden Lehren schon dadurch zu scheiden, daß sie dieselben an ganz verschiedenen Stellen einreihen.

⁸¹ Kreittmayr IV, S. 73: „Die Meinungen der auctororum sind zwar darüber nicht allerdings einig, indem Thomastus nur einen einzigen Grad, Struvius zwei, Coccejus vier, Sebastian Medices sechs und . . . Glassey gar so viel man immer will, statuirte.“ (So auch das w. g. G. B. III §§ 423, 424.) „*Communis opinio* . . . geht auf obige drei gradus . . .“

⁸² Allerdings erklärte schon Köhr Theorie S. 43 ff. (vgl. Beitr. S. 132 ff.), die Frage, ob es eine *culpa levissima* gebe, sei „unbedingt zu verneinen.“

⁸³ Wie allerdings die Erwähnung der gewöhnlichen Fähigkeiten nahelegen würde. Allein die Redactoren wollten durch die Fassung des Gesetzes die *culpa levissima* möglichst bestimmt ausschließen. Zeiller Comm. III, S. 711 f., 3. 7, 8, 10, 11; Unger Syst. II, S. 244.

nicht zu hoch angegeben werden sollte. Der den gewöhnlichen Fähigkeiten entsprechende Fleiß ist identisch mit der Aufmerksamkeit „eines redlichen und fleißigen Hausvaters“ (§ 228), mit der Sorgfalt eines „guten Haushälters“ (§ 513). Was darüber hinausgeht, dafür haftet man der Regel nach nicht. Möchte immerhin ein besonders begabter oder pedantischer Mensch, oder möchte man bei einer ins Außerordentliche gehenden Anspannung im Stande sein, noch mehr zu leisten⁸⁴ — solcher Maßstab ist (der Regel nach) ebenso wenig anzulegen, als jener relative, den das römische Recht in seiner *culpa in concreto* für gewisse Fälle kennt.

Schon Zeiller's Entwurf stimmte mit der gegenwärtigen Fassung des § 1295 beinahe überein. Er bemerkte (19. Mai 1806): Die von ihm vorgeschlagene Regel finde sich auch im w. g. G. B. III §§ 426, 429, 435, 443, 418, 431, 433, 436 und bei einer Reihe einzelner Verträge. Nur an zwei Orten weiche es ab: der Geschenkgeber solle nach III § 61 (cf. § 436) nur für einen wesentlich zugefügten Schaden (§ 436: „hinterlistig“) haften. „Aber sei es denn eine schuldlöse Unwissenheit (§ 436 cit.) wenn Gajus dem Sempronius ein Pferd schenkt oder leiht, dessen gefährliche Eigenschaften er zwar wohl wußte, aber aus Nachlässigkeit dem Sempronius nicht anzeigte, und soll ihn seine Dienstfertigkeit, ob sie dem Sempronius gleich einen weit überwiegenden Nachtheil verursacht, vom Erjase freisprechen?“

Die zweite Abweichung enthalte III § 109: Der Mandatar solle nur für *culpa in concreto* haften. Allein diese „ließe kein sicheres Merkmal zu. Wann weiß der Richter, daß er jene Summe der Handlungen aufgefaßt habe, die ihm hierüber einen hinreichenden Aufschluß geben, oder soll er wohl gar den ganzen Lebenswandel eines Menschen zu diesem Behufe untersuchen? Der fleißige und geschickte Mann sei bei dieser Bestimmung übler daran, als der träge und unvorsichtige. Wer nicht einmal die gewöhnlichen Fähigkeiten zur Besorgung eines Geschäftes besitzt, soll sich damit nicht befassen, et qui propriam fatetur turpitudinem, non auditur in jure.“ Man solle daher die beiden Paragraphen des Entwurfes anders fassen und könne überhaupt bei den verschiedenen Arten der Verträge die Bestimmungen über das Verschulden ersparen, wenn man sich in einem eigenen Paragraphen in dem Hauptstück von Verträgen auf das gegenwärtige Hauptstück beziehe.

Diese Ausführungen fanden allgemeine Beistimmung und es hatte damit die Simplificirungstendenz einen Sieg davon getragen. Es wäre freilich nicht genau, wenn man sagen wollte, die Redactoren hätten gemeint, es sei nicht der Mühe werth, eines vereinzelt Fall wegen eine *culpa in concreto*, und wegen eines anderen eine Ausnahme von der Haftung

⁸⁴ Vgl. die interessante Entscheidung in Sammlung III, Nr. 1269.

für omnis culpa zu statuiren⁸⁵, denn ihnen war ein Sprachgebrauch geläufig genug, der unter Schenkung im weiteren Sinne alle Verträge verstand, in denen der Eine dem Andern einen Vortheil unentgeltlich zuwendet. Aber Zeiller's Beispiele und Argumente in Verbindung mit der Beseitigung der culpa levissima mochten es als sehr plausibel erscheinen lassen, die mäßige Haftung, die nun gelten sollte, für alle Fälle gleichmäßig vorzuschreiben.

Für alle Fälle — für Delicte wie für Contractsverletzungen und für alle Contractsverletzungen ohne Unterschied. Wie einfach und bestechend war der Gedanke: Die Rechtsphäre eines Jeden muß von allen Andern geachtet werden. Wer das nicht thut, wer ohne Recht die Rechtsphäre eines Andern verletzt, muß den früheren Zustand herstellen oder Ersatz leisten. Von diesem Standpunkte aus muß, wenn man die Consequenzen unerwogen zieht, unbeachtet bleiben, daß überall da, wo der Eingriff in die fremde Rechtsphäre ein schon bestehendes Verpflichtungsverhältniß verletzt, die alte Verpflichtung, wenn auch mit modificirtem Inhalt fortbesteht. Jede widerrechtliche Handlung, mag sie an sich widerrechtlich (Delict), oder nur darum widerrechtlich sein, weil sie eine Vertragsverletzung enthält, erscheint von hier aus lediglich als Erzeugerin einer Ersatzpflicht. Und sowie einmal übersehen ist, daß in dem einen Falle eine ganz neue Verbindlichkeit entstanden, in dem anderen eine längst dagewesene nur in ihrem Inhalte modificirt, in ihrer ursprünglichen Grundlage aber unverändert ist, sowie man also davon ausgeht, daß jede Beschädigung eine Ersatzpflicht (neu) schaffe, liegt auch nichts näher, als der Gedanke, alle diese Ersatzpflichten den gleichen Rechtsregeln zu unterwerfen. Es ist nicht zu leugnen, daß schon das w. g. G. B. und ebenso das G. B. von 1811 der Versuchung, dies zu thun, bis zu einem gewissen Grade unterlegen sind. Darauf beruht es ja, daß das w. g. G. B. III § 3 sagt: „Ist die verbindliche Handlung erlaubt, so entsteht ein Vertrag; ist sie unerlaubt, so entsteht eine Verschuldung.“ Ganz ebenso sagt Zeiller⁸⁶: „Das . . . persönliche Sachenrecht beruht entweder auf einem rechtlichen oder widerrechtlichen Factum der

⁸⁵ Freilich hatten die Redactoren bei diesem Beschluß eben nur das w. g. G. B. im Auge, und Jedermann wird ihnen zustimmen, wenn sie fanden, daß es unangemessen sei, von dem gefälligen Contrahenten, von welchem § 436 spricht, auszusagen: er könne „nie eines Versehens beschuldigt werden“ und es komme „ihm eine schuldlose Unwissenheit zu statten.“ Unrichtig aber wäre es, wenigstens von dem bei der Bearbeitung des Gesetzbuches eingenommenen Standpunkt aus, von dem § 436 so zu sprechen, als enthalte er einen einzigen Fall. Das war nur richtig im Sinne des w. g. G. B. III § 10 (cf. § 49): „Alle Verträge laufen entweder auf eine Schenkung oder auf einen Tausch hinaus.“ So wie der Begriff der Schenkung nach Streichung der §§ 10, 49 bestimmt war, enthielt § 436 eine namhafte Zahl von Contractsfiguren, und nirgends bestand ein Hinderniß, für diese die Haftung für lata culpa vorzuschreiben.

⁸⁶ S. Excursus I, S. 57.

verbundenen Person, auf einen Verträge oder Verschulden. Es ist ein Vertrags- oder Ersatzrecht.“ Das kann doch nur dahin verstanden werden, daß, soweit es sich um ein Ersatzrecht handelt, nunmehr eben nur das widerrechtliche Factum, nicht mehr der ursprüngliche Vertrag die juristische Basis sei. Und wie man sieht, ist die Antithese vom Vertrags- und Ersatzrecht eine so verführerische, daß sie sogar im Stande ist, Zeillern das dritte Glied der Eintheilung, das er doch sonst⁸⁷ hervorzuheben nicht unterläßt, einen Augenblick vergessen zu machen. Diese Auffassung war aber die herrschende in der Literatur, namentlich der naturrechtlichen⁸⁸ der Zeit; man war es daher gewohnt, sich Rechtsfragen rücksichtlich des Ersatzrechtes von vornherein für beide Gruppen von Fällen zumal aufzuwerfen und die Antwort ohne Unterscheidung auch für beide Gruppen zu geben⁸⁹. Daher ist es denn auch nicht auffallend, daß in unserem 30. Hauptstücke, mag es auch vorwiegend die Lehre von den Delicten des Privatrechtes enthalten, auch die allgemeinen Lehren vom Interesse und von gewissen Modificationen bestehender Obligationsverhältnisse behandelt sind.

Gewiß wird heut Niemand zweifeln, daß eine völlige Gleichstellung von Delicten und Vertragsverletzungen ein grober legislativer Fehler wäre — ein Fehler, der möglicherweise auch bedeutende Erschwerungen der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen im Gefolge haben könnte. Und wenn, wie die Redactoren selbst zugaben, die einzelnen Contractsverhältnisse ihrer Natur nach ungleiche Anforderungen an die Aufmerksamkeit der Parteien stellen⁹⁰, so erscheint der Satz: Haftung für omnis culpa in allen Vertragsverhältnissen nicht nur unleidlich monoton, sondern er wird auch ungerecht, indem er

⁸⁷ A. b. G. B., § 859, Excursus I, S. 79.

⁸⁸ Vgl. z. B. Hoffbauer, Naturrecht: II. Hauptstück. II. Abschnitt: Von . . . den Verträgen überhaupt. III. Abtheilung. Von den Rechten aus Verletzungen überhaupt. IV. Abschnitt. Von den Rechten, die aus dem Eigenthum und den Verträgen durch . . . Verletzungen entspringen. — Die durch die Verletzung eintretende Modification des bestehenden Vertragsverhältnisses erscheint als eine nachfolgende „Erwerbung“. (§§ 112, 139, 279.) Die Civilisten waren dagegen allerdings schon durch die lex Aquilia davor bewahrt, contractliche und außercontractliche Haftung völlig zu vermengen.

⁸⁹ Für die (freilich wiederholt bestrittene, aber doch wohl noch immer) herrschende Lehre, welche § 1489 nicht auf Delictsklagen beschränkt, sondern auf alle Entschädigungsklagen bezieht, liegt in diesem Umstand eines der gewichtigsten Argumente. Freilich ein nicht minder starkes auch darin, daß die Fassung: „Jede Entschädigungsklage“ gegenüber der neutralen Fassung des w. g. G. B. III § 626 („Das Klagerrecht wegen erlittenen Schadens“) und gegenüber dem A. L. R. I. 6, § 54 f., welches die gleiche Bestimmung ausdrücklich auf „einen außerhalb dem Falle eines Contractes erlittenen Schaden“ beschränkt, kaum anders als absichtlich zugespitzt sein kann.

⁹⁰ Vgl. bes. Thering Schuldmoment, S. 53 f.

- a) einerseits Ersatzansprüche als begründet erscheinen läßt, die besser nicht anerkannt würden⁹¹, und
 b) andererseits Ersatzansprüche ausschließt, die de lege ferenda wohlbegründet wären⁹².

Was den Punkt a angeht, so hat die Praxis wohl noch keinen Anlaß gehabt, sich zu beklagen. Betreffs des Punktes b hat, wie schon Randa a. a. O. hervorhob, die dem b. G. B. nachgefolgte Gesetzgebung manche Lücken ausgefüllt und werden wir noch weiter unten Einiges zu bemerken haben, was damit zusammenhängt. Mit der erwähnten Monotonie aber ist's nicht so arg, als es aussieht. Die Regel, daß man in Vertragsverhältnissen für *omnis culpa*, nicht mehr, nicht weniger hafte, ist kein absoluter Rechtsatz; Niemand ist gehindert, wo ihm diese Haftung zu streng erschiene, die Haftung für *levis culpa* wegzubedingen; Niemand gehindert, wo ihm die regelmäßige Haftung nicht genügt, sich eine weitergehende zu bedingen und so Gefahren auf einen Anderen zu wälzen, der sie nach dem Gesetze nicht zu tragen hätte (§ 1106). Wenn wirklich dieser Mangel (in Contractsverhältnissen) von den Beteiligten als ein schwerer empfunden würde — auf dem bezeichneten Wege, indem ändernde, die Verantwortung steigernde Verträge Verkehrsgewohnheit würden, wäre so manchem Mangel unschwer abzuhelfen.

Aber auch die *culpa*, für welche man nach dem Gesetze haftet, kann sehr verschiedene Gestalten annehmen. In unserem ganzen Hauptstücke begegnen wir auf Schritt und Tritt, und mehrmals auch in andern Partien des Gesetzbuches dem *casus mixtus* in mannigfaltiger Entwicklung, bei der Frage nach dem Umfang der Haftung kommen die technischen (und auch nichttechnischen) Gradationen der *culpa* wie des *dolus* zur Geltung. Und bleiben auch die technischen Grade der *culpa* und der Begriff der *omnis culpa* immer die gleichen, so kann sich doch der Maßstab, an dem die Diligenz gemessen wird, gewaltig ändern, sobald es sich um die Haftung für eine nur einem Sachverständigen mögliche Diligenz handelt. Denn während sonst gefragt wird, ob die Aufmerksamkeit eines redlichen und fleißigen Hausvaters angewendet sei, muß hier gefragt werden, ob die Diligenz eines tüchtigen Fachmannes aufgewendet wurde. Und wo ein Nichtfachmann den Mangel fachmännischen Könnens und Wissens vertreten muß, da haftet er zwar, da sein Verschulden schon darin lag, daß er sich einer Angelegenheit annahm, der er nicht gewachsen war, auch nur für *omnis culpa*, aber insofern doch für mehr, als bei Anlegung des nicht-

⁹¹ Nämlich Ersatzansprüche aus *levis culpa* zugefügten Beschädigungen, wo die Natur des Vertrags nur eine Haftung für grobes Verschulden postuliert.

⁹² Nämlich wo das Verhältniß so geartet ist, daß dasselbe einen Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit verlangt, welcher über die gewöhnlichen Fähigkeiten hinausgeht.

fachmännischen Maßstabes doch sicherlich eine Aufmerksamkeit von ihm prästirt werden muß, die weit über jene hinausgeht, die bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann⁹³.

Bedenklicher ist die Gleichstellung von Contractsverletzungen und Delicten. Zwar darüber kann kein Zweifel sein⁹⁴, — auch dieser Mangel kann durch fachgemäße wissenschaftliche Darstellung der zu trennenden Gebiete paralyrt werden. Aber noch mehr: schon die Protokolle zeigen, daß die Redactoren selbst, wenn sie auch einigemal auf dem Punkte standen, die Grenzlinie zu verwischen, doch immer wieder erkannten, daß die verschiedene Natur von Delicten und Vertragsverletzungen mit unwiderstehlicher Macht auch zu verschiedener rechtlicher Behandlung hindränge. So haben sie mehreremale an die Stelle einer Regel, die das w. g. G. B. für beide Gruppen aufstellte, deren zwei, die eine für Delicte, die andere für Vertragsverletzungen gesetzt; wenn sie auch nirgends mit theoretischer Klarheit aussprachen, daß das Delict eine an sich unerlaubte, die Contractsverletzung eine an sich erlaubte Handlung sei, die nur darum in concreto widerrechtlich ist, weil sie einem bestehenden Verpflichtungsverhältniß zuwiderläuft, und wenn sie auch nirgends betonten, daß durch das Delict eine neue Obligation entstehe, durch die Vertragsverletzung aber eine schon bestehende modificirt werde — der Hauptsache nach haben sie doch diese Unterschiede sehr wohl gefühlt und in dem Gesetzbuche zum Ausdruck gebracht. Namentlich ist diesfalls von Interesse die Verhandlung über die Vertheilung der Beweislast im Schädensproceß (§ 1296—1298), in welcher der § 1298 als völlig neuer Bestandtheil des Gesetzbuches aufgenommen wurde, und die Verhandlung über die §§ 1301 bis 1303. An dieser Stelle genügt die Erörterung der letzteren⁹⁵ Materie, über welche bekanntlich die Ansichten unserer Schriftsteller wenigstens in einer Hauptfrage nicht unbedeutend differiren.

Das w. g. G. B. III §§ 459, 460 enthielt für den Fall, daß „einem Verletzten mehrere Personen verantwortlich werden“ nur eine Regel über die Ersatzpflicht: „Ist die Verletzung aus Bosheit geschehen, so haften Alle für Einen und Einer für Alle; ist sie aus Versehen erfolgt, so ist ein Jeder nur für sich allein verantwortlich.“ So auch noch Zeiller's Antrag (19. Mai 1806), der mit der gegenwärtigen Fassung der §§ 1301 und 1302 fast völlig übereinstimmt. § 1301 wurde auch sofort ohne Debatte angenommen. Zu § 1302 bemerkte Zeiller nur⁹⁶ Folgendes, und auch dies

⁹³ Vgl. Zeiller III, S. 717 ff. S. auch Kriz Sammlung v. Rechtsfällen IV, S. 158.

⁹⁴ Randa, a. a. O., S. 422, Z. 2.

⁹⁵ Ueber die erstere s. unten Nr. IX.

⁹⁶ Daraus, daß nur ein einziger von den Fällen des Paragraphen erwogen wird, darf man wohl schließen, daß die Redactoren es für ganz selbstverständlich erachteten, daß bei einer in einem Versehen gegründeten Beschädigung, wofern sich der Antheil des Einzelnen bestimmen lasse, dieser auch nicht über diesen Antheil hinaus zu haften habe.

wurde ohne Debatte gebilligt: „Mehrere veranstalten ein Feuerwerk in der Nähe eines Dorfes, welches dadurch in Brand geräth. Hier ließe sich nicht entscheiden, wieviel jeder Einzelne geschadet habe und es sei der Gerechtigkeit angemessener, daß ein Einzelner aus den Unvorsichtigen, als daß die schullosen Hauseigentümer den Schaden tragen. Das Recht des Rückersjages würde zwar in dem gemeinen Rechte bei vorsätzlichen Beschädigungen nicht verwilligt, entweder zur Strafe oder zur wirksameren Abhaltung. Allein die verdiente und nach dem Strafgesetze auszumessende Strafe soll nach der Meinung des Referenten auf das Ersatzrecht keinen Einfluß haben, und die Abhaltung sei wirksamer, wenn alle den Ersatz besorgen müssen⁹⁷, als wenn die Meisten hoffen, daß sich der Beschädigte an den Vermögendere aus ihnen halten und sie dadurch dem Erjage entgehen werden.“

Da sonst über unsere Frage nichts bestimmt war, würde in § 1302 die Regel für jedes widerrechtliche Zusammenwirken Mehrerer gelegen gewesen sein, und es wäre kaum sicher zu errathen, wie die Praxis den Paragraph auf Contractsverletzungen durch mehrere Schuldner zur Anwendung gebracht hätte. In der dritten Sitzung (21. December 1809) warf aber Pratobevera die Frage auf, „ob nicht aus diesem Paragraph (1301) gefolgert werden könnte, daß mehrere Paciscenten, welche absichtlich den Vertrag nicht erfüllen, hiemit einen widerrechtlichen Schaden zufügen, in solidum verbunden sind, was gegen den § 889 (jetziger Zählung) laufe“ und beantragte zu § 1302 einen Zusatz des Inhalts: „Inwieweit mehrere Verpflichtete insgesammt für den Schuldner zu haften haben, ist am gehörigen Orte bestimmt worden.“ Dazu bemerkte Zeiller, man könnte, wie selbst der Antragsteller zugeben scheine, „die Paciscenten von einer Correalverbindlichkeit höchstens, wenn sie die Verbindlichkeit zu erfüllen unterlassen, entheben; denn wenn sie eine positive Beschädigung zufügen, so verstehe es sich ohnedies, daß Einer für Alle und Alle für Einen haften müssen“; er „würde kein Bedenken tragen, die Paciscenten auch in Fällen der Unterlassung zu verhalten, weil wenn sie an der Unterlassung vorsätzlich Theil genommen, sie aus dem Vorsatze haften müssen“. Michen schloß sich Pratobevera an, und Pfleger motivirte seinen Antrag: „daß bei einer bloßen Unterlassung der Verpflichtung die Paciscenten nach der Natur des Vertrages zu haften haben“ dahin: „Das Gesetz habe eine Abstufung bestimmen wollen und eine größere Verbindlichkeit für Vorsatz als für Versehen festgesetzt; für Vorsatz hätten Alle für Einen, Einer für Alle, für Versehen aber pro rata zu haften.“ Damit war man einverstanden, und so war in § 1303 eine neue, nur für Contractsverletzungen geltende Regel hinzugekommen, die wohl nicht anders verstanden werden kann, als sie von jeher verstanden worden ist, nämlich: Wenn mehrere Mit-

⁹⁷ Das kann doch wohl nur heißen: Wenn Jeder besorgen müsse, er werde der in solidum in Anspruch Genommene sein.

schuldner an der Nichterfüllung Schuld tragen, dann sind für die Frage nach der Gesamt- oder getheilten Haftung nicht⁹⁸ die diesfalls für Delicte maßgebenden Momente des § 1302, sondern es ist die Vorfrage entscheidend ob die ursprüngliche Schuld eine solidarische oder eine getheilte war⁹⁹.

Andere Unterschiede zwischen Delicten und Vertragsverletzungen treten zwar im Gesetzbuch hervor, aber nicht in bewußt ausgesprochenen Entgegensetzungen. So ist es gewiß, das dasjenige, was „unerlaubt ist“ (also gewiß auch ein Delict) „kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden

⁹⁸ Anders kann es sein, wenn die Erfüllung durch ein Delict der mehreren Schuldner (Zerstörung der zu leistenden Sache) unmöglich wurde.

⁹⁹ Aus den Motiven, die Zeiller für § 1302 aufstellte, ergibt sich unseres Erachtens auch die Lösung einer controvertirten Frage. § 1301 denkt nämlich nur an einen von mehreren Personen „gemeinschaftlich“ (w. g. B. § 459: „mit vereinigten Kräften und Willen“) zugefügten Schaden. Den anderen Fall, daß nämlich ein und derselbe Schaden von mehreren Personen, die ganz unabhängig von einander gehandelt haben, zugefügt worden ist (z. B. gleichzeitige dolose oder culpose Herbeiführung eines Feuerschadens durch mehrere, unabhängig von einander handelnde Personen) berücksichtigt das Gesetz nicht. Stubenrauch (2. Aufl.) II, S. 433, Z. 6 will, wenn sich die Antheile bestimmen lassen, Jeden für den von ihm herbeigeführten Schaden, sonst alle nach Kopftheilen haften lassen, Wages Gesamtschuldverhältnisse S. 38 ff., 92 f., im letzteren Falle eine Solidarobligation (im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre) statuiren, während eine Correalobligation bestehen soll, wenn die Mehreren *comuni consilio* gehandelt haben. Unseres Erachtens sind beide Meinungen nicht zutreffend. Zwar, wenn sich der Antheil jedes Einzelnen bestimmen läßt, dann ist wohl nicht zu zweifeln, daß Jeder, und wäre er selbst in *dolo*, nur für seinen Antheil verantwortlich sein kann, einfach darum, weil hier nicht ein, sondern mehrere von einander ganz unabhängige Schäden vorliegen, die nur zufällig in der Zeit zusammentreffen. So ist es, wenn A und B jeder *proprio consilio* zur selben Zeit mein Haus an verschiedenen Ecken in Brand stecken, beide Brände aber kurz nach der That wieder gelöscht wurden; so auch, wenn die Unvorsichtigkeit zweier Feuerwerker, von denen der eine auf der Nord-, der andere auf der Südseite eines Dorfes unabhängig von einander Feuerwerke veranstalteten, je ein Haus des Dorfes zu Schaden brachten, das Feuer aber nicht weiter griff. Wo aber aus der Handlung der beiden Brandleger (Feuerwerker) das ganze Haus (das ganze Dorf) in Flammen aufgegangen ist, so daß man nicht wissen kann, ob nicht der ganze Schaden aus der Handlung jedes Einzelnen entstanden wäre, auch wenn die Handlung des Anderen gar nicht dazugesprochen wäre — da würden unsere Redactoren wohl auch, und nicht ohne Grund gesagt haben, es entspreche der Gerechtigkeit besser, daß ein Schuldiger den Schaden trage, als daß die Beschädigten den Schaden auch nur zum Theile selbst tragen müßten. (So entscheidet auch der Entwurf eines für die Deutschen Bundesstaaten gemeins. Gesetzes über Schuldverh. [Stuttg. 1864] Art. 224 i. f.) Und da Correalobligationen (im Sinne des gemeinen Rechtes) zahlreicheren für alle Beteiligten wirksamen Aufhebungsgründen unterliegen, als Solidarobligationen, Complicen aber ohne Frage nicht gelinderer Behandlung unterworfen werden dürfen, als unabhängig von einander Handelnde, so stellt sich auch die Ansicht von Wages (abgesehen davon, daß das österrreichische Recht den Unterschied von Solidar- und Correalobligationen wohl überhaupt nicht kennt — Harum in Grünhuts Ztschr. I, S. 201 ff.) als eine nicht befriedigende heraus.

kann" (§ 878); wohl aber ist es rechtlich zulässig, daß der Verkäufer, der seine Sache an den A verkauft hat, dieselbe hinterher (giltig) an den B verkaufe oder daß der Bestandgeber das Bestandobject an einen Dritten verkaufe (§§ 430, 1120); macht er sich auch in beiden Fällen die Erfüllung oder fernere Erfüllung des zuerst abgeschlossenen Vertrages unmöglich — der zweite ist darum nicht weniger giltig und führt durch Uebergabe zum Eigenthum beziehungsweise zum Bruch der Mieth. Und so ließen sich, wenn wir auf eine nähere Untersuchung der Frage eintreten dürften, noch eine Reihe anderer Unterschiede aus dem Gesetze gewinnen.

IV. Zusammentreffen eines Verschuldens des Beschädigten mit einem solchen des Beschädigers.

Das w. g. G. B. III. § 430 bestimmt: „Tügt sich Jemand durch sein eigenes Verschulden Schaden zu, so trägt er ihn allein; sind aber beide, der Beschädiger und der Beschädigte Urheber des Schadens, so trägt jeder die Hälfte.“ Zeiller's Entwurf (19. Mai 1806), der ohne Debatte angenommen wurde, unterschied sich der Sache nach gar nicht von § 1304; er bemerkte dazu, er habe nur den Schlusssatz¹⁰⁰ beigelegt; „oft erhelle aus den Umständen, daß die Unvorsichtigkeit des Beschädigten gering, jene des Beschädigers sehr groß war. Durch den Beisatz erhalte also der Richter einen billigen Raum zur Beurtheilung“. Daß Zeiller diesen Rechtsatz für einen sehr wichtigen hielt, ergibt sich daraus, daß er seiner in der Beilage zum Vortrag vom 19. Januar 1808 erwähnt, als eines Sages, der das b. G. B. vortheilhaft vom römischen Rechte unterscheide, da in letzterem „der häufig vorkommende Fall, daß zum Theil auch der Beschädigte an dem Schaden Schuld trägt, mit Stillschweigen übergangen“ werde¹⁰¹.

¹⁰⁰ Den ersten Satz aus w. g. G. B. § 430 mag er wohl (die Protokolle sagen es nicht) gestrichen haben, weil ihm schon in erster Lesung festgestanden haben dürfte, daß die §§ 1301 ff. von dem Schaden aus Verschulden mehrerer Theilnehmer handeln sollten.

¹⁰¹ Excursus I, S. 81. Der Satz kann nicht wohl so gemeint gewesen sein, wie er ausgesprochen wurde. Zeiller kann wohl nur haben sagen wollen, daß die von den Redactoren für billig gehaltene Entscheidung des Falles sich so in den Quellen des römischen Rechtes nicht findet. So verstanden ist der Satz allerdings richtig. Die Behandlung, die unser Gesetzbuch anordnet, ist eine ganz eigenthümliche, und findet sich weder im gemeinen Recht, noch in den modernen Gesetzbüchern und Entwürfen irgendwo genau derselbe Rechtsatz wieder. Vgl. z. B. N. L. I, 5, §§ 321, 362, 363; I, 6, §§ 18—21, 38; Sächs. G. B. §§ 688, 781; Zürich §§ 1840, 1841; Bündnerisches C. G. B. § 339, Abs. 1; Hess. Entw. IV 1, Art. 213; Vair. Entw. v. 1861, Theil II, Buch 1, Hauptst. 1, Art. 68, Abs. 1, 3; Deutscher Entw. (1864), Art. 227, 228. — Jedenfalls ist aber schon nach dem Gesagten klar, daß es nicht in der Absicht des § 1304 gelegen ist, die Grundsätze des römischen Rechtes unverändert gelten

Es kann hier nicht die Absicht sein, zu untersuchen, ob und inwiefern es richtiger sei, in unserer Lehre mit dem Begriff der Unterbrechung des Causalzusammenhanges, oder mit dem des Verschuldens zu operiren. Es genügt, zu constatiren, daß das Gesetzbuch (wie schon das w. g. G. B.) sich offenbar des letzteren Mittels bedient. Es geht zwar nicht geradezu davon aus, Jedermann in wie außer Vertragsverhältnissen eine Rechtspflicht zu einer gewissen Diligenz aufzulegen¹⁰², wohl aber läßt es den Gedanken eingreifen: Wer in seinen eigenen Angelegenheiten nachlässig ist, in diesen nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Haushälters anwendet, hat kein Recht zu verlangen, daß das Recht ihm gegen eintretende Nachtheile, die von Dritten kommen, den gleichen Schutz gewähre, und hat es nur seiner eigenen Lässigkeit zuzuschreiben, wenn so gewisse Nachtheile ihm zu Lasten bleiben, die das Recht einem Diligenten abgenommen hätte¹⁰³. Es fragt sich nur, wie weit greift dieser Gedanke? Wie weit modificirt er den Grundsatz, daß der Contractsverlezer und der Delinquirende die Folgen ihrer schuldvollen That zu tragen haben?

zu lassen, wie Hasenbühl, S. 263, Note 72 a. E. behauptet. Muß man auch zugeben, daß Nachlässigkeit in rebus suis „noch keine culpa“ begründet (— dafür könnte man sogar die Worte des § 1297: „woraus eine Verkürzung der Rechte eines Anderen entsteht“ allegiren —), so scheint es doch vollkommen sicher zu sein, daß das „Verschulden von Seiten des Beschädigten“ in § 1304 nichts Anderes als eine Nachlässigkeit in solchen Fällen ist, wo die gebührende Aufmerksamkeit, wenn sie angewendet worden wäre, den Schaden ganz oder theilweise ferngehalten hätte.

¹⁰² Jedermann kann ja seine Sachen beschädigen u. dgl. — das geht das Recht im Allgemeinen nichts an.

¹⁰³ Soweit kraft dieses Princips den unvorsichtig Contrahirenden Nachtheile treffen, könnte man sagen, es sei damit eine culpa in contrahendo statuiert. Interessanter Anwendungsfall im § 1026. Zeiller fand (1. April 1805): Habe der Gewalthaber die Aufhebung der Vollmacht verschwiegen, so sei das Geschäft mit dem Dritten dennoch als giltig anzuerkennen. „denn dem Dritten, welcher bona fide zufolge der Vollmacht sich in Geschäfte einließ, falle keine Schuld zur Last, wohl aber dem Machtgeber, der die . . . Vollmacht . . . widerrufen oder . . . abfordern konnte“. Zweimal (12. Oct. 1807, 14. Dec. 1809) fand Pratobervera diese Vorschrift hart und wollte sie geändert wissen. Der Ref. und die Majorität aber hielten an dem Beschluß fest, mit nachstehender Motivirung: „Man habe zwei Personen, denen durch die Vorschrift (die man hier treffen könne) hart geschehen kann, nämlich den Machtgeber oder einen Dritten. Man habe also zu erwägen, welchen von Beiden soll das Gesetz mehr in Schutz nehmen, und das hängt von der Frage ab, welcher kann sich mehr oder weniger vor den Folgen seiner Handlungen verwahren? Nun sei offenbar, daß dritte Personen sich gar nicht verwahren können; der Bevollmächtigte zeigt die Vollmacht vor, und das, was etwa bei entfernten Gerichten dagegen vorgekehrt wird, kann er nicht wissen; er ist also ganz ohne alle Schuld. Der Machtgeber hingegen trägt doch einige Schuld; er hat sich nicht gehörig bei der Wahl des Bevollmächtigten vorgeesehen, er sehe ihm fleißig nach, und fordere ihm die Vollmacht ab, widerrufe sie öffentlich, lasse sie amortisiren, und laute die Vollmacht nur zu einem bestimmten Ge-

Nach der kurzen Begründung, die Zeiller bei der Berathung gab und anderweitigen Gesetzesstellen ist die Antwort, die § 1304 gibt, weder ganz präcis, noch alle Fälle umfassend, die hier in Betracht kommen, und das Nämliche gilt selbst von Zeiller's Ausführungen zu unserem Paragraph in seinem Commentar.

Vor Allem ist auch nach österreichischem Recht zu behaupten, daß der Beschädigte gar nicht ersatzpflichtig ist, wenn der Fall so liegt, daß man vom Beschädigten sagen kann, er habe seinen Schaden selbst gewollt, also wo er mit sehenden Augen selbst in den Schaden hineingelaufen ist¹⁰⁴, mag er auch nicht geradezu erklärt haben, daß er den Schaden wolle. Eine Anwendung dieses Satzes ergibt sich arg. § 248 und 866. Wer mit einer Person contrahirt, die sich durch Verträge nicht verpflichten kann, hat sich den Schaden, der ihm aus der Ungiltigkeit des Vertrages erwachsen kann, nur selbst zuzuschreiben, wenn er leicht Erkundigungen über die Fähigkeit seines Contrahenten einziehen konnte und dies gleichwohl unterlassen hat (ebenso auch ohne diese Voraussetzung, wenn jene Person noch nicht 20 Jahre alt ist), mag immerhin jener sich für voll handlungsfähig ausgegeben haben. Wer ferner eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat sich damit mit Bewußtsein der Gefahr der Entwährung unterworfen und darum keinen Anspruch auf Gewährleistung (§ 929); wer schuldvoller Weise einen Wahnsinnigen oder ein Kind reizt und so beschädigt wird¹⁰⁵, kann keinen Ersatz ansprechen (§ 1308); und so wird auch, wer über einen Schießplatz geht, während da geschossen wird, sich nicht beklagen dürfen, wenn ihn eine auf die Scheibe gezielte Kugel verwundet, und wer, wissend, daß ihm ein Gespann um die Ecke entgegenjagt, dennoch in scharfem Tempo entgegenfährt, hat nicht minder den Schaden, der ihn trifft, nur sich selbst zuzuschreiben¹⁰⁶.

Den zweiten Hauptfall bildet nun die Regel des § 1304 selbst. Hier hat der Beschädigte seinen Schaden nicht gewollt, derselbe ist aber doch zurückzuführen nicht nur auf fremdes, sondern auch auf sein eigenes Verschulden. Auch diese Regel wird im Gesetz mehrfach auf concretere That-

schäfte mit einer bestimmten Person, so schreibe er an diese". Vgl. auch Thering Ueber den Grund des Besitzesbuches, 2. Aufl., S. 210 ff. — Ob man in den einschlägigen Sätzen des Gesetzbuches ein, mit Lehmann S. 49, zu sprechen, „disciplinellcs Element“ finden soll? Es könnte als solches wirken, gedacht scheint es nicht wesentlich in diesem Sinne. Allerdings aber ist in diesem Sinne gedacht § 1353; vgl. Pfaff in Grünhut's Zeitschr., II, S. 304 ff.

¹⁰⁴ Vgl. auch oben Text vor Note 52 („mit Ueberlegung“) und Demelius in Thering's Jahrb., V, S. 66 ff. Eine andere, die Anwendung der Regel *volenti non fit injuria* ablehnende Begründung bei Bar in Grünhut's Zeitschr., IV, S. 63 ff.

¹⁰⁵ Die „Handlung“ des Wahnsinnigen oder Kindes ist hier freilich eine „schuldlose.“

¹⁰⁶ Bar Causalsammenhang, S. 122 f., 26.

bestände angewendet¹⁰⁷. Während aber das w. g. G. B. die allerdings sehr leicht anzuwendende Regel aufstellte, daß beide Urheber des Schadens, der Beschädigte und der Beschädiger, denselben je zur Hälfte zu tragen haben, läßt das gegenwärtige Gesetzbuch beide „den Schaden verhältnißmäßig, und wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen tragen“. Die in den Protokollen enthaltenen Motive ergeben, „daß damit dem Richter ein „billiger Raum zur Beurtheilung“ gegeben werden sollte, weil die „Umstände“ oft ergeben „daß die Unvorsichtigkeit des Beschädigten gering, jene des Beschädigers sehr groß war“.

Es soll nun hier nicht bestritten werden: Nach der Fassung des Gesetzes, wie nach dem Ausdruck der Motive ist Alles „auf die subjective Willensrichtung gestellt. Statt aus dem Causalverhältnisse heraus wird der Schaden nach der Größe des Versehens vertheilt“¹⁰⁸. Aber die ältere Doctrin war so wenig gewohnt, Causalverhältniß und Schuld zu trennen, sie nannte so oft die letztere, wo sie das erstere meinte¹⁰⁹, daß der Ausdruck des Gesetzes uns nicht hindern dürfte, das Causalverhältniß an die Stelle der Schuld zu setzen. Was aber noch wichtiger ist: Die Hauptsache ist doch, daß dem Richter gestattet ist, nach freiem Ermessen die Last des Schadens zu vertheilen. Der Richter darf hier und soll (mit dem w. g. G. B. III § 424 zu sprechen) mit „unzähligen“ (nicht technischen, relativen) Graden des Versehens operiren. Er soll nach den Umständen erkennen, wem die „größere“ Schuld zur Last fällt. Er darf¹¹⁰ also zu dem Erkenntniß gelangen, daß die Schuld des Einen verschwindend gering, für sein Urtheil gar nicht

¹⁰⁷ Unter diesen Fällen verdient Hervorhebung der des § 1299 a. G. Zeiller begründete diese Beschränkung bloß durch Berufung darauf, daß sie billig sei, Scheppl aber verwarf sie ganz, da der gesetzlich zu einer Kunst Accreditierte, oder ein Amt, das nur nach vorausgegangener Prüfung verliehen wird, Bekleidende die gesetzliche Vermuthung der Fähigkeit für sich habe; darum solle der „Eigenthümer“ auf jeden Fall „unverantwortlich“ bleiben, da es hier zu beschwerlich sei, bestimmtere Erkundigung einzuholen. — Man sieht aus der Ablehnung dieses Antrages, daß die Redactoren die Erkundigungspflicht nicht ganz leicht nahmen.

¹⁰⁸ Demelius S. 82.

¹⁰⁹ Vgl. namentlich § 876: „Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist.“ . . . Das bedeutet hier doch nur: Wenn weder der andere Contrahent noch ein Dritter der Urheber des Irrthums ist. S. auch das Bündner'sche C. G. B. § 470: „ob und in welchem Maße der Geschädigte selbst die Schädigung mitverschuldete“ und dazu (S. 401) die Erläuterung 6 des Redactors Planta: „veranlaßte oder mitverschuldete“.

¹¹⁰ Ja er kann zu diesem Ergebniß sogar kommen müssen; so ist wohl auch § 1157 i. f. zu verstehen. Gerade dieser Passus ist erst von den letzten Redactoren dem w. g. G. B. III § 271 zugefügt (8. Juli 1805). War aber der Besteller trotz der Warnung beharlich in seinem Eigensinn (Zeiller III, S. 501, Z. 4), dann fällt der Fall wieder unter die Regel *volenti non fit injuria*.

in Betracht kommend sei, so daß der ganze Schaden nur den Andern zu treffen hat; nur wo Anhaltspunkte fehlen, dem Einen eine größere Last aufzulegen, als dem Andern, soll er den Schaden gleich theilen.

Gelehrt wird diese Regel von den Meisten¹¹¹. Die Praxis aber handhabt sie, soviel man sehen kann, nicht viel anders, als wäre das w. g. G. B. Gesetz geworden und geblieben. Fast immer nimmt sie an, es lasse sich das Verhältniß nicht bestimmen, und läßt den Beschädiger und Beschädigten den Schaden zu gleichen Theilen tragen, und es kommt kaum vor, daß sie einen anderen Vertheilungsmodus anwendete¹¹². Wenn die Betheiligten dies bitter empfinden und schwer beklagen, wenn sie darin eine ungerechtfertigte Beschränkung wohl begründeter Ersatzansprüche finden, so ist das allerdings nach unserem Erachten eine gerechte Klage. Denn diese Praxis nimmt auch dem, der nach dem wahren Sinne des Gesetzes seinen ganzen Schaden vergütet bekommen sollte, weil sein Verschulden ein verschwindendes war, von vornherein die Hälfte seiner Chancen; sie hat aus dem, was die ultima ratio in den schwierigsten Fällen sein sollte, die von vornherein in die erste Linie gestellte Regel gemacht¹¹³. Aber freilich ist das kein Vorwurf, der gegen das Gesetz gerichtet werden kann. Wohl aber wurde dem Gesetz der Vorwurf gemacht, daß durch dasselbe „der Knoten, statt gelöst, durchhauen“ werde und daß ihm eine Vermischung des straf- und des civilrechtlichen Gesichtspunktes zu Grunde liege¹¹⁴. Ob der erste Vorwurf in einer Lehre, in welcher alle modernen Gesetzgebungen noch im Stadium des Experimentirens stehen, schwer wiegt, kann dahin gestellt bleiben; unfraglich aber ist das dem Richter eingeräumte freie Ermessen auch hier, und hier besonders, von hohem Werthe. Die Vermischung von straf- und civilrechtlichen Gesichtspunkten aber halten, wie wir schon oben bei einer andern Gelegenheit gezeigt haben, Manche geradezu für einen Vorzug der Gesetzgebung.

¹¹¹ Zeiller Comm. III, S. 726; Scheidlein a. a. D., S. 48 f.; Stubenrauch II, S. 434 u. A.

¹¹² Die Fälle, in denen die Gerichte den § 1304 als anwendbar erachten, sind durchaus nicht selten. In der Sammlung finde ich aber — und ich dürfte kaum einen übersehen haben — nur einen einzigen (I, Nr. 358), in welchem nicht genau gleiche Theile gemacht worden wären. Sonst hat immer der Beschädiger und der Beschädigte eine Hälfte zu tragen. So: II, Nr. 863; III, Nr. 1384; V, Nr. 2116; VI, Nr. 2820 (1. Instanz); IX, Nr. 4195, 4298; XI, Nr. 4911 (2. Instanz), 4998 (2. Instanz), 5189; XII, Nr. 5230; XIV, Nr. 6191. Auch Demelius a. a. D., S. 83 f. scheint eine weit mechanischere Anwendung des § 1304 für die richtige zu halten, als wir zugeben können.

¹¹³ Es kann doch das in der vorigen Note nachgewiesene Verhältniß nicht wohl ein Zufälliges sein; man geht nicht zu weit, wenn man behauptet, daß in unserer Praxis, sobald die Anwendbarkeit des § 1304 als feststehend angesehen wird, der Schaden in zwei gleichen Theilen dem Beschädiger und Beschädigten aufgelegt wird.

¹¹⁴ Demelius S. 82.

Ob endlich § 1304 auch dann Anwendung finde, wenn dem Beschädiger dolus zur Last fällt, darüber sind die Meinungen getheilt¹¹⁵. Die Protokolle, die nur von Unvorsichtigkeit sprechen, geben ein neues Argument für die Verneinung der Frage¹¹⁶. In der That wird ja auch kaum Jemand gezweifelt haben, daß der Dieb den ganzen Schaden zu ersetzen hat, auch wenn der Bestohlene unvorsichtig in der Verwahrung seines Eigenthums war¹¹⁷. Freilich aber, wo böse Absicht des Beschädigers mit dem auf den eigenen Schaden gerichteten Willen des Beschädigten zusammentrifft, da greift (arg. § 866) wieder die Regel durch: volenti non fit injuria.

V. Von dem Schaden „aus dem Gebrauche des Rechtes“.

Mußten wir es beklagen, daß die Praxis jenen Individualisierungsgedanken, der den § 1304 durchzieht, regelmäßig ignorirt, so liegt in dieser Ignorirung doch immerhin nur eine zu derbe, eine mechanische Anwendung des wirklichen im Gesetze enthaltenen Rechtsfages. Ganz anders und regelmäßig weit schlimmer steht es um die Anwendung des § 1305 in unserer Praxis und sein Verständniß in unserer Theorie. Aus einer an sich harmlosen, fast nur doctrinären Bemerkung, die er wirklich enthält, ist ein starres Dogma von der größten praktischen Tragweite geworden, welches uns nur allzuoft gehindert hat, die bestbegründeten Schadenersatzansprüche zur Geltung gelangen zu lassen.

Im w. g. G. B. III § 432 war bestimmt: „Wer sich seines Rechtes bedient und einen Andern in dem seinigen nicht absichtlich kränkt, verschuldet nichts. Er behauptet das Recht der natürlichen Freiheit. Insofern sind Unwissenheit und Unterlassung ohne Verschulden.“ Zeiller dagegen beantragte einen Paragraph aufzunehmen, der nur eine kleine stylistische Verschiedenheit¹¹⁸ gegenüber § 1305 aufweist, und motivirte seinen Antrag unter Zustimmung seiner Collegen wie folgt:

¹¹⁵ Zeiller III, S. 726 f., Nr. 3, Scheidlein a. a. D. bejahen, Rippel VIII, 1, S. 118 f., Stubenrauch II, S. 434, Nr. 2 verneinen sie; die Ersteren offenbar davon ausgehend, daß im § 1294 böse Absicht und Verschulden unter den Begriff des Verschuldens zusammengefaßt werden.

¹¹⁶ Ein weiteres liegt in § 876, obwohl derselbe keineswegs nur aus diesem Gedanken heraus zu erklären ist; aber auch er sagt: Wenn der Irrende aus seinem Verschulden irrt, so besteht der (ihm nachtheilige) Vertrag nicht, wofen auf Seite des andern Contrahenten dolus unterließ.

¹¹⁷ Ebenso haftet der dolose Rathgeber schlechthin für den ertheilten nachtheiligen Rath, obwohl es gewiß auch hier dem Consultirenden frei stand, die Güte des Rathes selbst zu prüfen. Und wenn der Schütze auf dem Schießplatze auf den unvorsichtig Vorübergehenden zielt und ihn verwundet, wird auch Niemand den ersteren freisprechen von der vollen Haftung. Vgl. A. L. R. I, 6, § 38.

¹¹⁸ Es hieß nämlich: „inner den rechtlichen Schranken . . .“

Der Paragraph laufe dem § 432 cit. parallel, doch sei aus demselben der Satz „und einen Anderen in dem seinigen nicht absichtlich kränket“ nicht aufgenommen worden. „Wahrscheinlich beziehe sich diese Stelle auf die Schadenfreude“ (w. g. G. B. III § 84, II § 255)¹¹⁹. Allein die betreffenden Sätze habe man bei der neuen Textirung gestrichen, theils weil sie mit dem Grundsatz von II § 82 nicht übereinstimmen, „theils weil Schadenfreude und Absicht zu bewirken (sic) als innere Handlungen kein Gegenstand der richterlichen Beurtheilung seien“.

Der citirte § 82 (parallel dem jetzigen § 364) verfügte in seinem ersten Satze: „Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur insofern statt, als die Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.“ Ein Monitum des innerösterreichischen Appellationsgerichtes wollte (2. Mai 1803) folgende durch einige Beispiele zu erläuternde Beschränkung beirücken: „Doch kann dieser über die Beschränkung seiner Rechte nicht klagen, wenn ihm nur darum, weil der Eigenthümer sich seines Rechtes gebraucht, durch eine mittelbare Folge der Verlust eines vorhin genossenen Vortheils oder ein Schaden zugeht.“ Diesen Antrag verwarf Zeiller sofort, denn es sei diese Regel weder deutlich, noch vollständig und durch Beispiele werde keine Sache erschöpft. „Besser sei die im Entwurfe

¹¹⁹ Darüber ergeben die Protokolle Folgendes: Die Tiroler Commission und das Landrecht in Grätz hatten (18. Juli 1803) beantragt, den bekannten § 255 (welcher das Recht des unschädlichen Gebrauches statuirte und den Satz enthielt, es begünstige das Gesetz weder Neid noch Schadenfreude) zu streichen, da er den „obigen Rechten des Eigenthümers widerspreche und zu vielen Streitigkeiten, Annäherungen, Unterfuchungen der häuslichen Verhältnisse und willkürlichen Entscheidungen Veranlassung geben würde“. Hierzu erklärte nun Zeiller: „Die Meinung, daß nach dem Naturrecht dasjenige, was uns keinen Schaden und dem Andern Nutzen bringe, gestattet werden müsse, sei unter den Rechtslehrern noch sehr streitig, und sie werde von den meisten aus Gründen, die dem Referenten überwiegend scheinen, verworfen. Die von vielen Rechtsgelehrten aufgestellte Regel: quod alteri prodest et nemini nocet, cuius concedendum est komme auch in dem römischen Gesetzbuche nirgends vor und sie sei nur aus einer unrichtigen Gesetzesauslegung gefolgert worden. Allein zugegeben, daß der Gesetzgeber im Staate diese Billigkeitspflicht zu einer Zwangsverbindlichkeit erheben könnte, so widerriethren es doch die Gründe, welche von den citirten Commissionen angeführt würden. Er beantrage daher — und so geschah es — die Streichung des § 255. Consequent wurde denn auch später (4. März 1805) in III. § 84 (dem § 974 des a. b. G. B.) der Schlußsatz gestrichen, der da besagte: „Geschäfte aber die Zurückforderung ganz zur Unzeit und gleichsam aus Schadenfreude, so wird dem Inhaber der Gebrauch der Sache noch auf eine kurze Zeit, jedoch auf seine Gefahr gestattet.“ Auch diese Streichung motivirte Zeiller damit, daß diese Bestimmung mehr zu Chicanen Anlaß geben würde, wenn man sie stehen ließe, als solche zu besorgen sein würden, wenn man den Satz streiche. Man sieht hieraus und aus den Daten des Textes, daß der Passus von Neid und Schadenfreude in § 255 keineswegs, wie Mage's Nachbarrecht S. 8 meint, „lediglich als selbstverständlich ausgelassen“ worden ist.

aufgestellte Regel, daß der Eigenthümer das Recht eines Dritten nicht verletzen dürfe, woraus sich ergebe, daß, weil Jedermann ein ausschließendes Recht auf seine Person und seine äußeren Güter hat, der Eigenthümer nichts unternehmen dürfe, wodurch er in die Person oder in das Eigenthum eines Anderen eingreife.“ Inzwischen gebe es einige gewöhnlichere Streitigkeiten zwischen Nachbarn über gewisse Vorkehrungen des Nachbarn, ob sie ein Eingriff in das Recht des Nachbarn seien oder nicht, wie wenn das Licht verbaut oder Wasser auf dessen Grund abgeleitet wird.“ Davon handle der Entwurf bei der Lehre von den Dienstbarkeiten und dem getheilten Eigenthum und dort werde sich etwas Bestimmteres darüber sagen lassen. — Er beantragte hienach genau die Fassung, in welcher wir § 364 im Gesetzbuch finden, und „durch die Gründlichkeit der von dem Referenten vorgetragene Bemerkungen überzeugt“¹²⁰ nahm man seinen Antrag an.

Dies waren die Ausführungen¹²¹, auf welche Zeiller sich bei Berathung des § 1305 berief, der hienach unzweifelhaft mit ihnen übereinstimmen sollte. Und auch sonst ist Zeiller stets bemüht, die Freiheit des Eigenthums gegenüber Eingriffen Anderer zu sichern¹²². Auch seine Erläuterung des § 1305 im Commentar (III, S. 727—729) zeigt, wie wenig es ihm beikam, in diesem Paragraphen irgend ein gewichtiges, selbstständiges Rechtsdogma erblicken zu wollen. Was er hervorhebt, läuft darauf hinaus, daß Verfassung eines bloßen Liebesdienstes, und Ausübung eines Rechtes innerhalb der rechtlichen Schranken, selbst wenn sie nur aus Schadenfreude geschehe, nicht verantwortlich mache. Der Gedanke aber, daß wer kraft seines Rechtes, insbesondere kraft einer ihm ertheilten Concession handle, wofern

¹²⁰ Notizen dieser Art sind in den Protokollen selten. Wir dürfen also annehmen, daß Zeiller's Ausführungen tiefen Eindruck gemacht und lebhafte Zustimmung gefunden hatten.

¹²¹ Sie klingen darum schärfer und bestimmter als die in seinem Comm. II, S. 125 f., weil sie ihnen praktischen Sinn erst durch jenen Antrag erhalten, den sie abzuwerfen bestimmt waren. Indessen sagt ja Zeiller doch auch a. a. O.: „Alle Rechte schränken sich wechselseitig ein, und Niemand darf die Ausübung seines Rechtes so weit ausdehnen, daß hierdurch fremde Rechte gefährdet werden“ und III, S. 728: „Wie weit aber die Grenzen eines Rechtes reichen, muß aus dem Begriffe und Umfange der . . . besonderen Rechte ermesen werden.“ Näher eingehend in sehr verdienstlicher Weise Mage's Nachbarrecht, S. 47 ff.

¹²² So macht er eigens aufmerksam (II, S. 127), daß die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums weder von Richtern und Obrigkeiten eigenmächtig bestimmt, noch durch willkürliche Auslegungen vermehrt werden dürfen und bei der Berathung des § 484 (25. Juli 1803 und 27. Juli 1807) finden wir ihn wie seine Collegen eifrig bemüht, die passendste Formulirung zu finden, in welcher das Recht des Servitutberechtigten, die Dienstbarkeit auf die ihm gefällige Art zu üben, und die Einschränkung derselben im richtigen Gleichgewicht stehen sollten.

ihm nur kein Verschulden zur Last falle, nicht verantwortlich sei für die nachtheiligen Folgen seiner Handlungen auf einen fremden Rechtskreis, erscheint ihm so wenig in § 1305 enthalten, daß er ihn vielmehr sehr un- zweideutig ablehnt¹²³. Ihm ist also der Gedanke, daß eine rücksichtslose Ausübung eines Rechtes, auch wenn durch sie ein fremdes Recht geschädigt werde, erlaubt sein könne¹²⁴, vollkommen fremd, obwohl er nicht verkennet, daß ein Dritter durch die Ausübung eines fremden Rechtes in einer factisch vortheilhaften Stellung beeinträchtigt werden könne, ohne deswegen einen Ersatzanspruch zu haben¹²⁵.

Und so sagt denn § 1305 nichts anderes als den sehr selbstverständlichen Satz, daß man darum in der Ausübung eines Rechtes noch nichts Widerrechtliches finden dürfe, weil ein Anderer davon einen Nachtheil hat. Dieser Satz ist überall da nothwendig, wo er beschränkt wird durch die Ausnahme, die sich in dem Rechtsatz ausdrückt, es sei unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Anderen zu schaden¹²⁶. Wo diese Ausnahme nicht besteht, wo die in der Natur des ausgeübten Rechtes selbst enthaltenen Schranken nur dadurch enger gezogen werden können, daß dasselbe auf fremde Rechte stößt, da ergibt es sich von selbst, daß eines der aufeinanderprallenden Rechte oder gar alle beide Beschränkungen dulden müssen¹²⁷. Und nicht anders steht es, wo der Uebung des Rechtes durch die Rechtsordnung im öffentlichen Interesse Grenzen gezogen sind, die nicht schon in seiner Natur selbst gelegen sind. Um welche der an-

¹²³ Comm. II, S. 125: „Zwar können viele Veränderungen, die der Eigenthümer in seiner Sache vorkehrt, Anderen sehr lästig, nachtheilig und wirklich sehr unbillig sein; so lange er sich jedoch inner den Grenzen seines Gebietes hält und weder in die Person oder natürliche Freiheit Anderer, noch in fremdes Eigenthum eingreift oder fremde Rechte bedrohet, kann er selbst unter dem, vor das Gewissensgericht gehörigen Vorwurfe, daß er bloß aus Schadenfreude so handle, keiner Rechtsverletzung beschuldigt und in seinem Verfügungsrechte nicht gekränkt werden.“ Auch in dieser Bemerkung liegt das Schwergewicht wieder darauf, daß die Ausübung eines Rechtes darum noch nicht in Unrecht umschlage, weil die Motive derselben unrein sind. Vgl. noch Unger I, S. 615 ff.

¹²⁴ Etwas anderes ist es, daß ich unter Umständen berechtigt sein kann, ein fremdes Vermögensobject (z. B. den in meinem Revier jagenden fremden Hund) zu vernichten. (Sammlung XIII, Nr. 5745; XIV, Nr. 6021.) Hier geht mein Recht, nach Art der Nothwehr, geradezu auf Zerstörung des fremden Rechtsobjectes.

¹²⁵ Die Formulirung Scheidlein's IV, S. 51 ff.: Mittelbare Eingriffe in fremde Rechte seien erlaubt, unmittelbare verwehrt — hatte Zeiller schon bei der Bekämpfung des Monitums des innerösterreich. Appellationsgerichtes (S. 40) von vornherein abgelehnt. Vgl. Rippel Comm. VIII, 1, S. 121 f.; III, S. 203 f.

¹²⁶ Windscheid I, § 121 bei Note 2, 3. Vgl. A. L. N. I, 6, § 37.

¹²⁷ Vgl. besonders die verdienstlichen Ausführungen von Magas Nachbarrecht, S. 43 ff. Ferner die Grundsätze über den Wildschaden, namentlich Peyer in Haimel's Bsjchr. XII, Nr. 1 und Sammlung I, Nr. 345.

gedeuteten Grenzen immer aber es sich handeln mag — sie sind die „rechtlichen Schranken“ und deren Ueberschreitung macht so oder so verantwortlich¹²⁸.

In unserem b. G. B. steht nun aber § 1305 so, als ob er einen ausnahmslosen Satz ausspreche. In der langen Paragraphenreihe (1295—1322), die sich unter sechs fortlaufenden Nummern mit den Gründen der Verbindlichkeit zum Schadenersatz beschäftigt, ist sonst der Gedankengang immer der, daß davon ausgegangen wird, es sei eine gewisse Thatfache der Regel nach Grund einer Entschädigungspflicht, oder sie sei dies der Regel nach nicht; auf die Regel selbst folgen dann aber immer Ausnahmen oder Modificationen derselben. Nur § 1305 macht den Eindruck eines völlig ausnahmslos geltenden Satzes. Ist er es wirklich?

Gewiß ist er es nicht. Vor allem ist im Gesetzbuch ein kleiner Rest von dem Satze *malitios non est indulgendum*, ein Anwendungsfall desselben stehen geblieben, indem § 332 dem (redlichen) Besitzer rücksichtlich seiner voluptuären Impensen die Wahl gibt, „alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann“¹²⁹. Sodann aber finden wir im Gesetzbuch¹³⁰ mehrere Fälle, in welchen einerseits eine Handlungsweise für erlaubt erklärt wird, die entschieden verlegend in einen fremden Rechtskreis eingreift¹³¹, deren Uebung aber andererseits eine Entschädigungs-

¹²⁸ Das ist sehr entschieden betont im b. G. B. für Sachsen § 1487, während dessen § 118 allgemeiner spricht.

¹²⁹ Daß dieser Satz wirklich so zu denken ist, wie er im Text verstanden wurde (Unger Syst. I, S. 616, Note 20), bestätigen die Protokolle. Im w. g. G. B. (II § 54) lautete er: „... wegzunehmen, was davon noch benutzt, und ohne Schaden...“ Ein Monitum der Innsbrucker Facultät verlangte (18. April 1803) die Streichung der gesperrt gedruckten Worte zur Vermeidung von Streitigkeiten. Es wurde jedoch einhellig beschloffen, dieselben stehen zu lassen, als Referent bemerkte, man habe durch diese Worte anzeigen wollen, „daß der Besitzer nicht aus bloßem Muthwillen und Schadenfreude das wegnehmen dürfe, was ihm doch keinen Nutzen verschafft“ und das sei gewiß nur gerecht. Daß jene Worte in der zweiten Lesung (13. Juli 1807) dennoch gestrichen wurden, beruhte nicht auf einer inzwischen eingetretenen Aenderung der Anschauung; Zeiller beantragte die Streichung vielmehr darum, weil diese Worte sich bezögen „entweder auf den vorigen Besitzer oder auf den gemeinen Nutzen. Im ersten Falle sei der Beisatz überflüssig, weil es bloß von dem Urtheile und der Aussage des vorigen Besitzers abhängt, daß er die Sache zu benutzen wisse. Im zweiten Falle gehörte der Aufwand vielmehr zu dem nützlichen“.

¹³⁰ Solche Fälle finden sich auch sonst noch in nicht unbedeutender Zahl im Forstgesetz, Reichswasserrechtsgesetz u. s. w. Diese dürfen jedoch hier außer Betracht bleiben, da es sich darum handelt, den Sinn zu bestimmen, in welchem § 1305 von Haus aus zu verstehen war.

¹³¹ Abgesehen von der diese Handlung erlaubenden Rechtsnorm wäre die Handlung entweder ein Delict oder eine Vertragsverletzung. Erst diese Rechtsnorm läßt sie als eine nicht widerrechtliche erscheinen.

pflicht nach sich zieht. Sie kommen sammt und sonders darin überein, daß der Handelnde von einem Rechte Gebrauch macht, das ihm das Gesetz einräumt, dennoch aber dafür Ersatz geben muß, insoferne kann man sie als Ausnahmen von der Regel des § 1305 bezeichnen. Im Uebrigen sind sie verschieden genug und zum Theil von den Redactoren ganz anders gedacht als wir sie heut construiren würden. Von einem dieser Fälle (Note 134) ließe sich allenfalls noch sagen, daß, weil die vom Gesetz erlaubte Handlungsweise unvermeidlich einen Anderen schädigt, die Leistung der Entschädigung eben eine der rechtlichen Schranken sei, innerhalb deren allein die Ausübung des Rechtes stattfindet, bei allen übrigen wäre aber ein solcher Versuch, sie in den Rahmen des § 1305 einzufügen, von vornherein aussichtslos. Wir können als hieher gehörige Fälle bezeichnen die §§ 46¹³²,

¹³² Das Eheverlöbniß zieht keine rechtliche Verbindlichkeit zur Schließung der Ehe nach sich. Jedem Verlobten steht es also frei, zurückzutreten oder sich die Eingehung der Ehe unmöglich zu machen. Auch der heutige juristische Sprachgebrauch wird es nicht beanstanden — und noch weniger der zur Zeit der Codification — wenn wir sagen: der Verlobte hat ein Rücktrittsrecht, und zwar ist dasselbe ein ganz unbeschränktes; dem Eheversprechen ist eben, wie Sonnenfels (15. Februar 1802) sagte, die Wirkung benommen, „um bei einem so wichtigen Geschäfte, wie die Ehe ist, alle Uebereilung, Verführung u. dgl. möglichst zu beseitigen und keine unzufriedenen Ehen zu veranlassen“. Aber bald der Zurücktretende, bald der Nichtzurücktretende hat einen Anspruch auf Ersatz des erlittenen „wirklichen Schadens“, wenn ein solcher erwachsen ist. Es ist nun zwar wiederholt (z. B. von Pachmann Kirchenrecht II, § 455 und in Daimers Vierteljahrsschrift III, S. 76 f., neuestens auch von Kittner Destr. Eherecht S. 361) gelehrt worden, daß auch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß nur gegen Denjenigen auf Schadenersatz geklagt werden könne, dem ein Verschulden zur Last fällt. Allein diese Lehre ist entschieden unrichtig; dieser Anspruch setzt kein Verschulden voraus. Wenn aber Dolliner Eherecht (2. Aufl.) I, S. 21 die richtige Lehre damit zu erklären sucht, daß Zeiller den Satz, der Beschädigte sei berechtigt Ersatz zu fordern, auch wegen eines ihm durch eine unwillkürliche Handlung des Beschädigers oder durch einen in dessen Person eingetretenen Zufall verursachten Schadens, in das Gesetzbuch einzuführen gesucht habe, wenn er weiter lehrt, dies sei Zeillern „nach Ausweis der Rathsprotokolle“ nicht überall gelungen, wohl aber sei dies der Fall gewesen bei § 46 (und 1155) — so kann Dolliner die hier in Betracht kommenden Protokolle wohl nur vom Hörensagen gekannt haben (vgl. oben bei Note 14 und unten bei Note 161 ff.). In Wahrheit war es gerade Zeiller, der bei der Berathung des § 46 überstimmt wurde. Eine Erinnerung der Wiener Universität brachte nämlich vor: die Worte des § 60 w. g. G. B. I: „der von seiner Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte gegeben hat“, könnten nur bedeuten, „daß ihm nicht zugerechnet werden könne“. Da aber auch physische Ursachen, wie Krankheit, Entstellung den Rücktritt rechtfertigen könnten, so empfehle sich die Fassung: „Nur bleibt dem Theile, welcher durch einen ohne gegründete Ursache geschehenen Rücktritt Schaden zu leiden beweisen kann, der Anspruch auf den Ersatz dieses Schadens vorbehalten.“ Damit war Zeiller einverstanden, und fügte noch die Erklärung hinzu: danach hätte zwar „der Rücktretende auch dann keinen Schaden zu ersetzen, wenn sich ein den Rücktritt rechtfertigender Zufall in seiner Person“ (eine körperliche Schwäche, wegen deren ihm die Aerzte die Ehe

1021¹³³, 365¹³⁴, 460 und 1111¹³⁵. Dazu gesellen sich noch einige Fälle

unterlagen „ereignet“; aber „diese Folge sei auch als eine stillschweigende Bedingung des Rücktrittes gerecht“. Alle andern Botanten aber waren anderer Ansicht. „Trete derjenige Theil zurück, von dessen Seite sich die die Ehe hindernde Ursache ereignete, so müsse er dem anderen Theile allerdings den verursachten Schaden ersetzen; dem derjenige Theil, der keine Ursache zur Trennung gab und durch diese Trennung Schaden leide, habe ein vollkommenes Recht auf den Schadenersatz, welches ihr (sic) durch den Zufall, der den andern trifft, nicht benommen werden kann.“ In dem Beispiel des Referenten werde der Erkrankte also allerdings ersatzpflichtig sein, „denn er sei doch immer die causa materialis des Rücktrittes, und es trete hier, wie überhaupt im Rechte, die Regel ein, daß der Zufall nur dem Eigenthümer schade (casus nocet domino). — Trete entgegen derjenige Theil zurück, in dessen Person sich der Zufall nicht ereignete, und sei der Zufall von der Art, daß dadurch der Rücktritt vollkommen gerechtfertigt wird, z. B. eine auffallende Entstellung oder eine unheilbare Krankheit des anderen Theils, so könne derselbe (der Zurücktretende) „zu keinem Schadenersatz verhalten werden, weil von seiner Seite hiezu keine Veranlassung entstanden ist“. „Um diese Unterscheidung zu bezeichnen“ und mit Rücksicht auf den Antrag der Wiener Universität wurde auf Vorschlag des D. L. K. Gaan die Fassung des Paragraphs geändert; für „gegeben hat“ wurde gesetzt: „entstanden ist“. — Man sieht aus dieser Darstellung (die Alles bestätigt, was Zeiller Comm. I, S. 173 f. ausführt), daß den Redactoren der Satz casum sentit dominus die Thatsache verdeckte, daß Derjenige nur von seinem Rechte Gebrauch macht, der zurücktritt, weil eine zufällige Erkrankung ihm die Ehe verwehrt; den trivial Zurücktretenden scheinen sie als „schuldigen“ gedacht zu haben, und sahen sonach seine Ersatzpflicht als Folge seines Verschuldens an. Für beide Fälle aber fehlte ihnen das Bewußtsein, daß eine Ausnahme von § 1305 vorliege.

¹³³ §§ 76 und 1020, die man versucht sein könnte, hier anzuführen, erklären sich wohl anderweitig — aus § 1014 a. E. Wohl aber gehört hieher § 1021: Auch der Gewaltthaber hat, trotzdem er durch den Abschluß des Vertrages eine Verpflichtung übernommen hat, ein Recht zur Kündigung der Vollmacht. Dieses Recht aber darf nur in den Schranken des § 1021 (vgl. auch § 1025) gelbt werden. Wenn wir aber diese Schranken durch eine allgemeine Formel bezeichnen wollen, so wird sie dahin lauten müssen: Es darf von dem Kündigungsrechte kein rücksichtsloser Gebrauch gemacht werden — wie man ja auch erlaubte Selbsthilfe nicht rücksichtslos üben darf (§ 19: „die Grenzen der Nothwehr überschreitet“; § 344: „angemessene Gewalt“; § 1321: „anpassende Gewalt“). Interessant ist aber, daß bei § 1021 mehrere Botanten (1. April 1805) nicht angemessen fanden, die rechtlichen Schranken so eng zu ziehen, weil dadurch die Rechte des Gewalthabers beschränkt und daher jene Gleichzeitigkeit unter Contrahenten unterbrochen würde, welche doch bei zweiseitigen Contracten statt haben müsse.“ Um so schärfer betonten Andere den entgegengesetzten Standpunkt: „... Genug, daß vorgeschrieben ist, der Machtthaber müsse dem Machtgeber allen Schaden, der dem letzteren durch die Zurücklegung der Vollmacht entsteht, vergüten; sobald also ein zugegangener Schaden erwiesen werden kann, sei es nun, daß der Machtgeber die Aufkündigung zu spät erfährt, und das Geschäft inzwischen besorgt werden müßte, ehe er einen neuen Machtthaber bestellen kann, oder daß ein wie immer gearteter Zufall . . . Schaden verursacht, so muß dieser ohneweiters vergütet werden, indem der Machtthaber . . . für die Folgen seiner Handlungen zu haften hat.“ Das weitere Detail der Berathung ist hier nicht von Interesse; doch sei noch mitgetheilt, daß das Wort „unvermeidliches“ wohl nur durch ein Versehen aus dem w. g. G. B. in das

von Schutzmitteln, insbesondere Sicherheitsbestellungen¹³⁶, die theils geradezu

gegenwärtige übergang. Ein Monitum der Wiener Facultät fand nämlich dieses Wort zu hart, da doch wohl auch z. B. eine entstandene Todfeindschaft die Zurücklegung der Vollmacht rechtfertige; sie beantragte daher, ein „wichtiges“ Hinderniß solle genügen. Damit war Zeiller umjomehr einverstanden, als, wie er bemerkte, das französische und preußische Recht nicht einmal ein wichtiges Hinderniß fordere, sondern willkürliche Kündigung gestatte. Hierüber ist weder Debatte noch Beschluß im Protokolle notirt — was eher auf stillschweigende Annahme als auf Ablehnung deutet, da Zeiller auf den Ausdruck seiner Zustimmung sofort sein Votum über eine andere Erinnerung folgen läßt.

¹³⁴ Die heut herrschende Lehre, wonach das Enteignungsrecht publicistisch Natur ist, eine Maßregel der Verwaltung, in welcher der Staat einseitig die Pflicht zur Abtretung festsetzt (Erklärung des Enteignungsrecht, §§ 2, 9) ist zwar schon der Redactionszeit keineswegs fremd und war insbesondere auch in Oesterreich vertreten (Egger das natürl. öffentl. Recht, 1809, I, § 182 ff.). Man könnte hienach glauben, die Redactoren hätten an diesem Falle erkennen müssen, daß in ihm eine zum Erfolge verpflichtende Rechtsübung gelegen sei. Allein im w. g. G. B. III § 179 war die Enteignung als ein mit Einwilligung des Enteigneten vor sich gehender Act gedacht — eine Lehre, die noch weit später Vertretung gefunden hat. Ein Monitum der Wiener Facultät (27. Mai 1805) fand es zwar nicht richtig, zu sagen, „daß Jemand einwilligt, wo er widerspricht“, und beantragte daher, weil „die Staatsverwaltung berechtigt ist, auch gegen seine Einwilligung vorzugehen“ die Textirung: „so ersetzen die Gesetze die Einwilligung des Eigenthümers, wenn sie auch versagt werden sollte, denen jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft unterworfen ist“. „Allein dieser eine bloße Belehrung enthaltende Paragraph wurde nach der Meinung des Referenten und mit einhelliger Bestimmung weggelassen.“ Unter einen, der Expropriation verwandten Gesichtspunkt fällt, rein dogmatisch betrachtet, auch § 1168 i. f. Nicht so aber für die Redactoren; sie beschloffen diesen Rechtsatz (2. Nov. 1807) trotz einer dagegen eingebrachten gut begründeten Sondermeinung von Sonnenfels, weil der „Autor dadurch, daß er eine neue Ausgabe für nöthig hält, selbst bekennet, bei der ersten Ausgabe nicht Alles bedacht, kein vollständiges Werk geliefert zu haben; er habe also den Verleger inducirt, ihn in Schaden versetzt, und er allein sei Ursache, daß der Verleger anstatt eines Werkes nur Maculatur habe.“

¹³⁵ „Der Pfandinhaber kann sein Pfand, soweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden . . .“ (§ 454). Mag man in der Pfandverpfändung eine Verpfändung des eigenen Pfandrechts oder eine Weiterverpfändung einer fremden Sache erblicken — auf alle Fälle übt der Pfandverpfänder nur ein ihm vom Gesetze eingeräumtes Recht; das Gleiche thut der Bestandnehmer, wenn er die Sache in Pfandbestand gibt (§ 1098). Wenn nun dennoch der Pfandverpfänder „selbst für einen solchen Zufall haftet, wodurch das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre“ (§ 460), und der Pfandbestandgeber einsehen muß für „des Pfandbestandnehmers Verschulden“ (§ 1111), so heißt das: Sie dürfen durch die Uebung ihres Rechtes, durch welche sie über eine fremde Sache verfügen, die rechtliche Lage des Pfandschuldners (Bestandgebers) nicht schlimmer gestalten, als dies das Pfandrecht und Bestandrecht schon seiner Natur nach mit sich bringen muß; das Gesetz hat zwar mit diesen Rechten, indem es Pfandverpfändungen u. s. w. gestattet, eine rechtliche Macht verbunden, die nicht schon nach der Natur des Pfand- und Bestandrechtes in diesen enthalten sein muß, sondern auch fehlen könnte. Umjomehr fordert es die Gerechtigkeit, daß Derjenige, der von dieser besonderen rechtlichen Macht Gebrauch macht, dies nicht

unter die oben bezeichneten Gesichtspunkte fallen, zum Theil aber, wenn sie

zum Schaden des ersten Verpfänders u. dgl. thue. Vielmehr muß er, wenn er von dieser Macht Gebrauch macht, gleichsam als Preis für diesen ihm gewährten Vortheil, auch dafür einstehen, daß seine Rechtsübung, so sehr sie nichts anderes als Rechtsübung ist, dem fremden Vermögen nicht verhängnißvoll werde. — Wie die beiden Fälle von den Redactoren verstanden wurden, erhellt leider nicht. Ueber § 460 findet sich in den Protokollen (27. Juli 1807) nur so viel, daß Zeiller beantragte, durch seine Ausnahme in das Gesetzbuch eine Streitfrage zu entscheiden; die Haftung des Pfandbestandgebers kam zwar (24. Nov. 1806) zweimal, bei w. g. G. B. III §§ 235 und 241, zur Sprache; allein es erhellt nicht, worin die Redactoren ihre innerliche Begründung fanden.

¹³⁶ Der durch eine Ausführung gefährdete Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes hat unter gewissen bekannten Voraussetzungen ein Recht, das Verbot der Neuerung vom Gerichte zu fordern (§ 340). Er klagt auf Grund des Rechtes, das er wenigstens factisch besitzt, und ersucht außerdem um sofortige Einstellung des Baues. Zu Weidem berechtigt ihn das Gesetz. Allein es zieht neue Schranken, durch welche es die rücksichtslose Uebung dieses Rechtes eindämmt; denn bei näher offener Gefahr wird die einstweilige Fortführung des Baues bewilligt („indem es besser sei, einen Schaden nicht geschehen lassen, als den geschehenen repariren“. Protokoll 23. November 1809), und auch abgesehen hievon, muß der Verbotleger, wofern der Bauführer angemessene Sicherheit bietet, die Einstellung des Baues durch Bestellung einer ähnlichen Sicherheit für die Folgen seines Verbotes erkaufen (§ 341), und es versteht sich von selbst, daß aus der so übernommenen Verpflichtung eventuell dem Bauführer auch Ersatz geleistet werden muß für den ihm aus der Verzögerung des Baues erwachsenen Schaden, d. h. die Uebung des Rechtes, die da verlegend eingriff in einen remden Rechtskreis, verpflichtet zum Schadenersatz. — Daß ferner auch § 343 das Princip erschüttern hilft, „daß der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden völlig unumschränkter Herr ist und nach § 1305 aus dem Gebrauche seines Rechtes für den einem Andern entstehenden Schaden nicht verantwortlich gemacht werden kann“, darauf hat schon Magas (Nachbarrecht S. 33) aufmerksam gemacht: „Ist ja in seinem abstracten Rechte auch sicher jenes unbegriffen, seine eigene Sache verfallen zu lassen und wenn der Einsturz der Sache dann erfolgt, könnten seine Wirkungen nur dem Zufalle zugeschrieben werden, sowie man . . . nicht anerkennt, daß der Eigenthümer verpflichtet ist, rechtzeitig Sorge zu tragen, daß ein ihm gehöriges Werk nicht durch Einsturz dem nachbarlichen Grunde schade.“ Derselbe Schriftsteller und schon vor ihm Kirchner (Comm. 1. Aufl. [1868], S. 162; 3. Aufl., S. 182) hat auch, gegen die herrschende Lehre, betont, daß, wenn der Einsturz wegen Fehlerhaftigkeit des Werkes erfolgt, ohne daß früher die Sicherstellung begehrt worden wäre, das Recht auf Schadenersatz demungeachtet vorhanden ist. Ich kann auch den einhelligen Beschluß der Redactoren (25. April 1803) nicht anders verstehen, der ein Monitum, das auch den Besitzer eines persönlichen Rechtes autorisiren wollte, die Caution zu begehren ablehnte, einmal weil auch das römische Recht dem Miethsmann dieses Recht nicht gebe und dann in der Motivirung fortfuhr: „Bei uns sei es um so minder nothwendig, als von dem Eigenthümer des Gebäudes der mittelbar aus seinem Verschulden entstandene Schade auch ohne vorläufige Sicherstellung ersetzt werden müßte. Der Zwang der Sicherstellung sei vielmehr nur ein Betreibungsmittel, die nöthigen Verbesserungen zeitig vorzunehmen.“ Das ist wohl allgemein (nicht von dem Verhältniß des Eigenthums zum Miether) gesagt. Allerdings aber, glaube ich, ist hier eine Unterscheidung nothwendig und läßt sich die Ansicht, daß der Regel nach die Caution den Ersatzanspruch nicht schaffe, sondern

auch seitab liegen, doch wegen einer gewissen Verwandtschaft, die zwischen ihnen und den ersteren besteht, hier nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Es kann nach dem ganzen Zwecke dieser Untersuchung nicht ihre Aufgabe sein, aus den angeführten und anderen Gesetzesstellen ein erschöpfendes positives Princip zu gewinnen; sie sollen hier nur beweisen, daß in nicht wenig Anwendungen im b. G. B. anerkannt ist, daß rücksichtslose Ausübung eines Rechtes, selbst wenn sie sich innerhalb der rechtlichen Schranken hält, verantwortlich machen kann, und daß insbesondere da, wo das Gesetz einem Rechte einen Inhalt gegeben hat, der es als ein fremden Rechtskreifen gefährliches erscheinen läßt, der so Berechtigte, mag er auch nur sein Recht geübt haben und von allem Verschulden frei sein, ersatzpflichtig wird für den Schaden, den er durch und in der Uebung seines Rechtes einem Andern zugefügt hat.

Ist das aber richtig — und es ist dafür gleichgiltig, ob alle von uns angeführten Anwendungsfälle oder nur einige für zutreffend erachtet werden, oder ob man deren noch mehrere beibringt — so ist damit schon bewiesen, daß es wenigstens nicht durchgreifend richtig ist, wenn man in § 1305 den Rechtsatz findet, Niemand könne verantwortlich (ersatzpflichtig) sein für einen Schaden der für einen Andern aus der Uebung eines Rechtes erwuchs; vielmehr kann sehr wohl eben das Recht des Andern zu jenen rechtlichen Schranken gehören, die der Erstere nicht überschreiten darf. Und darum ist es schief und irreführend, wenn man § 1295 und 1305 einander so entgegensetzt:¹³⁷ „. . . man wird . . . nur¹³⁸ für jene Beschädigung verantwortlich, welcher ein Verschulden zu Grunde liegt; dagegen aber verschuldet Derjenige, welcher von seinem Eigenthumsrecht innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht . . . nichts“. Es kommt hier eben gar nicht

nur sichert, besser begründen, als bisher geschehen. Doch würde das hier zu weit ablenken. — Ob ferner §§ 834, 835 hieher gehören, darüber kann man streiten. Nach der Intention der Redactoren gehört aber entschieden nicht hieher § 890; der Satz: „so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger ohne Sicherstellung herauszugeben nicht verpflichtet“, war nicht gedacht als eine Schranke des gläubigerischen Rechtes, sondern wurde beschloffen (11. December 1809) „damit . . . vorsehen werde, daß der Schuldner nicht schon allein deswegen, daß nur ein und nicht alle Gläubiger die Erfüllung der Verbindlichkeit fordern, dieser sich widersetzen und dadurch den Gläubigern, wenn er inzwischen zahlungsunfähig wird, ihr Recht vereiteln könne“.

¹³⁷ Schuster Baurecht, S. 72 f.

¹³⁸ Dieses „nur“, das im § 1295 nicht steht, ist (oben Note 29) geradezu abhängigvoll geworden für die ganze Auffassung unserer Lehre in Theorie und Praxis Hat man doch, um dieses überall verlangte Verschulden zu finden, nicht Anstand genommen, zu lehren, im Falle des § 1321 werde ein Verschulden des Eigenthümers des schadenden Thieres vermuthet „und diese Vermuthung lasse nicht einmal den Beweis des Widerpieles zu“ (Schiedlein IV, S. 141).

auf das „Verschulden“¹³⁹ an, sondern es ist auszugehen von dem Satze, der hier nicht zum erstenmale¹⁴⁰, auch für das österreichische Recht¹⁴¹ nicht zum erstenmale, gelehrt wird¹⁴²: „Das Dispositionsrecht des Eigenthümers ist nur insoweit ein unbeschränktes, als es ohne Rücksicht auf das nachbarliche Verhältniß gedacht wird; durch dieses wird er jedoch gezwungen, sich solcher Verfügungen zu enthalten, welche, wenn auch nur durch ihre Folgen, nachtheilige Veränderungen im fremden Eigenthum bewirken“ und: „Jene Belästigungen, welche mit dem gewöhnlichen rationellen Gebrauche des Eigenthums für den Nachbar nothwendig verbunden sind, mögen sie demselben auch den davon unzertrennlichen Nachtheil zufügen, müssen geduldet werden und berechtigen zu keiner Negatorien- oder Entschädigungs-klage.“ Außergewöhnliche Belästigungen aber braucht man der Regel nach sich nicht gefallen zu lassen, d. h. man kann dafür Schadenersatz ansprechen.

Letzteres gilt nun insbesondere von gewerblichen Anlagen, vom Fabriks- und Eisenbahnbetrieb u. dgl. So werden „Erschütterungen eines Gebäudes durch einen auch regelrechten Eisenbahnbetrieb zweifellos einen Entschädigungsanspruch begründen“¹⁴³; „so ist eine Eisenbahnverwaltung pflichtig zum Ersatz des Schadens, der durch das Funkenprühen der Locomotiven entstanden ist, der Fabriksunternehmer für den Schaden haftbar, der durch die Erdererschütterungen, welche der Fabriksbetrieb im Gefolge hat, verursacht wird u. s. w. In allen diesen Fällen kann die Verpflichtung des Schadenersatzes nicht auf eine Verschuldung, ein doloses oder culposes Verhalten gegründet werden. Denn die Schadenersatzpflicht entsteht auch dann, wenn

¹³⁹ Poening Die Haftung des Staates, S. 73: „Die Handlungen und Unterlassungen sind an sich nicht rechtswidrig, nicht unerlaubt, sie bestehen nur in Ausübung des Eigenthumsrechtes; aber sie führen schädliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück herbei, und deshalb gewährt das Recht Schutzmaßregeln gegen sie.“

¹⁴⁰ Vgl. bef. Fhering in f. Jahrb. VI, S. 118 ff.; Bar Causalzusammenhang, S. 150: „eine der Regel des Lebens widersprechende Thätigkeit . . .“ Poening a. a. O.: „eine ungewöhnliche, das ortsübliche Maß der Schädlichkeit oder Beschwerlichkeit übersteigende Beschädigung oder Belästigung“. Vgl. auch Koch Deutschlands Eisenbahnen I (1858), S. 141 ff., der jedoch viel weniger weit geht.

¹⁴¹ Magez S. 47, 49 f.

¹⁴² Allerdings beziehen sich diese Lehren nur auf die Fragen des Nachbarrechtes, — ohne Zweifel diejenigen, die als die praktisch wichtigsten der hier einschlagenden Fragen bezeichnet werden müssen. Daß verwandte Grundsätze auch über dieses Gebiet hinaus die Lehre von der Ausübung der Rechte beherrschen, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, so wenig dieselben auch bestimmt sein konnten, die Frage zu erschöpfen.

¹⁴³ Bar S. 154. Vgl. Magez S. 51: „Es dürfte kaum Jemandem beifallen, daß der Eigenthümer eines wegen Ueberheizen (nur in diesem Falle?) explodirten Dampfkessels sich gegen die Schadenersatzklage des . . . beschädigten Nachbarn auf den § 1305 b. G. B. berufen könne, aber auch der Stahlschmied, der einen mit 1000 Centner Kraft arbeitenden Hammer betreibt, wird für den Einsturz der Nachbarmauer verantwortlich sein.“

nachgewiesen wird, daß selbst bei der Anwendung der größtmöglichen Sorgfalt die Schadenszufügung nicht hätte vermieden werden können, weil es keine Vorrichtungen gibt, welche bei einem Maschinenbetrieb dieser Art die Möglichkeit einer Schadenszufügung ausschließen. . . Da nun aber das Recht nicht nur solchen Maschinenbetrieb gestattet, sondern meist zu demselben eine besondere staatliche Genehmigung erteilt wird, so kann man vernünftigerweise in demselben an und für sich nicht schon ein culposes Handeln sehen. . . Hat der Staat ein solches Unternehmen nach Maßgabe der Gesetze concessionirt, so liegt auch in dem Betriebe desselben keine Rechtswidrigkeit. Die durch den Betrieb verursachten Beschädigungen, die durch keine mit dem Betriebe vereinbarten Vorrichtungen, durch keine mögliche Sorgfalt verhindert werden können, sind mit dem Betrieb selbst zugelassen. Sie können den Unternehmer zum Schadenersatz verpflichten, nicht aber zur Einstellung des ganzen Betriebes¹⁴⁴. Ganz ähnlich betonte schon Bar¹⁴⁵ die Verantwortlichkeit der Eisenbahnverwaltung für den durch ausprühende Funken verursachten Brandschaden, „ohne daß dazu eine besondere culpa¹⁴⁶ der Verwaltung oder ihrer Beamten¹⁴⁷ vorausgesetzt wird. Der Bahnbetrieb setzt die anliegenden Grundstücke in dieser Beziehung einer außergewöhnlichen Gefahr aus, und es kommt auch darauf nicht an, daß etwa der Schaden durch Sturmwind

¹⁴⁴ Voening S. 73 ff.

¹⁴⁵ Causalzusammenhang, S. 154 f.

¹⁴⁶ „Z. B. durch Gebrauch unvollkommener Maschinen. Die Causalität liegt schon in der Einrichtung eines gefährlichen Gewerbebetriebes.“ Dasselbst Note 8.

¹⁴⁷ Nicht so weit geht Magas S. 51; er will die Eisenbahngesellschaft (nur) dann für den durch Locomotivfunken verursachten Brand einstehen lassen, „wenn dem Locomotivführer irgend ein Verschulden zur Last fällt“. Denselben Gedanken spricht er S. 49 in allgemeinerer Fassung aus, indem er den Eigentümer, abgesehen von den Fällen der *cantio damni infecti*, dann zu einer Thätigkeit verpflichtet hält, „wenn die durch Menschenhand geschaffene, an und für sich unschädliche Anlage eine Thätigkeit fordert, damit sie nicht zur schädlichen werde. Es ist dieses insbesondere beim Gebrauche von Naturkräften der Fall, die einer Schranke bedürfen, wenn sie nicht fremdes Eigenthum gefährden sollen.“ Da soll nach Umständen eingestanden werden müssen für die „Obforge des ordentlichen Hausvaters“ oder die „besondere Obforge“, und soll demnach die Gasanstalt einstehen müssen für den durch eine verschuldete Explosion dem Nachbar entstandenen Schaden. Unklar bleibt dabei, ob wir auch in dem von Magas (oben Note 143) angeführten Beispiel vom Stahlschmied ein Verschulden voraussetzen müssen. Jedenfalls ist unbeachtet geblieben, daß es Beschädigungen durch gefährliche Gewerbebetriebe gibt, die keine Vorforge voraussehen und abwenden kann, und daß § 1305 keinesfalls die Haftungsspflicht aufheben kann in jenen Fällen, in denen das Gesetz (die gelegentlich erworbene Concession) einen, den Rechtskreis Dritter gefährdenden Geschäftsbetrieb erlaubt. Haben wir an weit harmloseren Fällen aus dem Gesetze nachweisen können, daß Eingriffe in fremde Rechte durch Ausübung eines Rechtes nur gegen Entschädigung erlaubt sind, so kann auch die Tragweite solcher Concessionen umsomehr keine größere sein.

oder besondere Dürre veranlaßt wurde, denn daß Beides während eines fortdauernden Betriebes öfter eintritt, ist selbstverständlich und kann nicht als das Eingreifen einer neuen Causalität betrachtet werden. Dagegen dürfen die Anlieger auch ihrerseits nicht besondere Unvorsichtigkeiten begehen: z. B. werden sie nicht nahe dem Bahnkörper im Walde viel Reisig auffammeln dürfen und überhaupt auf den Eisenbahnbetrieb, um dessen Gefährlichkeit nicht zu erhöhen, eine billige Rücksicht nehmen müssen¹⁴⁸. Auch die Entschädigungspflicht des Staates, beziehungsweise der Gemeinden wegen Benachtheiligung von Grundstücken durch Tieferlegen von Straßen, ist nach diesen Grundätzen zu beurtheilen. „Der Bau eines Hauses kann nur in dem Vertrauen auf die fragliche Beschaffenheit der angrenzenden Straße unternommen werden¹⁴⁹.“ Bei solchen ganz außerordentlichen Veränderungen ist also eine Beschädigung im rechtlichen Sinne verursacht.“

Das Gewicht dieser Aeußerungen hervorragender Schriftsteller ist ein um so bedeutenderes, als sie sich auf Entscheidungen oberster Gerichtshöfe stützen, die in diesem Sinne erkannten, obwohl den Gesetzgebungen, die da zur Anwendung gelangten, der Rechtsatz, den bei uns § 1305 enthält, ebenfalls angehört. Es muß also dieser Rechtsatz doch wohl nicht nothwendig dahin verstanden werden, daß er Verantwortungsfreiheit gewährt für alle möglichen an die Ausübung eines Rechtes sich anschließenden nachtheiligen Folgen. Diese Aeußerungen und Entscheidungen sind aber für uns doppelt interessant, weil sie in dem entschiedensten Gegensatz stehen zu jener Auslegung, welche § 1305 in unserer Theorie und Praxis findet. Die Commentare begnügen sich mit einer zweideutigen Paraphrase und die Praxis ist in großer Regel geneigt, Denjenigen, der sein Recht geübt hat, frei zu sprechen von jeder Haftung gegenüber den dadurch Beschädigten, wofür ihm nur kein Verschulden zur Last fällt. Insbesondere kann es als ein in unserer Praxis völlig feststehender Satz angesehen werden, daß Eisenbahnen für Brandschäden, welche durch Funkenaussprühen der Locomotive entstanden sind, nur zu haften haben, wenn ein Verschulden bezüglich der Handhabung der Vorsichtsmaßregeln gegen den Funkenflug nachgewiesen wird¹⁵⁰; ebenso

¹⁴⁸ „Freilich besteht hier keine klagbare Obligation gegen den Eigentümer. Aber besteht eine solche z. B. gegen die Passanten einer Straße, welche doch auch sehr oft, um nicht beschädigt zu werden, ausweichen müssen u. s. w.“ Dasselbst Note 9 und vgl. oben bei Note 102 f.

¹⁴⁹ Motive eines Moskauer Erkenntnisses in Seuffert's Archiv XXII, Nr. 144.

¹⁵⁰ Köll, Sammlung von eisenbahnr. Entsch., Nr. 10 (gleich Sammlung II, Nr. 948), 143, 174, 179. In dem erstgenannten Falle fiel allerdings dem Kläger selbst ein Verschulden zur Last, indem er das Gras und die Waldstreu in der Nähe des Bahnkörpers zu beseitigen veräumte. Vgl. noch Grabmayr Zur. Bl. 1877 Nr. 12, Haberer in Samitsch's Zeitschr. II, S. 482 ff.

wird der Schaden nicht vergütet, der einem Anrainer daraus erwächst, daß ihm der Bau eines Eisenbahndammes die Zufahrt zu seinem Grundstücke erschwert¹⁵¹, und der Schaden, der den Hauseigentümern dadurch zugeht, daß ihre Häuser wegen einer von der Gemeinde verfügten Tieferlegung der Straße den Einsturz drohen und somit kostspielige Erhaltungsbauten erheischen¹⁵². Ferner wird, wenn wegen angeblichen Privilegien-Eingriffs die Einstellung des von dem angeblich das Privilegium Verletzenden betriebenen Gewerbes und die Beschlagnahme der vorräthigen Erzeugnisse desselben erwirkt wurde, diese ganze Maßregel aber sich hinterdrein als materiell nicht gerechtfertigt herausstellt, der Anspruch auf Genugthuung für Schimpf und Schaden (also Genugthuung für die Gewerbsstörung) von dem Nachweis abhängig gemacht, daß jene Einstellung des Gewerbsbetriebes dolos oder culpos veranlaßt war¹⁵³.

Entscheidungen, die den Gedanken hervortreten lassen, daß außergewöhnliche Belästigungen durch einen Gewerbebetrieb ohne Rücksicht auf unterlaufendes Verschulden ohneweiters vertreten werden müssen, sind in unserer Praxis außerordentlich selten¹⁵⁴. In anderer Anwendung hat sie da-

¹⁵¹ Sammlung IV, Nr. 2629 (gleich Röll, Nr. 35): Weil der Kläger kein ausschließendes Recht auf den fraglichen Weg habe und die Eisenbahngesellschaft nur von ihrem Rechte in den gesetzlichen Schranken Gebrauch gemacht habe. Nur die I. Instanz erkannte zu Gunsten der Klage. — In einem anderen Falle (Röll Nr. 39) nehmen die Motive des D. G. H. an, daß ein Ersatzanspruch fundirt wäre, wenn die Kläger ein auf Privatrechtstiteln beruhendes Servitutsrecht gehabt hätten, dessen sie sich zum allgemeinen Besten entäußern mußten (also Gesichtspunkt der Zwangsenteignung), oder wenn der Eisenbahngesellschaft eine Unterlassung bezüglich der ihr obliegenden Herstellung anderweitiger Communicationen an Stelle der zerstörten zur Last fiel.

¹⁵² Sammlung II, Nr. 573, denn „die Commune arbeitete auf ihrem Grund und Boden, und wenn aus dieser Arbeit eine Beschädigung des Klägers entstand, so ist die Commune in Gemäßheit der §§ 362 und 1305 a. b. G. B. nicht verantwortlich . . .“ Dagegen erkannte die zweite Instanz in diesem Falle mit u. E. in der Hauptsache zutreffender Motivirung auf Entschädigung.

¹⁵³ Sammlung III, Nr. 1389. Auch hier hatte die erste Instanz — u. E. richtig — verurtheilt. Vgl. auch Sammlung VI, Nr. 2933.

¹⁵⁴ Eine Anerkennung dieses Rechtsatzes finden wir in Sammlung IX, Nr. 4361: Der Besitzer einer Cementkalkfabrik wurde zum Schadenersatz verurtheilt, weil durch den von der Fabrik (aus der an die Wiese angebauten und gegen dieselbe offenen Trockenhütte) auf die Wiese des Klägers gewehten Kalkstaub das Gras verdorben war. Die Vertheidigung des Beklagten durch § 1305 wurde verworfen, weil „das Eigenthum an der Trockenhütte . . . ihn nicht zu Handlungen berechtigt, die auf den Grund des Nachbarns hinübergreifen und dessen Eigenthum verderben.“ Da aber die Motive fortfahren: „um so weniger, als er eine Ermächtigung der Behörde zu den schädlichen Manipulationen nicht beigebracht hat“ — so läßt sich aus dieser Entscheidung zur Unterstützung des Rechtsatzes im Texte nicht allzuviel gewinnen. Eher noch aus Sammlung III, Nr. 1421 (gleich Röll Nr. 15): Wasserwerksbesitzer klagten gegen das Eisenbahn-
 arar auf Schadenersatz, weil durch den Eisenbahnbau die Triebkraft des Wassers ver-

gegen gerne die richtigen Consequenzen aus dem Grundsatz gezogen, daß die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur insoferne stattfindet, als dadurch in die Rechte eines Dritten kein Eingriff geschieht¹⁵⁵, hat oft die Schranken eines Rechtes in treffender Weise bestimmt¹⁵⁶, und ebenso richtig auch den Satz zur Anwendung gebracht, daß Rechtsausübung (beziehungsweise eine nicht gegen das geltende Recht verstoßende Handlungsweise) eine rechtliche Handlungsweise bleibt, unabhängig von der Absicht, in der sie vorgenommen wird¹⁵⁷. Endlich soll nicht unbemerkt bleiben, daß die Praxis, gewohnt, im § 1305 einen Rechtsatz von eminenterer Tragweite zu erblicken, sich gerne auf denselben beruft, auch wo concretere Bestimmungen des Gesetzes vorkommen hinreichen würden, die getroffene Entscheidung zu rechtfertigen¹⁵⁸.

Wir vermögen nicht zu sagen, ob im Vorstehenden die praktische Anwendung des § 1305 genügend charakterisirt ist. Das aber wissen wir, daß wir oft und oft von Praktikern diesen Paragraph als einen der wundesten Punkte unseres Schädensrechtes bezeichnen gehört haben. Gewiß mit Recht, wenn er wirklich zu jenen Entscheidungen nöthigte, die wir an die Spitze unserer Besprechung der Praxis gestellt haben. Nach unserem Erachten aber ist er, weit entfernt, zu solchen Entscheidungen zu nöthigen, nicht einmal geeignet, sie zu rechtfertigen. Was er enthält, ist ein selbstverständlicher, wenn man will, im Gesetze überflüssiger Satz¹⁵⁹. Die Auffassung, die er in der Praxis gefunden hat, konnte nur gefährlich werden, weil es uns an

ringert war. Die II. Instanz sprach ihnen denn auch den Ersatz zu, richtig erwägend, daß „Niemand sich zur Errichtung eines Wasserwerkes herbeilassen und auch die politische Behörde die Bewilligung dazu nicht ertheilen könnte, wenn nicht die Sicherheit geboten wäre, daß kein Anderer berechtigt sei, ihm das Lebenselement seines Werkes, die Wasserkraft zu entziehen.“ Auch die Motive der III. Instanz, soweit es sich um die Frage handelt, ob überhaupt ein Ersatzanspruch bestehe, drängen zu der gleichen Entscheidung; daß dennoch die Klage abgewiesen wurde, beruhte auf dem Beweisformalismus, der in diesem Zusammenhange nicht zu erörtern ist. — Vgl. noch Sammlung IX, Nr. 4287 und XIII, Nr. 5898, die freilich nur Entscheidungen im Besitzstörungsproceße enthalten.

¹⁵⁵ Sammlung IV, Nr. 2057.

¹⁵⁶ Sammlung I, Nr. 235, 345; XI, Nr. 4981; vgl. XIII, Nr. 5821; XIV, Nr. 6027, u. a.

¹⁵⁷ Sammlung XIII, Nr. 5808. (Ein Schuldner kauft gegen seinen Gläubiger bestehende Forderungen, in der Absicht, sie zur Compensation zu verwenden.)

¹⁵⁸ Vgl. z. B. Sammlung X, Nr. 4527; „Jur. Blätter“ 1879, Nr. 41, S. 514, Sp. 1.

¹⁵⁹ Mit und ohne § 1305 würde es wahr bleiben, daß der Gläubiger gegen seinen Schuldner alle vom Proceßrecht zur Verfügung gestellten Zwangsmittel anwenden, von dem einzelnen *correns debendi* das Ganze eintreiben kann, daß der große Fabrikant nicht verantwortlich wird, mag auch sein Großbetrieb hundert kleine Leute zu Grunde richten u. s. w.

einer eingehenden gesetzlichen Regelung des Nachbarrechtes fehlt. Diese aber würde kaum Jemand durch eine Reform des Schädensrechtes zu erreichen hoffen dürfen.

VI. Von dem Schaden „aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung“.

Wie weit entfernt die Redactoren und das von ihnen verfaßte Gesetzbuch von dem ihnen so oft zugeschriebenen Ausgangspunkte waren, wonach man nur durch Verschulden zum Ersatz verpflichtet werden könne, zeigt in charakteristischer Weise die Verhandlung, aus welcher die §§ 1306—10 hervorgingen.

Als Zeiller (19. Mai 1806) den § 1306 formulirte¹⁶⁰, bemerkte er: Nach dem w. g. G. B. III § 456 sollen auch Kinder und Wahnsinnige den von ihnen zugefügten Schaden ersetzen. Der dafür angeführte Grund¹⁶¹ sei wahr, aber die Vorschrift lasse sich „auf das bürgerliche Leben nicht wohl anwenden. Wollte man ihr getreu bleiben, so müßte man umso mehr anordnen, daß jedes noch so geringe, selbst unvermeidliche Versehen den Schadenersatz nach sich ziehe und Referent sehe nicht ein, wie der Verfasser des Entwurfes mit dieser strengen Vorschrift die §§ 436 und 443, dann die folgenden vereinbaren konnte“. Zeiller's Antrag wurde von der Majorität (Sonnenfels, Aichen, Vitreich, Orlandini und Kottenhann) angenommen, dagegen von Ehrenberg, Tyro und Scheppl bekämpft: „Nicht nur dem Naturrechte¹⁶², wie selbst Referent anerkenne, sondern auch dem positiven Rechte¹⁶³ und den Ansichten der Billigkeit sei es angemessen, daß der durch Kinder oder Wahnsinnige Beschädigte, und hieran doch immer am meisten unschuldige Theil entschädigt werde. Wenn man diesen auch nicht Freiheit und Willkür ihrer Handlungen beimessen, mithin ihnen dieselben eigentlich nicht zurechnen kann, so sei es doch immer gewiß, daß sie Ursache des Schadens sind, und daß den hieran ganz unschuldigen Theil doch noch weniger als sie die Folgen ihres Zustandes treffen sollen. Noch auffallender stelle sich diese Behauptung dar, wenn man sich den Beschädigten wohlhabend, den Beschädigten arm, oft nur von seiner Handarbeit sich nährend denkt,

¹⁶⁰ In dieser seiner ersten Formulirung fehlten noch die Worte: „in der Regel“. Hier war also wirklich jener Standpunkt eingenommen, von dem wir sagten, daß er nicht der der Redactoren war.

¹⁶¹ „Weil aber der Schadenersatz sich auch auf das Vertheidigungsrecht gründet, welches auch gegen Kinder und Wahnsinnige statt hat . . .“

¹⁶² Vgl. die literarischen Nachweisungen bei Hepp a. a. O., S. 243 ff.

¹⁶³ Vgl. bes. Schöman I, S. 42 ff., der freilich seine Behauptungen „durch die abgeschmacktesten Argumente“ (Hepp S. 19 ff.) stützt. Dagegen schon Böhr Theorie S. 100 ff.; Thibaut Verf. II, S. 187 ff.; Wening S. 35 f., 51 ff. Dazu auch Hepp S. 118 f., 169 f., 175 und insbes. über unser G. B., S. 181 ff.

wozu ihn Ersterer, der ihn sogar verstümmelt hat, nun ganz unfähig macht! Nicht zu widersprechen sei das Recht der Vertheidigung gegen jede von diesen angedrohte Beleidigung oder Beschädigung, und dieses Recht erstrecke sich, wenn sich die Sicherheit absolut nicht anders denken läßt, bis zur Tödtung des angreifenden Theiles, — und nun solle sie auf der anderen Seite denselben nicht einmal zu einer Verminderung seines Vermögens . . . verbinden!“

Noch energischer griff der D. L. N. Haan, der in der Sitzung vom 19. Mai gefehlt hatte, am 9. Juni bei der Berathung des § 1337 den § 1306 an. Er fand nämlich, die Grundgedanken beider Paragraphen stünden in offenem Widerspruch mit einander. In §. 1306 werde die Verbindlichkeit des Schadenersatzes bloß auf persönliche Fähigkeiten und Eigenschaften beschränkt, im §. 1337 aber „auch auf die Sache, auf das Vermögen“ erstreckt. Er bestritt zwar nicht den „Hauptgrundsatz, daß Schadenersatz nur von dem mit voller moralischer Freiheit handelnden Beschädigten geleistet werden solle“; aber er berief sich darauf, daß das Vertheidigungsrecht „dem Beschädigten nicht abgeleugnet werden könne; dieses stehe ihm in allen seinen Arten zu, dieses stehe ihm insolange zu, als bis er sich gesichert weiß. Wenn nun auch der physische Anfall des Rasenden oder Wahnsinnigen abgewehrt ist, wenn aber die Last des von ihm zugefügten Schadens fortwährt, wenn der Beschädigte den Schmerz, den Verlust der zu Grunde gerichteten Sache fortfühlt, so dauert auch die Beleidigung noch immer fort; wenn andererseits der Beschädigte die Mittel kennt, das Vermögen weiß, aus welchem er entschädigt werden kann, so muß er bemüht sein, sich aus diesem Vermögen zu erholen, und dieses Bemühen könne man nun wohl nicht anders, als Vertheidigung¹⁶⁴, Herstellung seiner Rechte, seines vorigen Zustandes nennen. Insoweit ließe sich daher die Regel, daß auch Wahnsinnige, Rasende oder Kinder aus ihrem Vermögen zum Schadenersatz verhalten werden könnten, mit dem allgemeinen Grundsatz, daß Schadenersatz immer eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung eines Anderen oder auch Zufall¹⁶⁵ voraussetze, ganz wohl vereinigen, so bestimmt Widerrechtlichkeit nur dem frei Handelnden zugeschrieben werden könnte“.

„Wie nun aber dieser Schade aus dem Vermögen des vernunftlosen Beschädigten ersetzt werden müsse, ließe sich schon jetzt und überhaupt im Allgemeinen nicht bestimmen, so (ndern) müsse bei den so vielfältigen Abweichungen dem vernünftigen Ermessen des Richters von Fall zu Fall überlassen werden, und es könne sich dann wohl auch ereignen, daß der Schade, welcher so groß ist, wie z. B. eine durch die Unbesonnenheit eines Kindes ausgebrochene Feuersbrunst, gar nicht ersetzt werden kann; doch glaube er,

¹⁶⁴ So wird Haan's Thesis heut wohl Niemand vertreten. Dennoch darf hier verwiesen werden auf Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 91 f.

¹⁶⁵ Man vgl. dies mit dem „Hauptgrundsatz“, den Haan kurz vorher nicht bestritt!

daß immer auch auf den Lebensunterhalt, auf seine nothwendige Versorgung, welche der Unglückliche sich ohnehin nicht erwerben kann, und bei Kindern vorzüglich auf ihre Erziehung bei Ausmessung des Erfasses Bedacht genommen werden müsse¹⁶⁶, sowie sich denn überhaupt diese Verbindlichkeit zum Erfasse aus dem Vermögen dieser Art Beleidiger nur von dem Falle verstehe, wenn kein Versehen, keine Sorglosigkeit und keine Veranlassung von Seite anderer Personen oder des Beschädigten selbst mit der Handlung des Beleidigers selbst collidiren“ (sic).

Der Erfolg dieser Ausführungen bestand in dem Auftrag an den Referenten, „den Text dieser Vorschriften nach der Art zu entwerfen, daß er sich in den Grundsätzen übereinstimmend bleibe“.

Am 16. Juni 1806 legte Zeiller den neu formulirten Antrag vor; offenbar sollte der erst jetzt (neu) proponirte § 1310¹⁶⁷ dasjenige enthalten, was als Versöhnung der in Collision gekommenen Grundsätze gedacht war. Indessen fand er keineswegs ungetheilten Beifall. Thro meinte, es genüge, wenn das Gesetz nur überhaupt die da genannten Personen zum Schadenersatz verbinde — alles Weitere sei überflüssig. Diesem Antrage schloß sich Scheppl mit der weiteren Bemerkung an, es sollten nebst den in des Referenten Antrag genannten Personen auch Nachwandler und sehr heftig Erschrockene, die durch den Schreck der Besinnung beraubt seien, ausdrücklich angeführt werden.

Haan aber fand, der § 1310 genüge ganz und gar nicht den von ihm erhobenen Bedenken; „denn es werde, nur mit einigen Vorbehalten, mehreren Zergliederungen der von dem Referenten angenommene Grundsatz wiederholt aufgestellt und die absolute Verbindlichkeit dieser Personen zum Schadenersatz keineswegs aufgetragen“; in Wahrheit aber seien nach der von ihm gegebenen Begründung diese Personen dazu allerdings verbunden; seiner Meinung nach bedürfe „es gar keiner weiteren Distinction“ und es seien „die Beleidiger zur Entschädigung nach Maß des zugefügten Schadens und nicht nach der schwankenden Rücksicht auf den Vermögensstand des Beschädigten“ zu verhalten. — Die Majorität hatte jedoch bereits ihr Einverständnis mit des Referenten Anträgen erklärt. An der Spitze der ganzen Paragraphengruppe stand, als sei er der theoretische Ausgangspunkt, jener Grundsatz¹⁶⁸, den man für das „bürgerliche Leben“ aufstellen zu müssen glaubte — und der von allen Redactoren gebilligte theoretische

¹⁶⁶ Dazu A. L. N. I, 6, § 43.

¹⁶⁷ Uebrigens enthielt der Paragraph den Passus: „ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe“ noch nicht; der Satz wurde erst bei der Revision (3. December 1807) ohne Debatte eingeschaltet.

¹⁶⁸ Freilich — durch die Einfügung der Worte: „in der Regel“ mit stark abgestumpfter Spitze.

Grundgedanke stand abgeschwächt und als eine bloße Modification des Grundsatzes im § 1310.

Daß nun die im § 1306 aufgestellte Regel, soweit es sich um (willkürliche, jedoch) „schullose Handlungen“, d. h. solche handelt, die sich weder als dolose, noch als culpose qualificiren lassen, zahlreiche Ausnahmen habe, hat unsere Untersuchung des § 1305 zur Genüge ergeben¹⁶⁹. Wie aber steht es um Schäden aus „unwillkürlichen Handlungen“? Hier bleiben Zweifel aufrecht, weil auf Grund eines unklaren Begriffes¹⁷⁰ ein klares Ergebnis eben nicht gewonnen werden kann. Diese Zweifel betreffen insbesondere den Umfang der im § 1310 gemachten Ausnahme¹⁷¹. Nichts nämlich scheint berechtigter, als diese Ausnahme zu beschränken auf die im § 1308 genannten Personen: Wahn- oder Blödsinnige und Kinder¹⁷²; denn während § 1306 ganz allgemein von einer „unwillkürlichen Handlung“, und § 1307 auch noch sehr allgemein von einem „Zustande der Sinnenverwirrung“ spricht, haben die drei folgenden, eng mit einander zusammenhängenden Paragraphen nur Wahn- und Blödsinnige und Kinder aufgezählt und es liegt auch nach

¹⁶⁹ Aufrecht bleibt aber der Satz, daß die Handlung nicht zum Schadenersatz verpflichtet, wenn der Fall so lag, daß trotz Anwendung aller gebührenden Aufmerksamkeit nicht vorausgesehen werden konnte, daß die Handlung einen schädlichen Erfolg haben könne (arg. § 1297). Damit ist aber freilich nicht gesagt, daß der Handelnde, wo er ersatzpflichtig wird, nur den Schaden zu vergüten habe, den er vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können. Vgl. Mommsen Interesse S. 165 f., Bar Causalf. S. 13 ff., und in Grünhuts Zeitschrift IV., S. 24 ff.

¹⁷⁰ Denn ein solcher ist der Begriff der „unwillkürlichen Handlung“ — da eine Handlung als „eine in der Sinnenwelt hervortretende Aeußerung des Willens“ (Arndts Pand. § 58) eben nichts Unwillkürliches sein kann. Gedacht war dabei offenbar an Schäden, die durch eine menschliche Thätigkeit hervorgerufen sind, für welche der Schabende darum nicht nach den gewöhnlichen Regeln verantwortlich gemacht werden kann, weil sein unentwickeltes oder irgendwie unmachtetes Willensvermögen juristisch nicht in Betracht kommt, oder sein Wille bei dieser Thätigkeit überhaupt nicht mitwirkte. — Soviel aber ist freilich sicher genug, daß nur von schabender menschlicher Thätigkeit in unseren Paragraphen die Rede ist. Sintenis Zur Frage S. 147 f. mißversteht daher den § 1310 ganz und gar, wenn er meint, derselbe müßte auch zur Anwendung kommen, wenn von dem Dache eines Reiches ein Ziegel auf einen Armen fällt und diesen beschädigt.

¹⁷¹ Ihr Verhältnis zur Regel des § 1306 ist oben im Text charakterisirt. Ein ganz anderes ist dagegen das der §§ 1307—1309, die gar nicht wirkliche Ausnahmen enthalten, denn § 1307 und 1309 enthalten offenbar Fälle des casus mixtus, und § 1308 erklärt sich daraus, daß Derjenige, der mit sehenden Augen sich in Gefahr begibt, sich nicht beklagen darf, wenn er in Folge dessen Schaden leidet. S. oben S. 36.

¹⁷² Es ist schlechthin kein Grund ersichtlich dafür, das Wort „Kinder“ hier anders als in der technischen Bedeutung des § 21 b. G. B. zu verstehen. Vgl. namentlich A. L. N. I, 6, § 41 ff. („Kinder unter sieben Jahren“), die hier unzweifelhaft das Muster waren, nach welchem Zeiller seinen revidirten Antrag formte. Wer nicht mehr „Kind“ in diesem Sinne ist, dessen jugendliches Alter ist kein Grund mehr, ihn von

den Protokollen um so näher, diese Aufzählung für eine taxative zu halten, als Scheppl's Antrag, noch weitere Kategorien aufzuzählen, zwar nicht ausdrücklich abgelehnt wurde, aber doch unbeachtet blieb. Gleichwohl wird man sich, wie wir glauben, für die entgegengesetzte Anschauung entscheiden müssen, d. h. für die Anwendbarkeit des § 1310 auf Schäden, die zugefügt wurden im Zustande des Deliriums, des Nachtwandels, der unverschuldeten Volltrunkenheit, des heftigen Schreckens, durch eine Reflexbewegung¹⁷³ u. dgl. Für diese Auffassung spricht nicht nur, daß das Gesetzbuch, das sonst neben den Wahn- und Blödsinnigen die Rasenden anzuführen nicht unterläßt, sie hier nicht genannt hat, und daß Zeiller Comm. II, S. 734, den § 1310 auslegt, als ob Scheppl's Antrag angenommen worden wäre, sondern entscheidend ist, daß wir es bei dieser „Ausnahme“ in Wahrheit mit der gedankenmäßigen Regel zu thun haben, die das theoretische Bewußtsein aller Redactoren für die richtige hielt. Sie haben an ihr Milderungen vorgenommen, indem sie unter Umständen einen Anderen in erster Linie, und indem sie den unwillkürlich Handelnden nicht für den ganzen Schaden ohneweiters haften lassen, und haben überhaupt das Verhältniß von Regel und Ausnahme verschoben¹⁷⁴; aber das kann nichts ändern an der Richtigkeit des Satzes, daß sie die „Ausnahme“ überhaupt für die Fälle der „unwillkürlichen Handlung“¹⁷⁵ aufstellten.

Beachtung aber verdient das im §. 1310 dem Richter eingeräumte freie Ermessen, und namentlich, daß, soweit der Schädiger ohne Rücksicht auf sein Verschulden zum Ersatz verhalten wird, seine Thätigkeit nicht als eine delictische qualificirt werden kann. Rechtsätze, die den Delicten eigen-

der civilrechtlichen Haftung aus den von ihm begangenen Delicten loszuzählen. Unger I, S. 29, L. Schuster (den Stubenrauch 2. Auflage, II, S. 436, Note 1 mißversteht) in Haimerl's Vierteljahrsschrift VIII, S. 136 ff. Auch wir (s. Wahlberg „Juristische Blätter“ 1880, Nr. 9, S. 101, Sp. 2) halten demnach die Entscheidung des D. O. S. Sammlung XIV, Nr. 5973, in welcher § 1310 für anwendbar auf einen neunjährigen Knaben erklärt wurde, für verfehlt.

¹⁷³ Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 48 ff. Freilich wird in manchen Fällen dieser Art die „Rücksicht“, die den Richter bestimmen soll, auf den Ersatz zu erkennen, fast nur die auf das Vermögen des Beschädigers und Beschädigten sein. Die beiden anderen Momente werden seltener eingreifen.

¹⁷⁴ Auch Regel und Ausnahme in einander geschoben. Der Fall, daß „dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle dennoch ein Verschulden zur Last“ liegt (§ 1310) entspricht ja der Regel, daß man für einen (willkürlich) verschuldeten Schaden haftbar wird.

¹⁷⁵ Eben darum kann § 1310 nie Anwendung finden auf den, der unter dem Einfluß mechanischen Zwanges einen Andern geschädigt hat. Er hat gar nicht, auch nicht unwillkürlich „gehandelt“. Sein Körper ist nur das Werkzeug in der Hand eines Dritten gewesen.

thümlich sind, kommen daher hier nicht zur Anwendung, so sehr auch der ganze Fall sich wesentlich an die Lehre von delictischer Haftung anlehnt.

Was endlich den legislativen Werth des Rechtsatzes anbelangt, den § 1310 enthält, so haben noch neue und neueste Codificationen¹⁷⁶ offenbar günstig über denselben gedacht, indem sie in mehr oder weniger weiter Fassung die Bestimmung aufgenommen haben, daß der Richter nach freiem Ermessen auch solche, denen der von ihnen gestiftete Schaden nicht zur Schuld angerechnet werden kann, zum gänzlichen oder theilweisen Ersatz verurtheilen könne. Und im Leben selbst sieht man ja oft genug, daß Derjenige, der unwillkürlich geschädigt hat, freiwillig den Schaden vergütet, weil sein eigenes Rechtsgefühl mehr die Causalität, als die Verschuldung als Grund der Entschädigungspflicht empfindet. Jedenfalls enthält § 1310 gegenüber dem gemeinen Rechte eine Erweiterung, keine Verengerung der Entschädigungspflicht und ist in der Praxis wohl noch nie als hart empfunden worden.

Ein eigenthümliches, bisher kaum untersuchtes¹⁷⁷ Seitenstück zu dieser Haftung ohne culpa für eine delictähnliche Thätigkeit ergeben auf dem Gebiete des Vertragsrechtes die Bestimmungen des Gesetzbuches über den Irrthum. Was wir hier zur Lösung dieser schwierigen Frage beitragen können, ist freilich größtentheils sehr unsicher und beansprucht nicht den Werth eines feststehenden Ergebnisses, das vielmehr nur durch viel weiter greifende Untersuchungen gewonnen werden könnte. Genug, wenn es zu solchen vielleicht anregt.

Das Gesetz (§ 871) läßt den Vertrag relativ nichtig sein, „wenn ein Theil von dem andern Theil durch falsche Angaben irre geführt worden und der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden“. Welcher Art diese falschen Angaben sein müssen, wenn die genannte Wirkung eintreten soll, ist bekanntlich bestritten. Während die Einen¹⁷⁸ den falschen Angaben nur dann die erwähnte Bedeutung zuschreiben, wenn sie dolos

¹⁷⁶ Vgl. Zürich § 1835 (dazu die Motive bei Bluntschli Privat. C. B. III, S. 648 f.); Bamber. C. O. B. § 471, Ziffer 2; Bayr. Entw. v. 1861 Theil II, Buch 1, Art. 65; Schweiz. Obl. R. Art. 92.

¹⁷⁷ Die gemeinrechtliche Literatur hat allerdings seit Thering's Untersuchungen über die culpa in contrahendo (Jahrb. IV, Nr. 1) sich mit nahe verwandten Fragen viel beschäftigt. Vgl. z. B. Drechsler Ueber den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen (1873) und neuestens F. Mommsen Erörterungen II, bef. §§ 1—7; auch Dernburg Preuß. Pr. R. II, § 260.

¹⁷⁸ So Savigny Syst. III, S. 471 ohne weitere Begründung; ebenso Erner Rechtsverw. durch Tradition S. 268 und Note 46, wo jedoch die Berufung auf Zeiller III, S. 247 nur auf einem Druckfehler beruhen kann.

sind, lassen Andere¹⁷⁹ auch culpose genügen, und Zeiller¹⁸⁰ fordert nicht einmal culpa, sondern erklärt den Vertrag schon dann für relativ nichtig, wenn nur überhaupt der Irrende von dem anderen Contrahenten durch objectiv falsche Angaben in den wesentlichen Irrthum geführt wurde. Wer einen Stein als echten Edelstein, ein Kunstwerk als Original gekauft und bezahlt hat und sie dafür auch wirklich hielt, wird es sich nach dieser Auffassung, wenn er später diese Sachen unter der Angabe, sie seien echt, Original, weiter verkauft, gefallen lassen müssen, daß der zweite Vertrag als nichtig angegriffen wird, falls sich der Stein als unecht, das Kunstwerk als Nachbildung erweisen läßt, möchten immerhin gewiegte Kenner während seines Besitzes die Echtheit anerkannt haben, er also frei von jedem Verschulden sein. Und es läßt sich dieses Ergebnis nicht nur praktisch aus § 923 (Gewährleistung) gewinnen, wo es gedankemäßig denn doch ein anderes ist, sondern es läßt sich schon auf § 871 stützen.

Daß diese Auffassung die des Gesetzes ist, beweist nicht nur sein nicht unterscheidender Wortlaut, sondern ganz entscheidend die Genesis des § 871. Martini¹⁸¹ lehrte: „Wenn der Irrthum von dem Annehmenden kommt, welcher entweder selber irrt oder... den Anderen täuschen will, so wird ihm der Irrthum... zugerechnet.“ Dieselbe Bestimmung nahm er ins w. g. G. B. auf. In diesem heißt es III § 16: „Wer ein Versprechen durch ungerechte Furcht erzwungen oder durch List erschlichen hat, ist nicht befugt, es anzunehmen,“ und neben dieser Behandlung der „List“ wird unterscheidungslos im § 17 gesagt: „Wenn ein Theil den anderen durch falsche Angaben irre geführt hat... so entsteht überhaupt kein Vertrag.“ Die Redactoren änderten (28. Januar 1805) die Fassung des § 16, weil es wünschenswerth schien, daß über den Einfluß der Furcht, von dem das preußische Gesetzbuch so umständlich handle, etwas Näheres bestimmt werde, insofern sehr erheblich, als sie in ihm (jetzt § 870) nur von der Furcht, nicht mehr von der List sprachen und nähere Bestimmungen darüber gaben, wann die Furcht für eine gegründete zu erachten sei¹⁸². Als später (4. Febr. 1805) § 17 zur Sprache kam, wurde in ihn der aus § 16 ausgeschiedene Passus über den Einfluß der List aufgenommen. Zeiller bean-

¹⁷⁹ So Unger Syst. II, S. 125, Note 20, der jedoch selbst für zweifelhaft erklärt, ob nicht schon objective Unrichtigkeit der Angaben genüge.

¹⁸⁰ Comm. III, S. 33: „entweder unvorsätzlich oder vorsätzlich“, womit offenbar erschöpfende Gegensätze aufgestellt werden sollen. So auch, und noch bestimmter, die Späteren, z. B. Winwartner IV, S. 27 („oder aus eigenem Irrthum des Angebenden“); Stubenrauch, 2. Aufl. II, S. 25, Z. 3.

¹⁸¹ Naturrecht II, § 158.

¹⁸² Ein Antrag Michens: „auszudrücken, daß, wenn die Furcht, der Irrthum nicht bloß von dem annehmenden Theile, sondern auch einer dritten Person herbei-

tragte die Fassung: „Wenn ein Theil den andern wissentlich oder unwissentlich durch falsche Angaben irre geführt hat und der Irrthum den Hauptgegenstand oder eine wesentliche Beschaffenheit desselben betrifft, so entsteht überhaupt kein Vertrag, und der Irregeführte ist zu gar nichts verbunden.“ Es wurde jedoch „in Gemäßheit“ der bei § 16 gemachten Bemerkung „wegen des auch von einem Dritten herbeigeführten Irrthums“ beschlossene die Fassung: „Wenn ein Theil von dem andern Theil oder auch von einem Dritten durch falsche Angaben irre geführt worden und der Irrthum die Hauptsache betrifft, worauf“ u. s. w. Der Gegensatz, den Zeiller durch ausdrückliche Gleichstellung der Fälle wissentlicher und unwissentlicher Irreführung bestimmt hervorgehoben wünschte, mußte in diesem Stadium sonach der Hervorhebung des anderen Satzes weichen¹⁸³, daß es gleichgültig solle, ob die Irreführung von dem Contrahenten oder einem Dritten bewirkt sei. Und aus dem nämlichen Grunde, weil die Frage, wer die Furcht erregt habe, eine Nebenfrage sei, in die das Gesetz nicht einzugehen habe, da es eben bei dem Abgang des freien Willens keinen Vertrag geben könne, wurde w. g. G. B. § 19¹⁸⁴ gegen den Wunsch des Referenten durch Beschluß aller anderen Botanten gestrichen und § 874, wie er im bürgerlichen Gesetzbuch steht, formulirt.

Erst bei der dritten Lesung (11. December 1809) wurde die Gleichstellung der Irreführung durch den Dritten mit der durch den Contrahenten selbst wieder aufgegeben. Pfleger bekämpfte den Satz, daß der Vertrag ungiltig sei, wenn der Versprechende von einem Dritten gezwungen oder in Irrthum geführt sei, während er (der Vertrag) in dem Falle, wo der Versprechende allein an seinem Irrthum Schuld trage, nur unter der Voraussetzung ungiltig sei, daß der Annehmende den Irrthum wußte oder wissen mußte. Entweder müsse diese letztere Voraussetzung auch in dem ersten Falle aufgestellt werden, — oder es müsse in dem zweiten

geführt wurde, das Versprechen stets ohne Wirkung sein solle“, hatte den Erfolg, daß tertirt wurde: „Ein Versprechen, welches von dem anwesenden Theile oder auch von einem Dritten durch ungerechte und gegründete Furcht erzwungen wird, ist ungiltig. Ob die Furcht gegründet war“ u. s. w.

¹⁸³ Selbstverständlich wurde aber durch die neue Textirung die Gleichstellung wissentlicher und unwissentlicher Irreführung durchaus nicht negirt, da ja unterscheidungslos von „falschen Angaben“ gesprochen wird. Wären diese etwas anderes, umfaßten sie weniger, als alle Fälle wissentlicher und unwissentlicher Irreführung, so würde über einen so wesentlichen Punkt in den Protokollen gewiß nicht mit Stillschweigen hinweggegangen worden sein.

¹⁸⁴ „Rührt die ungerechte Furcht, die List oder der Irrthum von einem Dritten her, und zwar ohne Theilnehmung und ohne Wissen Desjenigen, welcher das Versprechen angenommen hat, so fallen die nachtheiligen Folgen der unerlaubten Handlung einzig auf ihren Urheber, und die Annahme ist giltig.“

Falle der Vertrag unbedingt gültig sein. Er meine, wo Furcht oder Irrthum von einem Dritten herrühre, sei „der Vertrag nur dann ungültig, wenn der annehmende Theil wußte oder wissen mußte, daß das Versprechen aus Furcht oder Irrthum, welche von einem Dritten herrührt, geschehe; außer diesem Falle müsse der Vertrag gelten, denn non esse et non apparere in iure idem est und sufficiens declaratio voluntatis aequipollet ipsi voluntati“. Es seien daher in den beiden oben citirten Paragraphen die Worte: „oder auch von einem Dritten“ zu streichen und ein neuer Paragraph zu formuliren, wesentlich so gefaßt, wie § 875 b. G. B. Dagegen trat zwar Michen mit der Bemerkung auf, daß, da es dem Gezwungenen oder Irrenden an der Einwilligung fehle, ein Vertrag begrifflich nicht bestehen könne, und Pratobevera machte auf die Gefahr aufmerksam, daß ein Vertragslustiger, der die Einwilligung nicht erhalten könne, sich hinter einen Dritten stecken, und der Beweis der Collusion sehr schwer zu führen sein werde. Allein da der Referent bemerkte, er sei von jeher der Meinung Pflieger's gewesen und nur überstimmt worden, und Haan betonte, es sei „dem natürlichen Rechte mehr angemessen, daß Derjenige, der seinerseits ohne aller (sic) Schuld gehandelt habe, und der vermuthen kann, ja muß, daß der Andre auch so handle — nicht leide, zu Nichts verbunden werde,“ wurde Pflieger's Antrag angenommen.

Nach alledem ist wohl sicher genug, daß die „falschen Angaben“ nur objectiv falsch zu sein brauchen; die Redactoren sagen es geradezu, die Quellen, aus denen das Gesetzbuch schöpfte, enthalten das Gleiche und — abgesehen von der Bestimmung des § 874 („List“) — findet sich weder im Gesetzbuch noch in den Protokollen auch nur der leiseste Anhalt dafür, daß diese falschen Angaben culpos oder gar dolos sein mußten. Der leitende Gedanke war eben: es sei angemessener und gerechter (es sei natürliches Recht), daß der Urheber des Irrthums, als daß der von ihm (wenn auch ohne Verschulden des Irreführenden) in Irrthum Geführte die nachtheiligen Folgen des Irrthums trage — also wieder stärkere Betonung der Causalität als des Verschuldens. Mehr wollten wir durch das bisher Ausgeführte, das ja nicht Fragen des Ertrages, sondern den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Vertrages betrifft, nicht beweisen. Allerdings aber dürfen wir hier den Satz, daß die falschen Angaben weder dolose noch culpose zu sein brauchen, nicht bloß von dem Falle verstehen, wenn sie von dem anderen Contrahenten, sondern auch von dem, wenn sie von einem Dritten herrühren. Und nun erst können wir fragen: Gilt das Nämliche auch, wenn es sich nicht um Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages, sondern um Schadenersatz handelt?

Das Gesetz sagt uns darüber: Der Irrthum über einen Nebenumstand (error incidens — so geartet, daß, wofern er nicht eingewirkt hätte, der

Vertrag „nicht auf solche Art errichtet worden wäre“ [§ 873] schadet der Gültigkeit des Vertrages regelmäßig nicht; „allein dem Irreführenden ist von dem Urheber des Irrthums¹⁸⁵ die angemessene Vergütung zu leisten“ (§ 872). Und: wenn der Irrthum, der einen Vertrag „bewirkt hat“ durch „List“ (des anderen Contrahenten oder eines Dritten¹⁸⁶) hervorgebracht wurde, dann muß dieser Dolose „in jedem Falle... für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten“¹⁸⁷.

Vorerst fragt sich: Was bedeutet im § 872 „die¹⁸⁸ angemessene Vergütung?“ Der Terminus ist kein technischer in unserem Schadenersatzrecht, aber doch von den Redactoren, wenn auch bei Berathung einer anderen Materie, nämlich bei § 333 sehr genau erwogen worden¹⁸⁹. Danach aber haben wir es hier wieder mit einem Falle völlig freien richterlichen Ermessens zu thun, und zwar dürfte dasselbe hier zu noch mannigfaltigeren Ergebnissen¹⁹⁰ führen können, als in dem Falle des § 333, — denn gerade wo dem Irreführenden weder dolus noch culpa zur Last fällt¹⁹¹, ist der Richter ohne weitere Beschränkung angewiesen, auf das zu erkennen, was sich als eine angemessene Vergütung nach der ganzen Lage des Falles darstellt; soweit aber läuft unser Fall dem des § 333 parallel, als, wie in dem letzteren die Vergütung den bezahlten Preis nicht erreichen wird, sie in dem ersteren hinter dem Betrag des erlittenen Schadens zurückbleiben

¹⁸⁵ Darunter kann hier nach dem Zusammenhang der Stelle mit § 871 nur der andere Contrahent (nicht auch ein Dritter) verstanden sein.

¹⁸⁶ Das Gesetz sagt: „Derjenige, welcher . . . bewirkt hat.“

¹⁸⁷ Im Uebrigen kann der Unterschied zwischen beiden Fällen groß genug sein — List des anderen Contrahenten kann den Vertrag relativ nichtig machen (§ 871), List des Dritten nicht, außer der andere Contrahent wäre an derselben theilhaft (§ 875).

¹⁸⁸ Im w. g. G. B. III § 18 und noch nach dem Redactionsbeschluß vom 4. Februar 1805 hieß es: „eine angemessene Vergütung“. Vgl. auch § 1155.

¹⁸⁹ Während das w. g. G. B. II § 97 dem Inhaber unter Umständen jenen „Preis“ vergüten heißt, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache bezahlt hat, bewilligt ihm das b. G. B. § 333 nur „eine angemessene Vergütung“. Diese Aenderung beantragte Haan und zwar (9. Mai 1803) in der Fassung, daß der Preis nur insofern vergütet werden solle, als er „ein billiges Ebenmaß“ nicht überschreitet. Bei der dritten Lesung (23. November 1809) kam Zeiller insofern wieder auf den Gedanken des Entwurfs zurück, als er beantragte, es solle der Inhaber der Sache, der sie zurückzustellen bereit ist, „eine dem wahren Werthe derselben angemessene Vergütung verlangen“ dürfen. Dagegen trat nun Pflieger auf, „weil die Sache weit unter dem Werth eingelöst worden sein kann“; man solle sich also lieber „mit der zu detaillirten Bestimmung der Vergütung nicht befassen“, sondern den Anspruch auf Vergütung nur zugestehen mit Bedachtnahme darauf, daß dem Eigenthümer doch noch ein Nutzen bleibe.

¹⁹⁰ Zeiller Comm. III, S. 35 f., Z. 2.

¹⁹¹ Fällt ihm dolus oder culpa zur Last, so gelten die allgemeinen Regeln über Art und Umfang des Schadenersatzes.

wird¹⁹². Immerhin finden wir, wo eine Vergütung geleistet werden muß, (bestehe sie, worin sie wolle), wofern dem Irreführenden kein Verschulden zur Last fällt, eine Art Schadenersatz, begründet durch Causalität, nicht durch Verschulden.

Wir finden somit in § 872 den Satz: Falsche Angaben des einen Contrahenten, selbst wenn ihm dabei kein Verschulden zur Last fällt, wirken, wofern sie einen error incidens hervorriefen, eine Art Ersatzverbindlichkeit; der irreführende Contrahent muß einstehen für jene Angaben, durch welche er für den Irreführten bestimmend wurde, den Vertrag so abzuschließen, wie geschehen. Wie nun aber, wenn die objectiv falschen Angaben des einen Contrahenten den andern in einen wesentlichen Irrthum führten („der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft“), oder wenn sie einen error causam dans hervorriefen, ohne dessen Vorhandensein „der Vertrag . . . gar nicht . . . errichtet worden wäre?“ Für den ersten Fall sagt uns das Gesetz, der Vertrag sei relativ richtig, aber es sagt nicht, wie es um den Schadenersatz stehe (§ 871); vom zweiten schweigt es, abgesehen von § 873 (Irrthum in der Person) ganz, es erklärt weder den Vertrag für nichtig¹⁹³, noch spricht es dem Irreführten Schadenersatz ausdrücklich zu. Allein wenn man § 872 i. f., der doch wie wir gesehen haben, der Ausfluß eines sehr bewußt hingestellten Grundsatzes war, nicht für eine ganz singuläre, principlose Entscheidung erklären will, so muß man auch in unseren Fällen, mag nun der Vertrag als gültig oder als nichtig¹⁹⁴ erscheinen, einen Entschädigungsanspruch zulassen. Und besteht dieser Anspruch, so beruht auch er nicht auf einem Verschulden¹⁹⁵. Bis zu Ende gedacht war freilich der Gedanke des Gesetzes nicht. Das ergibt sich schon aus dem zweiten Satze des § 878, den man zwar äußerlich unschwer mit unserem

¹⁹² Man fühlt sich versucht, hier an ein Eingreifen des nämlichen Gedankens zu denken, aus welchem § 1304 hervorging: Beiden Parteien fällt kein Verschulden im technischen Sinne zur Last, dennoch war die eine etwa nicht hinlänglich von der Sachlage unterrichtet, die andere zu vertrauensfelig u. dgl., und darum müssen sich beide in den Schaden theilen. Aber gewiß haben die Redactoren so nicht gedacht — denn diese „Schuldlosigkeit“ wäre ihnen sicherlich als identisch mit jener culpa levissima erschienen, die durchaus aus dem Gesetze verbannt sein sollte.

¹⁹³ Dolus falsche Angaben können aber allerdings auch hier vernichtend wirken, arg. a contr. § 1387.

¹⁹⁴ Den Scrupel, „daß Nichtigkeit des Vertrages und Schadenersatz aus demselben incompatibel sind“ (Drechsler S. 25) kannten unsere Redactoren nicht. C. Zeiller Comm. I, S. 173.

¹⁹⁵ Es wäre schief, wenn man sagen wollte, das Gesetz erblicke schon darin ein Verschulden, daß der Contrahent nicht über Alles, was diesen Vertrag betrifft, vollkommen richtig informirt ist. Vgl. oben Note 192 und Ihering Schuldmoment, S. 38, Note 73, S. 48.

Ergebniß vereinigen kann, der aber, wenn er als erschöpfende Regelung des in ihm besprochenen Falles aufgefaßt wird, schwerlich innerlich damit übereinstimmt¹⁹⁶.

Anders steht es um die juristische Bedeutung falscher Angaben, die von einem Dritten herrühren, wofern dabei den Annehmenden keine Schuld trifft. Zwar das w. g. G. B. III § 19 wollte auch in diesem Falle die nachtheiligen Folgen der „unerlaubten Handlung“ auf den Urheber zurückfallen lassen; allein wir wissen bereits, daß bei der Berathung dieses Paragraphen jene Strömung überwog, welche den Vertrag für ungiltig erachtete, mochte immerhin Furcht, List oder Irrthum von einem Dritten herrühren; wir haben ferner gesehen, wie unter dem Einfluß dieser Anschauung § 874 entstand¹⁹⁷, und daß, als die Gleichstellung des von dem Contrahenten und von dem Dritten erzeugten Irrthums aufgegeben wurde, diesfalls nichts mehr geändert wurde. Ueber die Schadenersatzpflicht des Dritten, der den Contrahenten in Irrthum führt, finden wir nun als allgemeine Vorschrift nur den § 874, der ihn für List verantwortlich macht. Daß culpose Irreführung ersatzpflichtig mache, könnte man zwar aus § 1295 zu folgern geneigt sein; dagegen findet sich kein Rechtsatz, der uns berechtigte, eine Ersatzpflicht für Schäden aus Irreführungen durch bloß objectiv falsche Angaben zu statuiren, wohl aber muß uns umgekehrt § 1300 bedenklich machen an der Wichtigkeit des eben erwähnten auf § 1295 gebauten Schlusses.

Das w. g. G. B. III § 103 ließ den Rathgeber nur für dolus haften. Den Beweis des dolus fand Zeiller (11. März 1805) zu schwierig, und wollte darum Haftung für den widrigen Erfolg eintreten lassen, „wenn Jemand wissentlich oder ein Kunstverständiger auch nur aus Verschulden einen schädlichen Rath ertheilt“. Zunächst wurde jedoch der ganze Paragraph gestrichen, weil er, soweit er von der Verantwortlichkeit des Rathgebers handle, nicht in das Hauptstück vom Empfehlungs- und Hinterlegungsvertrag, sondern in das vom Verschulden gehöre, sein weiterer Inhalt aber selbstverständlich sei. Als man nach mehr als Jahresfrist (19. Mai 1806) auf die Frage zurückkam, lautete Zeiller's Antrag genau gleich § 1300, wobei er bemerkte, daß der erste Theil des Paragraphs „aus dem preussischen Recht beigelegt sei“. Debattirt wurde nur über die Bedeutung des Wortes „wissentlich“. Die Verhandlung besagt:

„Wenn der zweite Satz so zu verstehen ist, daß der Rathgeber bestimmt wußte, er werde wirklich bloß darum zu Rathe gezogen, um sodann hiernach

¹⁹⁶ Auch dann noch nicht völlig übereinstimmt, wenn man das Nutzenziehen aus dem Schaden des Andern eben durch objectiv falsche Angaben geschehen denkt.

¹⁹⁷ Daraus begreift sich zugleich, wie es kam, daß dieser Paragraph an unpassender Stelle steht; im b. G. B. müßte er nach § 875 oder 876 stehen.

das Geschäft zu ordnen, so war man mit dem Texte einverstanden; sonst aber fand es Aichen bedenklich, wenn man für jede gute Meinung, die aber doch oft nicht nützlich im Erfolge sein kann, verantwortlich wäre. Scheppl wollte keinen Unterschied machen, ob der Rath gegen oder ohne Belohnung erteilt werde, weil oben¹⁹⁸ ebenfalls ohne weitere Unterscheidung festgesetzt wurde, daß man überhaupt für Kunstkennnisse haften müsse.“ Beschluß: „Nachdem nun über erstere Einwendung bemerkt wurde, daß das Wort „wissentlich“ hinlänglich bezeige, daß man sich von dem Rathgeber wirklich in einem, seinem Berufe, seinen Kenntnissen angemessenen Geschäfte Anleitung erbat, um selbe auch wirklich zu benützen und daß dieser mit Grund die nachtheiligen Folgen seiner Anleitung vorhersehen konnte, so fand man sich vollkommen beruhigt und dem Referenten in seiner Textirung beizutreten bewogen, nur würde Ehrenberg den Sinn des Wortes „wissentlich“ durch „bösen Vorjat“, und Lyro durch: „böse Absicht, Versehen oder schulbarer Unwissenheit“ ihrer Meinung nach deutlicher darstellen.“

Hienach enthält § 1300¹⁹⁹ eine Regel und eine Ausnahme²⁰⁰. Die Regel lautet: Jeder Rathgeber haftet für einen wissentlich erteilten schädlichen Rath. Daß dieses „wissentlich“ gleichbedeutend ist mit dolus ergibt die Gegenüberstellung mit der Haftung auch „aus Versehen“ in dem zweiten Falle des § 1300, es bestätigt es der § 874 und die Ausführungen der Protokolle, und kann der Umstand, daß Lyro²⁰¹ weiter gehen wollte, dieses Ergebnis nicht beirren. Solcher dolus ist eben ein privatrechtliches Delict, welches eben darum zur Genugthuung verpflichtet. A contrario folgt aber aus der eben entwickelten Regel, daß eine nur culpose Irreführung im Allgemeinen nicht verantwortlich macht, denn ein schädlicher Rath ist eben auch eine Irreführung. Er ist aber nur dann Delict, wenn er dolos gegeben wurde.

Die Ausnahme aber lautet: Ein Sachverständiger, der als solcher einen nachtheiligen Rath gegen Belohnung erteilt, haftet auch für culpa, und

¹⁹⁸ Gemeint ist offenbar § 1299.

¹⁹⁹ Zugleich beweisen die Protokolle, daß der § 1300 sich ex professo mit der Frage beschäftigt, inwiefern Jemand für den einem Anderen gegebenen nachtheiligen Rath hafte; es darf hienach als unrichtig bezeichnet werden, wenn einzelne Schriftsteller den wesentlichen Unterschied zwischen § 1299 und 1300 darin finden wollten, daß diese beiden Paragraphen nicht die gleichen Kategorien von Sachverständigen im Auge hätten. Der Unterschied ist vielmehr der, daß es ganz verschiedene Rechtsfragen sind, mit denen sich die beiden Paragraphen beschäftigen.

²⁰⁰ Im Gesetzbuche stehen sie in umgekehrter Ordnung, offenbar weil es darauf ankam, einen Uebergang, eine möglichst enge Verbindung zwischen §§ 1299 und 1300 herzustellen.

²⁰¹ Ob er unter Löhr's Einfluß stand, der (Theorie S. 14 ff.) zum dolus Gewinnjucht fordert, wird sich wohl nicht feststellen lassen. Dagegen schon Schöman II, S. 4; vgl. auch Löhr selbst Beiträge S. 14 und Wenig S. 88 ff.

zwar ohne Zweifel für jede culpa, die einem solchen Fachmanne nach § 1299 zugerechnet werden kann. Der Grund dieser Haftung ist aber lediglich darin zu finden, daß hier kraft der erteilten oder versprochenen Belohnung ein Vertragsverhältniß²⁰² zwischen dem Berather und dem Berathenen besteht, welches den ersteren zur Diligenz verpflichtet. Und eben weil dies die ratio ist²⁰³, wird man behaupten dürfen, daß überall, wo ein solches obligatorisches Verhältniß besteht, mag auch im Uebrigen den Voraussetzungen des § 1300 nicht genügt sein²⁰⁴, die gleiche Haftung für den culpos erteilten schädlichen Rath eintreten wird.

VII. Von dem Schaden „durch fremde Handlungen“.

Besonders lebhaft wird darüber geklagt, daß nach dem bürgerlichen Gesetzbuche die Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen²⁰⁵ eine durchaus nicht ausreichende sei, indem er mit geringen Ausnahmen weder in obligatorischen noch in außerobligatorischen Verhältnissen für seine Leute einzustehen brauche, vielmehr „fast immer nur für ein Verschulden in der Auswahl tauglicher Leute“ hafte. Randa²⁰⁶ erklärt geradezu, „für Agriculturstaaten möge diese dem römischen Rechte entlehnte Regel genügen, für die heutigen Industrie- und Handelsverhältnisse bewähre sie sich durchaus nicht“. Er rühmt die „grundsätzliche Norm“ des französischen und italienischen Gesetzbuches, wonach „der Unternehmer ohne Rücksicht darauf, ob ein Vertragsverhältniß vorliegt oder nicht, unbedingt für den Schaden zu haften hat, welchen seine Leute bei der Ausübung der ihnen zugewiesenen Dienste verursachen, also selbst dann, wenn sie den Schaden nicht gerade in Ausübung der ihnen angewiesenen Berufspflichten, sondern bei Gelegenheit derselben durch culpose oder dolose Handlungen herbeigeführt haben“.

Daß hier ein erheblicher Unterschied zwischen dem österreichischen und dem französischen Gesetzbuche besteht und daß unsere Redactoren sich eines solchen auch klar bewußt waren, ist allerdings außer Zweifel. Sie heben

²⁰² Es liegt also nicht eine Delictsobligation vor, wie in dem Regelfalle des § 1300.

²⁰³ Sintenis Zur Frage, S. 141 f., meint, es gehe zu weit, wenn man den Sachverständigen für mehr als dolus haften lasse. Allein der erste Entwurf des sächsischen Gesetzbuches hatte die bei uns festgehaltene ratio fallen lassen — und so trifft der Vorwurf unser bürgerliches Gesetzbuch nicht.

²⁰⁴ Eine Belohnung weder versprochen noch gegeben sein.

²⁰⁵ Diese Formel ist allerdings, weil zu enge, nicht bezeichnend. Es sei jedoch gestattet, sie der Kürze wegen zu gebrauchen, wo es sich nicht um Verhältnisse handelt, die präciser bezeichnet werden müssen.

²⁰⁶ Gutachten a. a. D., S. 421. Die eben angeführten Sätze sind demselben Gutachten entnommen. Vgl. auch Randa Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen (1869) S. 6 f., Note 5.

den Unterschied in der Beilage zum Vortrag vom 19. Januar 1808²⁰⁷ ausdrücklich hervor, betrachteten denselben also offenbar als einen nicht unwichtigen. Doch ist erst festzustellen, wie weit diese Differenz reiche.

Den Angelpunkt der Untersuchung bildet § 1315. Die Doctrin hat sich mit demselben bisher wenig beschäftigt, und fast nur, um zu controvertiren, ob das Wort „wissentlich“ auch auf den Fall der Bestellung einer „untüchtigen“ oder nur auf den einer „solchen gefährlichen“ Person zu beziehen sei. Im Uebrigen setzt sie als ziemlich selbstverständlich voraus, daß § 1315 sich wenigstens vorwiegend²⁰⁸ auf Vertragsverletzungen beziehe, denkt also unsern Paragraph hauptsächlich als Regel über die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen bei Erfüllung von Obligationen. Daß § 1315 die Haftung außerhalb obligatorischer Beziehungen regle, ist zwar schon gelehrt²⁰⁹, nie aber eingehend begründet worden. Seine Entstehungsgeschichte, die wir im Folgenden mittheilen²¹⁰, und die Genesis einer Reihe anderer Gesetzesstellen, beweist, daß § 1315 vorwiegend die Haftung für Delicte von Gehilfen im Auge hat, die Haftung für ihr Verschulden bei Erfüllung von Obligationen aber durch anderweitige Gesetzesvorschriften geregelt ist.

In Zeiller's Entwurf lautete § 18: „Wenn Jemand eine Dienstperson ohne Zeugniß aufnimmt²¹¹ oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit gefährliche oder untüchtige Person im Dienste behält, oder einem bekannten Verbrecher Aufenthalt gibt, so haftet er dem Hausherrn, den Hausgenossen und Einwohnern oder Jenen, welchen er sie zu Diensten und Arbeiten bestellt hat, für den Ersatz des von diesen Personen verursachten Schadens insoweit, als sie selbst ihn zu ersetzen nicht vermögen.“

Es leuchtet ein, daß in dieser Fassung, in welcher der Inhalt der §§ 1314 und 1315 b. G. B. noch vereinigt ist, auch der dem letzteren Paragraph entsprechende Rechtsatz mindestens hauptsächlich eine Haftung für Delicte ausspricht, und daß das Wort „wissentlich“ gleichmäßig auf gefährliche und auf untüchtige Personen zu beziehen ist²¹². Womöglich noch einleuchtender

²⁰⁷ Excurse I, S. 82.

²⁰⁸ Oder gar ausschließlich: z. B. Winwartner IV, S. 575. Nicht so exclusiv Scheidlein S. 106 f.; Nippel VIII, 1, S. 156: „es ist genügend, wenn das Geschäft nur Gelegenheit zur Beschädigung gegeben hat. . .“

²⁰⁹ Randa Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen a. a. D.

²¹⁰ Sie erklärt auch die Beziehung des Wortes „wissentlich.“

²¹¹ Auf diesen Punkt wirft Licht ein Vortrag von Sonnensfeld vom 17. März 1806, in welchem es heißt: „Die ganze Stärke der Gefindepolizei beruht eigentlich auf der genauesten Beobachtung der Verordnung, daß keinen Dienstboten ohne die vorgeschriebenen Zeugnisse aufzunehmen erlaubt sein soll.“ Diese Vorschrift zu beobachten sollte der Dienstgeber (auch Militär und Diplomatie) durch Veragung des Rechtsschutzes gezwungen werden.

²¹² Im A. L. N. I, 6, § 62 ff. ist es für beide Fälle speciell gesagt. — Vgl. auch § 264 b. G. B., wo auch das Wort „wissentlich“ bei der Anstellung unfähiger

ist, daß w. g. G. B. III § 475²¹³ wesentlich auf Delicte geht. Aus diesem Paragraph, der nur einer Erweiterung zu bedürfen schien, ist aber Zeiller's Antrag entstanden. Er erklärte (19. Mai 1806), die Ausnahme im § 475 des Entwurfes scheine „eine mehrere Ausdehnung vorzüglich wegen solcher Personen zu fordern, welche durch ansteckende Krankheiten, Blödsinn oder bekannte Unvorsichtigkeit²¹⁴ den Hausgenossen gefährlich sind. Daß der Dienstherr aber allen Schaden ersetzen solle, den solche Leute auch anderen, als den hier im § 18 erwähnten Personen verursachen, wäre eine ungerechte Strenge“ Anders aber stellte er sich zu den „unerlaubten Handlungen, die der Vorsteher eines Gewerbes“ (Institor) begeht. Für diese sollte nach dem w. g. G. B. III § 474 „der Eigenthümer, der nicht daran Theil genommen hat, nicht verantwortlich sein“, ausgenommen wenn „Waaren wegen der Uebertretung der Zoll- und anderer politischer Gesetze verwirkt“ werden, wo allerdings der Eigenthümer die Waaren verlieren und nur seinen Regreß gegen den Schuldigen nehmen sollte²¹⁵. Zeiller wollte diese ganze Frage hier ganz unberührt lassen und lieber „dem besonderen Civilgesetze überlassen“.

Mit alledem war man einverstanden. Bei der zweiten Lesung (3. December 1807) beantragte aber Zeiller selbst, die Worte: „oder eine untüchtige“ wegzulassen und am Ende beizurücken, den § 18 (damals § 443) in zwei Paragraphen zu zerlegen, und die subsidiäre Haftung in eine primäre zu verwandeln, da das mit dem Schlußsatz des § 1313 (jetziger Fassung) besser harmonire²¹⁶. Die Redactoren beschäftigten sich nur mit dem Antrage, die subsidiäre Haftung des Hausherrn und Dienstgebers in eine primäre zu

Personen ausgesprochen, bei der Beibehaltung derselben subintelligirt ist. Uebrigens ist hier „wissentlich“ noch lange nicht gleichbedeutend mit dolos sondern nur der Gegensatz des vorwurfsfreien Verhaltens. Auch dies ergibt sich aus § 264 b. G. B., der in diesem incorrecten wissentlichen Verhalten nur eine „Nachlässigkeit“ findet. Das Gleiche bestätigt die Entstehung des § 264 aus w. g. G. B. I § 246. In letzterem hieß es: „Hat er aber aus eigener Schuld. . .“; nach dem Protokolle vom 16. August 1802 ist die gegenwärtige Fassung des § 264 nur als eine kürzere, übrigens aber den Inhalt von I § 246 unverändert wiedergebende gedacht. Zugugeben ist aber, daß im Verhältnis zwischen Herr und Diener so Manches als stillschweigende Billigung erscheinen kann, was an sich ein rein negatives Verhalten ist; so A. L. N. I, 6, § 61; Bar in Grünhut's Zeitschrift IV, S. 71.

²¹³ „Haus- und Dienstherrn sind in der Regel nicht verbunden, den von ihren Hausgenossen oder Dienstpersonen verursachten Schaden zu ersetzen. Wenn sie aber einem bekannten Verbrecher Aufenthalt geben oder eine Dienstperson ohne Zeugniß aufnehmen, so haften sie für allen durch solche Leute entstandenen Schaden.“

²¹⁴ Vgl. A. L. N. I, 6, §§ 62, 63.

²¹⁵ Auch hier ist sonach gar nicht an Vertragsverletzungen gedacht.

²¹⁶ Sein Antrag lautete nun: § „Wenn Jemand eine Dienstperson ohne Zeugniß aufnimmt oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält, oder einem bekannten Verbrecher Aufenthalt gibt, so haftet

verwandeln²¹⁷. Pitreich lehnte diese Aenderung ganz ab; es solle vielmehr der Bestellte zur Haftung gezogen werden, da er die eigentliche Ursache des Schadens ist, und nicht einzusehen ist, warum, wenn er den Schaden zu vergüten vermögend ist, ein Anderer für ihn zahlen soll. Pratobevera dagegen wollte dem Beschädigten vorbehalten wissen, „Beide zu gleicher Zeit zu belangen, damit der Besteller seines Regresses nicht verlustigt werde“. Die Majorität endlich berücksichtigte, daß der Besteller die erste entferntere Ursache ist und so entstand § 1314 in einer von seiner jetzigen nur stylistisch verschiedenen, § 1315 genau in seiner jetzigen Fassung.

Was so § 1315 rücksichtlich der Haftung für Delicte untergegebener Personen ergibt, bestätigt das Strafgesetzbuch; es macht (§. 429) den Lohnkutscher, der einen der Polizei nicht vorgestellten oder von derselben nicht tauglich befundenen Knecht zum Fahren bestellt, „wegen alles Schadens verantwortlich, welcher durch einen solchen Knecht veranlaßt wird“; es bedroht (§ 469) Schlossermeister mit Strafen, welche das sogenannte Sperrzeug „unsicheren Händen anvertrauen“ u. s. w. und es wird kaum gewagt sein, wenn wir in Fällen dieser Art auch eine civilrechtliche Verantwortlichkeit annehmen, mag diese auch im Strafgesetzbuche nicht überall ausgesprochen sein. Darüber wird man sich leicht einigen können. Für den praktischen Werth unseres Rechtsfages aber kommt Alles darauf an, was man darunter versteht, daß Jemand „wissentlich eine solche gefährliche oder . . . zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellt hat“.

Wer diesen Gedanken des Gesetzes aus dem üblichen Namen culpa in eligendo („bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden“ § 1010, „Verschulden in der Auswahl der Person“ § 1161) erklärt, muß freilich zu einem viel zu engen und darum unbefriedigenden Ergebnisse kommen; aber bei solcher Erklärung ist auch des Paulus ewig wahrer Regel vergessen: non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat²¹⁸. Damit allein ist nichts gethan, damit allein ist der Vorwurf der culpa in eligendo noch nicht abgewehrt, daß bei dem Acte der Auswahl²¹⁹ der Person kein Verschulden unterliefe. Das

er dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch diese gefährliche Beschaffenheit verursachten Schadens.“ § „Ebenso haftet Derjenige, welcher zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellt hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hiedurch erlitten hat.“

²¹⁷ Es scheint, daß sie in den übrigen Aenderungen Zeiller's keine Aenderung des früher gefaßten Beschlusses erblickten.

²¹⁸ L. 18 de R. I. 50, 17.

²¹⁹ Auch wenn man dahin rechnet die Beobachtung aller für die Aufnahme der Dienstperson bestehenden Vorschriften, wie sie in § 1314 b. G. B. § 429 St. G. B. u. s. w., angedeutet sind. An sich sind das eben Momente, die mit dem Verschulden in der Auswahl der Person nichts zu schaffen haben. Der Lohnkutscher kann die best-

Gesetz hebt ja selbst hervor, daß wissentliches Beibehalten²²⁰ einer unfähigen oder gefährlichen Person gleichfalls verantwortlich mache, mag auch bei ihrer Auswahl kein Bedenken sich geltend gemacht haben (§ 264, 1314). Und was noch wichtiger ist: In zahllosen Fällen versteht sich von selbst, daß zur culpa in eligendo, wie man sie kurzweg nennt, auch die culpa in inspiciendo²²¹ gehört, daß die Verschämung gehöriger Ueberwachung der Gehilfen gerade so ein Verschulden ist, wie das Verschulden in der Auswahl derselben. Für die Interpretation des bürgerlichen Gesetzbuches sei diesfalls noch einmal darauf hingewiesen, daß die Redactoren energisch betonten, daß der Besteller die erste entferntere Ursache ist, und daß sie darin den rechtfertigenden Grund für die in § 1314 f. aufgestellten Regeln fanden.

So aufgefaßt ist die Haftung, welche das österreichische Recht dem Herrn und Gewerbsmann²²² für Delicte seiner Gehilfen und Diener auflegt, keines-

begründete Ueberzeugung haben, daß der Knecht, den er der Polizei nicht vorgestellt hat, ein völlig zuverlässiger Mensch ist, wie er umgekehrt, trotzdem die Polizei den Mann tüchtig befunden hat, die Ueberzeugung haben kann, daß er nichts taugt.

²²⁰ Gerade bei fortgesetzter Verwendung einer Person, die sich in diesem Dienst als gefährlich oder untüchtig erwiesen hat, wird sogar am Leichtesten erhellen, daß der Dominus wissentlich eine unzuverlässige Person verwendete.

²²¹ Loening S. 22.

²²² Das französ. Recht (art. 1384) geht allerdings weiter, indem es auch dem Vater (event. der Mutter) für Delicte der bei ihnen wohnenden minderjährigen Kinder, und den instituteurs (und man ist darüber einig, daß dieser Begriff im weitesten Sinne zu nehmen sei; Zachariae-Puchelt Handb. d. franz. Civ. R. II, Seite 707, Note 7) und Handwerkern für Delicte, welche ihre Zöglinge und Lehrlinge während der Zeit, wo dieselben unter ihrer Aufsicht sind, begangen haben, eine Ersatzpflicht auflegt. So enthält das österr. Recht den Rechtsfage allerdings nicht. Dennoch wird eine Haftung der Eltern, Vormünder, Erzieher keineswegs ausgeschlossen sein, und zwar wird sie nicht nur eintreten, wo denselben eine strafrechtliche Schuld (durch Verleitung zu Delicten und dgl.) zur Last fällt, sondern es wird auch hier unter Umständen ein Dulden einem (stillschweigenden) Befehl gleichstehen, ja es erscheint auch Vernachlässigung der über solche Personen anvertrauten Obforgen als ein privatrechtliches Delict, das civilrechtlich verantwortlich zu machen wohl geeignet ist (arg. §§ 1309, 177, 205, 254, 264 pr. Gewerbeordnung § 95). Wohl geben wir zu, daß die Schwierigkeit, den Beweis zu erbringen, daß wirklich die erwähnte Vernachlässigung im Causalnexus mit dem begangenen Delicte stehe, diese Verantwortlichkeit nur in flagranten Fällen wird praktisch werden lassen können und so unserem Rechtsfage viel an seiner Schärfe abgeben wird. Zum Erweise des rechtlichen Bestehens dieser Haftpflicht aber scheint uns die einfache Verufung auf § 1295 ausreichend, mag sie auch bisher noch gar keine Anerkennung gefunden haben. — Umgekehrt scheint uns das französische Recht und seine Praxis, der denn auch der Vorwurf, daß man in ihr „vergeblich nach Consequenz sucht, während man um so mehr Willfür findet“ (Bar in Grünhut's Ztschr. IV, S. 79) nicht erspart geblieben ist, entschieden zu weit zu gehen. Oder kann man über nachstehende Entscheidung milder urtheilen, als es Bar a. a. O., Note 81 thut, der in ihr „völligen Widerfynn“ findet? „Ein Vormund hatte zwei junge Mädchen, die aber in durchaus zurechnungsfähigem Alter sich befanden, in einem Erziehungsinstitute untergebracht.

wegs eine so enge, als meist angenommen wird. Nur wird allerdings bei uns Derjenige, der den Dominus wegen eines Delictes des Untergebenen in Anspruch nehmen will, nach der allgemeinen Regel (s. unten Nr. IX) den Beweis erbringen müssen, daß dem Dominus culpa in eligendo zur Last falle²²³, und von vorneherein erstreckt sich dessen Verantwortlichkeit nur auf jene Delicte, die auf die gefährliche Beschaffenheit beziehungsweise Untüchtigkeit der betreffenden Person zurückzuführen sind (§ 1314, 1315)²²⁴.

Die Gesichtspunkte, von denen die Entscheidungen unserer Gerichte in unserer Frage ausgehen, sind leider noch weit davon entfernt, einheitliche zu sein. Vorwiegend aber sind sie, wenigstens wofern der Dominus nicht eine juristische Person ist, geneigt, seine Haftung nur dann eintreten zu lassen, wenn ihm bei der Auswahl (Bestellung) der Person ein Verschulden zur Last fällt²²⁵.

Was insbesondere die Frage anbelangt, ob und inwiefern juristische Personen und namentlich der Staat für Delicte ihrer Beamten und Organe civilrechtlich haften, so dürfen wir nach den lehrreichen Ausführungen von Voening uns auf Weniges beschränken.

Der Ausgangspunkt kann hier nur Einer sein: Die juristische Person ist jedes Verschuldens unfähig; so wenig sie selbst ein Delict begehen kann, so wenig kann ihr eine culpa in eligendo oder überhaupt ein Verschulden imputirt werden. Sie kann die zu bestellende Person nicht auswählen,

Die beiden Mädchen wußten, unter Anwendung besonderer List, aus dem Institut sich zu entfernen, fanden in der Nacht kein gehöriges Unterkommen und wurden gemißbraucht. Der Vormund klagte gegen die Inhaber des Instituts und erhielt Entschädigung zugewilligt, ohne daß deshalb die französische Jurisprudenz sich verwundert hätte.“

²²³ Ganz anders das französische Recht. Dieses gestattet nur den Eltern, instituteurs und Handwerkern, sich von der Verantwortlichkeit dadurch zu befreien, daß sie beweisen, daß sie die Handlung nicht verhindern konnten, welche diese Verantwortlichkeit veranlaßt; auf Hausherrn und Committenten aber findet auch diese kleine Erleichterung der Haftung keine Anwendung, und wo sie Anwendung findet, verlangt man den Nachweis eines thatsächlichen unabwendbaren Hindernisses der Ausübung der Aufsicht überhaupt. Stabel Instit. des franz. Civ.-R., S. 359.

²²⁴ Nach österr. Rechte versteht es sich auch von selbst, daß im Falle der § 1315 die Verantwortlichkeit des Committenten sich nicht erstrecken kann auf solche Delicte, welche mit der Vollziehung des Geschäftes, zu dem die Person bestellt ist, „überall nicht im Zusammenhang standen, z. B. nicht auf Injurien, welche der Diensthote ausgoßen hat“. Zachariae-Puchelt a. a. O., S. 706, Note 6, vgl. Bar a. a. O., S. 70 f.

²²⁵ So wurde (Sammlung IX, Nr. 4163) der Herr eines Knechtes, der durch Anfahren mit einem Heuwagen eine Straßenlaterne beschädigt hatte, in den beiden oberen Instanzen klagfrei gesprochen, denn „Unachtsamkeit in einem vereinzelt Fall liefert . . . noch lange nicht den Beweis der Untüchtigkeit zu einem Geschäfte überhaupt, und keiner von den verhörrten Zeugen beschuldigte den Knecht der Untüchtigkeit zum Wagenlenken . . .“ Ganz ähnlich die zweite Instanz in einem Falle (O. S. 1870, Nr. 15, S. 59, Sp. 1), wo ein unvorsichtiger Pfiff des der Herde vorausgehenden

nicht instruiren, nicht überwachen, und somit auch in allen diesen Beziehungen nichts versehen. Bliebe man dabei stehen, so würde von einer Haftung der juristischen Person auch aus § 1315 überhaupt nicht die Rede sein können. Und doch kann nichts gewisser sein, als daß hier in manchen Beziehungen die Haftung der juristischen Person für Delicte ihrer Organe noch weiter gehen muß als die eines Dominus, der eine physische Person ist, wenn anders nicht Schäden, die gerade hier im großartigsten Maße durch Delicte von Gehilfen, begangen in der Ausführung des ihnen übertragenen Geschäftes²²⁶, hervorgerufen werden, ganz unerzekt bleiben sollen — da ein Ersatz von den Deliquenten selbst der Regel nach nicht erwartet werden kann. So erscheint uns die Sache wenigstens vom Standpunkt des modernen Verkehrslebens aus. Jedenfalls hat unsere Gesetzgebung der Sache nach anerkannt, daß juristische Personen unter Umständen verantwortlich werden können für Delicte ihrer Organe. Schon das b. G. B. § 337²²⁷ läßt den Besitz einer Gemeinde nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilen; derselbe kann also auch ein unredlicher sein und es können somit die Gemeinde die schwerwiegenden Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers treffen (§ 335); spätere Gesetze drücken sich geradezu

Treibers die Schafe erschreckte, so daß sie das in der engen Straße zur Marktzeit aufgestellte Töppergeschirr zerbrachen. Dagegen verurtheilte der O. G. H. in diesem Falle, ohne hier nach dem Beweise zu fragen, daß dem Herrn die Untüchtigkeit des Treibers bekannt gewesen sei: „ . . . auch der Beklagte muß für die Unachtsamkeit seiner Leute und für den daraus entstandenen Schaden haften, wenn er solche Leute in seinen Diensten verwendet, welche untüchtig dazu sind, indem sie durch ihr Verschulden den Schaden anrichten“. Auch Sammlung VI, Nr. 2746 darf hier angeführt werden; zwar betrifft der Fall die Haftung einer juristischen Person, doch wird bei der Entscheidung auf dieses Moment kein Gewicht gelegt: Eine Beschädigung war dadurch erfolgt, daß der Capitän eines Dampfers vorschriftswidrig mit voller Dampfkraft fahren ließ. Der Dominus wurde absoolvirt, weil bei der Aufnahme des Capitäns die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden waren, und der Besteller nicht verantwortlich ist für den Schaden, den ein Dritter durch ein Versehen erleidet, „welches die mit der Verrichtung des Geschäftes betraute und dazu tüchtige Person bei einem besonderen vom Besteller nicht vorherzusehenden Anlaß begangen hat“. Indessen werden hier in den Motiven doch auch weitergreifende Momente (nicht nur das der Bestellung) betont, namentlich daß der Dominus auch durch Verbehaftung einer untüchtigen Person, durch Verstümmung gehöriger Instruction und Ueberwachung verantwortlich werde.

²²⁶ Vielleicht geradezu gelegen in einer Handlung, auf deren Vornahme sich ihre Vertretungsbefugniß erstreckt.

²²⁷ Im w. g. O. B. hat der Paragraph kein Vorbild. Zeiller warf die Frage bei der ersten Lesung auf (18. April 1803) und beantwortete sie sofort, wie sie § 337 beantwortet, nur daß es hieß: „ . . . Unredlichkeit des größeren Theiles der Mitglieder oder der in ihrem Namen handelnden Machthaber . . .“ Die gegenwärtige Fassung wurde beschloffen, „weil die Gemeinden nie selbst, sondern nur durch ihre Vorsteher oder Machthaber erwerben“.

aus, als ob juristische Personen sogar selbst delictsfähig wären²²⁸; so läßt das Gemeindegesetz vom 17. März 1849 (R. G. B. Nr. 170) § 86 die Gemeinde im Falle einer in ihrer Gemarkung verübten öffentlichen Gewaltthätigkeit durch böshafte Beschädigung des Eigenthums dem Beschädigten Ersatz leisten, wenn der Thäter nicht zu Stande gebracht wird, und die Gemeinde nicht nachweist, daß es nicht in ihrer Macht lag, die begangene Gewaltthätigkeit zu verhindern²²⁹. In noch allgemeinerer Fassung findet sich eine ähnliche Anordnung in § 37 der Gemeindeordnung für Böhmen²³⁰ und § 34 der Gemeindeordnung für Galizien, in welchen geradezu von „Vernachlässigungen“ gesprochen wird, welche den Gemeinden in Verwaltung der Ortspolizei zur Last fallen²³¹. Der bestimmteste Ausdruck dieses Gedankens aber findet sich in dem Gesetze vom 5. März 1869 (R. G. B. Nr. 27) betreffend die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Ereignisse auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen, indem hier die Vermuthung aufgestellt wird, „daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Personen eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso, wie ihr eigenes Verschulden durch Leistung des Ersatzes . . . zu vertreten“.

Correct ist dieser Ausdruck nicht, aber wir können in alledem nicht schlechtweg Singularitäten, sondern nur ein immer bestimmteres und breiteres Hervortreten des Gedankens auch in der Gesetzgebung erkennen, daß die „Haftbarkeit der juristischen Person für außercontractliche Verschuldung ihrer Vertreter als eine Forderung der Gerechtigkeit“²³² erscheint — und das halten wir für einen gefunden Rechtsgedanken, und freuen uns²³³, daß derselbe in unserer Praxis²³⁴ schon vor dem eben angeführten Gesetze Anerkennung gefunden hat.

²²⁸ Der Ausdruck ist selbstverständlich ebenso ungenau, als es schief wäre, wollte man in diesen Gesetzen den Gedanken ausgedrückt finden, es sei eine Vertretung in Delictshandlungen zugelassen.

²²⁹ Ueber die Genesiß dieses Rechtsatzes: Loening S. 91 f. Dazu Verordn. v. 19. Juni 1716 (Cod. Austr. III, p. 822 sq.)

²³⁰ Ungenau citirt Loening S. 92, Note 2: „Oesterr. Gemeindegesetz, § 37.“

²³¹ Vgl. auch Nied.-Oest. Gemeindeordnung §§ 34, 35 und die correspondirenden Paragraphen der anderen Gemeindeordnungen.

²³² Loening S. 85.

²³³ Anders Manda Haftung der Eisenb. Unt. S. 7, Note 5 a. E., der diesen Gedanken für einen irrigen erklärt.

²³⁴ Sammlung VI, Nr. 3292: Die Gasgesellschaft wurde verantwortlich gemacht für den aus einer Explosion entstandenen Schaden, welche ein von ihr abgeordneter Bediensteter durch unvorsichtige Untersuchung der Ausströmungsstelle mit offenem Richte veranlaßt hatte. Es wurde angenommen, daß die Anstalt schlechtweg den Mangel der erforderlichen Kenntnisse und des gehörigen Fleißes auf Seiten des von ihr Entsendeten vertreten müsse. „Da die Gasbeleuchtungsanstalt als solche eine Arbeit nicht selbst ver-

Die civilrechtliche Haftung richterlicher Beamten für Rechtsverletzungen, die sie in der Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit durch Uebertretung ihrer Amtspflicht einer Partei zugefügt haben, und die diesfällige Haftung des Staates „gleich einem Bürgen und Zahler“ ist durch das Gesetz vom 12. Juli 1872, Nr. 112 geregelt, und im Staatsgrundgesetze über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt Artikel 12 ein Gesetz in Aussicht gestellt, welches die civilrechtliche Haftung sämmtlicher Staatsdiener für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen normiren soll. Mit Rücksicht hierauf wird es nicht nur von retrospectivem Interesse sein, wenn wir im Folgenden in gedrängtem Auszuge mittheilen, wie die Redactoren des R. G. B., die mehrmals Veranlassung hatten, sich mit diesen Fragen zu befassen, über dieselben dachten.

Der erste Anlaß ergab sich bei der Berathung des w. g. G. B. I § 247 (16. August 1802), welcher Paragraph „selbst die Beisitzer des vormundschaftlichen Gerichtes, welche ihr Amt zum Nachtheile eines Minderjährigen vernachlässigt haben“ für jede pflichtwidrige Handlung verantwortlich erklärte und in subsidium zum Ersatz des erweislichen Schadens verhielt. Dazu lag vor ein Monitum des innerösterreichischen Appellationsgerichtes und der Prager Facultät, des Inhaltes, es sollten, übereinstimmend mit dem Hofdecrete vom 4. Jänner 1787²³⁵, vorzüglich die Dominien und

richten, sondern nur zur Verrichtung mittelst ihrer Bediensteten und Arbeiter übernehmen kann, so kann auch . . . zwischen ihr und den von ihr zur Verrichtung der Arbeit gewählten Bediensteten nicht unterschieden werden, vielmehr ist es immer sie selbst, welche, weil sie die Arbeit übernommen, auch die Verantwortlichkeit für deren Vollziehung trifft, welche also auch dafür einzustehen hat, daß ihre verrichtenden Organe diejenigen Kenntnisse besitzen und denjenigen Fleiß anwenden, welche die von der Anstalt übernommene Arbeit ihrer Natur und Beschaffenheit nach erfordert“, arg. § 1299 (vgl. unten bei Note 245). Dazu kommt (arg. §§ 1010, 1161, 1315), daß ein Bediensteter, der so auffallende Sorglosigkeit an den Tag legt, „für ein Geschäft der erwähnten Art als untüchtig bezeichnet werden muß“, daher die geklagte Gesellschaft jedenfalls die Wahl dieser Person zu vertreten hat und zur Ablehnung dieser Verantwortlichkeit es nicht genügt, sich blos darauf zu berufen, daß man den (Arbeiter) für tüchtig und verläßlich gehalten habe. Wir halten diese Begründung für zutreffend. Da die juristische Person selbst keine Auswahl treffen kann, Niemand aber deren absolute Freiheit von jeder Verantwortlichkeit für das Verschulden des bestellten Organs behaupten wird, so kann nur fraglich sein, ob sie einzustehen hat für die culpa in eligendo ihres wählenden (bestellenden) Organes, (hier aber dann allerdings wieder entweder jenes Organes, welches den untüchtigen Bediensteten in den Dienst der Unternehmung überhaupt aufnahm, oder jenes Organes, welches ihn zu der concreten Function auswendete), oder ob sie sofort einzustehen hat für das Verschulden ihres gewählten Organs. Daß die bejahende Antwort im Sinne der letzteren Alternative die einfachere und befriedigendere ist, leuchtet ein. Die erstere macht die Entscheidung von oft kaum berechenbaren zufälligen, vielleicht kaum nachweisbaren Momenten abhängig.

²³⁵ J. G. S. Nr. 609: „ . . . dann hat die betreffende Ortsgemeinde oder Herrschaft, der nämlich die Gerichtsbarkeit zusteht, der Partei den Ersatz zu leisten. . .“

Gemeinden zu haften haben. Diesen Antrag berücksichtigend, schlug Zeiller die Fassung vor: „Selbst die Obervormundschaft und die Beisitzer . . .“ und wurde diese Fassung einhellig angenommen. Außerdem einigte man sich darüber, daß das Gericht erst nach dem Vormund zu haften habe, und lehnte den Antrag Strobl's, das Gericht solle den von ihm verursachten Schaden immer sogleich ersetzen und dann erst seinen Regreß weiter suchen, als zu hart ab, „da man vielleicht noch nicht wissen könne, ob das Gericht wirklich Schuld trägt, oder ob der Pupill auch wirklich Schaden leiden werde. Wenn z. B. ein Gericht Pupillargelder auf eine Realität hergegeben habe, über welche nach der Hand ein Concurß ausbricht, so müsse ja erst abgewartet werden, wie die Classification ausfällt; selbst wenn der Pupill Schaden leidet, könne das Gericht schuldlos und das Pupillarvermögen anfänglich gesetzmäßig versichert gewesen sein. Man müsse also immer zuerst dem Gerichte überlassen, dem Pupillen zu dem Erfolge zu verhelfen; und es sei genug, wenn dasselbe dann, wenn alle Mittel fruchtlos sind, zum Erfolge verhalten werde.“ Der hierauf gefaßte Beschluß entspricht im Ganzen der Fassung des § 265, nennt aber noch immer die Obervormundschaft und die Mitglieder des obervormundschaftlichen Gerichtes neben einander. — Die zweite Lesung des Paragraphs brachte (8. Juni 1807) nur eine interessante Bemerkung von Pratobervera. Er fand den unterscheidungslosen Inhalt des Paragraphs zu hart, weil sich aus ihm folgern ließe, daß die Behörden selbst für den entgangenen Nutzen haften. Auch würde die Vorschrift nie gleichmäßig und erfolgreich befolgt werden. Denn wenn das gerichtlich hinterlegte oder sonst wo angelegte Vermögen eines Minderjährigen verloren ginge, so würde man wohl die Beamten und in subsidium die cassa civica oder das dominicale angreifen und den Mündel entschädigen, nie aber könne er glauben, „daß eine gleiche Haftung von dem Landesfürsten übernommen werde und er aus den Landescaffen den durch seine Beamten zugefügten Schaden ersetze“²³⁶.

Der Zufall fügte es, daß (24. Februar 1806) wenige Monate, bevor die Redactoren den § 1341 zu berathen hatten, dieselbe Frage der Gesetzgebungscommission aus anderem Anlaß (es ging aus dieser Berathung das Hofd. v. 14. März 1806, Nr. 758 J. G. S., hervor) vorlag. Es theilte nämlich die oberste Justizstelle eine Note der Hofkammer mit nebst einem Berichte des ostgalizischen Appell.-Gerichtes, betreffend die Frage, ob Staatsbeamte wegen ihrer Amtshandlungen vor dem Civilrichter belangt werden können. Die oberste Justizstelle verneinte die Frage durchaus, ebenso das ostgalizische Fiscalamt, Landrecht und Appell.-Gericht, während die Domainen-Administration, das galizische Gubernium, die vereinigte Hofkanzlei und die

²³⁶ Vgl. dazu den zweiten Anhang des in der vorigen Note citirten Hofdecrets.

Hofkammer²³⁷ sich entgegengesetzt aussprachen. Darüber nun war man auch in der Gesetzgebungs-Hofcommission von vorneherein einig, daß der Beamte in der Regel aus seinen Amtshandlungen civilrechtlich nicht belangt werden könne, und daß diesfalls auch kein besonderes Gesetz zu erlassen sei. Nur meinte der Ref. Nischen, es müsse dann eine Ausnahme eintreten, wenn die Staatsbeamten von ihrer vorgesetzten Behörde zu einem Erfolge an die Staatsverwaltung oder eine Partei verurtheilt würden, „weil es sich dann um ihr Privateigenthum handelt, worüber ihnen der Rechtsweg nicht verschlossen werden könnte“. Der Beschluß endlich lautet: „Da der durch die Amtshandlung eines Beamten verkürzten Partei immer frei steht, dessen vorgesetzte Behörde anzugehen, so war die Stimmenmehrheit vollkommen mit dem Antrage der Obersten Justizstelle verstanden“^{237a}.

Schon hienach begreift es sich, daß die Redactoren (3. Juni 1806) den § 1314 fast auf den Buchstaben übereinstimmend mit w. g. G. B. III § 438 i. f. ohne jede Debatte textirten. Daran wurde auch später nichts geändert, und ein bei der Revision (3. December 1807) von Pratobervera gestellter Antrag: Es solle entweder der Paragraph ganz in die Gerichtsordnung verwiesen oder auch von den durch einen Sachwalter zugefügten Beschädigungen hier gehandelt werden — blieb ohne Erfolg.

Weiter reichende Gesichtspunkte zeigt eine spätere Sitzung der vollen Gesetzgebungscommission vom 10. März 1808, veranlaßt durch ein kaiserliches Cabinetsschreiben, in welchem über die von dem Generalissimus unterlegten Entwürfe²³⁸ einer Responsabilitätsvorschrift für den Hofkriegsrath ein Gutachten abgefordert wurde. Referent Zeiller äußerte sich darüber, wie folgt: Der Entwurf des b. G. B. enthalte hierüber Bestimmungen in den §§ 1295, 1299, 1301, 1302, 1341²³⁹. „Diese Grundsätze könnten und müßten dann in Hinsicht auf den von Dienern des Staates im Amte dem Staate oder Privaten verursachten Schaden nach der verschiedenen Verfassung der Behörden in den besonderen Amtsvorschriften angewendet werden“, und sie seien auch in beiden Entwürfen für den Hofkriegsrath im Ganzen richtig angewendet worden. Doch sei der der Normalken-Commission der richtigere. Im Einzelnen bemerkte er:

²³⁷ Diese wollte jedoch in einem Falle eine Ausnahme statuirt wissen.

^{237a} Vgl. auch Pražák in Samitich's Zeitschr. III, S. 34 ff.

²³⁸ Der eine war verfaßt von der Normalken-Commission, der andere vom Hofkriegsrath selbst. — Ein „höchster Befehl“ hatte den Auftrag gegeben, die Schadloshaltung für den Vortheil, welcher durch unterlassene Anstoßung eines neuen Contractes über die bei der Stoderauer Montur-Commission sich ergebenden Abfälle dem Aerar entgangen war, von den Schuldtragenden hereinzubringen. Dabei ergab sich denn die Frage, ob nach Wiederherstellung der collegialischen Verfassung des Hofkriegsrathes noch einem einzelnen Referenten eine Schadloshaltung zur Last fallen könne, und wie diese hereinzubringen sei.

²³⁹ Der jetzigen Zählung, die damals noch nicht bestand.

1. Man habe es nicht nöthig, von dem Begriffe eines bestimmten, insbesondere des Mietbvertrages auszugehen, „sondern nur von den allgemeinen Grundsätzen der Verbindlichkeit zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens“.

2. Allerdings sei nach der Verfassung des Hofkriegsrathes zu unterscheiden, ob der Schade

- a) durch den Schluß der Rathssversammlung;
- b) im kürzeren Wege der Beziehung eines anderen Referenten;
- c) durch Verfügung eines bestimmten Departements, oder
- d) durch eine Präsidialerledigung verursacht worden sei.

3. Aus dem gleichen Grunde könne in der Regel nur der Referent für die unrichtig oder unvollständig vorgetragene Thatsachen oder Normalien seines Referates, die übrigen bestimmenden Mitglieder aber nur dann verantwortlich sein, wenn ihnen die Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit offenbar auffallen mußte.

4. Das Gleiche gelte bei Gegenständen einer kürzeren Mittheilung von jedem Referenten rücksichtlich der Gegenstände seines Referates.

5. Für Collegialbeschlüsse tragen die Zustimmungenden die Haftung, daher die Dissidenten die Beruhigung erhalten müssen, daß ihre Meinung auf bleibende Art fixirt wird.

6. In Departements-Erledigungen habe der General und der Referent zu haften, da beide gleich genaue Kenntniß nehmen sollen.

7. Ebenso bei Präsidialerledigungen, denen ein Referent beigezogen worden sei, wenn er zugestimmt habe; sonst haften nur der Präsident.

Verzögerungen müsse der Referent und der Departementsvorsteher vertreten.

Uebrigens handelten beide Entwürfe nur von einem Schaden des Aerar; das Nämliche müsse aber auch gelten von Beschädigungen von Privaten. Ebenso müsse, was in den Entwürfen von einer Verantwortlichkeit nur der höheren Beamten gesagt sei, auch bei den geringeren eintreten, nur allerdings unter Mithaftung der Vorsteher, sofern sie den Schaden zu verhindern verpflichtet waren. In allen Fällen aber solle die Verbindlichkeit der Staatsdiener nur eine subsidiäre und das Rechtsmittel nicht eine Civillage, sondern eine Beschwerde bei der höheren Behörde sein, da die Beurtheilung zwar von sehr allgemein bekannten und einfachen Rechtsgrundsätzen, zugleich aber von den besonderen Amtsverhältnissen abhängen, die nur von Jenen in's Klare gesetzt werden können, die mit den besonderen Amtsvorschriften ganz genau bekannt sind. Endlich verstehe es sich von selbst, daß unter Umständen auch Criminalstrafe eintreten könne.

Aus der Debatte ist zunächst hervorzuheben, daß mehrere Botanten jede solidarische Haftung ausgeschlossen wissen wollten, denn Jeder trage

nur für seinen Theil Schuld (Chrenberg), und sie sei unbillig, da ein Rath seine Collegen nicht selbst optire, und sie somit, weil es nicht von ihm abhängen, nur wohlhabende Collegen zu haben, zu einer Bedrückung des Wohlhabenden werde (Scheppel).

Von mehreren Seiten wurden ferner Vorschläge gemacht, wie die Gewißheit über das Versehen jedes Einzelnen hergestellt werden solle²⁴⁰. Vitreich bemerkte: Bei Collegialbeschlüssen habe für das Factum und die Afferirung der Prioren nur der Referent zu haften. Bei fehlerhafter Beurtheilung des Gegenstandes aber haben alle Stimmen nach Verhältniß ihres Einflusses zu haften, daher der Referent immer zu einem größeren Theile, da es ihm am leichtesten sein müsse, sich aus den Acten am besten zu informiren. Pratoevera gab zu, die vorgeschlagenen Grundsätze stimmten mit denen der Normaliencommission und des bürgerlichen Gesetzbuches überein. Er besorge aber, daß dieselben zu einer Responsabilitätsvorschrift nicht für den Hofkriegsrath allein, sondern für alle Behörden gestaltet werden würden, und daran anknüpfend, hob der Vicepräsident (Haan) hervor, daß zu große Verantwortlichkeit zu große Kengstlichkeit und damit Verzögerung und einseitige Behandlung der Geschäfte erzeugen würde. Die Hofcommission könne aber, da sie nicht alle inneren Verhältnisse der Behörden übersehe, eine solche Vorschrift nicht entwerfen. Man solle sich daher begnügen, auszusprechen, daß der von der Normalien-Commission aufgestellte Entwurf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspreche. Der Präsident (Kottenhann) endlich betonte den Unterschied zwischen richterlichen und Verwaltungsbehörden. Erstere entscheiden nach Meinungen über die Anwendung eines Gesetzes auf ein Factum, und da könne die Verantwortlichkeit nur den Fleiß in Bearbeitung der Geschäfte, die Wahrheit der Geschichtsdarstellung und die Hinweisung auf die entscheidenden Gesetze betreffen. „Wenn die Anwendung des Gesetzes auf das Factum ohne Verdrehung des Sinnes eine Verschiedenheit in den Meinungen zulasse, so könne die Aeußerung solcher Meinungen keiner Verantwortlichkeit unterliegen.“ Bei verwaltenden Stellen dagegen seien die Deliberationsdaten viel zusammengesetztere. Ob so oder so für die Verpflegung der Truppen am besten gesorgt werde, ob einem Lieferanten noch weitere Vorschüsse geleistet werden sollen, ob dieser oder jener Contrahent gewählt werden solle — das seien Dinge, die aus den vorhergegangenen Acten, allbekannten Umständen, aus Amtsvorschriften und dem Gange der Geschäftsführung selbst beurtheilt werden müßten, und bei welchen der Saumselige, der schiefe Urtheilende allerdings verantwortlich werde.

Beschlossen wurde mit Stimmenmehrheit (Michen, Chrenberg, Gyro, Scheppel, Pratoevera, Haan), nur den Entwurf der Normaliencommission

²⁴⁰ Führung eines Rathsprotokolles, eigenhändige Eintragung besonderer Vota.

zu begutachten, den Entwurf Zeiller's aber nicht beizuschließen, — und mit allen gegen die eine Stimme Zeiller's, nicht solidarische, sondern Haftung pro rata parte vorzuschlagen.

Ander's als bei Delicten der Gehilfen steht unsere Frage bei Vertragsverletzungen durch solche²⁴¹. Die gedankenmäßige Regel, von der das Gesetzbuch ausgeht, ist hier die, daß Derjenige, der sich bei Erfüllung seiner Verpflichtung eines Gehilfen bedient, für das Verschulden des letzteren einzustehen habe.

Freilich wohl ist dieser Grundsatz im Gesetzbuch nirgends in dieser Allgemeinheit aufgestellt, und es ist von vornherein zuzugeben, daß er nicht unbedeutenden Milderungen unterliegt. Immerhin aber kommt er in so zahlreichen und so gearteten Anwendungen vor, daß daran wohl nicht zu zweifeln ist, daß man von ihm auszugehen und ihn nicht nur auf einige vereinzelte Anwendungsfälle zu beschränken hat.

Abgesehen von dem Receptum²⁴² tritt der behauptete Grundsatz im bürgerlichen Gesetzbuch am reinsten hervor in den §§ 1010 und 1161. Der Gewalthaber, wie der Werkmeister (Arbeiter) soll das „ihm aufgetragene Geschäft“ selbst vollziehen. Läßt er es ungerechtfertigterweise von einem Anderen besorgen, „so haftet er ganz allein für den Erfolg“, d. h. er muß für das Verschulden der Hilfsperson einstehen.

Eine Milderung²⁴³ tritt nur ein, wenn ihm „die Bestellung eines Stellvertreters . . . ausdrücklich gestattet“, sowie wenn eine solche „durch die Umstände unvermeidlich“ wird — im Falle der „Noth“, „in dringenden

²⁴¹ Auch hier ist der Ausdruck: „Verschulden des Gehilfen“ zu eng, denn gemeint sind vier wesentlich verschiedene Fälle (Brinz, Pand. 2. Aufl. S. 278 ff.): a) Die Verschuldung Dritter, deren sich der Obligirte zur Ausführung oder Herstellung einer übernommenen Arbeit (wie eines Werkzeuges) bedient; b) an welche der Obligirte das ihm selbst obliegende Geschäft oder Werk eigenmächtig weiter gibt oder die er an seiner Statt handeln läßt; c) die Verschuldung Dritter, welche der Obligirte pflichtmäßig zu verhüten hatte und nicht verhüten hat; d) Verschuldungen Dritter, welche sich nur mehr als Folge der von Seite des Obligirten unterlassenen aber schuldigen Diligenz oder auch nur gemeinen Ehrlichkeit darstellen.

²⁴² Von welchem erst weiter unten gehandelt werden kann.

²⁴³ Mit der Ausdehnung dieser Milderung auf andere Fälle muß man aber vorsichtig sein. Sie gilt keineswegs überall, wo eine Leistung (die Erfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung) durch einen Gehilfen vermittelt wird. Zeiller erklärte unter eingehlicher Zustimmung seiner Collegen (6. Juni 1803), die in dem wichtigen Falle des § 429 getroffene Entscheidung „sei den Rechtsgrundsätzen gemäß, denn hätte der Uebernehmer die Ueberreichungsart bestimmt oder genehmigt, so sei der Ueberbringer als sein Bevollmächtigter zu betrachten, es sei also ebensoviel, als wenn die Sache ihm selbst übergeben worden wäre. Außerdem aber könnte man nicht behaupten, daß durch die Uebersendung ihm auch die Sache schon übergeben worden sei und der Uebersender wähle dann den Ueberbringer auf seine Gefahr“.

Umständen“, aber auch in diesen Fällen bleibt seine eigene Haftung für culpa in eligendo aufrecht²⁴⁴.

Wie wenig die erwähnte Regel den Redactoren als eine auf die Fälle der §§ 1010 und 1161 beschränkte erschien, beweist eine ganze Reihe von Vorgängen bei der Berathung.

Pratohevera beantragte in dritter Lesung (21. December 1809) zu § 1299 nachstehenden Zusatz: „Die hier benannten Personen haben auch den Schaden zu vertreten, der bei der Ausübung des Amtes, der Kunst, des Gewerbes, des Handwerks durch ihre Gehilfen, Gesellen, Aufseher, Lehrlingen aus Unwissenheit oder Nachlässigkeit an fremdem Eigenthum zugefügt worden.“ Und wenn wir fragen, warum wurde dieser Antrag nicht angenommen? — so antworten die Protokolle lakonisch: „die übrigen Stimmen fanden diese Vorschrift schon in dem § 1315²⁴⁵ enthalten“.

Uebereinstimmend mit unserer Regel bestimmt § 965, daß dem Verwahrer, wenn er die hinterlegte Sache „ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben“ hat, und sie einen Schaden leidet, „welchem sie beim Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre“, die Beschädigung zugerechnet wird. Der Grundgedanke ist auch hier: Der Verwahrer soll selbst die übernommene Obforge prästiren — eine Ausnahme tritt nur ein im Nothfalle und wenn es ihm erlaubt ist, bei einem Dritten zu deponiren. Daß er auch in diesen Fällen für culpa in eligendo hafte, wird im Gesetz wohl nur darum nicht²⁴⁶ ausdrücklich gesagt, weil dasselbe in erster Linie hervorheben wollte, inwieferne der nicht gewissenhafte Depositar für den Zufall hafte; jedenfalls werden wir, da ja der Depositar unzweifelhaft für omnis culpa hafte, in dieser aber auch die culpa in eligendo enthalten ist, das, was das Gesetz zu sagen unterlassen hat, ergänzen dürfen, da der Depositar sicherlich auch in Nothfällen u. dgl. mit der Sache nicht leichtsinnig und gewissenlos verfahren darf; nur wird zu

²⁴⁴ Die verschiedene Fassung, welche unsere Regel in den citirten beiden Paragraphen erhalten hat, darf nicht glauben machen, es handle sich um verschiedene Regeln. Ein anderes war allerdings das Verhältniß der correspondirenden Paragraphe des w. g. G. B. III § 110, 275. Während der erstere dem jetzigen § 1010 parallel läuft, ließ der letztere den Arbeiter oder Werkmeister, auch wo er als berechtigt erschien, die Arbeit oder den Dienst einem Anderen anzuvertrauen, dies schlechthin nur „auf seine Gefahr“ thun. Allein da eine Erinnerung der Prager Facultät bemerkt hatte, der Fall scheine vielmehr dem § 110 analog, so beantragte Zeiller (8. Juli 1805) unter allseitiger Zustimmung die gegenwärtige Fassung des § 1161.

²⁴⁵ § 1293 der damaligen Fassung.

²⁴⁶ Wohl weist auch § 965 auf die culpa in eligendo, aber in anderer Richtung hin; indem er nämlich für den Fall, daß ohne Noth und ohne Erlaubniß bei einem Dritten deponirt wurde, eine Verantwortlichkeit nur für jenen Schaden ausspricht, welchem die Sache „bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre“.

beachten sein, daß das Maß der Diligenz, das man in Nothfällen fordern darf, nicht allzu hoch zu spannen sein wird.

Die Regel des § 965 finden wir ferner im § 979 (cf. § 978) auf den Commodatar angewendet, obgleich, genauer gesehen, die beiden Fälle in einer sehr wesentlichen Beziehung nicht gleich sind. Denn von dem Depositar, der das Depositum einem Andern anvertraut, kann man sagen, daß er sich bei der Erfüllung seiner Vertragspflicht eines Gehilfen bediene, von dem Commodatar aber, der den Gebrauch der entlehnten Sache eigenmächtig einem Dritten gestattet, kann man das Gleiche nicht sagen, hier schlägt vielmehr rein der Gesichtspunkt durch, daß er den Schaden „durch eine widerrechtliche Handlung veranlaßt habe“, und insoferne ist seine Haftung gedankenmäßig eine andere als die des Verwahrers — wie ja auch wirklich die Redactoren²⁴⁷ in einigen Stadien ihrer Arbeit den Entlehner strenger behandelt hatten, als den Verwahrer.

An die Haftung des Verwahrers klingt schon den Worten nach an die Bestimmung über die Haftung des Faustpfandgläubigers: er muß das Pfand „genau bewahren“ (§ 459)²⁴⁸, „wohl verwahren“ (§ 1369)²⁴⁹, und wenn er es weiter verpfändet, „haftet er selbst für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre“ (§ 460). Letztere Bestimmung²⁵⁰, die unzweifelhaft auch eine Haftung für das Verschulden des Pfandpfandgläubigers einschließt, wurde bei der zweiten Lesung (27. Juli 1807) beantragt und beschlossen, um eine Streitfrage zu entscheiden. Die Annahme ist kaum gewagt, daß eben die zahlreichen, unseren Grundsatz enthaltenden Beschlüsse erster Lesung wenigstens mitbestimmend dafür waren, denselben auch hier zur Anwendung zu bringen.

Die Haftung des Bestandnehmers bringt das w. g. G. B. III § 235 geradezu in Parallele mit der des Entlehners; für Beschädigung und mißbräuchliche Abnützung sollten Miether und Pächter haften „wie die Entlehner, für ihr Verschulden, aber nicht für den Zufall“. Die Wiener Facultät fand diese Fassung zweideutig, wie sie ja auch wirklich eher auf völlige Gleichstellung des Bestandnehmers und Entlehners, nicht aber auf eine Differenz der Haftung, die nach der darauf folgenden Motivirung doch unzweifelhaft bestehen sollte, hindeutet; das Monitum beantragte darum die klarere Textirung: „so haften Miether und Pächter zwar für ihr Verschulden, nicht aber auch

²⁴⁷ Im Anschluß an w. g. G. B. III § 85, der den Entlehner auch für solche Zufälle haften ließ, rücksichtlich deren er nicht beweisen konnte, daß die Sache von ihnen auch bei dem Lehner getroffen worden wäre.

²⁴⁸ W. g. G. B. II § 245: „genau verwahren“.

²⁴⁹ Wörtlich übereinstimmend w. g. G. B. III § 520. — Darum lehren unsere älteren Schriftsteller zuweilen, der Pfandvertrag enthalte einen Verwahrungsvertrag.

²⁵⁰ Im w. g. G. B. fehlte sie noch.

für den Zufall, wie der Entlehner“. Den Antrag berücksichtigend, schlug der Referent (24. November 1806) jene Fassung vor, die wir im ersten Satze des § 1111 finden. In dieser ist nun auch wieder die Haftung für des Pfandbestandnehmers Verschulden ausgesprochen. Damit war man zwar einverstanden, glaubte aber, hier oder im Capitel vom Schadenersatz die Vorschrift „aufnehmen zu müssen, daß der Miether und Pächter auch für seine Dienstkleute haften müsse, und so auch der Inwohner, in dessen Wohnung Feuer ausbrach, den dadurch dem Hause zugefügten Schaden zu vergüten habe“. Mit der Annahme der vom Referenten vorgeschlagenen Erweiterung des § 235 war zugleich eine Erinnerung des innerösterreichischen Appellationsgerichtes zum Theile aufgenommen, welches zu w. g. G. B. III § 241 den Zusatz beantragte: „Auch das Verschulden des Pfandpächters oder der Hausleute fällt demselben (Bestandnehmer) zur Last.“ Der Referent lehnte auch den Theil dieser Erinnerung, der die Haftung für das Verschulden der Hausleute regelte, keineswegs meritorisch ab, sondern bemerkte: darüber enthalte das Hauptstück vom Schadenersatz die Bestimmung und so sei § 241 wohl ganz überflüssig.

Ein besonderes Interesse nach mehreren Richtungen bietet ferner die Entstehungsgeschichte des § 264. Man sieht aus ihr, wie sich die Redactoren nicht verhehlten, daß es Fälle geben könne, in denen es selbstverständlich ist, daß sich Derjenige, der eine Verpflichtung zu erfüllen hat, fortdauernd eines Gehilfen bedienen muß, in denen es aber gleichwohl nicht füglich angeht, ihn für die Handlungen des Gehilfen schlechthin verantwortlich zu machen, dennoch aber auch eine Haftung blos für die Auswahl der Person nicht ausreichend sein kann. Zugleich sehen wir, daß sich die Redactoren auch darüber klar waren, daß der Begriff, den wir der Kürze halber durch den Namen Gehilfe bezeichnen, sehr verschiedene Kategorien von mitwirkenden Personen umfaßt. Das w. g. G. B. I § 246 bestimmte: „Eigentlich hat ein Vormund nur für sein Verschulden, und nicht auch für das Verschulden der ihm untergeordneten Beamten zu haften: hat er aber aus eigener Schuld unfähige Leute angestellt; hat er solche beibehalten; oder nicht auf den Ersatz des von ihnen verursachten Schadens gedrungen, so ist er auch dieser Nachlässigkeit wegen verantwortlich.“ Zeiller wollte (16. August 1802) den ganzen Satz streichen, und kürzer nur sagen: „Hat ein Vormund wissentlich unfähige Dienstpersonen aufgenommen, hat er sie beibehalten oder nicht auf den Ersatz des von ihnen dem Minderjährigen verursachten Schadens gedrungen.“ Mit Haan aber waren die Uebrigen der Meinung, es müsse auch der erste Satz stehen bleiben, denn bei der Verwaltung von ganzen Gütern könnten auch die angestellten Beamten Fehler begehen, und es wäre unbillig, den Vormund auch für diese haften zu lassen. Um aber weder die Beamten, noch die Dienstpersonen besonders zu nennen, weil sich beide

Kategorien nicht so genau unterscheiden lassen, und zugleich mit Rücksicht auf den Antrag des Referenten wurde die Fassung des Paragraphs beschlossen = § 264²⁵¹.

Auch die Haftung mehrerer Vormünder, welche die Verwaltung ohne Genehmigung des Gerichtes theilen oder dieselbe gemeinschaftlich führen (§ 210), gehört hieher: jeder haftet für den ganzen Schaden, auch für den, der unmittelbar auf den anderen Vormund zurückzuführen ist, weil dieser andere eben sein Gehilfe in einer Angelegenheit war, in welcher das Selbsthandeln (oder Selbstmithandeln) Pflicht gewesen wäre. Auch diese Vertheilung der Verantwortlichkeit verdankt ihre Entstehung erst der zweiten Lesung (1. Juni 1807).

Nach alledem darf man wohl behaupten, daß das Princip der Verantwortlichkeit des Dominus für seine Gehilfen in unserem Gesetzbuche nicht bloß in einigen vereinzelt Fällen Anerkennung gefunden hat. Was aber noch wichtiger ist: wo es zur Anwendung gelangt, da erscheint es nirgends nur als Ausdruck einer durch die Natur des einzelnen Geschäftes postulirten Verantwortlichkeit, nirgends als etwas Singuläres; rücksichtlich einer ganzen Reihe von Fällen, für die es nicht speciell ausgesprochen ist, wird auch gar Niemand zweifeln können, daß dasselbe Anwendung zu finden habe; ist es doch z. B. selbstverständlich, daß der Geschäftsführer ohne Auftrag²⁵² auch diesfalls nicht günstiger zu behandeln sein kann, als der Mandatar, daß der Verkäufer²⁵³ (und Tauschende²⁵⁴) rücksichtlich seiner Verwahrungspflicht dem Depositar, der Socius²⁵⁵, wenn er als Bevollmächtigter zu betrachten ist, dem Mandatar auch in Beziehung auf die Haftung seiner Gehilfen gleich stehen muß. Dazu kommt noch, daß das Gesetzbuch auch Fälle hat, in denen es eine Haftung für Zufall statuirt, deren praktische Bedeutung jedoch in erster Linie eben auf eine Haftung für das Verschulden der Gehilfen hinausläuft. Das ist am klarsten (und geht geradezu aus den Worten der Protokolle hervor) in dem weittragenden Falle des §. 429²⁵⁶, auf den wir daher hier noch einmal zurückkommen. Was er enthält, fand sich, soweit es hier von Interesse ist, schon im w. g. G. B. II § 165; dasselbe enthielt aber außerdem noch III § 92 die Bestimmung: „Wenn die Zurückbringung eines Lehnstückes einem Dritten anvertraut wird, und auf dem Wege verloren oder zu Grunde geht, so haftet der Entlehner dafür, den Fall ausgenommen,

²⁵¹ Nur hieß es statt: „Personen“ — „Leute“.

²⁵² Vgl. § 1036: „... ist er für alle Folgen verantwortlich“. § 1038: „... volle Genugthuung“.

²⁵³ § 1061.

²⁵⁴ § 1047.

²⁵⁵ § 1190.

²⁵⁶ In Verbindung mit § 1048 f. 1064.

daß der Verlehner den Ueberbringer selbst vorgeschlagen hätte.“ Zu diesem Paragraph lag (4. März 1805) eine Erinnerung des oberösterreichischen Appellationsgerichtes vor: Man solle auch den Fall ausnehmen, „wenn die Sache einem zur Ueberbringung öffentlich aufgestellten Boten oder einem Institut überlassen wurde“. Zeiller aber bemerkte: der Paragraph sei zwar consequent, da III § 85 den Entlehner für zufälligen Schaden haften lasse. „Aber nach seiner (des Referenten) Theorie komme es darauf an, ob und durch wessen Verschulden wegen einer üblen Wahl des Ueberbringers oder ob durch einen Zufall die Sache verlorenen gegangen ist. Diese Frage sei empirisch. Die rechtliche Entscheidung, wenn das Factum ins Klare gesetzt ist, ergebe sich schon aus den obigen Grundfätzen.“ Daher sei der Paragraph überflüssig, sonst müßte er noch bei vielen anderen Verträgen wiederholt werden.

Hienach werden zwei Schlüsse, die wir nun ziehen, nicht mehr als gewagte erscheinen. Wir behaupten:

1. Die Haftung des Dominus für seinen Gehilfen besteht keineswegs nur in jenen Fällen, in welchen sie im Gesetzbuch ausdrücklich statuirt ist, sondern ist von viel weiter gehender Bedeutung, und

2. Es liegt im Geiste des Gesetzes, die Frage, ob diese Haftung in einem Rechtsverhältnisse einzutreten habe, in Zweifelsfällen²⁵⁷ eher im bejahenden²⁵⁸ als im verneinenden Sinne zu entscheiden.

Erscheinen diese Schlüsse als richtig, so dürfen wir wohl behaupten, daß das österreichische Recht, wenn man die in ihm enthaltenen Rechtsätze nur wirklich voll ausnützt²⁵⁹, eine ziemlich weit gehende Haftung des Dominus für seine Gehilfen statuirt. Daran in einem Augenblick zu ändern, wo klarer als je zu Tage liegt, daß diese Lehre noch in vollem Fluß ist, in einem Augenblicke, wo die entgegengesetztesten Strömungen in ihr sich fühlbar machen²⁶⁰, wäre schwerlich zu rathen. Auf Eines aber müssen wir hier

²⁵⁷ So z. B. beim Trödelvertrag. Das Verschulden des Uebernehmers (§ 1087) wird, wenn er sich eines Gehilfen bedient, unbedenklich, trotzdem der Uebergebende Eigenthümer blieb und die Gefahr trägt, wie beim Mandatar zu verstehen sein.

²⁵⁸ Dafür spricht nicht nur, daß diese Haftung nirgends als Singularität erscheint, sondern auch, daß die Redactoren offenbar selbst der Meinung waren, sie hätten den Grundsatz der Haftung des Dominus für den Gehilfen in umfassenderer Weise in dem Gesetzbuche formulirt, als in Wahrheit geschehen ist.

²⁵⁹ Zu beachten namentlich: „... den Gewerbetreibenden trifft auch hier die Beweislast, und nimmt man es mit dieser einigermaßen streng, so wird thatsfächlich in einer großen Reihe von Fällen der Gewerbetreibende den Schaden tragen, in noch mehreren aber den Schaden ohneweiters erlegen, um seinem Credite und seinem Geschäfte nicht zu schaden.“ Bar in Grünhut's Zeitschrift IV, S. 72.

²⁶⁰ S. die gemeinrechtliche Literatur bei Windscheid Band. 5. Aufl. § 401 A. 5. Während im englisch-amerikanischen Recht, das eine weit gehende Haftung hat, die Tendenz neuestens auf Einschränkung derselben geht, macht sich in Deutschland das

noch aufmerksam machen. Es besteht noch heut ein anscheinend rein theoretischer Streit darüber, ob sich die Haftung für Handlungen dritter Personen durchaus unter den Gesichtspunkt eigener Verschuldung bringen lasse oder nicht²⁶¹. Wer diese Frage bejaht — und für ihre Bejahung ist der Sinn, in welchem die Redactoren den § 1299 in Verbindung mit § 1315 verstanden haben, (oben bei Note 245) kein schwaches Argument — kommt für eine Reihe der wichtigsten Fälle zu einer sehr wesentlichen Verschärfung der Haftung für das Verschulden Dritter, die doch auch durchaus nichts Singuläres an sich hat: Zu dem Amte, zu der Kunst, dem Gewerbe und Handwerk gehört eben auch jene Diligenz, die zur richtigen Auswahl, Leitung und Beaufsichtigung der Gehilfen erforderlich ist; wer darin etwas versteht, hat nur seine eigene Negligenz anzuklagen.

Es erübrigt noch, in diesem Zusammenhange des receptum zu gedenken, welches wegen der scheinbar singulären²⁶² Haftung, die bei ihm gilt, von unserer Darstellung so lange ausgeschlossen bleiben mußte, als unser Grundsatz nicht anderweitig hinlänglich erwiesen war.

Das w. g. G. B. III § 476 enthielt²⁶³ eine dem jetzigen § 1316 parallel gehende Bestimmung, nur daß in ihr schlechtweg von „ihren Dienstpersonen“ die Rede war, und die Haftung für den Fall ausdrücklich ausgeschlossen war, als ein Reisender den anderen beschädigte oder der Schaden durch Zufall entstanden war. Zeiller's Antrag § 18 (19. Mai 1806) eliminierte diese beiden Ausnahmen, änderte aber im Uebrigen nichts, und so wurde der Antrag ohne Debatte angenommen. Bei der zweiten Lesung (3. December 1807) schlug Zeiller mit Beziehung auf die übliche Empfehlung der Lohndiener und Lohnkutscher den Zusatz: „eigenen oder die von ihnen empfohlenen Dienstpersonen“ vor, und es wurde dieser Antrag, „weil die Zuweisung die Uebernahme der Haftung mit sich bringt“ mit der Aenderung des Wortes „empfohlenen“ in „zugewiesenen“ angenommen. Hier nun bemerkte der Referent, daß in dem Entwurfe nirgends etwas von der so bekannten und so praktischen actio de recepto vorkomme; „vielleicht habe der Verfasser geglaubt, sie sei schon unter dem Verwahrungsvertrag begriffen. Wenigstens verdiene sie aber dort eine ausdrückliche Erwähnung“. Er formulirte seinen

Bestreben geltend, die bestehende (engere) Haftung auszudehnen. Wyl §. 90; Bar in Grünhuf's Zeitschrift IV, S. 68 ff.; Dernburg Preuß. Pr. R. II, § 68; Jur. Bl. 1880 Nr. 7, S. 77 f.

²⁶¹ Vgl. Thering Jahrb. IV, S. 84 f., Schuldmoment S. 47 und bes. Brinz Pand. 2. Aufl., S. 277 ff.

²⁶² Genauer: Eine Singularität liegt bei demselben allerdings vor, aber sie geht nicht so weit, als man zuweilen annimmt.

²⁶³ Und zwar im Hauptstück von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen und auf Nebengebühren. Der § 970 b. G. B. war im w. g. G. B. noch ohne Vorbild.

Antrag dahin: „Wirth, Schiffer und Fuhrleute haften gleich einem Verwahrer für Alles, was die aufgenommenen Reisenden in das Gasthaus oder Schiff gebracht oder zur Aufladung übergeben haben, wofern der Schaden nicht durch ihr eigenes Verschulden, durch äußere Gewalt oder durch einen Zufall entstanden ist.“ Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil „beim Verwahrungsvertrage eine gleichmäßige Vorsorge schon bestehe, und auch der Verwahrer dem Deponenten nicht für den ohne seine Schuld entstandenen Schaden hafte“. Trotz dieser Ablehnung finden wir in dem bei der dritten Lesung (14. December 1809) berathenen Entwurf im Hauptstück vom Verwahrungsvertrage wieder eine einschlägige Bestimmung, deren Entstehung aus den Protokollen nicht erhellt. Pratobevera beantragte dazu, hier den § 1294 (damaliger Fassung; jetzt § 1316) zu berufen, in welchem diese Leute auch verbunden werden, für ihre Dienstboten zu haften — was ohne weiteres angenommen wurde. Haan ferner beschäftigte sich mit dem Gesichtspunkt, unter welchen diese Bestimmung am besten zu stellen sei. Diese „Leute — sagte er — haften vielmehr ex locatione operarum als ex deposito, welches seiner Natur nach unentgeltlich sein solle. Schiffer und Fuhrleute contrahiren nicht auf bloße Verwahrung, sondern auf Ueberlieferung, sie haben nicht nur für das zu haften, was aufgenommene Reisende zu Schiffe oder Aufladung gebracht, sondern überhaupt für das, was sie oder ihre Leute zu verfrachten übernommen haben“. Er meinte daher, der Gegenstand passe besser in das Hauptstück von Bestandverträgen oder in das von entgeltlichen Dienstleistungen. Damit waren auch die übrigen Botanten rücksichtlich der Schiffer und Fuhrleute einverstanden. Rücksichtlich der Wirth aber hatte Pfleger Bedenken, ihre Haftungsverbindlichkeit aus einem anderen als dem Verwahrungsvertrag herzuleiten, „denn Alles, was der Reisende mitbringt, übergibt er zur Aufbewahrung“. Dagegen replicirte Haan: „der Wirth biete aus der Natur seines Gewerbes, durch Aufstellung seines Schildes, durch Eröffnung seines Hauses öffentlich allen Personen, die in sein Haus treten wollen, seine Dienste zur Verfügung und Obforge ihrer Person und Habschaften an, und gewiß sei für das Letztere immer in der Rechnung eine Bezahlung mitbegriffen; also auch beim Wirth könne man die Haftung ex locatione operarum herleiten“.

In Folge dieser Bemerkung ward beschlossen, diesen Paragraph [in das zehnte Hauptstück von entgeltlichen Dienstleistungen zu übertragen und ihn]²⁶⁴ dahin zu berichtigen: „Für Sachen, welche den Wirthen oder ihren Dienstleuten zur Verwahrung, den Schiffen und Fuhrleuten oder ihren Dienstboten (§ 1294) zur Verfrachtung übergeben werden, haften sie gleich einem Verwahrer.“

²⁶⁴ Der in die Klammer gesetzte Satz ist im Protokolle wieder gestrichen; es erhellt nicht, wieso der Paragraph endlich doch zum Verwahrungsvertrage gestellt wurde.

Hieraus ergibt sich wieder Zweierlei:

1. Die in unseren Commentaren herkömmlichen Ausführungen über das Verhältniß des § 970 zu § 1316 sind durchaus unrichtig — sie sind sämmtlich aufgestellt ohne Rücksicht auf die historische Basis unseres Privatrechts, das römische Recht. Das wahre Verhältniß ist einfach das, daß § 970 dem römischen receptum, aus welchem eine Vertragsklage entspringt, § 1316 der Regel über die actio furti adversus nautas (Delictsklage) nachgebildet ist. Ersteres sagen die Protokolle ausdrücklich, Letzteres ergibt sich einerseits daraus, daß § 1316 im Hauptstück vom Schadenersatz steht, in welchem thatsächlich vorwiegend Delicte behandelt sind, andererseits daraus, daß der Thatbestand des § 1316 entschieden die größte Ähnlichkeit mit dem behaupteten romanistischen Vorbild hat. Daß beide Paragraphen sich wechselseitig auf einander beziehen, will keineswegs andeuten, daß beide nur einen einzigen Rechtsatz enthalten, nur ein einziges Rechtsmittel im Auge haben; vielmehr hatte das Citat des § 1316 im § 970 anfänglich nur den Zweck, auch beim § 970 darauf aufmerksam zu machen, daß Wirth u. s. w. auch für ihre Dienstpersonen haften müssen. Seitdem dies auch im § 970 selbst gesagt worden ist, sind diese gegenseitigen Verweisungen des einen Paragraphen auf den anderen ganz überflüssig; sie können höchstens noch den Zweck verfolgen, auch den „gemeinen Mann“ darauf hinzuweisen, daß er unter Umständen die Wahl zwischen zwei verschiedenen Klagen haben könne. Allerdings aber kann zugegeben werden, daß, da bei uns die actio furti adversus nautas nicht mehr in duplum geht, ein Bedürfnis nach zwei Rechtsmitteln gegen Wirth u. s. w. nicht mehr vorhanden ist. Es würde sich unbedenklich empfehlen, beide Rechtsätze in einen einzigen zu verschmelzen, der die Vortheile beider vereinigen könnte. So lange das nicht geschehen ist, kann es übrigens nicht schwer fallen, die Rechtstheorie beider Klagen erschöpfend klar zu stellen, sobald man festhält, daß es sich in dem einen Fall um eine Vertrags-, das anderemal um eine Delictsklage handelt.

2. Die Meinungsdivergenz der Redactoren über die passendste systematische Einreihung des receptum²⁶⁵ ist ein neuer Beweisgrund dafür, daß die Haftung für Gehilfen durchaus nicht nur bei diesem oder jenem einzelnen Vertrag für zulässig erachteten. Ueberhaupt aber liegt die diesfalls beim receptum des österreichischen Rechts²⁶⁶ bestehende Singularität nicht sowohl in einer qualitativ gegenüber den allgemeinen Regeln vom Depositum schärferen Haftung²⁶⁷, als vielmehr darin, daß die Pflichten eines Verwahrers

²⁶⁵ Die Frage ist bekanntlich auch heut in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes nicht ausgetragen.

²⁶⁶ Auf die handelsrechtlichen Sätze haben wir hier nicht einzugehen.

²⁶⁷ Oder sollte wohl der Inhaber einer Theater- oder Ballgarderobe, der sich in derselben einer Anzahl von Gehilfen bedient, von der Ersatzpflicht für ein verloren

von dem Wirth schon dadurch übernommen werden, daß die fraglichen Sachen seinen Dienstleuten (Familiengliedern) übergeben, bezw. daß der Reisende als Gast aufgenommen wird; auch dies aber ist kaum etwas Abnormes, denn die Anstellung ermächtigt eben kraft der allgemeinen Regel des § 1029 stillschweigend, den Dominus bei Abschluß des receptum zu vertreten. Was sonst an Verschärfungen eintritt, ist mehr factischer als juristischer Natur: Gedankenmäßig haftet der Wirth nur für sein und seiner Leute Verschulden, praktisch aber freilich, da der Reisende dies bei der Vertragsklage zu beweisen nicht nöthig hat, oft genug auch für den Zufall, wofern der Wirth nicht beweisen kann, daß dieser durch seine und seiner Leute Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte. Das hat begreiflicherweise eine ganz andere Bedeutung bei einem Wirth, der vielleicht eine kleine Armee von Dienstleuten befehligt, als bei einem gewöhnlichen Depositatar, reicht aber nicht aus, einen juristischen Unterschied zu begründen.

Ist aber die Haftung ex recepto schon hienach bei uns viel weniger singular, als nach gemeinem Recht, so kommt zur weiteren Abschwächung der Singularität noch hinzu, daß nach österreichischem Recht ohnedies in allen Vertragsverhältnissen für omnis culpa gehaftet werden muß. Um so näher liegt es, die Haftung der Wirth u. s. w. auch auf andere Unternehmungen²⁶⁸ auszudehnen, deren Natur es mit sich bringt, daß der sie Benützend genöthigt ist, sich auf ihre Organe ebenso zu verlassen, wie der Reisende auf die Leute des Wirthes. Daß unsere Praxis sich entschieden dahin neigt, namentlich Badeanstalten der gleichen Haftung zu unterwerfen, kann daher wohl nur gebilligt werden.

VIII. Von den „Arten des Schadenersatzes“.

Kein Vorwurf ist gegen das Schadenersatzrecht des b. G. B. lebhafter und häufiger erhoben worden, als der über den ungenügenden Umfang, in welchem nur allzuoft auch der völlig begründete Ersatzanspruch seine Durchführung findet. Man erklärt für hart und ungerecht den Grundsatz,

gegangenem Stück sich dadurch befreien können, daß er nachweist, ihm falle in der Auswahl seiner Leute kein Verschulden zur Last?! (Vgl. oben Note 241 lit. a.)

²⁶⁸ Als weiterer Grund kommt bei diesen noch dazu, daß sie oft juristische Personen sind. Diesfalls aber ist ganz ähnlich zu argumentiren, wie oben bezüglich der Delictshaftung geschehen ist: die juristische Person kann nie verpflichtet sein, einen Vertrag selbst zu erfüllen, und es kann sie nie ein Verschulden treffen. Bedient sie sich des Vortheils, durch Stellvertreter zu contrahiren und ihre Verpflichtungen erfüllen zu lassen, so muß sie auch deren Verschulden vertreten. Loening S. 58 ff., 64 ff. Nicht entgegen die Motive der obervergerichtlichen Entscheidung in Sammlung XIV, Nr. 6222; es wurde eben angenommen, daß kein Verschulden der Organe der Eisenbahn, wohl aber eigene Unvorsichtigkeit des Beschädigten vorliege.

den § 1324 im Einklang mit der älteren Doctrin²⁶⁹ und dem preuß. V. R. 270 aufstellt, nämlich daß der Regel nach „in dem Falle eines aus böser Absicht oder einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt“ ist. Man wirft dem Gesetze vor, daß es hierin den civilrechtlichen mit dem strafrechtlichen Standpunkte verwechsle²⁷¹; mache doch die ärgste Bosheit einen kleinen Schaden nicht größer, und dennoch empfangen in diesem Falle der Beschädigte, indem ihm der Werth der besonderen Vorliebe (§ 1331) vergütet werde, eine Bereicherung über den Betrag seines Schadens hinaus; umgekehrt mache der Umstand, daß der Schaden auf ein geringes Verschulden zurückzuführen sei, die in dem Vermögen entstandene Lücke nicht kleiner; werde also dem Beschädigten bei levis culpa des Beschädigers nur „die eigentliche Schadloshaltung“ zugesprochen (§ 1324), nur der „gemeine Werth, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“ ersetzt (§ 1332), so bleibe trotz dieses geleisteten Ersatzes gar oft der Schaden größtentheils, vielleicht zum größten Theile noch immer unersetzt — das Recht versage dem Beschädigten die ihm gebührende Wiederherstellung jenes rechtlichen Zustandes, wie er wäre, wenn die Beschädigung nicht stattgefunden hätte.

Das sind schwere Vorwürfe, und wir wollen von vornherein gestehen, daß wir dem letzten derselben nicht alle Berechtigung absprechen können. Immerhin aber halten wir auch diese Beschwerden, soweit es sich um den Inhalt des Gesetzes handelt, nicht für voll gerechtfertigt, und hoffen, dies beweisen zu können.

Vor Allem sei daran erinnert, daß es ein paar Fälle von Vertragsverletzungen gibt, in welchen das Gesetz dem Interesse des Beschädigten dadurch Rechnung trägt, daß es ihm ein Rücktrittsrecht (entweder dieses allein oder dieses und einen Ersatzanspruch nach den gewöhnlichen Regeln) einräumt. Auch abgesehen davon aber enthält § 1324 nicht die oberste gedankenmäßige Regel des Gesetzes über die Art des zu leistenden Ersatzes; diese geht vielmehr dahin, daß, wenn es thunlich ist, „Alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden“ müsse. Freilichwohl ist es nicht allzuoft möglich, solche Naturalrestitutionen zu vollziehen²⁷², doch kommen immerhin Fälle dieser

²⁶⁹ Glück IV, S. 447. Allerdings hatte schon Schöman II, S. 84 ff. gegen diese Lehre Widerspruch erhoben.

²⁷⁰ I 5, §§ 285 ff., I 6, § 10 ff. Von neueren Gesetzbüchern steht das Bänderische § 338, 470, ganz auf dem Boden derselben Auffassung. Aehnlich Zürich §§ 997 ff., 1827 ff.

²⁷¹ Unger System I, S. 376 f.; II, S. 237, Note 1; S. 243, Note 23 und in Haimersl's Vierteljahrsschrift XIV, S. 114 f., Note 6; S. 116, Note 8; Hafensöhrl Deft. Obl. R. S. 264; Kanda, Gutachten, Jur. Bl. 1878, Nr. 34, S. 422, Sp. 1.

²⁷² Mommsen Interesse S. 13.

Art, wie sie das Gesetz gedacht haben mag, in praxi vor²⁷³. Sodann gibt es Fälle, in denen ihrer Natur nach gar oft weder von Wiederherstellung des vorigen Zustandes die Rede sein kann, noch auch eine Vergütung des Tauschwerthes des verletzten Gutes möglich ist. Von diesen Fällen ist zuzugeben, daß in Ansehung ihrer der civilrechtliche Schutz ein weniger vollständiger ist — bei ihnen greift vielmehr Strafrecht und Verwaltung mit ihren Schutzmitteln ein; aber wir haben doch schon oben nachgewiesen, daß auch civilrechtlicher Schutz bei Körper- und Freiheitsverletzungen, auch soweit es sich nicht um Vermögensschäden handelt, keineswegs versagt ist. Endlich ist zu beachten, daß die Verpflichtung zur Bezahlung von Verzugszinsen eine Verpflichtung zur Vergütung entgangenen Gewinnes ist, und doch keineswegs bedingt ist durch dolus oder lata culpa des Schuldners.

Genug vorläufig zum Erweis des Satzes, daß § 1324 keine absolut durchgreifende Regel enthält. Damit soll aber nicht bestritten werden, daß er schon nach seiner Stellung im Gesetzbuche (vgl. bes. die Marg. Anbr. zu §§ 1323 und 1325) eine sehr allgemeine Bestimmung aufstellen will, so daß jede Ausnahme von derselben strengen Beweises bedarf. Insbesondere gilt er sowohl für Delicte als für Vertragsverletzungen. So war es schon gemeint in den §§ 425 und 428 III w. g. O. B. Zeiller's Antrag (2. Juni 1806), aus welchem unser Paragraph erwuchs, lautete: „In dem Falle eines aus böser Absicht verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Eine auffallende Sorglosigkeit wird in Beziehung auf den Schadenersatz der bösen Absicht gleichgeachtet.“ Wie sehr den Redactoren außer aller Frage stand, daß der Umfang des zu leistenden Ersatzes sich nach den Graden des Verschuldens abtufen müsse, könnte die breiteste Besprechung nicht bestimmter hervortreten lassen, als es die Thatsache thut, daß die Debatte über Zeiller's Antrag diesen Punkt mit keiner Sylbe berührte. Und auch darüber war kein Zweifel, daß dolus und culpa lata einander gleich zu stellen seien²⁷⁴; nur bekämpfte Haan die vorgeschlagene Formulirung. Er stimmte gegen die Aufstellung einer Fiction, da nun einmal Sorglosigkeit eben nicht böse Absicht sei, „sondern nur in der Wirkung gleich gehalten werden solle“ — dazu aber brauche man keine Fiction. Da aber, fuhr er fort, schon bei dem vorigen Paragraphen bestimmt

²⁷³ Vgl. z. B. Sammlung II, Nr. 912, IX, Nr. 4103; vergriffen scheint die Entscheidung V, Nr. 2374; Combination von Naturalrestitution und Wertherfaz: II, Nr. 663.

²⁷⁴ Schon Zeiller Comm. III, S. 759, u. A., z. B. Scheidlein IV, S. 145, motiviren diese Gleichstellung (wie auch in der neuesten gemeinrechtl. Literatur geschieht) dadurch, daß „häufig durch das Vorgeben eines solchen bloßen Verschens nur die böse Absicht verkleidet werden“ wolle. Vgl. Mommsen Erörterungen II, S. 197 ff.

worden sei, daß Genugthuung für Beleidigungen geleistet werden müsse, so solle hier festgesetzt werden, „daß der böshafte Beschädiger dem Beschädigten sowohl Ersatz, als auch Vergütung und Genugthuung zu geben schuldig sein solle, der sorglose Beschädiger aber nur Ersatz und Vergütung, dagegen aber keine Genugthuung zu leisten habe, weil er nicht *animus laedendi*²⁷⁵ hatte“. Mit dieser Anregung waren Alle einverstanden und wurde hienach der erste Satz von § 1324 sofort genau so gefaßt, wie wir ihn im h. G. B. finden. Als bald bekam auch, eben mit Rücksicht auf diesen Beschluß, § 1323 seine gegenwärtige Fassung (oben bei Note 46).

Aber — so hören wir fragen — steht denn nicht der Antrag Haan's mit dem Beschluß, der auf ihn folgte, in auffallendem Widerspruch? Gemiß, vom Standpunkte der heute herrschenden Lehrmeinung aus — nicht aber, wenn man die Begriffe Ersatz und Genugthuung in jenem Sinne versteht, in welchem sie von den Redactoren verstanden und im Gesetze gebraucht wurden (oben Nr. II). Haan's Antrag enthielt eine dreifache²⁷⁶ Abstufung: Der böshafte Beschädiger soll Ersatz (*damnum emergens*), Vergütung (*lucrum cessans*) und Genugthuung zu prästiren schuldig sein; der sorglose²⁷⁷ Beschädiger Ersatz und Vergütung; der *levi culpa* Beschädigende nur Ersatz. Wohl kann man gegen diese Auslegung seines Antrages einwenden, Haan sei ja einverstanden gewesen mit der Gleichstellung von *dolus* und *culpa lata* und habe nur gegen die von Zeiller vorgeschlagene Ausdrucksweise, nur gegen die Form der Fiction gesprochen. Allein diese Einwendung, so richtig sie an sich ist, ist nicht geeignet, auch nur das Geringste an der obigen Scala Haan's zu ändern. Denn seine Meinung war, in einen Satz zusammengefaßt, die: *Dolus* und *lata culpa* stehen sich insofern gleich, als in beiden Fällen für Schadloshaltung und Genugthuung gehaftet werden muß; allein der Begriff der Genugthuung umfaßt nur bei einem *dolos* zugefügten Schaden auch die Tilgung der verursachten Beleidigung („Kränkung“);

²⁷⁵ Im Protokoll steht: „*laetandi*“.

²⁷⁶ Die tiefste Stufe nennt er nicht ausdrücklich, weil er diesfalls mit dem Referenten ganz einverstanden war.

²⁷⁷ Es wird wohl Niemandem zweifelhaft sein, daß Haan mit dieser abgekürzten Bezeichnung den Fall einer Beschädigung durch auffallende Sorglosigkeit markiren wollte. Wer bei „sorgloser“ Beschädigung an jede culpose Beschädigung denken wollte, käme zu dem Ergebnis, Haan habe beantragt, es solle auch bei jeder *levi culpa* eintretenden Beschädigung für *damnum emergens* und *lucrum cessans* gehaftet werden müssen. Mit dieser Annahme wäre aber ganz unvereinbar, daß der Beschluß der Redactoren offenbar den Antrag Haan's billigte. Man müßte also etwa das Protokoll für ganz unrichtig, Haan's Antrag in demselben für entstellt erklären — ein Ausweg, der wohl unzulässig ist, sobald man sich daran erinnert, daß den Verfassern der Protokolle, wie wir in zahllosen Fällen erweisen können, die Anträge der einzelnen Votanten sammt den Motiven schriftlich vorlagen.

wo nur *lata culpa*, also keine Absicht zu beleidigen, also auch keine zu tilgende Beleidigung vorliegt, da umfaßt auch der Begriff der Genugthuung nicht mehr als den Ersatz des (*damnum emergens* und) *lucrum cessans*. Da man nun schon vorher auf Sonnenfels' und Haan's Antrag in § 1323 die dreifache Abstufung einstimmig angenommen hatte, so erscheint die Fassung des § 1324 als ein völlig treuer, wenn auch in der Fassung verkürzter Ausdruck des Haan'schen Gedankens.

Wie sehr das Anwendungsgebiet des § 1324 als ein weites gedacht ist, tritt besonders klar aus der Verhandlung hervor, aus welcher die §§ 1331 und 1332 entstanden.

In Zeiller's Antrag lautete sein § 33: „Wird Jemand an seinem Vermögen vorsätzlich beschädigt, so ist er auch den entgangenen Gewinn; und wenn der Schade zugleich vermittelt einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht worden ist, den Werth der besonderen Vorliebe zu fordern berechtigt.“ Zeiller hebt dabei die Uebereinstimmung dieses seines Antrages mit w. g. G. B. III § 454 hervor. Dagegen lautete in seinem Entwurf § 34: „Der Schade, welcher aus Versehen oder Nachlässigkeit verursacht worden ist, wird nach dem gemeinen Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt.“

Zeiller führte nun (9. Juni 1806) aus: „Der Schade aus Versehen solle nach w. g. G. B. III § 455 dergestalt vergütet werden, daß der Verlezer den höchsten Werth der Sache, den sie bis zur Zeit des Ersatzes hatte, entrichten muß. Hier sei nach des Referenten Meinung einmal nicht klar, ob diese Art der Vergütung auch dann stattfinden solle, wenn der Beschädiger und der Beschädigte in einem Vertragsverhältniß standen, wo die Nachlässigkeit oft noch verantwortlicher sein kann. Die Beispiele des Paragraphen bezögen sich auf Verletzungen außer dem Vertragsverhältniß und fast ganz auf Polizei-Übertretungen; sollte sich nun die Anordnung vielleicht nur auf diese beschränken? Dem Referenten mißfalle überhaupt die Bestimmung dieser Vergütungsart. Sie sei einigermaßen aus dem römischen (*aquilischen*) Gesetze entlehnt, nach welchem man bei einigen Arten der Beschädigung den höchsten Werth ersetzen mußte, den die Sache ein Jahr oder einen Monat vor der Beschädigung hatte²⁷⁸. Bei den Römern nämlich seien viele Polizei-Übertretungen keiner öffentlichen Bestrafung unter-

²⁷⁸ Die Rückwärtsrechnung bei der *lex Aquilia* erklärt Böhr Theorie S. 122 f. daraus, daß „es ohnehin kaum möglich ist, alles Interesse zu beweisen und der Beschädigte doch zuverlässig eher Begünstigung verdient, als der Schadende“. Auch er aber findet, daß diese Berechnung besonders bei jenen Fällen Schwierigkeiten mache, wo „sich der wirklich zugefügte Schaden in dem Augenblicke der Beschädigung noch nicht völlig äußern kann“.

legen, sie haben Privatstrafen gestattet, wovon der Vortheil dem Beschädigten zufließt. In Oesterreich habe man sonst durchgehends keine solche Privatstrafe, weil Polizei-Übertretungen der öffentlichen Ahndung unterliegen. Die hier vorgeschriebene Vergütungsart aber wäre entweder ein Ersatz des entgangenen Gewinnes und dieser sei im vorhergehenden Paragraphen nur auf vorsätzliche Beschädigung bestimmt, oder wäre eine Strafe, die von der Willkür des Beschädigten abhängt, indem er mit der Entschädigungsklage so lange innehalten könnte, bis wahrscheinlich der Werth der Sache steigen werde; zugleich sei die Vorsicht des Paragraphen nicht erschöpfend, da bei vielen Sachen, wie z. B. bei beschädigten Kleidungsstücken sich gar nicht hoffen ließe, daß der Preis steigen solle. Wäre die Beschädigung wegen des gefährlichen Versehens strafbar, so belege man sie mit einer Polizeistrafe; wäre sie es nicht — warum soll ein höherer Werth bestimmt werden?"

Mit § 33 des Referenten-Entwurfes war man einverstanden. Zu § 34 aber bemerkte Scheppl: Er habe das Bedenken, daß der Beschädigte nicht ausreichenden Ersatz erhalte, wenn die Sache zur Zeit der Beschädigung einen geringen Werth hatte, dieser sich aber zur Zeit der Klage oder dann erhöht habe, wenn der Beschädigte der verdorbenen Sache bedurfte und daher eine neue anschaffen mußte. Diesfalls sei in III § 455 besser vorgesorgt.

Allein Zeiller replicirte: Einerseits sei es gewiß, „daß bloßes Versehen oder Nachlässigkeit zu mehr nicht, als dem Erlaß des wahren Werthes verbinden solle, andererseits aber auch zur Abkürzung und Erleichterung der Streitigkeiten zuträglich, wenn der Beschädigte sich gezwungen sähe, bald den Ersatz zu verlangen, und dieses nicht nach Willkür zu verschieben, wo in- zwischen dem Beleidiger seine etwaigen Gegenbehelfe entgangen sein könnten“²⁷⁹. So wurde Zeiller's Antrag gebilligt.

Bei der dritten Lesung (21. Decemb. 1809), in welcher die §§ 1324, 1331, 1332²⁸⁰ in der soeben geschilderten Gestalt vorlagen, machte Prato- bevera darauf aufmerksam, daß diese Bestimmungen nicht harmonirten: „§ 1301 spricht von culpa lata, der § 1308 vom dolo, der § 1309 von culpa levi. Um diesem abzuhelfen, müßte man im § 1309 deutlich sagen: Der Schade, welcher aus geringerem Versehen verursacht worden ist, wird nach dem gemeinen Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt.“

Und in Haan's hinterlassenen Aufzeichnungen findet sich auf einem Blatte²⁸¹ die Notiz: „§ 1301 könne vielleicht wegbleiben, da §§ 1308, 1309 das Nämlische sagen.“

²⁷⁹ Auch in diesem Motiv liegt, da Zeiller gewiß nicht nur von Delicten sprach, ein Argument für die herrschende Auslegung des § 1489 (oben Note 89).

²⁸⁰ In damaliger Zählung 1301, 1308, 1309.

²⁸¹ Ueberschrieben: „Ämterungen zu den Abänderungen des superrevidirten b. G. B.“, also stammend aus der Zeit nach der dritten Lesung.

Wir ziehen aus dem Gesagten die nachstehenden Schlüsse:

Während in der gemeinrechtlichen Literatur noch heut nicht unbestritten ist, wie weit die Gleichstellung von dolus und lata culpa im Privatrecht reiche²⁸², finden wir zwar im § 1324 diese Gleichstellung rückichtlich der „Art“ (des Umfanges) der Entschädigung ausgesprochen, in jenen Paragraphen des w. g. G. B. und des Referenten-Entwurfes aber, aus welchen § 1331 f. entstand, stehen auf der einen Seite, sehr streng behandelt, die dolosen, auf der anderen, viel milder behandelt, alle²⁸³ culposen Vermögensbeschädigungen. Das w. g. G. B. wollte nämlich jeden vorsätzlich zugefügten Schaden durch Vergütung des entgangenen Gewinnes und des Werthes der besondern Vorliebe sühnen lassen; bei culposen Beschädigungen aber sollte der „Verlezer den höchsten Werth, welcher von der Zeit der Beschädigung bis zur Zeit des Erlaßes bestanden hat“, vergüten. Gewiß nun hatte Zeiller Recht, wenn er vermuthete, daß das w. g. G. B. bei diesen Bestimmungen Vertragsverletzungen gar nicht im Auge habe, und es wird diese Vermuthung durch die dort angeführten Beispiele zur Genüge gerechtfertigt. Die Art aber, in der Zeiller diese Vermuthung aussprach, zeigt zugleich, daß er allerdings der Meinung war, es müsse das Gleiche auch bei Vertragsverletzungen gelten, da er ja betonte, daß in Vertragsverhältnissen noch viel entschiedener eine Verpflichtung zur Diligenz bestehe. Freilich übersah er dabei nicht nur, daß im gemeinen Recht die Gleichstellung von dolus und culpa lata nicht die Frage nach dem Umfang der Entschädigung betreffe, sondern auch, daß diesfalls im österr. Recht schon durch § 1324 vorgesorgt sei. Was er in seinen Anträgen an die Stelle setzen wollte, lief darauf hinaus, der nur culpose (Vermögens-)Beschädiger solle nie mehr als den Ersatz des gemeinen Werthes leisten müssen, der dolose auch den entgangenen Gewinn und unter Umständen auch das Affectionsinteresse. Wären diese Anträge so Gesetz geworden, so wäre damit ein durchgreifender Unterschied zwischen allen dolosen und allen culposen Vermögensbeschädigungen statuirt gewesen. Da aber §§ 1331, 1332, wenn sie auch auf Vertragsverletzungen bezogen worden wären, mit § 1324 in offenem Widerspruch

²⁸² Vgl. bes. Mommsen Erört. II, S. 175 ff.

²⁸³ Ohne Unterscheidung des Grades der culpa. Freilich war in III § 425 ganz allgemein gesagt, daß das größte Versehen, „wenn es um Ersatz zu thun ist, auch als Bosheit ausgelegt“ werde. Allein die Beispiele des § 455 von Schaden aus Nachlässigkeit oder schuldbarer Unwissenheit umfassen gewiß auch Fälle der culpa lata. und schon in Zeiller's Antrag, noch mehr aber in der Fassung, die § 1324 nach Verwerfung der Fictionsformulirung (oben nach Note 274) gefunden hatte, hatte die Gleichstellung von dolus und culpa lata ihre Allgemeinheit sehr stark abgestreift. Sie bezog sich nun nur noch auf den Umfang des Erlaßes, und schloß durchaus nicht aus, daß für diesen oder jenen Fall ganz verschiedene Bestimmungen für dolose und culpose Beschädigungen aufgestellt wurden.

gestanden hätten, so würde wohl Doctrin und Praxis durch Interpretation, und zwar, wie kaum anders möglich, in dem Sinne geholfen haben, daß sie in § 1331 eine Specialregel für delictische Vermögensbeschädigungen erblickt hätten, dagegen in § 1324 die im Uebrigen allgemein geltende Regel für Delicte und für Vertragsverletzungen.

Allein der Widerspruch wurde bei der dritten Lesung von Pratoberera entdeckt, und indem nun auch in § 1331 die auffallende Sorglosigkeit dem dolus gleichgestellt wurde, beseitigt. Und nun mochten die Redactoren meinen, es seien in §§ 1331, 1332 wesentlich nur die nämlichen Regeln²⁸⁴ auf die Vermögensbeschädigung zur Anwendung gebracht worden, die im § 1324 als ganz allgemeine aufgestellt waren — eine Wiederholung, die ihnen darum passend erscheinen mochte, weil für Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen unmittelbar vorher Sätze aufgestellt worden waren, die sich jedenfalls nicht als reine Anwendungen der Regel des § 1324 auffassen ließen.

Diese Meinung der Redactoren ist aber ein Irrthum. §§ 1324 und 1331 f. decken sich beitem nicht in dem Grade, in welchem die Redactoren dies glaubten. Wir haben es eben auch hier mit einem jener gar nicht so seltenen Fälle zu thun, in welchen der vom Gesetz zum Ausdruck gebrachte Gedanke etwas Anderes enthält, als die Redactoren damit sagen wollten, wo sich also das Gesetz kraft seiner inneren Geschlossenheit völlig löst von der Meinung seiner Verfasser.

In einer Richtung haben allerdings die Aenderungen, welche die Redactoren an dem Entwurfe vornahmen, den Sinn des Gesetzes verändert: Die §§ 1331 und 1332 beziehen sich jetzt wirklich nicht nur auf Delicte, sondern auch auf Vertragsverletzungen. Zur Begründung der entgegengesetzten Meinung kann man sich auch nicht darauf berufen, daß die ganze Serie der Gesetzesparagraphen von 1325 an sich nur mit Delicten beschäftige; denn der gleich auf § 1332 folgende Paragraph führt als einen besonderen Fall der Vermögensverletzung einen unzweifelhaften Fall der Vertragsverletzung (die mora solvendi) an. Nach dieser Richtung besteht also der Unterschied zwischen §§ 1324 und 1331 f. nur darin, daß der erste von den verschiedensten Schadenzufügungen (mögen sie in erster Linie den Körper, die Freiheit, das Vermögen u. s. w. betreffen) handelt, §§ 1331 f. aber nur von Beschädigungen des Vermögens, die dies in erster Linie sind.

Im Uebrigen gehen diese Paragraphen von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus²⁸⁵. In § 1324 ist der leitende Gedanke: Soweit nicht das Gesetz für einzelne Fälle etwas anderes bestimmt, soll der Grad des Verschuldens

²⁸⁴ Das ist denn auch bis auf den heutigen Tag herrschende Lehre geblieben. Doch vgl. Stubenrauch (2. Aufl.) II, S. 461, Z. 2; Hasenöhrl S. 264.

²⁸⁵ Darin aber kommen sie überein, daß sie alle sich mit der Frage beschäftigen „wie der Schadenersatz zu leisten“. Marg. N. zu A. E. R. I, 6, § 79.

maßgebend sein für den Umfang der Schadloshaltungspflicht; und zwar so, daß ohne Unterschied zwischen Delicten und Vertragsverletzungen bei *levi culpa* zugefügten Schäden nur der positive Schaden, bei höheren Graden des Verschuldens auch der entgangene Gewinn ersetzt und — wo davon die Rede sein kann — auch die „verursachte Beleidigung“ getilgt werde. Der Paragraph will also nur darüber bestimmen, was da vergütet werden solle, ob nur positiver Schaden oder auch Weiteres. Dagegen reden die §§ 1331, 1332 *ex professo* gar nicht von dem Umfang der Ersatzpflicht, der in § 1324 bereits fixirt ist; die Frage, mit der sie sich beschäftigen, ist vielmehr die nach dem „Maßstab der gerichtlichen Schätzung“ (Marg. Rubr. zu § 304), die Frage also, ob der „ordentliche oder außerordentliche Preis“ (Marg. Rubr. zu § 305) „zur Richtschnur zu nehmen“ (Marg. Rubr. zu § 306) sei. Mit anderen Worten es handelt sich hier darum, nach welchem der möglichen, im Gesetz anerkannten Werthanschläge der Ersatz zu bemessen ist. Diesfalls bestehen bekanntlich drei²⁸⁶, in § 305 anerkannte Möglichkeiten:

Einmal, die Schätzung nach dem gemeinen Werthe („nach dem Nutzen, den die Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet“ § 305);

zum Andern: nach dem Werthe, den die Sache für diesen Beschädigten nach seinen besonderen Verhältnissen, als Bestandtheil seines Vermögens hatte („... nimmt man.. auf die besonderen Verhältnisse.. Rücksicht“ — erster Fall des „außerordentlichen Preises“, Interesse);

endlich: Schätzung mit Rücksicht „auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe Desjenigen, dem der Werth ersetzt werden muß“ — Affectionsinteresse²⁸⁷.

²⁸⁶ Beachtung verdient aber der Umstand, daß diese dreifache Abstufung von den Redactoren nicht von Anfang an klar und bewußt zu Grunde gelegt wurde. Das w. g. G. B. II § 26 sprach von ordentlichem oder gemeinen Preise dann, wenn eine Sache nach dem Nutzen geschätzt werde, den sie gewöhnlich und allgemein leistet, von außerordentlichem Preis dann, wenn man „auf besondere Umstände der Zeit und des Ortes, auf persönliche Verhältnisse oder auf besondere Vorliebe Rücksicht“ nehme. Schon in erster Lesung (28. März 1803) bemerkte Zeiller: Auf die Umstände der Zeit und des Ortes müsse man schon bei Veranschlagung des gemeinen Werthes Rücksicht nehmen; aber er stellte hier noch immer (ebenso noch einige Jahre später Böhr Theorie S. 118) nur zwei Stufen auf, als zweite nämlich den Werth der besonderen Vorliebe, gegründet „auf die zufälligen Eigenschaften oder Verhältnisse der Sache“. Mit der ersten Bemerkung drang er erst in zweiter Lesung (6. Juli 1807) durch; in der ersten wurde sie noch abgelehnt, allerdings aber schon hier die dreifache Abstufung bestimmter angedeutet, indem beschlossen wurde, daß die Schätzung dann nach dem außerordentlichen Preise geschehe, wenn man „auf besondere Umstände der Zeit und des Ortes, auf die in zufälligen Eigenschaften oder Verhältnissen der Sache gegründete besondere Vorliebe Rücksicht“ nehme. Vgl. auch A. E. R. I, 2, § 111 ff.

²⁸⁷ Gegen die Annahme eines solchen erklärt sich in der Gegenwart, soweit es sich um die Frage der Schätzung des Schadens handelt, die überwiegende Mehrzahl der Pfaff, Lehre vom Schadenersatz.

Das ist die Scala, die in §§ 1331 f. zu Grunde gelegt ist. Der Gedanke des Gesetzes ist hier der: Bei levis culpa ist der niedrigste Maßstab der Schätzung anzulegen, also dem Beschädigten nur der gemeine Werth zur Zeit der Beschädigung zu vergüten; bei lata culpa oder dolus dagegen ist der Regel nach das Interesse zu vergüten; wenn jedoch der Schaden durch eine strafgesetzlich verbotene Handlung²⁸⁸ gestiftet wurde oder die Triebfeder der Handlung Muthwillen oder Schadenfreude²⁸⁹ war, dann tritt die Verpflichtung zur Vergütung des Affectionsinteresse ein.

Der zweite der behaupteten Sätze steht allerdings nicht im § 1331. Während die erste und die dritte Stufe unserer Scala ganz richtig zur Anwendung gebracht sind, kommt anstatt der zweiten (des Interesse) bei dolosen und grob culposen Beschädigungen im Gesetze der entgangene Gewinn zum Vorschein, der gar nicht in diese Scala, sondern zur Frage nach dem Umfange der Entschädigung gehört. Allein, daß dolose und grob culpose Beschädigungen durch Ersatz auch des entgangenen Gewinnes wieder gut gemacht werden müssen, ist schon in § 1324 bestimmt, und wäre also hier nur müßige Wiederholung; sodann aber — und das ist wichtiger — scheint es uns auch klar, daß die Scala in allen ihren in § 305 bezeichneten Stufen zur Anwendung kommen muß, wenn man nicht zu Ergebnissen kommen will, die das Gesetz sicher nicht gewollt hat. Wer nämlich die Anwendung der zweiten von uns behaupteten Stufe der Schätzung ablehnt, würde auch eine dolos oder grob culpos zugesetzte Beschädigung lediglich nach dem Maßstabe, der für levi culpa zugesetzte Schäden gilt, wieder gut machen lassen müssen, wofern der Fall so liegt, daß kein entgangener Gewinn in Frage kommt, möchte immerhin dem Interesse des Beschädigten damit noch so wenig Genüge geschehen sein. Fälle dieser Art sind aber durchaus nichts Seltenes²⁹⁰. So zwingt uns die in der Scala selbst liegende Logik, den Redactionsfehler, der hier unterlief²⁹¹, zu berichtigen. Zudem ist leicht zu zeigen, wieso es kam, daß hier eine Verwechslung

Schriftsteller. Vgl. z. B. Nußbaumer S. 6 ff.; Mommsen Interesse S. 122 ff.; Unger Syst. I, S. 375 ff., II, S. 243, Note 23; in Haimersl's Vierteljahrsschrift XIV, S. 116 f., Anm. 8; Windscheid § 257, Note 8; Hasenöhrl S. 247 f. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre v. Interesse S. 69 ff. Ueber die Auffassung des „Zuwegungswerthes“ zu Anfang unseres Jahrhunderts vgl. C. Schwab Ueber das unvermeidliche Unrecht (Stuttgart 1804) S. 230 ff.

²⁸⁸ Darauf, daß sie dolos gewesen sei, kommt es nicht an; es genügt lata culpa.

²⁸⁹ Damit sollen besondere Fälle des Dolus zu besonderer civilrechtlicher Berücksichtigung gebracht werden.

²⁹⁰ Zerstörung eines nicht mehr zu beschaffenden Bandes aus einem vielbändigen Werk, Tödtung eines Pferdes, das zu einem Biergespann gehört, welches dem Eigentümer nicht feil ist u. s. w.

²⁹¹ Allerdings wäre er unschwer zu vermeiden gewesen. A. L. R. I, 6, § 86.

zweier Begriffe stattfand: In unzähligen, ja vielleicht in den meisten Fällen wird das Interesse den positiven Schaden eben nur um den Betrag des entgangenen Gewinnes übertreffen²⁹². Den letzten Redactoren war die Verwechslung besonders nahe gelegt durch w. g. G. B. III § 454, wo für dolos²⁹³ oder muthwillig oder aus Schadenfreude zugesetzten Schaden ausgesprochen war, der Verletzte sei berechtigt, „sowohl den Werth der besonderen Vorliebe zur Sache, als auch den entgangenen Gewinn zu fordern“. Schon hier waren demnach die beiden Scalen durcheinandergeworfen, und der Einfluß dieser Verwechslung machte sich noch auf die letzten Redactoren mehrfach fühlbar. Auffällig tritt dies hervor bei der Redaction des § 335. In dem entsprechenden § 52, w. g. G. B. II, war von dem Erjase, den der unredliche Besitzer zu leisten habe, gesagt: „Dieser Erjase wird nicht bloß auf den gemeinen Werth der Sache eingeschränkt, er kann²⁹⁴ sich bis auf den Werth der besonderen Vorliebe erstrecken“, nachdem dem Restitutionspflichtigen im vorausgegangenen Satze auferlegt war, „nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangten Vortheile, sondern auch jene, welche der Verkürzte hätte erlangen können“²⁹⁵,

²⁹² In Zeiller's Antrag, aus welchem § 1293 entstand, hieß es geradezu: „den Schaden und entgangenen Gewinn zusammengenommen nennt man auch das Interesse“. Im w. g. G. B. dagegen III § 479 (cf. b. G. B. § 912) ist Interesse gleich „dem, was dem Andern daran liegt“. — Mit demselben und besserem Recht aber, mit welchem hier die zweite Stufe der einen Scala mit der der andern verwechselt wurde, hätte man auch die dritte Stufe verwechseln können, denn praktisch wird sich die Tilgung der verursachten Beleidigung oft genug nicht unterscheiden lassen von der Vergütung des Affectionsinteresse.

²⁹³ Gemeint war damit auch hier nur eine strafgesetzlich verpönte, nicht jede dolos schädigende Handlung.

²⁹⁴ Dieses Wortes wegen fand das niederösterreich. Appell.-Gericht (4. April 1803) den Satz zweideutig, und beantragte die Fassung: „erstreckt sich“; nur für zwei Fälle sollten Beschränkungen dieser strengen Haftung eintreten, nämlich zu Gunsten der redlichen Erben des unredlichen Besitzers, und in dem Falle, wenn der unredliche Besitz „nur durch die angestrengte Klage entstanden ist“. Dazu bemerkte Zeiller, der Satz bedürfe wirklich einer genaueren Bestimmung, die sich übereinstimmend mit III § 454 so fassen lasse, wie wir den § 335 i. f. im b. G. B. finden.

²⁹⁵ Diesfalls meinte Zeiller, „es wäre die Mäßigung der wahrscheinlichen Erzielung beizurücken, folglich zu sagen: „sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte wahrscheinlich erlangt haben würde“, und damit war auch die Majorität einverstanden. Nur Sonnenfels fand, diese Mäßigung gewähre dem Ermessen des Richters zu großen Spielraum, „welches um so bedenklicher wäre, als gerade dieser Maßstab, was eine Sache nach gewöhnlicher Benützung für Vortheile gewährt, sehr schwer zu bestimmen sei“. Wie es kam, daß in der angenommenen Textirung die Beziehung auf die Wahrscheinlichkeit, mit der die Majorität einverstanden gewesen war, wieder verschwand, erhellt nicht; übrigens scheint es (arg. § 1293: „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge“) wohl unerheblich, ob in § 335 die „Wahrscheinlichkeit“ noch insbesondere genannt ist, oder nicht.

zurückzustellen, und allen dadurch entstandenen Schaden²⁹⁶ zu ersetzen". Hier waren, wie wir glauben, die beiden Scalen leidlich auseinandergehalten: Im ersten Satze die Steigerung von *damnum emergens* zum *lucrum cessans*, im Schlusssatze die Beziehung auf die ganze Scala, deren unterste Stufe der gemeine Werth, deren oberste der Affectionswerth ist. Dagegen in § 335 b. G. B. scheint die Verwechslung schon vollzogen. Obwohl Zeiller in dem Schlußsatze des Paragraphs nicht eigentlich etwas Neues, sondern nur eine genauere Bestimmung geben wollte, scheint doch die da unter Umständen vorgeschriebene Haftung bis zum Werthe der besonderen Vorliebe als eine reine, gleichartige Steigerung jener Haftung gedacht zu sein, die in dem ersten Satze jedem unredlichen Besitzer aufgelegt ist. Und nachdem die Verwechslung der beiden Scalen einmal unbemerkt geblieben war, konnte sie um so leichter in § 1331 ein zweitesmal vor sich gehen²⁹⁷.

Wenn nun, wie wir glauben, die Verwechslung des einen Gliedes der Scala im § 1331 keinen bindenden Rechtsatz geschaffen hat, so stellt sich nachstehendes Ergebniss heraus:

Bei einer *levi culpa* zugefügten Vermögensbeschädigung ist, wenn „der Schätzungswerth vergütet“ werden muß, nur der positive Schaden, und zwar „nach dem gemeinen Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“, zu ersetzen.

Mag dagegen der Beschädigung böse Absicht oder grobes Verschulden zu Grunde, so ist volle Genugthuung zu leisten, somit der positive Schaden,

²⁹⁶ Auch durch diesen Passus sollte dem Ermessen des Richters Spielraum gegeben werden. Das niederösterreich. App.-Ger. verlangte, der Besitzer solle „auch die gesetzmäßigen Zinsen des Schadenbetrages vergüten; Zeiller wollte dieselben darum nicht insbesondere nennen, weil „deren Ersatz schon in der hier aufgestellten Regel liege“, wenn der unredliche Besitzer die Früchte veräußert und aus dem Kaufschillinge Zinsen bezogen habe, oder wenn der Eigenthümer sie zu verkaufen und aus dem Betrage Zinsen zu ziehen pflegt. Doch müsse „die Anwendung nach der Beschaffenheit der Umstände dem Richter überlassen werden“.

²⁹⁷ Auch daß der Begriff „außerordentlicher Werth“ zwei Stufen der Scala umfaßt (oben Note 286), wurde von den Redactoren nie mit der gehörigen Schärfe betont. Die Verathung über § 378 hätte eine vortreffliche Gelegenheit geboten, näher zuzusehen, was der außerordentliche Werth bedeute. In erster Lesung aber (9. Mai 1805) erschien es den Redactoren offenbar als selbstverständlich, daß dabei nur an den Werth der besonderen Vorliebe zu denken sei, denn auf Zeiller's Antrag wurde beschloffen, aus § 378 (= w. g. G. B. II § 101) das Wort „außerordentlichen“ zu streichen, weil nach dem Vorschlage zu § 335 (= w. g. G. B. II § 52) der außerordentliche Werth nur bei strafgesetzlich verbotenen Handlungen zu vergüten sei. In den beiden folgenden Lesungen wird unsere Frage gar nicht mehr Gegenstand der Debatte: zwar erscheint in der dritten Lesung in der Fassung des § 378 wieder der außerordentliche Werth, aber die Debatte bewegt sich ausschließlich um ganz andere Fragen.

wie der entgangene Gewinn zu ersetzen, und zwar mit Rücksicht „auf die besonderen Verhältnisse . . . Desjenigen, dem der Werth ersetzt werden muß“.

Ist endlich der Schaden vermittelst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht worden, so ist ebenfalls volle Genugthuung zu leisten, und zwar ist der Beschädigte hier den Werth der besonderen Vorliebe zu fordern berechtigt.

Es soll nicht bestritten werden, daß der durch geringes Versehen Beschädigte hienach nur zufällig, nur unter besonderen Umständen eine ausreichende Entschädigung erhalten wird. Gewiß ist es hart und wird nicht völlig zu rechtfertigen sein, daß er regelmäßig für einen Theil des ihm zugefügten Schadens nicht hinlänglich entschädigt wird. Aber so gewiß dies vom Standpunkte des Beschädigten zuzugeben ist, so gewiß ist er nicht der einzige, den der Gesetzgeber zu beachten hat; vielmehr darf der Letztere wohl auch erwägen, daß es nicht minder hart für den Beschädiger wäre, wenn er einen kleinen Fehl vielleicht mit seinem ganzen Vermögen bezahlen müßte. Wenn das Gesetz Gleichgewicht nicht nur zwischen Schuld und Strafe, sondern auch zwischen Schuld und Ersatz wahren läßt, so ist das ein Gedanke, den man damit allein nicht abthun kann, daß man in ihm eine Verwechslung des civil- und strafrechtlichen Standpunktes erblickt. Wie weit es Fhering²⁹⁸ gelungen oder nicht gelungen ist, die Anwendung dieses Gedankens im römischen Rechte²⁹⁹ nachzuweisen, kann uns hier gleichgiltig sein — das aber scheint uns unzweifelhaft, daß in seinen diesfälligen Ausführungen eine Ehrenrettung unseres b. G. B. gelegen ist. Dieses will das Gleichgewicht zwischen Schuld und Ersatz: Wem nur geringes Versehen zur Last fällt, der soll auch im Ersatzproceß einen milden Richter finden; der dolose oder grob culpose Verlezer aber soll hart angefaßt werden. Er soll volle Genugthuung, das ganze Interesse, er soll unter Umständen den Affectionswerth vergüten; der Ersatz soll reichlich bemessen werden, nicht nur das ganze Vermögensinteresse soll durch den Ersatz gedeckt, es soll auch die verursachte Beleidigung getilgt werden, der Beschädigte soll durch den Ersatz, den er erhält, zwar nicht seines Schadens froh werden, aber, indem auch seinem beleidigten Gefühl Satisfaction wird, doch soweit

²⁹⁸ Schuldmoment S. 55 ff. Was Fhering in den Quellen gefunden zu haben meint, das stellte viel früher Hepp S. 110 ff. als Postulat auf. Vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 45: Es wäre „wenn auch immer mit den Resultaten der neuesten romanistischen Forschungen unvereinbar, von dem für die Gesetzgebung wohl allein maßgebenden praktischen Standpunkte aus nicht ganz zu verwerfen gewesen, wenn das Civilgesetzbuch die Vertretungspflicht bei culpa levis etwas enger gesteckt hätte, als bei culpa lata und . . . dolus.“

²⁹⁹ Vgl. Mommsen Interesse S. 255 ff.; Windscheid § 258, Note 14.

entschädigt werden, als dies nur immer möglich ist. Jedenfalls soll hier die schonende Rücksicht gegen den Beschädiger ganz zurücktreten — er soll gezwungen werden, tief in den Beutel zu greifen.

Warum nun wird in unserer Praxis das Ziel so selten erreicht, das nach dem Gesetze erreicht werden sollte? Warum bekommt der *levi culpa* Geschädigte so oft nicht einmal den nicht ausreichenden Ersatz, den ihm das Gesetz zudenkt, und noch seltener der durch höheren Grad der Schuld Geschädigte den ihm gebührenden reichlichen Ersatz? Wir finden den Grund dieser Uebelstände (hier noch abgesehen von der Beweisfrage) in zwei in unserer Praxis hervortretenden Erscheinungen, die auf eine vom Gesetze durchaus nicht beabsichtigte Begünstigung des Schuldners hinauslaufen.

Einerseits sehen wir, daß die Gerichte sich oft sträuben, eine Klage als Entschädigungsklage anzusehen, und dieselbe vielmehr unter den Gesichtspunkt einer bloßen Erfüllungsklage bringen³⁰⁰. Die Veranlassung hiezu bildet regelmäßig § 919 b. G. B. Allerdings spricht dieser Paragraph die Regel, die er aufstellt, mit außerordentlicher Schärfe aus. Aber die Spitze derselben richtet sich ja bekanntlich nur gegen den im w. g. G. B. III § 28 (vgl. auch § 171) enthaltenen Grundsatz: „Besteht ein Vertrag aus mehreren Hauptpunkten, so wird die besondere Erfüllung eines jeden Punktes als eine Bedingung angesehen, von welcher die Einwilligung zu den übrigen Punkten abhängt.“ Darüber äußerte sich Zeiller (4. Febr. 1805): „Dieser Grundsatz mit der Strenge und Allgemeinheit würde außer dem Grotius³⁰¹ von keinem Rechtsphilosophen, noch auch in irgend einem Gesetzbuche³⁰² aufgestellt und habe auch in Oesterreich nie gegolten“, vielmehr fordere die Frage nach den Folgen der Nichterfüllung des einen Theiles mehrere Unterscheidungen und genauere Bestimmungen; und in einer späteren Sitzung (20. Mai 1805)

³⁰⁰ So hat z. B. in Sammlung V, Nr. 2669, VII, Nr. 3430 je eine von den unteren Instanzen den Kläger, der wegen rückständiger Ausgedingsprästationen klagte, verhalten wollen, auf Erfüllung in natura zu klagen. Mit Recht erkannte der Oberste Gerichtshof, daß Ersatz in Geld eingeklagt werden könne, da Erfüllung in natura darum unmöglich sei, weil die Rechtzeitigkeit der Leistung bei dem eine Alimentation des Klägers bezweckenden Ausgedinge eine wesentliche Vertragspflicht des Beklagten bilde, durch deren Nichterfüllung der Kläger genöthigt wurde, sich den Unterhalt anderweitig zu verschaffen, der einmal genossene Unterhalt aber nicht noch einmal gewährt und genossen werden könne. Vgl. auch Sammlung IV, Nr. 1619.

³⁰¹ III, 19, § 14 (ed. Kirchmann II, S. 406). Auch Grotius spricht den Grundsatz keineswegs in dieser Allgemeinheit aus; er sagt nur: „... bei demselben Vertrage können einzelne Punkte so zu verstehen sein, als wenn gleichsam ausbedungen wäre, daß man das nur thun solle, wenn zuvor der Andere das Seinige geleistet habe“; aber freilich auch: „Soll dessenungeachtet diese Wirkung eintreten, so muß ausdrücklich gesagt werden, daß wenn auch etwas gegen diesen oder jenen Punkt geschehe, das Uebrige doch gültig bleiben solle.“

³⁰² Im Comm. III, S. 116, Note ** nennt Zeiller jedoch den *cod. civ. art. 1184*.

erklärte er: „In der That ließe sich auch hierüber keine auf alle Arten der Verträge gleich anwendbare Vorschrift geben, und es komme auch darauf an, ob ein Theil die Erfüllung verweigere oder durch Zufall daran verhindert werde.“ Die Spitze der Regel des § 919 richtet sich lediglich gegen das freiwillürliche Zurücktreten von einem zweiseitigen Vertrage aus dem Grunde, weil der andere Theil den Vertrag nicht oder nicht gehörig erfüllt habe, mit anderen Worten gegen den *art. 1184 des cod. civ.*³⁰³ Den Gegensatz, in welchen man sich zu dem Grundsatz des französischen Rechtes gestellt hatte, sollte § 919 in der bestimmtesten Weise zum Ausdruck bringen; so kam es, daß, während früher die Zulässigkeit des Rücktrittes nur „in der Regel“ negirt wurde, die dritte Lesung eine Fassung des Paragraphs brachte, welche das Rücktrittsrecht „außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen oder einem ausdrücklichen Vorbehalt“ ganz abspricht. Die Redactoren waren aber viel mehr geneigt, solche im Gesetze gemachte Ausnahmen anzuerkennen, als unsere heutigen Juristen. Waren sie doch (29. Juli 1805) darüber einig, daß das im § 1200 dem übervortheilten Gesellschafter eingeräumte Recht, auf vollständige Rechnung zu dringen, schon eine solche Ausnahme von der Regel des § 919 enthalte. Haan wollte diese Ausnahme gar nicht statuirt wissen, sondern dem *socius* nur Entschädigung zubilligen: die Majorität aber fand, die im § 1200 vorausgesetzte Verabredung sei in dem Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Gesellschafters geschlossen; sei dieser des Vertrauens unwürdig, entfalle die Grundlage des Einverständnisses, so könne auch der Betrogene daran nicht mehr gebunden sein. Und wie hiernach die „in dem Gesetze bestimmten Fälle“ nicht allzu ängstlich und buchstäblich verstanden wurden, so ist auch der Schlußsatz des § 919 nicht zu sehr zu pressen. Es ist vielmehr, wie auch die citirten zwei Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes anerkennen, keineswegs immer nur cumulativ auf Erfüllung und das accessorische Interesse zu klagen. Dies ist vielmehr nur Regel, sofern Erfüllung nach dem wahren Sinn der bestehenden Verpflichtung noch möglich ist³⁰⁴; wo aber der Schaden aus der Nichterfüllung so beschaffen ist, daß nachträgliche Erfüllung ihn gehörig zu vergüten nicht vermag, mag sich auch ein Ersatz für die Verspätung hinzugesellen, wo insbesondere, mag auch eine irritatorische Clausel dem Vertrage nicht beigedrückt sein, aus der Natur der Leistung und der Beschaffenheit des Verhältnisses hervorgeht, daß die Leistung genau zu der bestimmten Zeit gemacht werden mußte, weil sie später vorgenommen, eben nicht mehr diese Leistung wäre, da steht § 919 einer (nicht auf Erfüllung, sondern nur) auf Ersatz gerichteten Klage nicht

³⁰³ Den Unterscheidungen, die das *N. L. R.* macht, konnten die Redactoren wohl schon darum nicht folgen, weil das Recht simplificirt werden sollte.

³⁰⁴ Allerdings ist Ersatz wegen Nichterfüllung nicht dasselbe, wie verspätete Erfüllung in Verbindung mit Ersatz für die Verspätung.

im Wege³⁰⁵. Wo der Gläubiger an der verspäteten Erfüllung kein Interesse mehr hat, oder diese ihn gar in weiteren Schaden brächte, da kann er mit der Ersatzklage auftreten³⁰⁶. Daß das Gesetz von einem ausdrücklichen Vorbehalt spricht, will, wie so oft nach dem Sprachgebrauche unseres Gesetzbuches, nur sagen, es müsse in dem Vertrage erkennbar hervortreten, daß die Leistung in der bestimmten Zeit vorgenommen sein müsse, widrigens der Gläubiger auf dieselbe nicht mehr reflectire³⁰⁷.

Die zweite, hieher gehörige Erscheinung ist die, daß die Gerichte oft sehr zaghaft in der Schätzung des Schadensbetrages sind. Schon nach dem Gesetze kann es leicht kommen, daß der Schuldner, wo ihm kein höherer Grad des Verschuldens zur Last fällt, viel weniger zu vergüten angehalten wird, als der Schaden des Beschädigten ausmacht³⁰⁸. Wenn nun die Entschädigungssätze auch noch möglichst niedrig gestellt werden, so begreift es sich, daß der obsiegende Beschädigte selten genug Anlaß hat, mit seinem Siege zufrieden zu sein; und eine weitere Consequenz davon ist es, daß die Beschädigten es versuchen, ihre Ersatzansprüche über jedes Maß hinaufzuschrauben, damit ihnen doch, selbst bei starker Mäßigung durch den Richterspruch noch etwas übrig bleibt³⁰⁹ — ein Vorgang, der seinerseits wieder nur dahin wirken kann, den Richter überall gegen die vom Kläger behauptete Höhe des Schadens mißtrauisch zu machen. Auch hier scheint uns die Abhilfe ohne jede Aenderung des Gesetzes sehr wohl möglich. Erwägt man, daß es der Praxis nie schwer geworden ist, auf Grund der „angemessenen Schadloshaltung“ die § 365 dem Expropriaten zuspricht, im Expropriationsverfahren auf immense Entschädigungssummen zu erkennen, so könnte es wohl auch nicht schwieriger sein, eine „volle Genugthuung“, in welcher auch die „Tilgung der verursachten Beleidigung“ enthalten sein kann, in solcher Höhe auszumessen, daß der Beschädigte sich nicht weiter zu beklagen hat. Weit entfernt davon, daß das Gesetz dem entgegenstände, fordert dasselbe sogar eine ausreichende Entschädigung. Sobald die Praxis sich dieser Erkenntniß nicht mehr entzieht³¹⁰,

³⁰⁵ Ruffbaumer S. 3, Note 1: „Die Schadenersatzklage bezeichnet . . . nicht eine eigene für sich bestehende Klage, sondern vielmehr den Charakter und das Ziel, das die verschiedensten speciellen Klagen . . . haben können.“

³⁰⁶ So schon Zeiller Comm. III, S. 117, Nr. 2, arg. § 901.

³⁰⁷ Vgl. überhaupt Dworzak in Haimersl's Vierteljahrshr. II, Nr. V, S. 175 ff.

³⁰⁸ Vgl. z. B. Sammlung III, Nr. 1386 (Motive des obersten Gerichtshofes am Ende).

³⁰⁹ Ein auffallendes Beispiel dieser Art (freilich keine Entschädigungsklage) in Sammlung IV, Nr. 1815: Dieselbe ärztliche Honorarforderung außer dem Proceß mit dem Betrage von 165 fl. angemeldet, im Proceß mit dem Betrage von 320 fl. eingeklagt.

³¹⁰ Davon ist sie freilich noch weit genug entfernt. Vgl. namentlich Sammlung I, Nr. 384: Dem Miethher war der Vertrag sribolser Weise gebrochen worden, indem die von ihm gemiethete Wohnung, bevor er sie beziehen konnte, einem Anderen überlassen wurde.

wird sie sich durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr behindert fühlen, eine Genugthuung so liberal zu bemessen, wie ein französisches Tribunal.

In der vorstehenden Untersuchung sind wir bisher davon ausgegangen, daß jene Abstufungen, die sich aus §§ 1324 und 1331 f. ergeben, einzuhalten sind bei der Vergütung aller Schäden beziehungsweise aller Vermögensschäden, soweit das Gesetz nicht Ausnahmsbestimmungen enthält. Nun fragt es sich: Welche Ausnahmen von diesen Regeln sind anerkannt?

Es genügt, uns an dieser Stelle mit einer in neuester Zeit behaupteten Ausnahme des Näheren zu beschäftigen, die, wenn sie als begründet erkannt werden kann, mit einem Schlage zu dem Ergebniß führt, daß auch nach österreichischem Rechte in einer Reihe der praktisch wichtigsten Fälle ohne Rücksicht auf den geringen Grad des unterlaufenen Verschuldens für das ganze Interesse gehaftet werden muß.

Randa³¹¹ lehrt: „Bei Nichterfüllung zweiseitiger Obligationen ist ohne

Er klagte nebst den Kosten der Adaptirung einer anderen Wohnung auch eine kleine Summe als Genugthuung für die durch den Vertragsbruch zugefügte Beleidigung ein. Dieses letztere Begehren wurde abgewiesen, das erstere begründet gefunden. Während aber die Motive sich darauf einlassen, es noch besonders zu rechtfertigen, daß dem Kläger die Adaptirungskosten ohne Mäßigung bloß gegen Ablegung des Schätzungsseides zuerkannt werden, ist die Abweisung der Klage in Ansehung der in Anspruch genommenen Genugthuung als etwas so Selbstverständliches gedacht, daß sie nicht Eines motivirenden Wortes gewürdigt ist. Wir halten nach der Darstellung des Sachverhaltes, wie sie in der Sammlung a. a. D. gegeben ist, die Klage für wohlbegründet in Ansehung des ersten wie des zweiten Begehrens.

³¹¹ Randa hat diese Behauptung zuerst gelegentlich (G. Z. 1869, Nr. 49 = Haftung der Eisenb.-Unt., S. 8, Note 6) aufgestellt, sodann gegen Brodowski's (G. Z. 1869, Nr. 88) Widerspruch eingehend vertheidigt (G. Z. 1870, Nr. 7, 8), und an derselben auch in dem citirten Gutachten festgehalten. Nur diese Behauptung (der sich auch Kirchstetter ad §§ 1293—95 in der zweiten und dritten Auflage anschließt) bedarf einer näheren Prüfung. Zwei andere, hier ebenfalls in Betracht kommende Sätze Randa's, die nicht zuerst von ihm aufgestellt sind, müssen hier nur erwähnt werden, um das Verhältniß der Protokolle zu denselben klar zu stellen. In Ansehung des einen dieser Sätze dürften die Protokolle jedem Streite für immer ein Ende machen. 1. Randa (Zur Lehre von den Zinsen, S. 13 ff.; G. Z. 1870, Nr. 7) lehrt im Einklang mit der herrschenden Doctrin, nach einer Richtung aber im Widerspruch mit Unger in Haimersl's Bjschr. XIV, S. 132, Note 11, es seien bei Mora in Erfüllung von Geldverbindlichkeiten ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens immer, aber auch nie mehr als die gesetzlichen Verzugszinsen zu leisten; so daß selbst bei einem höheren Grade des Verschuldens ein nachweisbares weiteres Interesse nicht eingeklagt werden kann, umgekehrt aber auch an diesem Recht des Gläubigers dadurch nichts geändert wird, daß der Schuldner nachzuweisen vermag, der Gläubiger würde das Geld, wenn er es erhalten hätte, dennoch nicht zinsbar haben anlegen können. Diese Lehre wird durch die Protokolle vollständig bestätigt. Zeiller's von § 1333 nur stylistisch abweichender Antrag wurde von vornherein als kategorische Vorschrift dieses Inhalts verstanden. Scheppl wendete sich (9. Juni 1806) mit aller Energie gegen sie: „Die

Rücksicht auf den Grad des Verschuldens stets das volle Interesse zu er-

gesetzlichen Zinsen seien keine Vergütung des Schadens aus der Zahlungsverzögerung, denn diese gebührten ohnehin bis zur Zurückzahlung des Capitals, stünden aber oft nicht im entfernten Verhältnisse mit dem erlittenen Schaden. Der Gläubiger habe mit Recht auf die Zurückzahlung zur bedungenen Zeit rechnen können, er habe damit andere Verfügungen treffen können, Zahlungen versprechen, Verbindlichkeiten eingehen, Speculationen unternehmen können, und ist nun an der Erfüllung seiner Pflichten, an der Erzielung des Gewinnes durch die Saumseligkeit seines Schuldners gehindert, muß alle bedungenen conventionellen Strafen bezahlen, muß allen durch sein Versprechen, welches er nun selbst zu halten nicht im Stande ist, verursachten Schaden ersetzen, und solle nicht gleiche Rechte gegen seinen ersten Schuldner haben. Schon diese Betrachtungen zeigen die Billigkeit und das Recht, daß bei Verzögerung der Capitalzahlung nach bedungener Frist nebst den gesetzlichen Zinsen auch noch eine weitere Vergütung alles hierdurch erweislichen zugefügten Schadens Statt haben soll, und zwar umso mehr, als sonst das Gesetz selbst die Zahlungsverzögerung zu begünstigen scheine und Anlaß zu wucherischen Bedrückungen geben würde, indem der Gläubiger schon bei Schließung des Darlehensgeschäftes eine etwaige Verzögerung der Rückzahlung besorgen und schon gegenwärtig den ihm hierdurch zufallenden Schaden in Anschlag bringen müsse.“ Damit war jedoch nur Ehrenberg ganz einverstanden, der denn auch ein entsprechendes Amendement formulirte. D. E. N. Haan dagegen machte geltend, es sei zu unterscheiden zwischen dem Darlehensvertrag und anderen Verträgen. Bei dem ersteren „habe sich der Darleiher entweder Zinsen ausbedungen oder nicht. Habe er sich Zinsen ausbedungen, so sei auch genug, wenn er jenes, wofür er sein Capital ausgeliehen, wenn er den Maßstab der Nutznießung seines Capitals d. i. die bedungenen Zinsen“ erhält. Habe er sich aber keine Zinsen bedungen, so geschehe auch genug, wenn ihm das Gesetz wegen eingetretener mora jene zuerkennt, die das Gesetz im Allgemeinen für solche Fälle zuspricht, und er schreibe sich seine Sorglosigkeit selbst zu“. Diesfalls enthalte demnach der Antrag des Referenten das Richtige. „Allein bei den anderen Verträgen seien allerdings die von Scheppl eben vorgebrachten Einwendungen von solcher Erheblichkeit, daß er die in dem vorliegenden Texte enthaltene allgemeine Vorschrift auf diese Verträge nicht anwenden zu können glaube, und daher den vorliegenden Paragraphen nur auf das Darlehen beschränken“ würde. Danach wurde denn auch wirklich textirt: „Der Schade, welchen beim Darlehen der Schuldner“ u. s. w. In zweiter Lesung (3. Decemb. 1807) wurden jedoch die Worte „beim Darlehen“ ohne Debatte wieder gestrichen, und waren somit Zeiller's ursprüngliche Anträge in ihrer vollen Allgemeinheit durchgedrungen. — Wir verkennen nicht, daß man in dieser Ausschließung jeder höheren Interessforderung einen Mangel des Gesetzes erblicken kann; aber er wird sich nicht allzuoft fühlbar machen, seitdem die gesetzlichen Zinsen auf 6% gestellt sind, und wird auch dadurch weniger empfindlich, daß dies interpellat pro homine (vgl. Schöman II, S. 11, Note). Jedenfalls ist die Vereinfachung sehr werthvoll, die durch den anderen Satz erzielt wird, daß der Gläubiger gegen den Morosen die Verzugszinsen in Anspruch nehmen kann, selbst wenn der Schuldner zu beweisen vermöchte, daß der Gläubiger aus dem Gelde keine oder nicht so hohe Zinsen hätte ziehen können. Dieser Grundsatz wäre eine Härte gegen den Schuldner, wenn nicht auch der erstere gälte. Mit einander schaffen sie Klarheit des geltenden Rechtes, mit der Gläubiger und Schuldner leicht rechnen können. 2. Mit der herrschenden Lehre nimmt auch Randa (Haftung der Eisenb.-Unt., S. 16 f., Note 17 und G. Z. 1870, Nr. 7) an, daß bei Körperverletzungen und Tödtungen von Personen

setzen³¹².“ Dafür spreche, daß in den §§ 1047, 1061, 1066, 1079, 1094, 1120, 1154, 1173, 1283 (Tausch, Kauf, Pacht, Mieth, Lohnvertrag)³¹³ in verschiedenen Richtungen bestimmt sei, es habe der eine Contrahent dem anderen zu haften „für Schaden und entgangenen Nutzen“, „für allen Schaden“, der Beschädigte habe das Recht, „in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern“,

ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens stets das volle Interesse zu vergüten sei. Daß dies für den Anspruch auf Schmerzensgeld zutrifft, darüber s. oben Text nach Note 48 (Scheidlein's Widerspruch S. 151 ist hiernach unbegründet, das Schmerzensgeld gebührt eben für die erlittenen körperlichen Schmerzen, und steht insofern nicht ganz auf einer Linie mit der sonst vorkommenden Tilgung der Beleidigung). Was den künftig entgehenden Verdienst anbelangt, so hat allerdings schon Zeiller Comm. III, S. 761 zwischen dem ordentlichen Erwerbsverdienst und anderem „wahrscheinlich dadurch entgangenen Gewinn“ unterschieden und den letzteren bei einer *levi culpa* zugefügten Verletzung nicht zugebilligt; ebenso will er S. 762 im Falle des § 1327 die Entschädigungsansprüche einschränken, wo dem Delinquenten nur gemeines Versehen zur Last fällt — Alles offenbar (S. 761, Z. 1) in Anwendung von § 1323 f. Scheidlein S. 9 ff. 149, 158 ff. hat sich diesen Ausführungen angeschlossen und sucht insbesondere nachzuweisen, daß der Ersatz des entgehenden ordentlichen Erwerbsverdienstes Ersatz von *damnum emergens* sei. Die Protokolle wissen von diesen Unterscheidungen nichts, die schon angeführte Stelle zu § 1325 ergibt, daß man dem Verletzten schlechweg Ersatz, Vergütung und Genugthuung zuerkannte, und was § 1327 anbelangt, so scheint Zeiller in seinem Commentar diesmal, wie auch sonst einigemal, zu sehr unter dem Einfluß seines eigenen Antrages und weniger unter dem des von der Majorität gefaßten Beschlusses gestanden zu haben. Sein in erster Lesung (2. Juni 1806) auch angenommener Antrag wollte nämlich der Frau und den Kindern des Getödteten das „was sie an ihrem rechtmäßigen Unterhalte verloren haben“, ersetzen lassen. In zweiter Lesung (3. Decemb. 1807) beantragte er, zur Beseitigung eines häufigen Zweifels den Zusatz: „selbst in dem Falle, daß sie ein eigenes Vermögen oder eine andere Unterstützung genießen“. Man beschloß aber die diesen Zusatz überflüssig machende Fassung des § 1327, wie er im Gesetzbuche steht, denn „man ging hier von dem Grundsatz aus, daß der Witwe oder den Kindern des Getödteten voller Ersatz geleistet, daß diese durch die Schuld des Verlethers nicht das Geringste leiden sollen, folglich daß ihnen Alles ersetzt werde, was sie vorhin genossen — denn warum hat sich der Verlethende z. B. an einem Künstler, der sich viele Tausende zu erwerben im Stande war, vergriffen?“ — Nicht zutreffend erscheint uns nur Randa's Behauptung (G. Z. 1870, Nr. 7, Note 2), daß die gleiche Haftung im Falle des § 1329 nicht als Ausnahme von der Regel des § 1323 f. anzusehen sei, „da die betreffende Handlung wohl jederzeit eine absichtliche sein wird“; wir können uns dieselbe sehr leicht auch als eine nur *culpose* vorstellen.

³¹² Also in Anwendung auf zweiseitige Obligationen die gleiche Regel, die heutzutage für das gemeine Recht in noch viel allgemeinerer Weise gelehrt wird. Mommsen Interesse S. 70 ff.

³¹³ Auf § 1166, der, wie wir glauben, eines der stärksten Argumente für Randa's Lehre an die Hand böte (vgl. unten Note 324 und Harum Preßgesetzgebung S. 150 ff., 163 f. Der Verlagsvertrag ist, ob entgeltlich oder unentgeltlich abgeschlossen, immer ein zweiseitiger Vertrag), hat Randa sich nicht berufen.

er sei „vollkommen“ zu entschädigen³¹⁴, der Erbschaftsverkäufer hafte „für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden“ — während in den §§ 964, 966, 967, 979, 1012, 1014 (Verwahrungs-, Ver-, Bevollmächtigungsvertrag) der culpose Contrahent nur verhalten werde, dem anderen den „Schaden“ (schlechtweg) zu „ersetzen“, zu „vergüten“, für den „Schaden zu haften“. Das Hauptgewicht wird dabei gelegt auf § 1047; er soll seine jetzige Fassung gewiß nicht durch eine Ungenauigkeit der Redaction erhalten haben; das beweise einerseits die ähnliche Fassung der §§ 1079, 1120 und 1283, andererseits aber der Umstand, daß sein Vorbild, § 97 f. N. L. R. I, 11 ausdrücklich die Haftung nach dem Grade des Verschuldens abstuft, während eine solche Abstufung dem § 1047 fremd sei.

Diese Lehre halten wir für irrig und glauben, daß sie insbesondere in den Protokollen ihre ausreichende Widerlegung findet. Allerdings nicht etwa in der Weise, daß sie irgendwo ausdrücklich und ex professo abgelehnt würde³¹⁵; vielmehr scheint es, daß den Redactoren der Gedanke an eine solche Unterscheidung so fern gelegen³¹⁶ hatte, daß ihnen jeder Anlaß fehlte, dieselbe abzuweisen³¹⁷. Wohl aber finden sich Äußerungen der Redactoren, die nicht wohl anders, als dahin verstanden werden können, daß ihnen eine solche Unterscheidung ganz fremd war, und wir argumentiren somit nicht bloß aus dem Schweigen der Protokolle, so beredt es auch in diesem Falle

³¹⁴ Randa (Note 3) bestreitet selbstverständlich nicht, daß dieser Passus im § 1154 dem Bestellten nur Anspruch auf die Verzugszinsen gewährt, wofür die Entlohnung in Geld besteht. Hofb. v. 18. Januar 1842, J. G. S. Nr. 592.

³¹⁵ Wie das oben in Note 311 von einer irrigen die Verzugszinsen betreffenden Lehre nachgewiesen wurde.

³¹⁶ Selbst Schönman, der doch (oben Note 269) der damals herrschenden Lehre widersprach, die nur in dolus und culpa lata einen Grund zum Ersatz des entgangenen Gewinns erblickte, denkt nicht entfernt an die von Randa aufgestellte Lehre. Vielmehr lehrt er, der Verkäufer oder Tauschende prästire „nie mehr, als das *lucrum circa rem ipsam consistens* . . . d. h. den wahren Gemeinwerth, jedoch nach dessen mittlerweile etwa erfolgten Steigerung“, keineswegs aber könne „der Käufer Ersatz für die durch dolus, mora oder culpa des Verkäufers ihm bereitete Dispositionen, welche er etwa in Hoffnung, die Sache zu rechter Zeit und unbeschädigt zu erhalten, darüber machte,“ oder Ersatz der zu seinem Nachtheil einem Dritten gegenüber verfallenden Conventionalstrafe fordern (II, S. 131 ff.) — also eine ganz andere Lehre.

³¹⁷ Genauer: Bei der Berathung von w. g. G. B. III § 28 stellte das innerösterreich. App.-Ger. ausgehend von dem Grundgedanken dieses Paragraphen allerdings den Antrag (4. Febr. 1805), es solle bei zweiseitigen Verträgen der erfüllende Theil, wenn der andere ohne gerechte Ursache es an der Erfüllung habe fehlen lassen, das Recht haben, „den Ersatz des Schadens und Entgang des Nutzens zu begehren, außerdem aber vom Vertrage abzutreten berechtigt“ sein. Da der Grundgedanke des § 28 sofort verworfen wurde (oben nach Note 300 ff.) so gelangten selbstverständlich auch alle Amendements, die diesen Grundgedanken festhielten, gar nicht zur Berathung — sie fielen mit § 28.

schon für sich sein mag. Den Redactoren ist der Grundsatz des § 1324 ein allgemeiner; durch vereinzelte Ausnahmen, die ihn durchbrechen, hört er selbstverständlich nicht auf, der allgemeine Ausgangspunkt der Lehre zu sein; wäre er aber von Ausnahmen derart zerrissen und durchlöchert, wie Randa meint, dann hätte man ihn nicht füglich noch als allgemeinen Grundsatz aufstellen können³¹⁸. Endlich darf nicht unbeachtet bleiben, daß, wenn Randa's Lehre richtig wäre, wir zwar für eine Reihe von Fällen einen weiter greifenden Schadenersatz, aber ein principloses Schadenersatzrecht hätten. Denn so leicht man es begreifen mag, daß eine Gesetzgebung von einem unpassenden Princip in einer gewissen Lehre ausgeht, — das würde kaum Jemand verstehen, warum dieselbe Gesetzgebung die culpa levis in zweiseitigen Vertragsverhältnissen strenge, in einseitigen Vertragsverhältnissen, bei Delicten und in anderen Verpflichtungsverhältnissen der Regel nach so viel milder behandelte³¹⁹.

Zur Unterfuchung unserer Frage selbst uns wendend, betonen wir vor Allem Eines: Im Gesetzbuche wäre, wenn die Redactoren sich der von Randa aufgestellten Regel bewußt gewesen wären, der richtige Platz für ihre Einreihung der Schluß des 17. Hauptstückes gewesen, unter den „allgemeinen Bestimmungen entgeltlicher Verträge und Geschäfte“. Der ganze Verlauf der Berathungen der letzten zehn Jahre zeigt ein unausgesetztes Bemühen der Redactoren, alle, die Verträge betreffenden Bestimmungen von allgemeiner Bedeutung in dem 17. Hauptstück zu concentriren³²⁰, daher dieses so viel reicher an Inhalt und zugleich etwas weniger in sich geschlossen ausgefallen ist, als das entsprechende Hauptstück des w. g. G. B. Diesem Bestreben ver dankt insbesondere auch die Reihe der §§ 921 ff., die im w. g. G. B. meist im Hauptstück vom Tausche standen, ihre Einreihung in das 17. Hauptstück. In diese Reihe auch die Regel aufzunehmen, daß man in zweiseitigen Verträgen ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens für positiven Schaden und entgangenen Gewinn einstehen müsse, würden die Redactoren kaum

³¹⁸ Wenigstens in Ansehung der Vertragsverletzungen wäre ja die Regel in ihr Gegentheil umgeschlagen; und da sie auch rücksichtlich der übrigen Fälle keine ausnahmslose wäre, so hätte die Regel als solche aufgehört.

³¹⁹ Vom Standpunkte der Redactoren wäre vielleicht noch verständlich ein Unterschied zwischen Delicten und Vertragsverletzungen (oben Text vor Note 278); aber auch ein solcher war offenbar nicht gewollt. Und der vorübergehend in Ansehung der Verzugszinsen zwischen Darlehen und allen anderen Verträgen gemachte Unterschied (oben Note 311) ist soweit entfernt, für eine Sonderstellung zweiseitiger Verträge etwas zu beweisen, daß er vielmehr, wenn darauf ein Schluß gebaut werden dürfte, eher dagegen bewiese.

³²⁰ Leider wurde nicht immer der passendste Platz gewählt. So stand z. B. der § 919 eine Zeitlang fast am Ende des Hauptstückes, um endlich — zur Lehre von der Erlöschung der Verträge, nicht aber zu den allgemeinen Bestimmungen entgeltlicher Verträge gestellt zu werden.

unterlassen haben, wenn sie eine solche Regel überhaupt hätten aufstellen wollen. Davon aber finden wir keine Spur. Wohl aber wenden sie bei verschiedenen Gelegenheiten (auch auf zweiseitige Verträge) die im § 1324 aufgestellte Regel und Terminologie als eine allgemein geltende an. Besonders auffallend ist dies bei § 919. In erster Lesung (20. Mai 1805) wurde sein Schlußsatz noch in der Fassung beschlossen: „nur die genaue Erfüllung des Vertrages und die Schadloshaltung³²¹ zu verlangen“. Bei der zweiten Lesung (21. September 1807) beantragte Pratobervera die Fassung: „und die Schadloshaltung oder nach Umständen die Genugthuung zu verlangen“. Dieser Antrag enthält offenbar eine Anwendung des § 1324 in pr. auf unseren Fall. Ob darauf sofort ein Beschluß folgte, erhellt aus den Protokollen nicht, und auch bei der dritten Lesung (11. December 1809) wurde dieser Theil des Paragraphs nicht mehr Gegenstand einer Discussion. Aber da wir nun in dem Gesetzesparagraph statt des Wortes „Schadloshaltung“ (Beschluß erster Lesung) und anstatt der von Pratobervera beantragten Fassung das Wort „Ersatz“ finden, also eben den im § 1324 i. f. definirten „allgemeinen Ausdruck“³²², scheint doch wohl mit Entschiedenheit behauptet werden zu dürfen, daß Pratobervera's Antrag nur darum nicht in seiner wörtlichen Fassung in das Gesetz aufgenommen wurde, weil sein Inhalt sich mit Rücksicht auf § 1324 i. f. durch das eine Wort „Ersatz“ viel kürzer wiedergeben ließ.

Hier ist nun der Platz für eine wichtige Bemerkung. Es läßt sich ganz direct beweisen, daß die Redactoren einmal begonnen haben, die im § 1324 i. pr. aufgestellte Terminologie in den einschlägigen Paragraphen des Gesetzbuches durchzuführen, daß aber diese Absicht nicht zur Ausführung gelangte. Dieser Anfang wurde gemacht an den § 202 und 204, welche, soweit übereinstimmend mit dem w. g. G. B. I §§ 181, 183, sprechen, der erste von „allen . . . dadurch entstandenen Schaden und entgangenen Nutzen“, der letztere von „allen . . . dadurch erwachsenen Schaden.“ Im Protokolle der zweiten Lesung (1. Juni 1807) findet sich nun zu § 202 (damaliger Fassung: I § 167) die Bemerkung: Nach der angenommenen Terminologie (III § 419 = § 1324) will Referent hier, sowie in § 169 (= § 204) sagen: „Genugthuung d. i. den Ersatz des Schadens und des entgangenen Gewinnes zu leisten.“ Einverstanden. Dieser ganze Absatz ist jedoch durchstrichen, ohne daß ein Grund der Streichung angeführt wäre. Allein die Thatsache, daß der Sprachgebrauch des Gesetzbuches, den es zur Bezeichnung der verschiedenen „Arten des Schadenersatzes“ einhält, ein schwankender ist, kann

³²¹ W. g. G. B. III § 171: „einen vollkommenen Ersatz“.

³²² Zu beachten ist dabei, daß, als Pratobervera seinen Antrag stellte, der Schlußsatz des § 1324 noch nicht existirte. In erster Lesung schloß der Paragraph mit dem Worte: „berechtigt“.

kaum eclatanter in die Augen fallen, als in den beiden allegirten Paragraphen, die sich so verschieden ausdrücken und doch genau dasselbe aussagen wollen³²³.

Daß in unserer Lehre übrigens auch sonst öfters verschiedene Namen zur Bezeichnung desselben Begriffes, und umgekehrt zur Bezeichnung verschiedener Begriffe die gleichen Namen vorkommen, ist leicht nachzuweisen³²⁴. Damit ist aber erwiesen, daß § 1324 i. f. eben nichts anderes, als eine Regel darüber aufstellt, wie der Ausdruck „Ersatz“ schlechtweg im Gesetzbuche zu verstehen; man kann aber aus diesem Paragraph keinen Schluß auf die Bedeutung anderer Ausdrücke³²⁵ ziehen.

Das bisher Gesagte sollte nur darthun, daß die Redactoren die von Randa behauptete Regel bewußt nicht aufgestellt haben, und daß die Terminologie des Gesetzes eine sehr ungleichmäßige ist. Letzteres wird wohl auch Randa nicht bestreiten, da ja auch er den § 1014, der den Mandanten für „allen durch sein Verschulden entstandenen . . . Schaden haften“ läßt, gleichwohl unter jenen Paragraphen nennt, welche, weil nicht auf zweiseitige

³²³ Es ist also nicht richtig, wenn Unger XIV, S. 114, A. 3 den § 204 (und ebenso §. 248) nur vom positiven Schaden verstanden wissen will.

³²⁴ Ueberhaupt hielten die Redactoren darauf, in dem Ausdrucke des Gesetzes weitgehende Monotonie zu vermeiden. So auch hier: Daß „Genugthuung“ nicht immer das Nämliche bedeutet, wurde schon oben nachgewiesen. „Schadloshaltung“ ist in §. 1323 definiert; dennoch kann Niemand zweifeln, daß Schadloshaltung in § 1166 ganz vorwiegend Vergütung des entgangenen Gewinnes (nicht nur „Ersatz für die fruchtlos gemachten Vorauslagen und Vorrichtungen“) bedeuten muß (Zeiller Comm. III, S. 514); ähnlich verhält es sich auch mit der „angemessenen Schadloshaltung“ des §. 1168 (Zeiller S. 518; Harum, Preßgesetzgebung S. 161). Vgl. auch § 365. Ueber § 335 verb.: „allen . . . Schaden“ vgl. oben Note 294. Ebenso umfaßt in § 248 im ersten Satze der gleiche Ausdruck, im zweiten der Ausdruck „Schaden“ schlechthin nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn; in § 542 der Ausdruck „allen Schaden“ nur einen entgangenen Gewinn. Den § 169 w. g. G. B. III, („Ersatz des verursachten Schadens und des entgangenen Nutzens“ strichen die Redactoren (27. Mai 1805), weil er überflüssig sei kraft Vorhandenseins des §. 166, w. g. G. B. II; letzterer Paragraph drückte aber denselben Gedanken nur durch das Wort: „verantwortlich“ aus, wie jetzt § 430 durch die Worte: „zu haften“. (Dabei ist aber nicht unterschieden, ob der mit „dem verletzten Theile“ geschlossene Vertrag ein einseitiger oder zweiseitiger war.) In §. 1293 bezeichnet „Schade“ nur den positiven Schaden, der anderwärts (z. B. § 46) noch durch das Epitheton „wirklich“ bestimmter vom entgangenen Gewinn geschieden wird, in § 1294 ff. umfaßt „Schade“ auch den entgangenen Gewinn u. s. w. Weitere Belege sofort im Text.

³²⁵ Schon die verbale Form: „den Schaden ersetzen“ wird nicht streng in der Bedeutung von „Ersatz“ (§. 1324) gebraucht; in §. 991 z. B. wird dadurch (Prot. 6. Mai 1805) nur die Verpflichtung zur Restitution des Werthes zur Zeit der Hingabe bezeichnet. Bei § 265 dagegen meinte Pratobervera (8. Juni 1807), es lasse sich aus den Worten: „den Schaden zu ersetzen“ auch eine Haftung für den entgangenen Nutzen erschließen.

Verträge sich beziehend, den Abstufungen des § 1324 unterworfen seien³²⁶, während er doch genau denselben Ausdruck („allen Schaden“) in den §§ 1079 und 1283 dahin versteht, daß er die Haftung für *damnum emergens* und *lucrum cessans* ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens anordne. Nicht minder erachtet er den Ausdruck „Ersatz“ im ersten Satze des § 1154, obwohl dies nach § 1324 der technische Ausdruck für bloße eigentliche Schadloshaltung ist, wenn auch nicht ohne Bedenken (a. a. O. Note 3) für ausreichend, das ganze Interesse zu umfassen³²⁷.

Dagegen ist bisher nicht bewiesen, daß auch in allen jenen Fällen zweiseitiger Verträge, die durch die von Randa angeführten Paragraphen bezeichnet sind, der von ihm behauptete Satz nicht enthalten sei. Und sollte er in denselben enthalten sein, so wäre es trotz des Gesagten vielleicht noch immer möglich, im Wege der Analogie die von ihm aufgestellte Regel zu gewinnen. Wir freilich glauben nicht, daß dies gelingen könne. Es ist unendlich wahrscheinlicher, daß wir es in den von ihm angeführten Paragraphen, deren Wortlaut für ihn zu sprechen scheint, bloß mit ein paar Gesetzesstellen zu thun haben, denen die letzte Feile fehlt. Wem es unglaublich scheint, daß ein solches Versehen bei einer so großen Zahl³²⁸ von Paragraphen habe vorkommen können, den verweisen wir nicht so sehr auf die oben constatirte Ungenauigkeit des gesetzlichen Sprachgebrauchs, die Niemand bestreiten kann, sondern noch weit mehr darauf, daß wir eine Ungenauigkeit der Textirung beizeiten nicht allen von Randa angeführten Gesetzesstellen, sondern nur einigen wenigen vorzuwerfen nöthig haben. Alle jene Stellen nämlich, die Randa bezüglich der einseitigen Verträge anführt, bleiben (mit Ausnahme des nicht für ihn sprechenden § 1014) von vorn herein außer Betracht; von den anderen dürfen ebenfalls bei Seite gelassen werden alle nur verweisenden Paragraphen, nämlich §§ 1061, 1066, 1094 und 1173; § 1154 ferner macht auch nicht uns, wohl aber Randa Schwierigkeiten; bleiben also nur übrig die §§ 1047, 1079, 1120 und 1283. Auch diesfalls ist nun aber auf §§ 1079 und 1283 schon wegen § 1014 kein sonderliches Gewicht zu legen: kann „aller Schaden“ in einer Gesetzesstelle für den Fall der *levis culpa* bloß das *damnum emergens* bezeichnen müssen, so wird der gleiche Ausdruck wohl auch in anderen in

³²⁶ Das Nämliche müßte er von § 1021 gelten lassen, der den Nachhaber unter Umständen verhält, „allen daraus entstandenen Schaden“ zu ersetzen.

³²⁷ Schon hieraus ergibt sich somit nach verschiedenen Seiten, daß der Sprachgebrauch des Gesetzbuches Randa's Lehre zu stützen, durchaus nicht geeignet ist.

³²⁸ Sie könnte sogar vermehrt werden; es ließe sich z. B. der oben berührte § 1166 anführen, da es hier ganz sicher ist, daß er auch eine Verpflichtung zur Vergütung des entgangenen Gewinnes aufstellt, und der Verlagsvertrag gewiß ein zweiseitiger Vertrag auch dann ist, wenn er unentgeltlich geschlossen wurde. Harum a. a. O., S. 150 ff., 163 f.

der nämlichen Bedeutung vorkommen können, und auch nach der Seite der rein sprachlichen Wortbedeutung steht nichts entgegen, „den Schaden“ (z. B. in § 1012) und „allen Schaden“ schlechtweg gleichbedeutend zu nehmen. Sonach erübrigen aus Randa's Beweismaterial nur die §§ 1047 und 1120. Er selbst aber will aus ihnen keinen durchgreifenden Rechtsatz folgern, sondern erkennt (a. a. O. Note 6) im Einklang mit Anderen³²⁹ „eine Ausnahme nach entgegengesetzter Richtung“ für den Fall der Gewährleistung an. Volle Genugthuung solle nämlich hier nach § 932 nicht einmal im Falle grober Fahrlässigkeit, sondern nur im Falle erwiesener Unredlichkeit zu leisten sein. Damit entfiele einer der wichtigsten Anwendungsfälle der von Randa aufgestellten Regel für zweiseitige Verträge — freilich ohne daß eine rechte *ratio* der Ausnahme ersichtlich wäre.

Uns erscheint denn auch diese Ausnahme nicht nur nicht erwiesen, vielmehr zeigt die Entstehungsgeschichte des § 932, daß wir es wieder nur mit einer Differenz des gesetzlichen Ausdruckes, mit einer kleinen Ungenauigkeit der Formulirung, nicht aber mit einem abweichenden Rechtsfakt zu thun haben, wie auch wieder leicht zu erweisen ist. Zu diesem Behufe müssen wir daran erinnern, daß schon im w. g. G. B. III § 428 gesagt war: „Wenn es um Ersatz und Genugthuung zu thun ist, so wird zwischen Bosheit und Versehen dieser Unterschied gemacht, daß der Nachlässige nur zur Schadloshaltung, der Boshafte aber auch zur Genugthuung verurtheilt wird“ — und daß ebenda § 425 von der *culpa lata* bestimmt war, sie werde „wenn es um Ersatz zu thun ist, auch als Bosheit ausgelegt.“ Was nun die Gewährleistung betrifft, war im w. g. G. B. III § 155 ganz einfach gesagt, daß da, wo es mit dem Nachtrag des Fehlenden nicht gethan sei, „der Verkürzte außer dem Schadenersatz“ die Aufhebung des Vertrages fordern könne. Daß bei der Bemessung dieses Schadenersatzes auch III §§ 428, 425 zur Anwendung zu bringen waren, wird nicht bezweifelt werden, das Maß der Haftung des Gewährleistungspflichtigen lief also parallel der Höhe seines Verschuldens.

So nach dem Entwurfe. Daß an demselben in dieser Richtung etwas geändert werden sollte, dafür gibt es in jener Verhandlung (13. Mai 1805) aus welcher § 932 hervorging, nicht den geringsten Anhaltspunkt. Vielmehr kam es Zeilkern nur darauf an, gegen den Satz zu reagiren, daß da, wo das Fehlende nachgetragen werden kann, dieser Nachtrag Ersatzes genug sei — „weil inzwischen der Andere Schaden haben kann“. Darum formulirte er einen nur stylistisch von § 932 abweichenden Paragraphen, der, soweit er hier in Betracht kommt, einhellig angenommen wurde. Wenn wir nun erwägen, daß in jenem Stadium der Arbeit nur für den dolosen Beschädigten die Verpflichtung zur Genugthuung direct ausgesprochen, die *lata*

³²⁹ Namentlich Michel Gewährleistung (1849), S. 24.

Pfaff, Lehre vom Schadenersatz.

culpa aber rücksichtlich des Ersatzes dem dolus durch Fiction gleichgestellt war, so wird man zugeben müssen, daß der Schlusssatz des neuen § 932 in Verbindung mit den damals noch unveränderten §§ 425, 428 w. g. G. B. III nicht wohl anders verstanden werden konnte, als dahin, daß der Gewährleistungspflichtige Genugthuung leisten müsse, wofern ihm dolus oder culpa lata zur Last falle. Erinnern wir uns aber endlich, daß an dieser Gleichstellung von dolus und lata culpa auch später (oben bei Note 274) nichts geändert, sondern nur die Form der Fiction beseitigt wurde, so wird man auch im Zusammenhang des bürgerlichen Gesetzbuches an dem gleichen Ergebnisse festhalten müssen.

Das aber wird sofort sehr wichtig für die Auslegung des § 1047. Der entsprechende Paragraph des w. g. G. B. (III 149) läuft ihm zwar im Ganzen parallel, ermangelt aber noch des uns hier interessirenden Schlusssatzes. Statt dessen war jedoch in III § 187 bestimmt, der Verkäufer müsse dem Käufer „wie bei einem Tauschgeschäfte, Gewähr .. leisten“. Mit ausdrücklicher Beziehung auf den letzterwähnten Paragraph³³⁰, beantragte Zeiller (20. Mai 1805) einige an III § 149 vorzunehmende Aenderungen, darunter auch die Bestimmung: „Tauschende sind .. verpflichtet .. sich Gewähr zu leisten.“ Dieser Antrag wurde einhellig angenommen. Bei der zweiten Lesung (21. October 1807) bemerkte aber Zeiller selbst, die Worte: „und sich Gewähr zu leisten“ seien zu streichen, weil sie durch die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung überflüssig würden und sonst bei allen entgeltlichen Verträgen wiederholt werden müßten. Hier ist also noch keine Spur davon zu finden, daß zwischen der Haftung aus dem Titel der Gewährleistung und der sonstigen Haftungspflicht der Tauschenden ein Unterschied statuiert werden sollte. Ebenso wenig ist ein solcher in der dritten Lesung aufgestellt worden. Der § 1047 wurde bei dieser gar nicht mehr Gegenstand der Besprechung und es fehlte sein gegenwärtiger Schlusssatz noch in dem dabei benutzten Texte. Ueber die Entstehung dieses Schlusssatzes geben auch weder die dürftigen Aufzeichnungen Haan's über die „Finalberathung“, noch die übrigen Papiere Haan's Aufschluß. Jener Schlusssatz kann also wohl nur bei der Correctur der Druckbogen des Gesetzbuches hinzugefügt sein. Ist das aber richtig, so spricht wohl Alles dafür, daß damit nicht die Aufstellung eines neuen Rechtsatzes, sondern, wie es auch Zeiller (Comm. III S. 341 Nr. 6) als selbstverständlich auffaßt, nur eine kurzgefaßte Hinweisung auf den Grundsatz des § 1324 beabsichtigt war³³¹. Auch von einem bewußten

³³⁰ Der eben darum später (27. Mai 1805) jene nur eine Verweisung enthaltende Fassung bekam, in welcher er jetzt als § 1061 im Gesetzbuche steht.

³³¹ Solche kleine Aenderungen der Textirung im Interesse der Erzielung größerer Deutlichkeit wurden unzweifelhaft noch bei der Correctur in nicht unbedeutender Zahl vorgenommen.

Gegensatz gegen das N. U. R., den die Redactoren allerdings, wo er vorhanden ist, sehr bestimmt hervorzuheben pflegen, zeigen die Protokolle hier nicht die leiseste Spur.

Anderes steht es um § 1120. Die volltönende Formel: „in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern“ findet sich wörtlich schon im w. g. G. B. III § 253. Die Redactoren sind bei der Verhandlung über diesen Paragraph (15. December 1806³³²) so weit davon entfernt, in der erwähnten Bestimmung etwas Absonderliches zu finden, daß in ihrer Berathung über unseren Paragraph der Entschädigungsfrage mit keiner Sylbe Erwähnung geschieht; erst bei § 1121 gedenken sie der Frage mit wenigen Worten: „In einer Collision (zwischen dem Bestandnehmer und den Hypothekargläubigern des Bestandgebers, die benachtheiligt wären, wenn der Bestandnehmer nicht weichen müßte) sei es billig, daß jener weiche und sich mit der Entschädigung für den vereitelten Gebrauch zufrieden stelle.“ Auch davon wird geschwiegen, daß der Veräußernde dem Bestandnehmer die fernere Ausübung des Miethrechtes durch ein Uebereinkommen mit dem neuen Eigenthümer sicherstellen könne und solle. Die Redactoren denken vielmehr hauptsächlich an den Fall, daß „muthwillige Schuldner,“ wenn sie die Execution voraussehen, eine Miethe oder Pacht „als eine Dienstbarkeit auf viele Jahre vormerken“ lassen. Diesem und anderem „Unfug“ wollen sie steuern. Und aus solchem Gedankengang heraus gibt auch Zeiller (Comm. III, S. 453, Z. 1), unter ausdrücklicher Anführung des § 1324, „dem Bestandnehmer das Recht, den Bestandgeber in Rücksicht der vorsätzlichen Vertragsverletzung zur vollen Genugthuung anzuhalten“. Die Redactoren wollten also auch hier nichts Besonderes bestimmt wissen, sondern den § 1324 zur Anwendung bringen; sie meinten aber, da sie nur an eine absichtliche Vertragsverletzung dachten³³³, mit einer partiellen Wiederholung der Regel des § 1324 auszureichen³³⁴. Letzteres halten wir allerdings für zu eng gedacht, denn auch

³³² Er wurde nur in erster Lesung Gegenstand der Berathung.

³³³ Aehnlich die Motive des Obersten Gerichtshofes in Sammlung IX, Nr. 4064: „Bei einem freiwilligen Verkauf entfällt die Nothwendigkeit einer solchen Prüfung (ob der Schaden aus böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit oder ohne solche entstanden sei), weil das Gesetz im § 1120 a. b. G. B. dem Bestandinhaber, wenn er vor Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Bestandszeit dem neuen Besitzer weichen muß, das Recht einräumt, von dem Bestandgeber ohneweiters volle Genugthuung zu fordern, was wohl darin seinen Grund hat, daß, wenn bei einem freiwilligen Verkauf der Bestandgeber es unterlassen hat, bei Abschließung des Kaufvertrages die nöthige Vorsorge zur Wahrung der Rechte des Bestandnehmers zu treffen, eben in einer solchen Unterlassung mindestens eine auffallende Sorglosigkeit liegt.“

³³⁴ Allerdings könnte man sich auch versucht fühlen, an einen ganz anderen Gedankengang und eine andere Begründung zu denken. Bei der Verhandlung nämlich,

wir sind mit Randa (a. a. D. Note 8) der Meinung, daß eine solche Vertragsverletzung sehr leicht auch aus geringem Versehen vorkommen kann. Daraus aber folgt keineswegs, daß auf solche Fälle die im § 1120 unvollständig ausgesprochene Regel anzuwenden sei; vielmehr kommt dann die dort nicht bezogene andere Hälfte derselben zur Anwendung. Der ermittelte Miether muß sich mit der eigentlichen Schadloshaltung begnügen.

Zur Genesis der übrigen von Randa angeführten Gesetzstellen mag noch Nachstehendes bemerkt werden: Im § 1154 lautet noch nach dem Beschluß der einzigen Lesung, in welcher er berathen wurde (8. Juli 1805) der hieher gehörige Passus, wie im w. g. G. B. III § 268: „und die gedungene Person ersetzt den daraus entstandenen Schaden“. Wann die gegenwärtige Fassung, an der nicht zu verkennen ist, daß sie an § 1324 anknüpft, entstand, erhellt nicht. Ferner lautet im w. g. G. B. III der § 137 (jetzt § 964): „der Verwahrer haftet für allen durch sein Verschulden entstandenen Schaden“. Nebst anderen Veränderungen, die bei der Berathung (29. April 1805) beschlossen wurden, wurde auch das Wort „allen“ gestrichen, aber diese Veränderung war offenbar eine rein stilistische. Bei keinem der übrigen Paragraphen findet sich die geringste Andeutung, welche einen Aufschluß über die uns hier interessirende Frage gäbe. Nur das Eine verdient wohl noch Beachtung: Die meisten der von Randa benutzten Paragraphen wurden nur in der ersten Lesung debattirt, und soweit sie uns hier angehen, bekamen alle (soweit nicht oben das Gegentheil erzählt ist) ihre gegenwärtige Fassung schon in der ersten Lesung, noch vor der Sitzung vom 2. Juni 1806, in welcher § 1324 formulirt wurde. Indessen ist hierauf, da ja der Sache nach schon das w. g. G. B. das nämliche bestimmt, was §. 1324 enthält, kein besonderes Gewicht zu legen. Wohl hätte der letzte Satz dieses Para-

in welcher (17. November 1806) der § 1095 entstand, waren die Meinungen darüber sehr getheilt, ob eine Dinglichkeitsstiftung des Bestandrechtes durch einseitig erwirkte und gerechtfertigte Vormerkung zulässig sein solle. Haan, Uchen und Ehrenberg fanden darin eine offenbare Kränkung des Bestandgebers und hielten es für ausreichend, wenn der Bestandnehmer, falls er weichen müßte, entschädigt werde. Sonnenfels aber, der überhaupt in der Regel: Kauf bricht Miethe „keine Rechtlichkeit“ zu erblicken vermochte, betonte, daß eine solche Entschädigung oft geradezu unausführbar sei. Die Aufhebung der Miethe störe die Bequemlichkeit des Miethers, beraube ihn gewisser Vortheile, die er nur hier haben könne, sie stoße „gegen den Werth der Vorliebe an, der durch eingegangene Miethe und den Genuß derselben zum Recht erwachsen“. Man könnte wohl versucht sein, in solcher Berücksichtigung des Affectionswerthes den Grund der Bestimmung des § 1120 i. f. zu erblicken; dann wäre sie etwas ganz Singuläres und müßte ohne Zweifel gelten, wie gering auch die Schuld des Bestandgebers gewesen sein möchte. Allein gewiß ist diese Motivirung unbedenklich abzuweisen. Für Sonnenfels handelte es sich ja bei der ganzen Frage gar nicht um die Höhe der Entschädigung, sondern nur darum, die Entschädigung durch Erleichterung der Dinglichkeitsstiftung regelmäßig ganz entbehrlich zu machen.

graphs die Redactoren zu einer genauen Revision der ersatzrechtlichen Terminologie des Gesetzbuches bestimmen sollen. Da sie dieselbe (oben) nicht vorgenommen haben, so muß Wissenschaft und Praxis nun eben mit einem schwankenden Sprachgebrauch rechnen. Weittragende Schlüsse, aus ihm allein gezogen, werden nothwendig gewagt sein.

Endlich ist noch einer von Randa nicht berührten Schwierigkeit zu gedenken, die mit seiner Lehre verbunden ist, und wohl schon für sich allein ausreicht, deren Richtigkeit als sehr zweifelhaft erscheinen zu lassen. Wie oben mitgetheilt wurde, unterwirft auch Randa die Ersatzpflicht aus Verschulden beim Verwahrungs- und Bevollmächtigungsvertrag als einseitigen Verträgen der im § 1324 statuirten Abstufung. Welche Regel kommt aber zur Anwendung, wenn für den Verwahrer oder Bevollmächtigten ein Lohn bedungen wurde? (§ 969, 1004.) Daß diese Verträge unter der bezeichneten Voraussetzung entgeltliche sind, sagt das Gesetz (§ 1004); sie sind aber dann auch (und nicht nur Kraft der im § 864 unterlaufenen bekannten Verwechslung) zweiseitig oder gegenseitig³⁵⁵; sie sind eben auf einen Austausch von Leistungen gerichtet, und beide Parteien stehen in ihnen als Gläubiger und als Schuldner. Wie steht es nun hier um die Haftung, wenn ein Schaden durch geringes Versehen gestiftet wurde³⁵⁶? Unseres Erachtens besteht nur die Alternative: Entweder was die §§ 964, 966, 967, 1012 (1014) bestimmen, gilt auch hier; dann ist Randa's für die zweiseitigen Verträge aufgestellte Regel durchbrochen, sie gilt nicht für alle zweiseitigen Verträge; oder man wendet auf solche Fälle, weil es sich um zweiseitige Verträge handelt, die von Randa für diese aufgestellte Regel an; dann aber bedeuten die citirten Paragraphen, je nachdem es sich in concreto um einen einseitigen oder zweiseitigen Vertrag handelt, ganz Entgegengesetztes, beziehungsweise man nimmt, wofern der Vertrag ein zweiseitiger ist, so unterscheidungslos auch jene Paragraphen sprechen, die anzuwendende Regel nicht aus ihnen, sondern gewinnt sie, trotzdem das Gesetz eine unzweideutige Specialregel aufgestellt hat, durch eine von ganz anderen Gesetzesstellen hergeholte Analogie.

Müssen wir hiernach Randa's Lehre, soweit sie die Haftung in zweiseitigen Vertragsverhältnissen betrifft, ablehnen, so müssen wir allerdings des Vorwurfs gewärtig sein, daß wir hiemit ein der Praxis werthvolles Ergebnis (Haftung auch für entgangenen Gewinn bei levis culpa in gegenseitigen Vertragsverhältnissen), das durch Interpretation erreichbar schien,

³⁵⁵ Wir brauchen uns, um dieses Ergebnis zu gewinnen, nicht einmal auf jenen Standpunkt zu stellen, den Brinz Pand. (2. Aufl.) II, S. 57 f., 143 f. eingenommen hat.

³⁵⁶ Randa hat sich darüber nicht ausgesprochen. Ebenso bleibt zweifelhaft, ob er den Pfandvertrag, den § 1369 für „zweiseitig verbindlich“ (in Wahrheit für einen sog. contractus bilateralis inaequalis) erklärt, seiner Regel über die einseitigen oder der über die zweiseitigen Verträge unterstellt.

durch ein weniger befriedigendes Ergebnis zu ersetzen suchen. Wir glauben aber, daß dieser Vorwurf nicht sehr schwer wiegt. Das Gesetz, wie wir es mit der von jeher herrschenden Lehre verstehen, ist weitaus befriedigender, als jener principlose Rechtsatz, den Kanda aus demselben gewinnen zu können glaubt, sobald man nur gehörig betont, daß der Wille des Gesetzes dahin geht, den dolosen oder grob culposen Beschädiger hart anzufassen. Mag immerhin der *levi culpa* Schädigende gelind durchkommen, er hat die Persönlichkeit des Beschädigten, seine Würde als Person, nicht „beleidigt“, dieser trägt jenen Theil des Schadens, den er nicht vergütet bekommt, wie ein Elementarereignis, wo ihm ja auch Niemand den daraus hervorgehenden Schaden vergütet; aber knirschend und verzagend an Recht und Gerechtigkeit muß er es tragen, wenn er, wie das jetzt nur allzuoft der Fall ist, Bosheit eines Anderen über sich ergehen lassen muß, und kaum seinen positiven Schaden vergütet bekommt, während ihm das Gesetz Genugthuung zuspricht. Die Besserung dieses unerquicklichen Zustandes liegt in der Macht der Praxis. Sie braucht nur das Gesetz so anzuwenden, wie es vom Gesetzgeber gedacht und gewollt war.

IX. Die Beweislast und der Schädenproceß. Schluß.

Die Regulirung der Beweislast, wie sie in den §§ 1296 ff. vollzogen ist, ist eine weitaus präcisere, als jene war, die sich im w. g. O. B. fand. Zeiller bemerkte (19. Mai 1806), die Regel, die nun im § 1296 steht, sei im w. g. O. B. III § 453 „nur versteckt und folgerungsweise enthalten“³³⁷ und „verdient wohl diese deutlichere Aussage“, wie er sie, wesentlich übereinstimmend mit § 1296 vorschlug. — Dem § 1297 b. O. B. entsprach kein einzelner Paragraph des w. g. O. B., sondern sein Inhalt war nur aus einer Combination von III §§ 426, 428, 433, 435 zu erschließen. Dazu führte Zeiller aus: „Damit man eines Versehens beschuldigt werden könne, würden zwei Stücke erfordert: 1. müsse man durch das Versehen die Rechte Anderer verletzen . . . 2. werde, da das Versehen . . . im Mangel des gehörigen schuldigen Fleißes, wozu auch schuld bare Unwissenheit zu rechnen ist, besteht, und Niemand zu etwas Unmöglichem verbunden sein kann, auch erfordert, daß man einen solchen Fleiß anzuwenden fähig war. Diese Fähigkeit bestimme der Gesetzgeber, wie in vielen anderen Fällen, nach einer Vermuthung, die aus den gewöhnlich vorkommenden Erscheinungen abstrahirt, obschon einzelnen (gegen die Vermuthung zu

³³⁷ Es war gesagt, es müsse sich der Verletzte um die Beweismittel der ihm zugefügten Verletzung und des daraus entstandenen Schadens, soweit es thunlich sei, bewerben. Daraus ließ sich schließen, daß er den Beweis der verletzenden Handlung und des daraus erwachsenen Schadens erbringen müsse.

erweisenden) Ausnahmen unterworfen ist. So wie der Gesetzgeber nach einer gemeinen Erfahrung vermuthet, daß Jeder mit 24 Jahren sein Vermögen zu verwalten im Stande sei³³⁸, ebenso vermuthet er auch, daß Jedermann die gewöhnlichen Fähigkeiten, und daß er Alles, aber auch nur das zu wissen und zu thun vermöge, was die Menschen von gewöhnlicher Fähigkeit nach einer gemeinen Erfahrung wissen und thun können. Wer behauptet, daß ein Mensch nicht einmal dieses gewöhnlichen Fleißes fähig sei, müsse es daraus darthun, daß demselben der Verstandesgebrauch mangelt oder daß er sich in einer ungewöhnlichen Zwangslage befunden habe . . . Wer behauptet, daß Jemand noch eines größeren ungewöhnlichen Fleißes fähig war, könne sich darauf berufen, daß derselbe sich ausdrücklich oder stillschweigend dazu bekannt habe³³⁹.“

So wurde der Paragraph angenommen, und das ist Alles, was in der ersten Lesung über die Vertheilung der Beweislast beschlossen wurde. Die beiden „Vermuthungen“ der §§ 1296 und 1297 waren als alle Fälle umfassende Regulirungen der Beweislast gedacht. Sie hätten gelten müssen sowohl bei Klagen aus delictischen Beschädigungen, wie aus Vertragsverletzungen, und es hätte also auch im letzteren Falle der Kläger das Verschulden des Gegners beweisen müssen. Hier waren also Beschädigungen aus Delicten und Vertragsverletzungen noch wesentlich gleichgestellt³⁴⁰. Dieses unerträgliche Resultat wurde aber, kaum bemerkt, auch wieder eliminiert. Zeiller beantragte bei der Revision (3. December 1807), es möge, damit die im § 1296 aufgestellte Vermuthung nicht gegen den wahren Sinn zu weit ausgedehnt werde, nach § 1297 die Einschränkung beigelegt werden: „Wenn also Jemand eine fremde Sache in seiner Gewalt hat und dieselbe bei ihm beschädigt oder verloren wird, so liegt ihm der Beweis ob, daß der Schade oder Verlust der Sache ohne ein solches Verfahren oder durch bloßen Zufall erfolgte.“ Nach kurzer Debatte, in welcher Haan hervorhob, daß man auch auf Unterlassungen z. B. des Depositars Rücksicht nehmen müsse, während Andere nur den § 1297 präcisier gefaßt wissen wollten, unterschied Zeiller selbst: Wenn man sich gegen den Verletzten in einem

³³⁸ Schon dieses Argument beweist (und ebenso die Art, wie Zeiller sofort von dem zu führenden Gegenbeweise spricht), daß die „Vermuthung“ des § 1297 nur Motivirung des gesetzlichen Grundsatzes ist, daß Jedermann für *levi culpa* zu haften habe. Unger II, S. 600, Note 52; schieff Stubenrauch (2. Aufl.) II, S. 428 und schon Scheidlein IV, S. 22.

³³⁹ Anspielung auf § 1299 f.

³⁴⁰ Man kann freilich auch annehmen, daß die beiden Paragraphen oder wenigstens § 1296 sich in diesem Stadium ausschließlich auf Delicte bezogen und die Redactoren dies nur nicht mit der wünschenswerthen Klarheit erkannten — aber man wird dieser Erklärung keine übergroße Wahrscheinlichkeit zugestehen können. Vgl. sofort weiter im Texte.

Zustand außer Contract befindet, wird man durch Unterlassung zu Nichts verbunden; wenn man aber aus der Contractverbindlichkeit zu Allem verbunden ist, verletzt man auch schon durch Unterlassung. Und nun erst entstand § 1297 genau in seiner gegenwärtigen Fassung und ganz neu der § 1298. Wohl überseh' Zeiller bei dieser³⁴¹ Deduction, daß es auch solche privatrechtliche Delicte gibt, die durch Unterlassung begangen werden können. Aber da doch Delicte regelmäßig durch positive Handlungen begangen werden, während Vertragsverletzungen ebenso oft durch positive Handlungen wie durch Unterlassungen erfolgen, so darf man behaupten, daß schon Zeiller, wenn auch nicht in voller theoretischer Klarheit, den § 1296 wesentlich auf Delicte, den § 1298 aber auf Vertragsverletzungen³⁴² bezog, und damit das Richtige vollständiger traf, als dies in unseren Commentaren zu geschehen pflegt³⁴³. Der wahre Gedanke des Gesetzes ist vielmehr folgender: Wer sich auf ein Delict des Beklagten beruft, behauptet die Entstehung einer (neuen) obligatio ex delicto; demgemäß muß er alle Momente erweisen, die seinen Anspruch fundiren: seinen Schaden, die Herbeiführung desselben durch eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, das Verschulden³⁴⁴ des Letzteren und — wo es darauf ankommt, auch — den Grad dieses Verschuldens; dagegen „den Beweis, daß er in Folge eines Umstandes für den er nicht zu haften habe, also ohne seine Schuld, außer Stande sei, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, hat der Schuldner zu führen, der auf Grund einer erwiesenen³⁴⁵ entstandenen Obligatio belangt wird³⁴⁶; wo aber der Kläger auf ein Verschulden des Gegners³⁴⁷ einen neuen nicht an sich schon durch

³⁴¹ Nicht auch anderwärts, z. B. § 1301: „Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Uebel zu verhindern.“

³⁴² § 1298 bezieht sich nur insofern auf Delicte, als es sich um die Verabstümung einer dem Beklagten obliegenden gesetzlichen Verpflichtung zu einem positiven Thun handelt, z. B. § 1309, 1320 u. f. w.

³⁴³ Entschieden unrichtig ist es, wenn man (z. B. Scheidlein IV, S. 20) „die Vorschrift des § 1296 eigentlich als Regel, jene des § 1298 aber als Ausnahme von der Regel betrachten“ will.

³⁴⁴ Dieses wird freilich oft nicht als selbständiger Beweisatz hervortreten, sondern sich schon aus der erwiesenen Widerrechtlichkeit der Handlung ergeben.

³⁴⁵ Die Begründung der schuldnerischen Verpflichtung (in dem Hauptfall also: den Abschluß des Vertrages), die freilich oft unbestritten sein wird, muß der Kläger regelmäßig beweisen. Nicht minder den Schaden, nicht aber das Verschulden des Beklagten.

³⁴⁶ „Die Sache liegt processualisch so: Der Kläger beruft sich auf sein Forderungsrecht und weist die Entstehung desselben nach, der Beklagte setzt entgegen, daß dieses Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen sei. Aber nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung vernichtet das Forderungsrecht; daher muß der Beklagte behaupten und darthun, daß die Unmöglichkeit in der erforderlichen Weise eingetreten sei.“ Windscheid Pand. II, § 265, Note 17.

³⁴⁷ Bei uns insbesondere auch auf den höheren Grad dieses Verschuldens.

das Schuldverhältniß gegebenen Anspruch gründet, liegt ihm auch zunächst ob, jenes als die Voraussetzung seines Anspruchs zu erweisen“³⁴⁸.

Diese Regeln über die Vertheilung der Beweislast sind sicher principiell durchaus richtig³⁴⁹. Allerdings ist es nicht zu billigen, daß nur die für Vertragsverletzungen geltende Regel als Beweisregel formulirt ist³⁵⁰, die für Delicte dagegen im Gewande der Vermuthung auftritt³⁵¹, aber das ist doch nur ein verfehlter Ausdruck eines richtigen Rechtsfages, und kann bei dem heutigen Stande der Wissenschaft kaum noch heirren.

Neben diesen allgemeinen Regeln bestehen einige besondere Bestimmungen³⁵², insbesondere in Betreff des Nachweises der Höhe des Schadens. Müßte dieser ebenso streng erbracht werden, wie regelmäßig der Beweis jedes processualisch wichtigen Factums, so wäre er eben in zahllosen Schadenprocessen gar nicht zu erbringen. Für gewisse Arten von Schäden und in gewissen Proceßarten ist denn auch diesfalls von unserer Gesetzgebung besondere Vorsorge getroffen, indem sie durch Aufstellung von Tarifen Parteien und Richtern bestimmte Anhaltspunkte gegeben, beziehungsweise indem sie durch ausdrückliche Einräumung freien richterlichen Ermessens die Möglichkeit ge-

³⁴⁸ Worte von Arndts Pand., § 250 a. E. Vgl. Dernburg Preuß. Priv.-R. II, § 70.

³⁴⁹ Sie und die weiteren daraus abzuleitenden Detailregeln sind denn auch in unserer Praxis anerkannt und in lebendiger Uebung. Vgl. z. B. Sammlung I, Nr. 288, 381; II, Nr. 920, 997; III, Nr. 1045, 1269; IV, Nr. 1744, 2056; V, Nr. 2189; X, Nr. 4530 u. a. Für ganz vergriffen halten wir aber die oberstgerichtliche Entscheidung und Motivirung in VI, Nr. 2784: Einem Uhrmacher war von einem Kunden eine Uhr zur Reparatur übergeben worden. Die bereits reparirte Uhr hing frei in seinem Gewölbe, und wurde von einem angeblich Kaufstügenden, als der Uhrmacher sich in das Nebenzimmer entfernte, trotz der Anwesenheit anderer Personen in dem Gewölbe gestohlen, der Dieb nicht eruiert. Der oberste Gerichtshof sprach den Uhrmacher klagfrei. Die Motive sagen, es sei darin kein Verschulden des Uhrmachers zu erblicken, daß er die reparirte Uhr ohne jede weitere Vorsorge gegen Entwendung unter den noch zu reparirenden an einem Haken hängen ließ; ist schon dies sehr problematisch, so ist es gerade widerspruchsvoll, daß der oberste Gerichtshof auf unseren Fall den § 1296 anwendete, also für den Beklagten, der doch aus einem Vertragsverhältniß geklagt war, die Vermuthung streiten lassen wollte, es sei der Schaden aus einem Unfall entstanden, gleichwohl aber auch annahm, daß dem Beklagten nach § 1298 der Beweis obliege, es falle ihm kein Verschulden zur Last. Damit sind zwei auf ganz verschiedene Fälle berechnete Beweisregeln combinirt und eine Vereiniung derselben ganz unmöglich.

³⁵⁰ Scheidlein a. a. D. S. 18 f. meint freilich, es lasse sich auch aus § 1298 eine Vermuthung ableiten.

³⁵¹ Vgl. dagegen die treffenden Ausführungen von Unger II, S. 593 f. Note 41 a.

³⁵² Die Haftung der Eisenbahnen nach dem Gesetze vom 5. März 1869 (worüber eingehend Randa in der mehrfach angeführten Abhandlung) bedarf hier keiner weiteren Untersuchung. Ebensowenig jene Fälle, in denen eine Haftung nicht auf einem Verschulden des Haftenden, sondern auf anderer Grundlage beruht; denn es versteht sich von selbst, daß hier ein Verschulden desselben auch nicht nachgewiesen werden muß.

schaffen hat, die Höhe des Schadens auch da festzustellen, wo seine Höhe nach den im ordentlichen Proceß sonst angewendeten Regeln nicht festzustellen wäre³⁵³. Abgesehen von diesen besonderen Fällen kommen aber zwei Punkte hier in Betracht: Einmal der Schätzungseid; dieser Eid, so frei gehandhabt, wie er nach § 214 ff. A. G. D. allerdings zur Anwendung gebracht werden dürfte und sollte³⁵⁴, würde in zahllosen Fällen vollständig ausreichen, die Höhe des Schadens zu fixiren, wo nach der bestehenden Praxis der Kläger an der Schwierigkeit, den Betrag seines Schadens zu erweisen, in Wahrheit scheitert, indem er einen ganz ungenügenden Ersatz erreicht. Zum Anderen aber die Thatsache, daß noch die Redactoren des bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt eine ungleich freiere Würdigung der Beweise im Proceßverfahren voraussetzten, als sie derzeit und seit sehr geraumer Zeit stattzufinden pflegt. Das ergibt sich nicht nur aus der in den Protokollen mehrfach vorkommenden³⁵⁵ Hinweisung auf das richterliche Ermessen, dessen weitgehende Freiheit die Redactoren als ganz selbstverständlich ansehen, es geht auch aus dem Gesetze selbst hervor, namentlich aus der Legaldefinition des entgangenen Gewinnes in § 1293: „Entgang des Gewinnes, den Jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge³⁵⁶ zu erwarten hat.“ Damit ist gesagt: Allerdings wird ein entgangener Gewinn nicht schon dann ersetzt, wenn man ihn ohne die Dazwischenkunft des beschädigenden Ereignisses nur möglicherweise gehabt hätte³⁵⁷, wohl aber ist er zu ersetzen, wo sich der Richter, die gesammten Umstände des Falles erwägend, nach dem aus den Erfahrungen des Lebens resultirenden Verhältniß von Ursache und Wirkung sagen muß, daß dieser Gewinn, wofern das schädigende Ereigniß nicht dazwischen gekommen

³⁵³ Vgl. z. B. Forstgesetz v. 3. Decemb. 1852 (R. G. B., Nr. 250) §. 72, 73 und Beilage D, Patent v. 19. Octob. 1846 (Z. G. S. Nr. 992) § 27, Gef. v. 27. April 1873 (R. G. B. Nr. 66) über das Bagatellverfahren §§ 33, 63.

³⁵⁴ Die ältere Doctrin nahm an, daß mittelst des Schätzungseides der entgangene Gewinn, wie die Affection geschätzt werde. Schöman II, S. 150 ff., der letzteres insbesondere durch L. 54 D. mand. „unwiderleglich“ bewiesen findet. Vgl. § 215 A. G. D.: „was ihm insbesondere daran liegt . . . Schaden oder entgangener Nutzen“. Rippel Erl. der A. G. D. (1845) I, S. 559, A. 3 bezeugt, daß die Praxis noch vorherrschend den Schätzungseid auch über den Betrag des Schmerzensgeldes zulasse. Dagegen Randa Haftung der Eis.-Aut. Note 18. Die Praxis hat allenthalben die Zulassung des Eides erschwert. Lehmann a. a. D. S. 6 f., S. 34 ff., doch ist er bei uns keineswegs so selten, daß man von ihm sagen könnte, sein eigentliches Wesen scheine „darin zu bestehen, daß derselbe fast gar nicht vorkomme“. Aus unserer Praxis vgl. bes. Sammlung I, Nr. 467; III, Nr. 1421; IV, Nr. 1485, 1815; V, Nr. 2169; VII, Nr. 3379, 3568.

³⁵⁵ Vgl. z. B. bei Note 107, 165, in und nach Note 189, Note 295, 296 u. f. w.

³⁵⁶ Vgl. zu dieser Anwendung der „Regel des Lebens“ Bar Causalsammenhang S. 145 ff. — Eine ganz ähnliche Formel bei Rußbaumer a. a. D. S. 24: „. . . wie ihn so der Lauf des Lebens und des Verkehrs mit sich bringt“.

³⁵⁷ Diese Grenze muß auch beim Schätzungseide eingehalten werden — daher das richterliche Moderationsrecht. Rußbaumer S. 18, 22, 42.

wäre, zu erwarten gewesen, und wie wir (arg. § 878) gewiß auch für das österreichische Recht hinzufügen dürfen: in ehrbarer Weise zu erzielen gewesen wäre³⁵⁸. Auch nach unserem Gesetze also soll hier der Richter „Weltmann“³⁵⁹ sein; er soll nicht nur die Gesetzesparagrafen und seine Acten, er soll die Regel des Lebens im Auge haben; und wenn er findet, daß nach dieser, „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge“ (den ja nicht das Gesetz bestimmen kann, sondern nur die allgemeine menschliche Erfahrung ergibt), nicht nur überhaupt ein Gewinn erzielt worden wäre, sondern daß dieser nach dem nämlichen Laufe der Dinge, also wahrscheinlich, auch in einem bestimmten Betrage erzielt worden wäre, dann soll er nicht engherzig und formalistisch nach weiteren Detailbeweisen fragen, sondern ebenso frisch zugreifend, wie der französische Richter, den so bestimmten wahrscheinlichen Gewinnentgang vergüten lassen. So aufgefaßt, ermächtigt uns § 1293 zu Entscheidungen, die sogar liberaler sind, als einzelne in den Pandecten enthaltene. Wenn die Quellen (L. 29, § 3 D. ad l. Aquil. 9.2) dem Fischer, Jäger oder Vogelfänger, dessen Neze ein Anderer beschädigt hat, zwar eine Entschädigung für den Schaden an den Nezen, nicht aber auch einen Ersatz für den Gewinn zusprechen, den er entbehren muß, weil er bis zur Wiederherstellung der Neze in dem Betriebe seines Gewerbes gehindert ist, cum incertum fuerit, an pisces caperentur, wenn sie also diesen Gewinn als einen solchen denken, der nur zufälligerweise hätte gemacht werden können — so haben wir doch für unser österreichisches Recht durchaus keinen³⁶⁰ Anlaß, die gleiche Entscheidung in derselben Allgemeinheit zu billigen. Sie ist vielmehr nur richtig, wofern das vorliegende Verschulden levis culpa war; beruht die Beschädigung aber auf dolus oder lata culpa, so wird vielmehr der wahrscheinlich entgangene Gewinn, also der Regel nach der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entfallende Durchschnittsertrag, den das Gewerbe abwirft, zu ermitteln und dem Beschädigten zuzuerkennen sein. Mit anderen Worten: soweit es sich um einen zu vergütenden entgangenen Gewinn handelt, ist schon durch §. 1293 das Schadenersatzrecht in jene Sonderstellung gebracht, die Lehmann³⁶¹ für dasselbe fordert; das Gleiche gilt aber überhaupt von jenen Fällen, in welchen Genugthuung zu leisten ist, auch wenn diese mehr umfaßt, als den entgangenen Gewinn; das kann nicht

³⁵⁸ Jansenöhrl S. 253.

³⁵⁹ Lehmann S. 29: „Unsere Richter müssen sich mehr als Männer von Welt fühlen, sie müssen sich über die Dinge des Lebens mehr Urtheil zutrauen, als sie es jetzt thun.“ S. 24: „Es soll der Richter als solcher auch das wissen dürfen, was alle Andern wissen. Das ist es eigentlich, wo wir hinaus wollen.“ Vgl. auch Jasse Culpa, S. 400 ff.

³⁶⁰ A. M. Unger a. a. D. XIV, S. 115, Anm. 7.

³⁶¹ A. a. D. S. 17: „Der Schadenproceß (muß) gleichsam von dem Podium des gewöhnlichen Proceßes abgehoben und auf einen ganz aparten Platz gestellt werden.“

anders sein, wofern auch nur das soeben vom entgangenen Gewinn ausgeführte richtig ist³⁶²; es findet aber seinen speciellen gesetzlichen Beleg in der Bestimmung über das Schmerzgeld (§ 1325: „den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzgeld“), das ja nichts Anderes ist, als ein besonderer Fall von Genugthuung³⁶³.

Was wir nachweisen wollten — unsere Absicht war ja nicht, eine vollständige Lehre vom Schadenersatz zu schreiben — das glauben wir bewiesen zu haben: Das Schadenersatzrecht durchzieht alle Lehren des Gesetzbuches, und läßt sich durch eine Revision des XXX. Hauptstückes noch keineswegs reformuliren; und die Sätze unseres materiellen Schadenersatzrechtes sind durchaus nicht so mangelhaft, daß in ihnen ein zwingender, zur Reform treibender Grund gelegen wäre, wie er vorliegen müßte, um das Wagniß einer stückweisen Revision der Gesetzgebung zu rechtfertigen. Ist unser materielles Schadenersatzrecht revisionsbedürftig, so wird man nicht allzuvielen Materien unseres bürgerlichen Rechtes aufzuzählen vermögen, die nicht in ähnlichem oder gar höherem Grade einer Revision bedürften. Allerdings erachten auch wir unser Schadenersatzrecht nicht für so vortrefflich, daß es überall nur zu loben wäre. Wohl aber behaupten wir, daß dasselbe, wenn es von Anfang an bis auf unsere Tage in jenem Geiste angewendet worden wäre, in welchem es von seinen Verfassern gedacht war, nicht allzuviel Ursache zu Beschwerden gegeben hätte. Selbst die Sätze des processualischen Beweisrechtes sind bei weitem nicht so schlimm, als sie durch eine nun hundertjährige Praxis erst geworden sind. Wir glauben behaupten zu dürfen, daß zahllose Klagen, die jetzt entweder nicht erhoben werden, weil man sie als aussichtslos ansieht, oder die als unbegründet abgewiesen werden, oder endlich solche, die dem Kläger einen Sieg gewähren, der nicht viel besser ist, als eine Niederlage — zur siegreichen Durchführung gebracht werden könnten, wenn das Gesetz von der Praxis³⁶⁴ in jenem Sinne zur Anwendung gebracht würde,

³⁶² So bemerkt Ruffbaumer vom Schätzungsseid S. 42: „Einmal wird der Schwörende sein Interesse meistens in einer vollen, runden Summe angeben; . . . und dann spielen sicherlich oft mancherlei Rücksichten, Beziehungen auf die Sache, nicht gerade pecuniärer Natur, Gefühle zc. unwillkürlich bei der Schätzung mit, so daß diese dadurch erhöht wird, und der Schwörende macht sich daraus in Berücksichtigung des Chicanösen und böswilligen Benehmens des Beklagten durchaus kein Gewissen; er findet dies am Plage und der Gerechtigkeit gemäß, und wir geben ihm darin Recht.“

³⁶³ Besonders zu beachten ist auch § 1326. Niemand wird fordern, daß die verunstaltete Person einen Beweis unternahme, sie würde wirklich geheiratet, wirklich ein besseres Fortkommen gefunden haben, wenn sie nicht verunstaltet worden wäre. Der Umstand, daß „ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann“ genügt, die Regel des Lebens bringt solche Wahrscheinlichkeit mit sich, es bedarf daher keines weiteren Beweises.

³⁶⁴ Die Klage über das „Ueud“ des Schadenrechtes ist keine specifisch österreichische. Aber wo sie ertönt, da richtet sie sich nicht sowohl gegen das materielle Recht, als viel-

in welchem es zur Anwendung gebracht werden will. Und darum, weil die Grundprincipien dieser Gesetzgebung gesund sind — darum sind wir gegen eine legislative Revision. Denn „wo die nöthigen Normen aus bestehenden Principien gewonnen werden können, da muß man nicht ein Gesetz geben, sondern die Juristen auf die eigene wissenschaftliche Thätigkeit verweisen. Es ist eine mechanische Vorstellung der Zeit, hier überall mit einem Gesetze bereit zu sein . . .“³⁶⁵. Wir wollen gar nicht betonen, daß es ja immer noch ungewiß wäre, ob das neu zu schaffende Recht in jeder Beziehung

mehr gegen das Proceßrecht und noch mehr gegen die Art, wie letzteres gehandhabt wird, also gegen die Praxis, und das dem französischen Recht gespendete Lob gilt nicht dem französischen Gesetz, sondern der französischen Praxis, — natürlich Tadel und Lob nicht dem gegenwärtigen Richterstand, sondern seinen alten Traditionen. Vgl. Lehmann S. 44: „Mit den . . . Bestimmungen unseres (sächsischen) Civilrechtes würde sich . . . sehr gut auskommen lassen.“ S. 42: „Die Klage ist . . . gegen die ganze neuere deutsche Proceßlegislation zu richten.“ S. 16: „Es enthalten der code civ. und code de proc. eigentlich gar nichts, was dem französischen Richter nur einigen sicheren Anhalt gäbe. Wenn nun aber dessenungeachtet in Frankreich ein so freies der Gerechtigkeit entsprechendes Schandenverfahren zur Geltung gekommen ist, so hat das in dem eigenthümlichen esprit des französischen Richters seinen Grund . . . der französische Richter handhabt das Gesetz mehr productiv . . . Der deutsche Richter klammert sich fast ängstlich an das Gesetz an . . .“ S. 7: Damit sollte aber „nicht im Entferntesten dem sächsischen Richterstande irgend welcher Vorwurf gemacht werden. Der sächsische Richter ist der gewissenhafteste Richter, den es nur geben kann“. Zink I, S. 2: „Bei uns in Deutschland feste Beweistheorie nach positiven Regeln und ein engherziges Streben nach formaler Wahrheit; in Frankreich . . . ungebundene Würdigung der Vorgänge nach dem Inbegriffe der dargebotenen Erkenntnißgründe und ihrem natürlichen Eindrucke auf eine freie Ueberzeugung.“ S. 6: „Dagegen liegt Alles daran, daß das Factum im deutschen Proceße endlich einmal von den unseligen Fesseln eines veralteten Formalismus befreit werde, in denen dasselbe ein ungerechtes Mißtrauen in die richterliche Ueberzeugung noch immer gefangen hält.“ S. 7: „Die (französischen) Gesetze selbst gehen . . . über die wichtigsten Punkte, als wären sie selbstverständlich, mit Stillschweigen hinweg . . .“ S. 14: „Der französische Civilproceß (hat) einen sehr wichtigen . . . Beweisgrund . . . voraus; derselbe besteht in der klaren Evidenz der Thatfachen . . .“ S. 569 f.: „Die französische Rechtspflege . . . hält daran fest: Wie der Schaden zu ermitteln, das sei ihre eigene Sache . . . Der deutsche Richter kann sich des Verlangens nie erwehren, sich allen Beweis über die Thatfachen seines Falles von den Parteien geliefert zu sehen.“ S. 563 ff. — Ihering Schuldmoment S. 66: „ . . . daß unser heutiger gemeiner Proceß und unsere heutige Rechtsprechung in dieser Beziehung auch nur den billigsten Anforderungen genügen, wird Niemand, der ein Urtheil darüber hat, zu behaupten wagen“, und in den Jur. Bl. 1880 Nr. 11, S. 123, Sp. 2: „ . . . für eine Schadenersatzklage z. B. hätte ich mir lieber einen römischen, als einen heutigen Richter gewünscht“. Dernburg Preuß. Priv. R. II, § 75. Selbstverständlich ist dieser Punkt auch bei uns wohl beachtet worden: Casenöhrl S. 265, Note 87: „Unterstützt von einer höchst engherzigen Praxis ist (durch die Ausschließung des freien richterlichen Ermessens) die Durchführung eines Schadenersatzprocesses in Oesterreich beinahe zur Unmöglichkeit geworden.“ Randa im Gutachten S. 423 u. ff.

³⁶⁵ Stahl die Philos. des Rechtes (3. Aufl.) II/1, S. 252.

besser ausfallen würde, als das alte. Wohl aber möchten wir Gewicht darauf legen, daß Nichts die Praxis hindert, jene Aufklärungen, welche die Protokolle bieten, für unser Rechtsleben fruchtbar zu machen. So gewiß es der Festigkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung in Oesterreich im Allgemeinen nicht zum Heile gewesen, daß Präjudicien bei uns „nie die Kraft eines Gesetzes“ haben (§. 12), so gewiß kann hier derselbe Rechtsatz des § 12 einmal ein recht segensreicher werden; nichts hindert unsere Richter, die traditionell enge Auffassung unseres Ersatzrechtes aufzugeben; jeder einzelne darf, ja muß, wo ihn die Protokolle überzeugen haben, daß die herkömmliche Auffassung den Sinn des Gesetzes nicht trifft, diese verlassen und jene Auslegung zur Geltung bringen, welche dem Willen des Gesetzes wirklich entspricht. Damit wäre viel leichter und sicherer eine Besserung unerquicklicher Zustände geschaffen, als durch eine Revision des XXX. Hauptstückes.

Aber wir glauben auch noch nach einer anderen Richtung hervorheben zu dürfen, daß dieses dreißigste Hauptstück nur zum kleinsten Theil verantwortlich gemacht werden darf für die Schattenseiten unserer Schadenrechtspraxis. Wir sind überzeugt: Gäbe man den französischen Gerichten unser bürgerliches Gesetzbuch statt des code civil, sie würden meist nicht anders erkennen, als sie jetzt thun. Mit Leichtigkeit würden sie sich darüber hinwegsetzen, daß unser Gesetzbuch an Detailvorschriften in unserem dreißigsten Hauptstück reicher ist, als der code; sie würden sich, wo ihnen der erhobene Anspruch begründet erschiene, die ihn anerkennende Specialvorschrift aber fehlt, auf § 1295 stützen und aus demselben jene Rechtsätze gewinnen, die ihnen der code im Art. 1383 an die Hand gibt, und man weiß, was und wie viel man aus einem so allgemein lautenden Grundsatz deduciren kann; wo sie eine Verurtheilung auf Ersatz des positiven Schadens für nicht ausreichend halten würden, da würden sie nicht verlegen sein, dem Beklagten auffallende Sorglosigkeit zur Last zu legen und würden ihn zum vollen Ersatz des Interesse verhalten. Wenn aber § 1305 es ihnen etwa unmöglich machen sollte, einen Dienstherrn, der seinen Diener mit Dienstentlassung bedroht, wofern er einem Andern eine gewisse Gefälligkeit erweise, zu einer Entschädigung zu verurtheilen³⁶⁶, so würden wir das keineswegs beklagen können, sondern damit nur einen Auswuchs der französischen Praxis für abgeschnitten erachten; — Recht und Moral sind eben verschiedene Dinge.

Wenn wir aber die Gegenprobe machen wollten, wenn wir einem in den Proceßformalismus eingelebten österreichischen oder deutschen Richter statt des bürgerlichen Gesetzbuches oder des corpus juris u. s. w. den code civil, aber caeteris immutatis anzuwenden zumutheten — wird wirklich Jemand glauben, daß es auch nur möglich sei, daß er ihn handhabe, wie

der französische Richter? Wir glauben es nicht. Der Fehler liegt ja nicht in den Personen³⁶⁷ und nicht in dem materiellen Recht, — er liegt wesentlich in dem formalistischen Zuge, der das Verfahren erfüllt. Das aber sind Traditionen, die aufrecht bleiben würden, auch wenn zehnmal das materielle Recht geändert würde, die auch dann nicht verschwinden würden, wenn ein Specialgesetz geradezu darauf ausginge, sie wegzudecretiren³⁶⁸. Mit diesen Traditionen kann nur aufräumen ein auf neuen Grundlagen ruhendes Proceßrecht, das in Bausch und Bogen mit der alten Weise bricht, und dem ganzen Verfahren neue Wege weist. Wir glauben daher auch nicht, daß eine Proceßnovelle viel zu helfen vermöchte, die den Richter auch im ordentlichen Verfahren im Schädensproceß zur freien Beweismwürdigung anweist. Wohl aber erwarten wir eine entschiedene Besserung von dem Inslebentreten der neuen Civilproceßordnung, deren Entwurf §§ 297, 298³⁶⁹ auch diesfalls vorgesorgt hat. Wir erachten es für Aufgabe und Pflicht Aller, die es angeht, mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln dahin zu wirken, daß dieser Entwurf sobald als möglich Gesetz werde und in's Leben trete³⁷⁰. Und wir leben der Hoffnung, daß dieser neuen Praxis gegenüber kein Anlaß bestehen wird, die Reform des XXX. Hauptstückes als ein dringendes Bedürfniß der Rechtspflege zu bezeichnen³⁷¹.

³⁶⁷ Es wäre thöricht, Einzelnen einen Vorwurf zu machen, wo es sich um eine welthistorische Strömung handelt.

³⁶⁸ Zink I, S. 4: „Nichts ist . . . schwieriger, als diesen unsichtbaren und nur in der gleichförmigen Handhabung fortlebenden Theil eines Rechtssystems mit der Einführung des Wortlautes der Gesetze auf ein neues Gebiet zu verpflanzen . . .“

³⁶⁹ Dazu: Erläuternde Bemerkungen (1876) S. 110 f. Zink I. S. 612.

³⁷⁰ Und wäre es auch nur, um die Reform der Schadenrechtspraxis damit zu erreichen!

³⁷¹ Vgl. Baentig Haftung für fremde unerlaubte Handlungen S. 105.

³⁶⁶ Zink II, S. 301 f. (Nr. 323). Vgl. oben nach Note 119.

Gutachten

über die

Reformirung des Schadenersatzrechtes

von

Prof. **Wanda.**

Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den Schadenersatz und die Genugthuung, vom Standpunkte der heutigen Jurisprudenz gesehen, nach mehr als einer Richtung grundsätzlich nicht zu billigen sind und auch im Einzelnen vielfach der Berichtigung und Ergänzung bedürfen. Als derartige Mängel sind hervorzuheben:

I. Daß das 30. Hauptstück des II. Theiles (§§ 1293—1341, vgl. besonders §§ 1295, 1334 u. a.) den Schadenersatz, welcher in Folge der Nichterfüllung obligatorischer Verbindlichkeiten, und jenen, welcher — abgesehen von einem bestehenden obligatorischen Verhältnisse — zufolge einer unerlaubten Handlung zu leisten ist, gemeinsam behandelt und nach denselben Grundsätzen zu regeln bestrebt ist, während die Verschiedenheit der beiderseitigen Verhältnisse eine getrennte und zum Theil verschiedenartige Normirung erfordert. Die gleichartige Behandlung widerstrebender Verhältnisse ist nicht nur an sich ungerechtfertigt, sondern hat auch vielfach zur Trübung der Rechtsanschauung der österreichischen Theorie und Praxis in nicht unwesentlichen Punkten beigetragen. Es ist die Aufgabe der neueren Jurisprudenz: wieder zu scheiden, was in übel angebrachter Generalisirungssucht in unnatürliche Verbindung gebracht worden ist.

II. Ein anderer Mangel des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches besteht darin, daß dasselbe, wo immer es sich um einen Schadenersatz handelt, stets denselben Grad der Aufmerksamkeit und des Fleißes (der Diligenz) postuliert — gleichviel, ob ein Obligationsverhältnis vorliegt oder nicht; gleichviel ferner, auf welchem Rechtsgrunde das Schuldverhältnis beruht (§§ 1295 und 1297). Hiernach ist nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche in allen Verhältnissen stets derselbe Grad des Verschuldens, und zwar der geringste Grad desselben (das „Versehen“, § 1297) zu verantworten, während die Natur der Sache ebenso wie die Billigkeit es erfordert, daß das Maß der aufzuwendenden Diligenz und somit der Grad des zu prästirenden Verschuldens der Besonderheit und Eigenthüm-

lichkeit des betreffenden Verhältnisses sachgemäß angepaßt werde. Es ist beispielsweise gewiß nicht zu billigen, daß der Depositär bei dem unentgeltlichen, nur dem Deponenten zum Vortheile gereichenden Verwahrungsvertrage in gleicher Weise für jedes Versehen (*culpa levis*) verantwortlich gemacht wird, wie etwa der Commodatar oder der Käufer und Verkäufer, der Miether und Vermiether, der Gesellschafter, der Frachtführer u. s. f.

Mit Unrecht wurde ferner im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche der dem Gesellschaftsverhältnisse ganz angemessene römisch-rechtliche Haftungsgrad des *Socius* für *diligentia quam suis rebus adhibere solet* — der ausnahmslosen Herrschaft der allgemeinen Regel — Haftung für die durchschnittliche (normalmäßige) Diligenz (§ 1297) zum Opfer gebracht, während bei Begründung des Societätsverhältnisses gerade die Individualität des Gesellschafters vor Allem in Betracht gezogen wird.

Ebenso wenig bewährt sich die Alleinherrschaft der allgemeinen Regel (§§ 1295—1297) für solche Verhältnisse, in welchen vermöge ihrer besonderen wirtschaftlichen Natur und Stellung im Interesse der Verkehrssicherheit ein über das durchschnittliche Maß der Diligenz hinausgehender Grad der Sorgfalt verlangt werden muß. Dahin gehört insbesondere das Verhältniß der Frachtführer, dann der Schiffer und Gastwirthe, welchen schon das römische Recht (*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*) eine besonders strenge Haftung für die Gefahr der hier nothwendigen speciellen Beaufsichtigung (*periculum custodiae*) auferlegt hat. Noch viel dringender gebieten die heutigen Bedürfnisse des Verkehrs die rigorosere Haftung der großartigen, der Aufsicht des Publicums völlig entrückten, nahezu monopolistischen Transportanstalten der Gegenwart (der Eisenbahnen, Dampfschiffe u. s. f.), und zwar sowohl in obligatorischen als in außerobligatorischen Verhältnissen.

Ein bedauerlicher Mangel des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches besteht ferner darin, daß der Geschäftsherr (Werkmeister und Unternehmer), mit geringen Ausnahmen (vgl. besonders §§ 970 und 136), weder in obligatorischen noch in außerobligatorischen Verhältnissen für seine Leute einzustehen braucht, vielmehr lediglich das Verschulden in der Auswahl der Gehilfen (Werkleiter, Gesellen, Arbeiter u. s. f.) zu vertreten hat (man vgl. §§ 1161 und 1315 a. b. G. B.).

Für Agriculturnstaaten mag diese dem römischen Rechte entlehnte Regel genügen, für die heutigen Industrial- und Handelsverhältnisse bewährt sie sich durchaus nicht!

Sachgemäß und ganz im Einklange mit dem Verkehrswillen und dem Bedürfnisse des Lebens hat daher das französische und italienische Recht (Art. 1384 *code civil*, Art. 1153 *codice ital.*) die grundsätzliche Norm aufgestellt, daß der Unternehmer, ohne Rücksicht darauf, ob ein Vertrags-

verhältniß vorliegt oder nicht, unbedingt für den Schaden zu haften hat, welchen seine Leute bei der Ausübung der ihnen zugewiesenen Dienste verursachen, also selbst dann, wenn sie den Schaden nicht gerade in Ausübung der ihnen angewiesenen Berufspflichten, sondern bei Gelegenheit derselben durch culpose oder dolose Handlungen herbeigeführt haben. Ein Beispiel wird den ungenügenden Schutz, welchen hier das römische Recht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch gewähren, sofort klarstellen. So ist nach österreichischem Rechte der Besitzer einer Gasanstalt nur dann für den durch Gasexplosionen verursachten Schaden verantwortlich, wenn der Bedienstete, durch dessen Nachlässigkeit die Explosion verursacht wurde, eine zu diesem Geschäfte untaugliche Person ist (§§ 1161 und 1315)! Nähere Ausführungen über diese und andere wunde Punkte unserer Schadenersatzgesetzgebung finden sich in meiner Monographie: „Ueber die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen etc.“ (Wien 1869.)

III. Eine sehr bedenkliche Neuerung hat das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an das preussische Landrecht (im Gegensatz zum römischen Rechte) durch die grundsätzliche Bestimmung getroffen, daß sich der Umfang der Schadenersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens des Ersatzpflichtigen richtet. In der Regel ist nämlich nach §§ 1324, 1325, 1331 und 1332 a. b. G. B. zu ersetzen:

- a) Bei einem minderen Grade des Verschuldens — dem Versehen (der Außerachtlassung der normalen Diligenz, culpa levis) — nur der gemeine Sachwerth (der wirklich erlittene Schaden, damnum emergens); hingegen
- b) bei grober Fahrlässigkeit (auffallender Sorglosigkeit, culpa lata) oder absichtlicher Beschädigung (dolus) das volle Interesse („volle Genugthuung“), also auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans);
- c) wenn der Schaden durch eine strafgesetzlich verbotene Handlung oder aus Muthwillen oder Schadenfreude verursacht worden ist, auch der Werth der besonderen Vorliebe (der Affectionswerth); daß bei körperlicher Verletzung noch das „Schmerzensgeld“ eine Rolle spielt (§§ 1325), sei nur nebenher erwähnt. Nur ausnahmsweise ist, ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens, das volle Interesse zu vergüten besonders bei zweiseitigen Verträgen (§§ 1047, 1061, 1094 und 1120, vgl. den Nachweis in meinem Aufsatz: „Gerichtszeitung“ 1867, Nr. 7 und 8), bei Nichterfüllung von Geldverbindlichkeiten (§ 1334) und bei körperlichen Verletzungen (§§ 1325—1327).

Es liegt auf der Hand, daß die Einmischung des strafrechtlichen Momentes in einem Punkte, wo es sich lediglich um den civilrechtlichen Ersatz des verursachten Schadens handelt, durchaus nicht am Platze ist. Hat der Beschädiger den Schaden verschuldet, dann verlangt ebensowohl

die juristische Consequenz als die Gerechtigkeit, daß er den Schaden voll und nicht blos theilweise ersetze. So z. B. könnte bei minder rigoroser Auffassung nach österreichischem Rechte vom Lottocollectanten, der aus Versehen falsche Nummern in die Liste einträgt, der Ersatz des auf die wirklich gesetzten und gezogenen Nummern entfallenden Gewinnes nicht gefordert werden (vgl. den Rechtsfall Nr. 863 der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung), woselbst freilich das Verschulden des Lottocollectanten als ein grobes angesehen und dieser mit Rücksicht auf die angebliche Mitschuld des Setzenden, welcher die Controle verabsäumte, zum Ersatz der Hälfte des entgangenen Gewinnes verurtheilt wurde (§ 1304 a. b. G. B.).

Das Verschreiben einer Nummer kann aber nach Umständen doch auch nur „Versehen“ sein.

Zu noch größeren Unbilligkeiten führt die in Theorie und Praxis herrschende Auffassung, welche selbst bei zweiseitigen Verträgen, z. B. Kauf, Mieth, Pacht, im Falle der Nichterfüllung der Verbindlichkeit lediglich den Ersatz des wirklichen Schadens, und nur bei erweislich grober Nachlässigkeit oder doloser Nichterfüllung auch den Ersatz des entgangenen Gewinnes zu erkennen will. (Gegen diese unrichtige Auslegung des Gesetzbuches, welche neuerlich wieder in der Entscheidung Nr. 4064 der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung Ausdruck fand, vgl. meinen oben citirten Aufsatz.)

Vollends ungerechtfertigt erscheint die Berücksichtigung des incommensurablen „Werthes der besonderen Vorliebe“ im Civilrechte.

IV. Ein tiefgehender Mangel unserer Schadensgesetzgebung endlich betrifft die Beweisfrage. Die Nothwendigkeit des strengen gerichtsmäßigen Beweises aller Voraussetzungen des Ersatzanspruches, insbesondere des Betrages des Schadens, macht die Schadensproceße zu einer wahren Rechtsplage. Doch trifft dieser Mangel nicht das bürgerliche Gesetzbuch, sondern das Proceßrecht. Davon soll am Schlusse noch die Rede sein.

Die bisherigen Ausführungen lassen allerdings keinen Zweifel übrig, daß die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den Schadenersatz nach mehr als einer Richtung mangelhaft und reformbedürftig erscheinen. Darauf habe ich schon in meiner Schrift: „Ueber die Haftung der Eisenbahngesellschaften etc.“ (Wien 1869), hingewiesen. Trotzdem kann ich mich nicht für die Ansicht des Herrn Dr. Max Strauß erwärmen: Daß die gründliche Revision des 30. Hauptstückes des II. Theiles des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (von dem Rechte des Schadenersatzes etc.) im dringenden Interesse der Rechtspflege liege, soweit damit die radicale Reform, beziehungsweise neue Codification des genannten Hauptstückes, gemeint ist.

Die Gründe, welche meine Meinung bestimmen, sind folgende:

1. Der unter Z. I hervorgehobene Mangel ist mehr theoretischer Natur und kann, soweit es sich nicht um die später erwähnten materiellen Gebrechen handelt, durch die sachgemäße wissenschaftliche Darstellung der zu trennenden Gebiete paralytisch werden.

2. Der unter Z. II erörterte Mangel ist für die im praktischen Leben wichtigsten Fälle theils durch Specialgesetze, theils durch das Handelsgesetzbuch zum guten Theile bereits beseitigt.

Namentlich bestimmt das letztere in Ansehung der offenen Handelsgesellschaft, daß jeder Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden hat, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (Art. 94). Von großer Tragweite ist sodann die Bestimmung des Art. 395 H. G. B., daß der Frachtführer (Schiffer) für allen und jeden Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes entstanden ist, haftet, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (unabwendbaren Zufall, vis major), oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Der gewöhnliche Zufall befreit also den Frachtführer (insbesondere Eisenbahnen, Dampfschiffe etc., Art. 423) von der Ersatzpflicht durchaus nicht. Und denselben Grundsatz adoptirt in Ansehung des Schadens, welcher durch körperliche Verletzung oder Tödtung von Menschen durch die mit Dampfkraft betriebenen Eisenbahnen herbeigeführt wird, das Gesetz vom 5. März 1869, Nr. 27 R. G. Bl. Ebenso ergibt sich aus diesem Gesetze, im Einklange mit dem Art. 400 H. G. B., der Grundsatz, daß Frachtführer — insbesondere Eisenbahner — unbedingt für das Verschulden ihrer Leute und überhaupt aller Personen haften, deren sie sich bei Ausführung des von ihnen übernommenen Personen- oder Waarentransportes bedienen. Ähnliche Bestimmungen finden wir schon in der Fahr- und Briefpostordnung vom 12. Juni 1838, Nr. 280, und vom 6. November 1838, Nr. 302, in Ansehung der Sendungen und recommandirten Briefe, welche der Fahr- und Briefanstalt übergeben wurden. Sehr fühlbar bleibt allerdings immer noch der Mangel einer gleich strengen Haftungsnorm in Ansehung aller übrigen Geschäftsherrn (Unternehmer), welche nach dem bürgerlichen Rechte fast immer nur für ein Verschulden in der Auswahl tauglicher Leute haften. Eine Ausnahme in Ansehung der Wirthe, Schiffer, Fuhrleute enthalten, wie bemerkt, schon die §§ 970 und 1316. Diese Lücke kann indeß durch eine Novelle leicht ausgefüllt werden.

In erster Reihe dürfte die Erlassung eines Gesetzes über die Haftung der Unternehmer von Bergwerken und Fabriken für das Verschulden ihrer Angestellten bei Tödtungen und Körperverletzungen (nach Analogie des deutschen Gesetzes vom 7. Juni 1871) schon

aus Humanitätsgründen gegenüber der arbeitenden Classe dringend geboten erscheinen.

In zweiter Reihe würde die Annahme eines dem Art. 1384 des code civil entsprechenden Rechtsfazes (allenfalls mit gewissen Einschränkungen) zu empfehlen sein. Die allzustrenge Haftung des Depositors und überhaupt solcher Verpflichteter, welche aus dem obligatorischen Verhältnisse keinen Vortheil ziehen, ist — vom praktischen Gesichtspunkte der Verkehrssicherheit beesehen — wenigstens nicht vom Uebel.

Dem praktischen Mangel einer Norm, durch welche gerechterweise die Haftung des Staates und der Gemeinde für die von ihren Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Thätigkeit den Parteien verursachten Schadens statuiert werden soll, ist in neuester Zeit, wenigstens zum Theile, abgeholfen worden, nämlich in Ansehung der richterlichen Beamten (die Depositenbeamten ausgeschlossen) durch das Gesetz vom 12. Juli 1872, Nr. 112 R. G. Bl.

In Ansehung aller übrigen Staatsdiener ist zwar durch das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, Z. 145 (Art. 12), die Erlassung eines besonderen Gesetzes zugesagt worden, durch welches die civilrechtliche Haftung des Staates für die durch pflichtwidrige Verfügungen der Beamten verursachten Rechtsverletzungen normirt werden soll, indeß ist dies Gesetz bisher nicht erschienen. Auch durch die neueren Gemeindeordnungen ist die Haftung der Gemeinden wenigstens für solche Schäden ausgesprochen worden, welche durch die Vernachlässigung der ortspolizeilichen Verpflichtungen herbeigeführt worden sind (§ 37 Gemeindeordnung für Böhmen).

Ad III. Was die sachwidrige Abstufung des Umfanges der Ersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens betrifft, so ist den schreiendsten praktischen Inconvenienzen diese Regel theils durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch selbst, theils durch die spätere Gesetzgebung die Spitze abgebrochen. Denn, wie bereits bemerkt, es ergibt sich aus der Vergleichung der §§ 1047, 1061, 1094 und 1120 a. b. G. B., daß bei zweiseitig verbindlichen Verträgen im Falle verschuldeter Nichterfüllung stets das volle Interesse (und nicht bloß der sogenannte wirkliche Schaden) zu vergüten ist.

Desgleichen bestimmen die §§ 1325—1327 a. b. G. B., daß bei körperlichen Verletzungen oder Tödtungen auch der entgangene Vermögensvortheil zu vergüten ist. Ja nach § 1334 a. b. G. B. müssen bei Geldschulden ausnahmslos Verzugszinsen gezahlt werden, gleichviel ob die mora entschuldbar ist oder nicht.

Von besonderer Tragweite endlich ist die Bestimmung des Handelsgesetzbuches (Art. 283), daß der Schadenersatzberechtigte in Handelsfachen die Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinnes verlangen könne (eine Ausnahme im Art. 396 H. G. B.).

Die ungerechtfertigte Berücksichtigung des „Werthes der besonderen Vorliebe“ (§ 1332) und die Statuirung des „Schmerzensgeldes“ (§ 1326) kann durch eine kurze Novelle beseitigt werden.

IV. So erübrigt denn nur die dem Proceßrechte angehörige Frage über den Beweis des erlittenen Schadens. In dieser Beziehung kann ich auch heute nur die gewiß berechtigten Klagen wiederholen, die ich bereits in meiner Monographie: „Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen zc.“, S. 23 u. ff., hervorgehoben habe.

Es ist nämlich bekannt, wie unendlich schwierig es ist, bei Schadensproceß den Beweis des Schadens in jener unzweifelhaften Weise herzustellen, wie dies nach heutigem österreichischen Rechte in Ansehung von Thatfachen durch die gesetzlichen Beweisvorschriften gefordert wird. Existenz und Höhe des Schadens muß mit mathematischer Genauigkeit auf Kreuzer und Heller durch Sachverständige, Zeugen, Urkunden und Eide nachgewiesen werden, ohne Rücksicht darauf, ob denn nach der Besonderheit des Falles ein solcher Beweis überhaupt füglich möglich ist, beziehungsweise ob die Geringfügigkeit des geforderten Erfasses mit der Beschwerlichkeit, der Kostspieligkeit und dem Zeitaufwande der Beweisführung im Verhältnisse steht oder nicht. Die Nachtheile dieses ängstlichen Verfahrens beim Zuspruche des Erfasses werden noch dadurch gesteigert, daß der österreichische Richter — großgezogen im orthodoxesten Formalismus, und gewohnt, in den kleinlichsten Dingen nach der Handhabe einer gesetzlichen oder richterlichen Specialentscheidung zu suchen — geneigt ist, sich in der Frage über den Causalnexuß zwischen beschädigendem Ereigniß und erfolgtem Schaden, sowie in der Frage über Existenz und Umfang des entgangenen Gewinnes der engherzigsten Auffassung hinzugeben. Daß unter solchen Umständen auf Zuspruch des vollen erlittenen Schadens und entgangenen Gewinnes in der Praxis nicht zu rechnen ist, bedarf für Eingeweihte keiner näheren Auseinandersetzung. Kurz, durch die Festhaltung der strengen Beweistheorie im Schadensproceß wird das materielle Recht des Verletzten auf Ersatz schwer verkümmert und der durch das Gesetz theoretisch gebotene Rechtsschutz praktisch zum guten Theil wieder illusorisch.

Was man beim Bestande der gesetzlichen Beweistheorie von der Spruchpraxis unserer Gerichte in Schadensproceß erwarten darf, darüber möge z. B. die oberstgerichtliche Entscheidung (Nr. 1421 der Unger-Glaser-Walther'schen Sammlung) Aufschluß geben. Obgleich nämlich in jenem Falle durch Sachverständige erwiesen war, daß die Besitzer von Wasserwerken durch einen Eisenbahnbau Schaden erlitten, wurden dieselben dennoch mit ihrer Ersatzklage abgewiesen, weil zur Begründung des gestellten Entschädigungsanspruches noch bei weitem nicht der Beweis genügt, „daß aus jener Bauführung für die Kläger irgend ein Nachtheil entstanden ist“, sondern es

müsse dargethan sein, in welchem Maße der Wasserverlust gerade nur die Folge der durch die Bauführung am Bache hervorgebrachten Veränderungen ist. Dieser Mangel kann auch nicht durch den von den Klägern angebotenen Schätzungsseid ersetzt werden. Dieße sich auch die Wassermenge und Triebkraft, die der Bach verloren hat, in einem bestimmten Maße und in Ziffern ausdrücken erheben, so läßt sich doch einerseits weder ein absoluter Werth des Wassers und der Triebkraft denken (wozu der absolute Werth?), noch kann andererseits weder die Wassertriebkraft an sich, noch der Aufwand, der nöthig ist, um die entgangene Wasserkraft durch eine andere zu ersetzen, als Maßstab zur Ermittlung des Erfasses des Wasserentganges angenommen werden (warum nicht?).

Diese Rigorosität war selbst der formalistischen Theorie des vorigen Jahrhunderts, welcher die §§ 214—218 der a. O. Ausdruck geben, fremd (vergl. Glück IV, S. 450). Sagt doch selbst der § 217, daß der Schätzungsseid zuzulassen sei, wenn vermöge der Natur des Geschäftes kein hinlänglicher Beweis beizuschaffen ist.

Wie ich sehe, hat neuestens auch Dr. Hasenörl (Obligationsrecht I, § 19, Nr. 87) dieselbe Ansicht wie ich ausgesprochen und zur weiteren Illustration unserer Gesetzgebung den Fall Nr. 798 der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung angeführt, in welchem ein zum ausschließlichen Betriebe des Barbiergegeschäftes im Orte berechtigter Barbier mit seiner Entschädigungsklage gegen einen Winkelbarbier, der ihm unbefugter Weise Concurrenz machte, aus dem Grunde abgewiesen wurde, „weil es von der Willkür der Leute abhing, von wem sie sich rasiren lassen wollten“.

Zur Charakterisirung der kläglichen praktischen Zustände sei noch die Anführung nachstehender Fälle aus solchen Ländergebieten, in welchen bisher die gesetzliche Beweistheorie das Scepter führte, gestattet. Ein Arzt wurde auf einer norddeutschen Eisenbahn bei einem Unfall so schwer an den Füßen verletzt, daß er 20 Tage das Bett hüten mußte. Er beanspruchte 3 Thaler per Tag an Versäumniskosten. Das Kreisgericht Paderborn erkannte sie ihm zwar zu, aber erst, nachdem es die Patienten des Arztes über den Umfang seiner Praxis abgehört, darüber das Gutachten zweier Aerzte eingeholt, sich weiter das Gutachten des Kreisphysicus erbeten und nachdem der Arzt überdies den Schätzungsseid geschworen. (Zu lesen bei Koch, Eisenbahnanlage 34 b, und Lehmann S. 98.)

In einem anderen Falle verlangte ein schwerbeschädigter Magistratsrath unter Anderm den Ersatz für angeschaffte Hausschuhe. Das Interlocut des bayerischen obersten Gerichtes hierüber lautete: Daß Kläger zu erweisen habe, daß er sich wegen der Krankheit Hausschuhe machen lassen mußte und hiefür 1 fl. 12 kr. oder weniger, beziehungsweise wie viel, bezahlt habe. Der Schuhproceß dauerte vier Jahre.

Zu solchen wunderlichen Consequenzen führt die Beweisstheorie im Schadensproceffe.

Will man eben nicht auf halbem Wege stehen bleiben, will man dem Beschädigten den Schutz des Gesetzes in vollem Maße angeheihen lassen, so bleibt nichts übrig, als die Feststellung der Höhe der Entschädigungssumme dem freien richterlichen Ermessen anheimzugeben.

So ist dies in England, so ist dies in den Ländern des französischen Rechtes (Art. 128, 523 und 525).

Dies allein ist der Natur der Sache, ist dem Bedürfnisse des Lebens, ist der Würde des Richterstandes angemessen. Für dieses Princip tritt auch das Votum des sechsten deutschen Juristentages ein (Verhandlung II, S. 267). Vergleicht man die geringfügigen Entschädigungssummen, welche deutsche und österreichische Gerichte bei Eisenbahnunfällen zusprechen, mit jenen enormen Beträgen, auf die in England, Frankreich und in den deutschen Rheinprovinzen in solchen Fällen erkannt zu werden pflegt, so wird man erst recht gewahr, in welchem kläglichen Zustande unser Schadensproceß sich befindet.

Mit Recht stellen daher die neuen deutschen Gesetzentwürfe und Civilproceßordnungen die Festsetzung des Schadens oder des Interesses dem freien Ermessen des Gerichtes unter Würdigung aller Umstände anheim; so bereits die hannoveranische Civilproceßordnung von 1850, § 238; die württembergische Civilproceßordnung von 1868, § 444; die bairische Civilproceßordnung von 1869, § 330.

Uebereinstimmend normirt neuestens die deutsche Reichscivilproceßordnung § 260: „daß der Richter über die Frage, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich derselbe belaufe, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden habe“. (Man vergl. auch das Züricher Gesetzbuch, §. 999; das deutsche Gesetz vom 7. Juni 1871, § 7; den hessischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 662; den bairischen Entwurf, Art. 942; den Dresdener Entwurf, Art. 1075—1079.)

Die Einführung des freien richterlichen Ermessens bei Feststellung des Schadens wäre übrigens bei uns auch nicht einmal die erste Neuerung nach dieser Richtung hin. Denn in richtiger Erwägung der eigenthümlichen Natur des Schadensprocesses hat schon das Handelsgesetzbuch (Art. 27) bestimmt, daß im Falle eines durch den unberechtigten Gebrauch einer Firma zugefügten Schadens der Richter die Existenz und Höhe des Schadens nach freiem Ermessen zu beurtheilen habe. (Neuestens ist der Grundsatz der freien richterlichen Beweismüdigung auch in Ansehung des Reichsgerichtes [§ 28 des Gesetzes vom 18. April 1869, Z. 44] und der Gewerbegerichte [§ 59 des Gesetzes vom 14. Mai 1869, Z. 63]; ferner bei Feststellung der Entschädigung für zu Eisenbahnzwecken enteigneter Objecte

[Gesetz vom 18. Februar 1878, Nr. 30, § 30], sowie [beschränkt] im Bagatellverfahren [Gesetz vom 27. April 1873, Z. 66563] zur Geltung gelangt.)

Auch der erste österreichische Referentenentwurf von 1867 (nach dem Berichte der Commission des Abgeordnetenhauses vom 17. December 1869, § 310) und der neueste österreichische Entwurf von 1876, § 298, lassen (wenn auch in beschränkter Weise) das richterliche Ermessen, wenigstens bei Feststellung der Größe des Schadens, zu, sofern nämlich der Beweis entweder gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten zu führen wäre.

Es war daher gewiß nur zu bedauern, daß sich die österreichische Legislation nicht einmal bei Erlaß des Gesetzes vom 5. März 1869 bewogen fand, in Fällen von Eisenbahnschäden den Grundsatz des freien richterlichen Ermessens zur Geltung zu bringen, trotzdem noch in letzter Stunde Dr. Jaques mit allem Nachdruck die Annahme desselben empfahl.

Auch heute kann ich mich nur dem Bedauern der hochgeehrten Collegen, der Hof- und Gerichtsadvocaten Dr. Jaques und Dr. Hasenörl (a. a. O.), anschließen, daß die österreichische Gesetzgebung dem richterlichen Ermessen in Schadensprocessen bisher keinen nennenswerthen Spielraum gewährt hat. Allein auch in diesem praktisch sehr wichtigen Punkte kann, meines Erachtens, der empfindliche Mangel durch eine kurze Proceßnovelle sanirt werden.

Alles in Allem genommen vermag ich nach dem Gesagten die dringende Nothwendigkeit einer radicalen Revision der Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den Schadenersatz nicht einzusehen, glaube vielmehr, daß dem Interesse der Rechtspflege viel besser gedient sein möchte, wenn die angedeuteten Mängel und Lücken der derzeit geltenden Schadenersatzgesetzgebung durch eine genau gefaßte Novelle behoben werden würden.

Zu dieser Auffassung drängt mich insbesondere der Entwicklungsgang der neueren vaterländischen Gesetzgebung. Wir erlebten nämlich in den letzten Jahrzehnten eine solche legislative Superflotation von Gesetzen und Verordnungen jeglicher Art und Größe mit mitunter ganz ephemerer Dauer, daß Theorie und Praxis kaum dazu gelangten, sich in die stets wechselnden Rechtszustände und Neugestaltungen einzuleben und dieselben im allgemeinen Interesse zu verwerthen.

In der Sturmfluth neuer und immer neuer, oft sehr mangelhaft textirter Gesetze liefen wir fast Gefahr, den ererbten festen heimatischen Rechtsboden unter den Füßen zu verlieren! Vergessen wir nicht, daß die Stabilität der Rechtszustände für den Bestand und das Gedeihen von Staaten und Völkern, für die Förderung der Volkswirtschaft und des Verkehrs, für die

Festigung des allgemeinen Rechtsbewußtseins und für die Sicherheit der Rechtspflege von unschätzbbarer Wichtigkeit und unabsehbarer Bedeutung ist! Halten wir darum fest an dem auf unantastbaren Grundlagen beruhenden, durch eine langjährige Erfahrung vorzüglich bewährten, zu einem wahren österreichischen Gemeingut gewordenen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, welches inmitten der brausenden Hochfluth von rasch wechselnden Gesetzen felsenfest seine Existenz bewahrt hat und hoffentlich noch lange bewahren wird.

Gutachten

über den Antrag des Herrn Dr. Max Strauß

betreffend die

Reform des österreichischen Schadenersatzrechtes

auf Wunsch der ständigen Deputation des österreichischen Advocatentages

erstattet von

Prof. Dr. Emil Strohal in Graz.

Die Ueberzeugung, daß unser Schadenersatzrecht den Bedürfnissen des Lebens vielfach nicht entspricht, ist eine allgemeine; und auch darüber ist man einig, daß der „Nothstand des Schadenprocesses“, von dem man wie anderwärts, so sicherlich auch bei uns sprechen kann, nicht zum geringsten Theile auf unsere Civilproceßgesetzgebung zurückzuführen ist, welche dem richterlichen Ermessen, anstatt demselben bei Ermittlung des Entschädigungsbetrages den freiesten Spielraum zu gewähren, beengende Schranken setzt und an den vom Schadenersatzkläger zu erbringenden Beweis Anforderungen stellt, welche gar oft nicht einmal erfüllt werden können, und die, wenn sie in concreto erfüllbar sind, doch immer unerträgliche Weitläufigkeiten und ganz unverhältnißmäßige Kosten verursachen.

Eine vollständige Beseitigung dieser allbekannten Uebelstände ist offenbar nicht vor dem Zeitpunkte zu erwarten, in welchem endlich einmal unsere veraltete Gerichtsordnung durch das schon lange erwartete neue Civilproceßgesetz ersetzt sein wird. Eine nicht ganz unerhebliche Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes könnte jedoch m. E. auch vorläufig schon durch Erlassung einer kurzen Civilproceßnovelle erzielt werden, welche einen doppelten Inhalt haben müßte; dieselbe hätte nämlich einerseits dem Richter in Schadenersatzprocessen die Möglichkeit zu gewähren, die Frage, ob in Folge einer bestimmten Thatsache oder eines Complexes von Thatsachen, für deren schadenbringende Folgen Jemand zu haften hat, ein Schaden überhaupt entstanden sei, nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen, und sie hätte andererseits den Richter zugleich in die Lage zu versetzen, über die Höhe des Schadens in Fällen, wo ein Beweis hierüber gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu erbringen ist, oder wo der Schaden auch ohne Beweisführung übersehen werden kann, unter Berücksichtigung aller vorliegenden Umstände nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Ich schicke diese Bemerkung voraus, weil ich mich im Folgenden mit der processualischen Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gar nicht zu beschäftigen habe, dabei aber doch nicht verkennen kann, daß jede Reform unseres materiellen Schadenersatzrechtes illusorisch bleiben muß, insoweit nicht dafür gesorgt ist, daß der Anspruch, welchen das materielle Recht dem Beschädigten zuspricht, im Prozesse auch seine volle Verwirklichung findet.

Was nun unser materielles Schadenersatzrecht betrifft, so wird gleichfalls allgemein zugegeben, daß gar manche Bestimmungen der Verbesserung bedürfen. Darüber aber, wo, wie und inwieweit die Reform einzugreifen hat, dürften die Meinungen noch vielfach auseinander gehen und mir will daher auch scheinen, daß eine Einigung hierüber nicht allzu leicht und allzu rasch zu erzielen sein wird. Verhält sich aber dies so, dann wäre es jedenfalls verfrüht, wenn schon heute an die Ausarbeitung einer das materielle Schadenersatzrecht zum Gegenstande habenden Novelle geschritten werden wollte; es kann sich vielmehr zur Zeit nur darum handeln, die Probleme, welche die Lehre vom Schadenersatz in reicher Fülle bietet, zu discutiren, eine Klärung der Meinungen und eine Ausgleichung der Gegensätze anzustreben und hierdurch die Reform in Fluß zu bringen.

Einen bescheidenen Beitrag hierzu sollen die nachfolgenden Auseinandersetzungen liefern.

I.

Eine der wichtigsten Fragen des materiellen Schadenersatzrechtes ist gewiß die: ob nur der Vermögensschaden Gegenstand einer Liquidirung in Geld sein soll, oder ob nicht unter Umständen dem in seiner Rechtssphäre Verletzten auch abgesehen von jedem Vermögensschaden eine Entschädigung in Geld soll zugesprochen werden können.

Der Standpunkt, den das bürgerliche Gesetzbuch zu dieser Frage einnimmt, ist bekannt. Im § 1293 wird der Begriff des Schadens in solcher Weise festgestellt, daß darunter nicht nur der Vermögensschaden, sondern auch jeder anderweitige von Jemandem erlittene Nachtheil fällt. In den §§ 1331, 335 erscheint der Richter angewiesen, bei Sachbeschädigungen, die „vermitteltst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht“ worden sind, dem Beschädigten das Affectionsinteresse zuzusprechen und im § 1325 wird dem an seinem Körper Verletzten ein Anspruch auf Schmerzensgeld gegen den Schuldtragenden zuerkannt. Auf die Möglichkeit der Zusprechung einer Entschädigung in Geld für einen erlittenen Nachtheil, der kein Vermögensschaden ist, scheint ferner der § 1323 a. G. hinzudeuten, indem er daselbst von einer vollen Genugthuung spricht, die sich auch auf die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt. Außerdem sei auch noch auf die §§ 277 und 285 a. G. D. verwiesen, die Demjenigen, gegen welchen mit Unrecht Verbot geführt, oder

Personalarrest verhängt worden ist, einen Anspruch auf eine in Geld zu leistende Genugthuung nicht nur ob des erlittenen Schadens, sondern auch ob des ihm widerfahrenen „Schimpfes“ zusprechen.

Der Gedanke, daß dem in seinen Rechten Verletzten auch in Fällen, wo es an einem Vermögensschaden fehlt, eine Entschädigung in Geld soll zuerkannt werden können, ist also unserer Gesetzgebung zwar nicht völlig fremd, er ist aber in derselben offenbar über einige kümmerliche Ansätze nicht hinaus gekommen.

Für uns handelt es sich somit darum, ob wir diesen Gedanken zur lebensvollen Entwicklung bringen, oder ob wir nicht vielmehr jegliche Spur desselben aus unserer Gesetzgebung austilgen sollen? Mir ist die Wahl nicht zweifelhaft; denn — obwohl mit dieser Ansicht wenigstens unter den österreichischen Schriftstellern ganz allein stehend — entscheide ich mich unbedenklich und rückhaltslos für die erste Alternative.

Ich vermag daher auch die Mangelhaftigkeit unserer Gesetzgebung nicht darin zu erblicken, daß dieselbe in Fällen, wo ein Vermögensschaden fehlt, die Zuerkennung einer Geldsumme nicht völlig ausschließt, sondern nur darin, daß sie die zahlreichen nicht ökonomischen Interessen in viel zu geringem Maße unter civilrechtlichen Schutz stellt und in principloser Weise einen solchen Schutz zwar hie und da gewährt, viel öfter aber versagt.

Weit entfernt davon, die Anordnungen der §§ 1331, 335 b. G. B., wornach in einigen qualificirten Fällen der Sachbeschädigung das Affectionsinteresse zu berücksichtigen ist, für widersinnig zu erklären, halte ich vielmehr diese Bestimmungen in ihrem Grundgedanken für durchaus sachgemäß. Denken wir uns nur z. B.: einem Gelehrten, der durch Jahre hindurch mit unermüdlischem Fleiße Materialien zu einem wissenschaftlichen Werke zusammengetragen hat, von welchem wir jedoch annehmen wollen, daß es dem Verfasser im Falle des Erscheinens zwar allseitige Anerkennung und wissenschaftlichen Ruhm, aber keinen Kreuzer Geld eingetragen hätte, würden diese Materialien, einem Mechaniker, der sich durch ein Decennium mit der Construction einer Maschine beschäftigt hatte, würde sein Modell von einem Anderen boshafter Weise vernichtet, respective zer schlagen und fragen wir uns dann, ob es billig, gerecht und sachlich angemessen wäre, wenn jener Gelehrte von dem Beschädiger nur den Papierwerth des Manuscripts und jener Mechaniker nur den Holzwerth des Modells zu beanspruchen hätte? Wer sich auch nur eine Spur gesunden Rechtsgefühles bewahrt hat, wird meines Erachtens nicht umhin können, diese Frage auf das Entschiedenste zu verneinen und damit zugleich die aus den §§ 1331 und 335 resultirende entgegengesetzte Entscheidung zu billigen.

Einen Tadel scheinen mir jedoch die mehrberufenen Bestimmungen insofern zu verdienen, als sie einerseits in den besonders herausgehobenen

Fällen eine Berücksichtigung des Affectionsinteresses — mag es in concreto auch noch so unverständig sein — imperativ anordnen, andererseits aber wieder in allen anderen Fällen schlecht hin ausschließen. Ein größerer Spielraum für das richterliche Ermessen scheint mir hier unerlässlich.

Die Bestimmung des § 1325 b. G. B. über das Schmerzensgeld, der ich mich jetzt zuwende, ist in neuerer Zeit nicht mit Unrecht arg in Mißcredit gekommen. Ein französischer Richter, der mit unserem § 1325 zu operiren hätte, würde zwar in demselben aller Voraussicht nach den genügenden gesetzlichen Anhaltspunkt finden, um dem durch das Verschulden eines Anderen körperlich Verletzten ganz abgesehen von jedem Vermögensschaden eine den Umständen wirklich angemessene Satisfactionssumme zuzusprechen. Unsere Praxis hat jedoch diesen Weg nicht einzuschlagen vermocht und die Schlußbestimmung des § 1325 durch eine kleinliche und armselige Tarification der einzelnen Schmerzen und des Grades der „Wehleidigkeit“, mit der sie ertragen werden, geradezu ad absurdum geführt. Es wäre jedoch ungerecht, dieses unbefriedigende Ergebnis unserer Praxis allein zur Last zu schreiben; der Grundfehler liegt vielmehr in der gesetzlichen Bestimmung über das Schmerzensgeld selbst, welche lediglich von einer Vergütung für die physischen Schmerzen spricht, die der Verletzte erduldet, während sie die dauernden Folgen der Verletzung und die hieraus resultirende Einbuße an Lebensgenuß völlig unberücksichtigt läßt.

Meines Erachtens würde es sich daher empfehlen, die Bestimmung über das Schmerzensgeld ganz zu streichen, anstatt derselben aber einen principiellen Rechtsatz des Inhalts aufzunehmen, daß der Richter dem durch das Verschulden eines Anderen körperlich Verletzten auch abgesehen von jedem Vermögensschaden eine angemessene Geldsumme zusprechen könne.

Zur Rechtfertigung dieses Vorschlags seien mir noch folgende Bemerkungen erlaubt: Allgemein wird es als eine Forderung der Gerechtigkeit anerkannt, daß Derjenige, welcher einem Anderen — wir wollen sagen doloser Weise — eine schwere körperliche Verletzung zufügt, dem Letzteren die Heilungskosten zu ersetzen hat, mögen sich dieselben auch auf viele Tausende von Gulden belaufen. Man läßt sich hiebei eben von der selbstverständlichen Erwägung leiten, daß die körperliche Gesundheit ein so unschätzbares Gut ist, daß ihre Erhaltung, respective ihre Wiederherstellung selbst um die größten finanziellen Opfer nicht zu theuer erkauft erscheint. Involvirt es aber dann nicht einen inneren Widerspruch, wenn behauptet wird, daß jeder civilrechtliche Schutz dann cessiren müsse, sobald die erlittene Verletzung eine unheilbare ist? Freilich wird dem unheilbar an seiner Gesundheit Geschädigten, dem in seiner körperlichen Integrität unheilbar Verletzten, dem eines wichtigen Organes Beraubten selbst die Zusprechung einer relativ hohen Geldsumme, das niemals voll ersetzen können, was er verloren hat. Was das Recht

dem Verletzten in solchen Fällen als Compensation für das eingebüßte Gut zu bieten vermag, bleibt also immer ein höchst unvollkommenes Surrogat. Ist es aber erlaubt hieraus zu folgern, daß dem Verletzten, da ihm schon einmal ganz nicht mehr geholfen werden kann, selbst der Anspruch auf jenes unvollkommene Surrogat für das verlorene Gut versagt werden müsse?

Denselben civilrechtlichen Schutz, wie die körperliche Integrität scheinen mir aber auch andere persönliche Güter zu verdienen: ich denke hiebei insbesondere an die Freiheit, die Geschlechtsehre u. dgl.

Demgemäß möchte ich daher ferner ausgesprochen wissen, daß der Richter auch im Falle der Verletzung solcher persönlichen Güter auf eine dem Verletzten zu leistende angemessene Geldsumme zu erkennen befugt sei.

Eine empfindliche Verletzung nicht ökonomischer, aber deshalb nicht weniger schutzbedürftiger, Interessen kann jedoch nicht allein durch schon an sich unerlaubte Handlungen, sondern auch durch Nichterfüllung geschlossener Verträge erfolgen. Einen drastischen hieher gehörigen Fall erzählt Lehmann in seiner Schrift: Der Nothstand des Schädensprocesses S. 57 ff. Der Fall ist dieser: „Eine Hochzeit soll abgehalten werden. Man kommt mit der Schaar der Gäste von der Kirche zum Gasthause um der vorherigen Bestellung gemäß das Hochzeitmahl einzunehmen und dann dort den Tag zu verbringen. Da findet man aber im Saale eine andere Gesellschaft vor. Es stellt sich heraus, der Wirth hat sein Wort nicht gehalten und den Saal Anderen überlassen, weil sie ihm mehr boten“. Auf dem Boden des österreichischen Rechtes würde in einem solchen Falle dem Brautvater, der mit dem Wirth contrahirt hat, nichts übrig bleiben, als seiner Entrüstung durch vorsichtiges, den Thatbestand des § 496 a. St. G. nach Möglichkeit vermeidendes, Schimpfen Luft zu machen. Daß aber diese Genugthuung eine durchaus unzureichende ist, dürfte wohl kaum bezweifelt werden.

Oder man denke an einen Fall, wo ein Musikverein eine Sängerin zu einem Wohlthätigkeitsconcerte engagirt hat, die wenige Stunden vor dem Zeitpunkte, auf welchen das Concert angesetzt war, aus Laune absagt, oder wo ein Verleger, der eine politische Broschüre in Verlag genommen hat, den Verlagsvertrag bricht, weil er von den politischen Gegnern des Verfassers Geld und gute Worte bekommen hat.

Man wird mir aber vielleicht entgegenhalten: in Fällen solcher Art könne derjenige Contrahent, der sich gegen den Vertragsbruch seines Mitcontrahenten sichern wolle, ja sehr wohl schon von vornherein eine Conventionalstrafe vereinbaren; habe er aber dies unterlassen, so habe er auch seine civilrechtliche Schutzlosigkeit nur sich selbst zuzuschreiben.

Hierauf möchte aber zu erwidern sein, daß es eben nicht Jedermanns Sache ist, beim Contractschlusse vor Allem an den Contractbruch zu denken und daß es nur bedauerlich wäre, wenn sich dies anders verhielte.

Man könnte mich ferner auch daran erinnern, daß es Sache des Strafrechtes sei, den muthwilligen Contractsbruch zu sühnen und daß man, um in dieser Richtung zu einem befriedigenden Rechtszustande zu gelangen, nur an das deutsche Recht des Mittelalters anzuknüpfen brauche, welches ja den Contractsbruch gleichfalls unter öffentliche Strafe gestellt hatte. Vgl. hiezu R. Löning: Der Vertragsbruch I, und Sichel: Die Bestrafung des Vertragsbruches.

Ich verkenne nun durchaus nicht, daß sich in einzelnen Fällen des Contractsbruches, z. B. im Falle des Bruches des Arbeitsvertrages, die Auferlegung einer öffentlichen Strafe allerdings rechtfertigen läßt. Zur Regel möchte ich dagegen die criminelle Behandlung des dolosen oder leichtsinnigen Contractsbruches jedenfalls nicht erhoben wissen. Mein Hauptbedenken dagegen besteht darin, daß man den Contractsbruch abgesehen von einigen ganz eigenartigen Fällen doch wohl nur als Antragsdelict behandeln könnte; unter dieser Voraussetzung läge aber wieder für den Verletzten, dem sein Rechtsgefühl sagt, daß ihm eine Satisfaction gebühre, die Verjüngung überaus nahe, sich die Stellung des Antrages auf strafrechtliche Verfolgung durch einen vom Verlezer zu zahlenden Gelbbetrag abkaufen zu lassen.

Aus diesen Erwägungen hielte ich es für angemessen, wenn auch bei groben Verletzungen von Vertragspflichten, trotz des Nichtvorhandenseins eines Vermögensschadens auf Seiten des Verletzten, die Zuerkennung einer dem Letzteren zu entrichtenden und vom Richter arbiträr zu bestimmenden Geldsumme für zulässig erklärt würde.

Mein Plaidoyer für einen möglichst weitgehenden civilrechtlichen Schutz der nicht ökonomischen Interessen hat sich bisher eigentlich nur auf einen Appell an das Rechtsgefühl beschränkt und es bleibt mir daher noch übrig, mich mit jener Meinung, zufolge welcher nur der Vermögensschaden in Geld liquidirt werden soll, in thunlichster Kürze principiell auseinanderzusetzen.

Ich versuche dies im Folgenden:

1. Die von mir bekämpfte Ansicht ist einer consequenten Durchführung gar nicht fähig. Nehmen wir nur z. B. an: In einer öffentlichen Bildergalerie oder in einer öffentlichen Bibliothek, deren Bestandtheile laut Stiftungsbriefes für unveräußerlich erklärt sind, werde das einzige überhaupt noch vorhandene Bild eines alten berühmten Meisters, oder werde eine hochgeschätzte, nur in einem einzigen Exemplare vorhandene Handschrift in Folge groben Verschuldens eines Besuchers der Gallerie, beziehungsweise der Bibliothek, verbrannt.

Selbst der entschiedenste Vertreter jener Lehre, mit der wir uns auseinanderzusetzen haben, wird nicht im Mindesten zweifeln, daß der Schuldtragende in diesen Fällen dem betreffenden öffentlichen Institute jenen Betrag zu zahlen habe, auf welchen das verbrannte Bild, die verbrannte

Handschrift von Kunstkennern, beziehungsweise Fachgelehrten, geschätzt wird. Und doch enthält diese Entscheidung vom Standpunkte der erwähnten Lehre eigentlich die größte Inconsequenz: denn von einem Vermögensschaden auf Seiten des öffentlichen Institutes kann bei dem Umstande, als die Möglichkeit einer Veräußerung des verbrannten Bildes, respective Manuscriptes völlig ausgeschlossen war, gar keine Rede sein. Die vom Beschädiger zu zahlende Geldsumme kann ferner in unseren Fällen auch jene Function gar nicht erfüllen, welche die Entschädigungssumme im Falle eines wahren Vermögensschadens wirklich leistet, da eben das zerstörte Bild, das vernichtete Manuscript selbst mit dem größten Gelbaufwande nicht mehr reproducirt werden kann.

Trägt man aber trotzdem kein Bedenken, dem geschädigten Institute einen Anspruch auf Geldentschädigung zuzuerkennen, so hat man damit den Standpunkt, daß nur der Vermögensschaden in Geld zu liquidiren ist, bereits aufgegeben.

2. Der Haupteinwand, welcher gegen die von uns acceptirte Auffassung vorgebracht wird, ist wohl der, daß es verkehrt sei, in Geld schätzen zu wollen, was einen Geldwerth zugestandenermaßen gar nicht hat. Die gänzliche Unhaltbarkeit dieses Einwandes ist jedoch jüngsthin in glänzender Weise von Jhering geliefert worden. Vergl. dessen Rechtsgutachten in Sachen des Vorbereitungscomités der Gäubahn gegen die schweizer'sche Centralbahn, S. 57 ff.

Der von Jhering a. a. O. constatirte Grundfehler jener Theorie, welche die Zusprechung einer angemessenen Geldsumme an den in seinen nicht ökonomischen Interessen Geschädigten so entschieden perhorrescirt, besteht nämlich darin, daß dieselbe immer nur eine Function des Geldes im Auge hat, und zwar die von Jhering sogenannte Aequivalentfunction. Diese Function kann nun freilich das Geld in unseren Fällen nicht haben, wohl aber eine andere, und zwar die von Jhering sogenannte Satisfactions- und (wie ich noch hinzufügen möchte) Surrogirungs-Function¹.

Wie sehr schon die Römer die beiden letzteren Functionen des Geldes zu würdigen und zu verwerthen verstanden haben, hat Jhering a. a. O. auf Grund zahlreicher Quellenstellen überzeugend nachgewiesen.

Ein ebenso erfreuliches als nachahmenswerthes Beispiel dafür aber, wie die nicht ökonomischen Interessen vermöge der Satisfactions- und Surrogirungs-Function des Geldes auch auf dem Boden des modernen Rechtes civilrechtlich geschützt werden können, liefert uns die reiche und

¹ Jhering spricht a. a. O. auch von einer Straffunction des Geldes und versteht hierunter die Androhung einer Strafe als Pressionsmittel für den Fall der Nichtbefolgung eines richterlichen Befehles. Mit dieser Function des Geldes habe ich mich jedoch hier nicht weiter zu beschäftigen.

gerade auf diesem Gebiete sehr interessante Rechtsprechung Frankreichs. Vgl. hiezu die bei Zink: Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilproceß mitgetheilten Entscheidungen.

3. Die principielle Haltlosigkeit der gegnerischen Lehre wird am besten aufgedeckt, wenn man sich die Frage vorlegt, warum wohl Derjenige, der einem Anderen widerrechtlich einen Vermögensschaden zufügt, zum Ersatz dieses Schadens verhalten wird. Die Antwort hierauf wird offenbar dahin lauten müssen, daß das Vermögen eben dasjenige Gut sei, welches der Eigentümer nach seinem Belieben in persönlichen Genuß umsetzen könne. Nicht seiner selbst wegen wird also das Vermögen civilrechtlich geschützt, sondern deshalb, weil es ein Mittel ist zur Verschaffung persönlicher Güter. Umso mehr muß daher auch ein civilrechtlicher Schutz gegen directe Verletzung persönlicher Güter statuiert werden, auf daß der Verletzte durch die ihm zugesprochene Geldsumme das Mittel zu anderem Genuß erhalte, der ihn den erlittenen Verlust leichter verschmerzen läßt. Vgl. hiezu Bruns in Holzendorff's: Rechtsencyclopädie, S. 410 (der 3. Auflage).

Der Rechtsatz, für welchen im Vorhergehenden eingetreten wurde, ist aber nicht nur an sich gerecht, sondern er ist zugleich auch für die Reform unseres Schadenersatzrechtes überhaupt von weittragender Bedeutung. Denn die übergroße Aengstlichkeit, mit der bei uns in Schadenersatzprocessen die Entschädigungssumme zugemessen zu werden pflegt, wird erst dann überwunden werden, wenn principiell anerkannt erscheint, daß das Vorhandensein eines Vermögensschadens nicht unbedingte Voraussetzung des Entschädigungsanspruches ist.

Nicht unerwähnt darf endlich gelassen werden, daß der schweizer'sche Entwurf eines Obligationen- und Handelsrechtes von 1879 nahezu vollständig auf dem hier vertretenen Standpunkte steht. Vgl. die Art. 60 und 61 d. C.¹ Nur für den Fall eines Contractsbruches, der die Vermögensinteressen der verletzten Partei unberührt läßt, fehlt eine klare Bestimmung. Vgl. übrigens Art. 124 d. C.

II.

Ich lege mir in zweiter Linie die Frage vor, ob schuldhaftes Verhalten schlechthin zur Voraussetzung der Schadenersatzverpflichtung gemacht werden

¹ Artikel 60: In den Fällen der Körperverletzung oder Tödtung eines Menschen kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich wenn dieselbe durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verschuldet wurde, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten auch abgesehen von dem Ersatz erweislicher Vermögensnachteile eine angemessene Geldsumme zusprechen. Artikel 61: Auch wegen anderer unerlaubter Handlungen, welche die persönlichen Verhältnisse eines Anderen ernstlich verletzen, kann der Richter, ohne den Nachweis eines Vermögensschadens, auf eine angemessene dem Verletzten zukommende Geldsumme erkennen.

soß, oder ob nicht vielmehr in einer Reihe von Fällen eine Haftpflicht für eingetretenen Schaden, auch abgesehen von jedem Verschulden, zu statuiren ist?¹

In seinem „Schuldmoment im römischen Privatrecht“ (abgedruckt in den vermischten Schriften, S. 155 ff.) beantwortet Thering diese Frage ganz kategorisch im ersteren Sinne und mit der ihm eigenen Lebhaftigkeit preist er daselbst den Satz, daß es keine Schadenersatzpflicht geben könne ohne Verschulden des Beschädigers, als eine der größten Entdeckungen der römischen Jurisprudenz. (Vgl. insbesondere S. 199 a. a. O.)

Ich vermag jedoch diesen Standpunkt in doppelter Hinsicht nicht zu theilen. Denn einerseits gibt es schon im römischen Rechte einige ganz unzweifelhafte Fälle, in welchen Jemand für Schadenersatz haftet, ohne daß ihn ein Verschulden trifft und andererseits scheint mir ein vollkommen berechtigter Zug des modernen Rechtes dahin zu gehen, die Zahl dieser Fälle noch beträchtlich zu vermehren. Auch unsere Gesetzgebung verleugnet diesen Zug nicht.

So haftet z. B. eine Eisenbahnunternehmung nach § 10, lit. b, Eisenbahnconcessions-Gesetzes ohne Rücksicht auf Verschulden für allen durch den Eisenbahnbau an öffentlichem oder Privatgute veranlaßten Schaden, ebenso für den Schaden, der entspringt aus dem Nichtvorhandensein von Sicherheitsvorkehrungen, zu deren Herstellung die Bahn verpflichtet ist. Eine ähnliche Haftung tritt nach manchen Straßengesetzen zu Lasten des Erbauers einer Straße ein. Vgl. z. B. § 3 steir. L. G. vom 9. Jänner 1870, Nr. 20 L. G. Bl. So hat ferner der Triftunternehmer nach § 34 Forstgesetzes ohneweiters für den Schaden einzustehen, welcher durch die Trift veranlaßt worden ist (vgl. auch Peyrer: österr. Wasserrecht, S. 321). Nach § 19 steir. Landes-Wasserges. muß der Eigentümer eines Stauwerkes, welches eine die Rechte Anderer schädigende Rückstau oder eine Versumpfung verursacht, dem Geschädigten selbst Mangels jedes Verschuldens den entstandenen Schaden vergüten (anders allerdings die meisten anderen Landes-Wassergesetze).

In allen diesen und noch manchen anderen Fällen handelt es sich um Anlagen und Unternehmungen, welche einerseits wirthschaftlich nothwendig, oder doch wenigstens im hohen Grade wünschenswerth sind, deren Aus- und Durchführung aber leicht einen in concreto gar nicht voraussehbaren schädigenden Einfluß auf das Eigenthum anderer Personen ausübt. Aus dem hiedurch gebotenen Compromisse zwischen den widerstreitenden Interessen ergibt sich aber dann von selbst der Grundsatz, daß derlei Anlagen und Unternehmungen zwar gestattet werden, daß aber zugleich Demjenigen, der

¹ Jene Fälle, wo man, ohne selbst im Verschulden zu sein, doch für fremdes Verschulden haftet, bleiben hier außer Betracht, da denselben eine besondere Erörterung gewidmet werden wird.

den hieraus entspringenden wirthschaftlichen Vortheil zieht, die Verpflichtung zur Entschädigung Jener auferlegt wird, die hiedurch in ihren erworbenen Rechten geschädigt werden.

Auf einem anderen Gesichtspunkte beruht es wieder, wenn das Recht den Jagdherrn zum Ersatz des Wildschadens verhält (vgl. Jagdordnung vom 28. Februar 1786, Patent vom 7. März 1849, Nr. 154 R. G. B., und etwa noch das steir. L. G. vom 17. September 1878, Nr. 10 L. G. B.) und den Eigenthümer von Hausthieren und Weidevieh für die von diesen Thieren verübten Beschädigungen von Feldgut (vgl. M. B. vom 30. Jänner 1860, Nr. 28 R. G. B., und dazu noch § 1321 b. G. B.) verantwortlich macht. Es ist eben aus ökonomischen Gründen ganz unthunlich, dem Jagdberechtigten oder dem Eigenthümer einer Heerde solche Vorsichtsmaßregeln aufzuerlegen, welche geeignet wären, gegen Wild- und Viehschaden vollkommenen Schutz zu gewähren. Die Gerechtigkeit erfordert daher auch, daß dies ausgeglichen werde, durch Auferlegung einer Verpflichtung zum Schadenersatz, selbst abgesehen von jedem Verschulden.

Auf die Erwägung, daß der bei einem Eisenbahnunfalle körperlich Verletzte nicht selten ganz schutzlos wäre, wenn die Eisenbahnunternehmung lediglich ihr Verschulden und das ihrer Leute zu vertreten hätte, läßt sich die den Eisenbahnunternehmungen im Gesetze vom 5. März 1869, Nr. 27 R. G. B., auferlegte weitgehende Haftung zurückführen. Trotzdem liegt aber hierin keine Härte gegen die Eisenbahnunternehmung, da ja diese wieder in der Lage ist, die von ihr zu leistenden Entschädigungsgelder durch kleine Zuschläge zu den Fahrpreisen zu decken. Aus einem ähnlichen Gesichtspunkte rechtfertigt sich aber auch die Haftung des Frachtführers, der eben bis zu einem gewissen Grade zugleich auch Versicherer ist, für den einfachen Zufall (vgl. Art. 395 H. G.).

In einer weiteren Reihe von Fällen finden wir, daß das Recht Jemandem selbst Mangels jedes Verschuldens die Verpflichtung zum Ersatze jenes Schadens auferlegt, den er einem Anderen durch Verfolgung eines vermeintlichen Rechtes, das sich später als nicht vorhanden erweist, zugefügt hat. Hieher gehört z. B. die Haftung des Arrest-Verbots-Sequestrations-Werbers nach den §§ 277, 285 und 293 a. G. O. für den vom Gegner in Folge des verhängten Arrestes, des verfügten Verbotes, der durchgeführten Sequestration erlittenen Schadens. Hieher gehört desgleichen die Haftung der unterliegenden Proceßpartei für die Proceßkosten nach § 24 des Gesetzes vom 16. Mai 1874, Nr. 69 R. G. B. (vgl. auch § 390 Abs. 1 St. P. O.). Der Rechtfertigungsgrund für diese Haftungen liegt aber darin, daß einerseits nach der Absicht des Rechtes nur Derjenige Verbot, Arrest, Sequestration werben, klagen soll, dem ein materiellrechtlich begründeter Anspruch zusteht, daß aber andererseits wieder der dem wirklich vorhandenen materiellen

Rechte zu gewährende Schutz illusorisch würde, wenn die Existenz des materiellen Rechtes schon vor der processualischen Geltendmachung desselben außer Zweifel gesetzt werden müßte. Auf daß nun diese lediglich zum Schutze des wirklich vorhandenen Rechtes eintretende weitgehende Rücksichtnahme auf die bloße Rechtsbehauptung nicht zur Geißel für den mit ungerechtfertigten Ansprüchen Behelligten werde, legt die Gesetzgebung Demjenigen, der, indem er Recht sucht, in fremde Vermögensrechte störend eingreift, eine gewisse Garantie für das wirkliche Vorhandensein seines behaupteten Rechtes und somit für den Fall des Nichtvorhandenseins eine Verpflichtung zum Schadenersatz auf. Aus denselben Gründen scheint wohl auch — obwohl eine gesetzliche Bestimmung hierüber fehlt — selbst Mangels jedes Verschuldens Derjenige zu haften, der eine Execution zur Sicherstellung führt, der im Sinne des Art. 310 H. G. zum Pfandverkaufe schreitet, während sich nachträglich herausstellt, daß jenes Forderungsrecht, das er sich zuschrieb, niemals vorhanden oder bereits erloschen war.

Einen eclatanten Fall einer Haftung für Schadenersatz ohne Verschulden enthält ferner der § 1310 b. G. B. Unger bezeichnet diese Bestimmung freilich als eine „rohe“ (vgl. G. Z. 1867 S. 316), als eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems, die in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberraue (vgl. System II, S. 233) und Viele haben dem beigegeben. Meines Erachtens ist jedoch ein solches Urtheil gegenüber der Bestimmung des § 1310 nicht gerechtfertigt.

Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins, daß Jeder das Individuum ist, das er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, daß Jeder für das einstehen muß, was Ausfluß seiner Individualität ist. Aus diesem Grunde lassen wir Jeden haften für seine Bosheit und für seinen Leichtsin, für seine Unerfahrenheit und für seinen Mangel an Voraussicht. Warum soll es aber dann schlechthin unstatthaft sein, Jemanden auch für den Schaden haftbar zu machen, den er einem Anderen vermöge der sonstigen Anlage seiner Individualität zugefügt hat?

Es fällt mir zwar selbstverständlich nicht ein, für eine civilrechtliche Gleichstellung der schuldbaren Schadensstiftung und der schuldblosen Schadenszufügung einzutreten und ich verkenne durchaus nicht das Gewicht der Gründe, welche für eine weitaus mildere Behandlung dieser gegenüber jenen sprechen. Ja ich leugne nicht einmal, daß es in vielen hieher gehörigen Fällen allerdings als die geringere Härte erscheint, dem Beschädigten einen Anspruch auf Ersatz zu versagen, als dem Beschädiger die Ersatzverpflichtung aufzubürden.

Es bleiben aber noch immer gar manche Fälle übrig, in welchen eine derartige Lösung sachwidrig wäre. Vgl. hiezu auch Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 106, Anm. 71.

Versehen wir uns etwa in die Lage eines Hauseigentümers, dem von wohlunterrichteter Seite mitgetheilt wird, daß sein Miethsmann an temporären Geistesstörungen leide, und daß derselbe bei einem solchen Anfälle in seiner früheren Miethswohnung sehr erhebliche Sachbeschädigungen verübt habe. Kein Zweifel, daß unser Hauseigentümer mit Rücksicht auf diese Mittheilung entweder bestrebt sein wird, den betreffenden Miethsmann sobald als möglich aus seinem Hause hinauszubringen, oder aber doch zum Mindesten auf Bestellung einer Caution für den Schaden dringen wird, den er vermöge der ihm nunmehr bekannten Eigenschaft des Miethsmannes zu besorgen hat; und sicher ist es zugleich, daß der Miethsmann, von dem wir reden, auch anderwärts, wo man über ihn in gleicher Weise orientirt ist, keine Aussicht hätte eine Wohnung gemiethet zu erhalten, sofern er sich nicht zur Leistung einer solchen Caution herbeiließe.

Diese in Fällen, wo die Parteien die Sachlage von vornherein übersehen und durch ihren Willen zu beherrschen vermögen, sich mit Nothwendigkeit ergebende Regulirung zeigt aber bereits, daß auch die gesetzliche Statuirung einer gewissen Haftpflicht für Beschädigungen, die man in nicht zurechnungsfähigem Zustande verübt, nicht ganz zu entbehren ist; oder sollte es wirklich befriedigend sein, wenn die Entscheidung darüber, ob eine an temporären Geistesstörungen leidende Person für den Schaden, welchen sie im Zustande der Gestörtheit in der gemietheten Wohnung anrichtet, zu haften hat, lediglich davon abhängen würde, ob der Hauseigentümer schon beim Abschlusse des Miethcontracts auf eine derartige Beschädigung der Wohnung gefaßt sein konnte und sich deshalb Caution leisten ließ, oder ob ein solches Begehren unterlassen wurde, weil der Eigentümer von dem Leiden seines Miethsmannes keine Ahnung hatte?

Um nicht überflüssiger Weise weitläufig zu werden, verzichte ich auf die Anführung weiterer illustrirender Beispiele. Dagegen darf ich es nicht unterlassen meine Bemerkungen über diesen Punkt noch beizufügen, daß ich die Bestimmung des § 1310 b. G. B. keineswegs für tadellos halte, sondern vielmehr der dem Inhalte nach verwandten Bestimmung des Art. 66 schweiz. Entw.¹ vor unserem § 1310 deshalb den Vorzug gebe, weil die Bestimmung des Entwurfes dem Richter eine weitaus freiere Würdigung der concreten Sachlage ermöglicht.

Die Fälle, in welchen nach österreichischem Rechte eine Verpflichtung zum Schadenersatz auch ohne Verschulden eintritt, sind im Vorhergehenden noch nicht erschöpft.

¹ Der berufene Artikel lautet: „Ausnahmsweise kann der Richter eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, aus dringenden Rücksichten der Billigkeit zu theilweisem oder ganzem Ersatze verurtheilen.“

Ich verweise insbesondere noch (jedoch ohne hiemit eine absolute Vollständigkeit der Aufzählung erzielen zu wollen) auf die in den §§ 46 und 932, 460 und 965 statuirten Haftungen. Bei den Bestimmungen der beiden zuerst citirten Paragraphen ist der maßgebende Gesichtspunkt offenbar der, daß die geschädigte Partei eben nur dadurch zu Schaden gekommen ist, daß sie sich auf die Erklärung der anderen Partei verlassen hat und zu verlassen berechtigt war; dieser Sachlage entspricht es aber allerdings, daß die letztere Partei den Schaden trägt, mag sie auch außer¹ Verschulden sein (hinsichtlich der Bestimmung des § 46 b. G. B. vgl. auch die Ausführungen Pfaff's in Grünhut's Zeitschrift II. S. 308). Die in den §§ 460, 965 ausgesprochene Haftung des Pfandgläubigers, respective Commodatars für den Zufall ergibt sich dagegen aus dem vermuthlichen Contractswillen der Parteien. In diesen Fällen hat es zwar beim ersten Blicke fast den Anschein, als ob eine Haftung nur dann eintreten könne, wenn vorher ein Verschulden des Pfandgläubigers, respective Commodatars unterlaufen sei. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, daß der Thatbestand der §§ 460 und 965 sehr wohl auch vorhanden sein kann, ohne daß ein solches Verschulden vorliegt; so z. B. wenn der Erbe des ursprünglichen Pfandgläubigers oder Commodatars die seinem Erblasser als Pfand, respective als Commodat, anvertraute Sache, ohne von den obwaltenden Verhältnissen auch nur die entfernteste Kenntniß zu haben, in dritte Hände gibt.

In einer Reihe anderer Fälle dagegen, wo die Statuirung einer Schadenersatzpflicht ohne Verschulden gleichfalls geboten wäre, wird unsere Gesetzgebung der Sachlage nicht gerecht.

So haftet nach § 967 b. G. B. der Deponent nur für sein Verschulden, während es doch eine Forderung der Gerechtigkeit ist, daß er für jenen Schaden, welchen der schuldlose Depositar aus der gefährlichen Beschaffenheit der deponirten Sache erleidet, schlechthin hafte. Vgl. auch Mommsen: Haftung der Contrahenten S. 68 ff.

Als völlig unzureichend erscheint ferner der Anspruch, welcher im § 1015 b. G. B. dem Mandatar, der bei der Ausführung des Auftrages zufälligerweise einen Schaden erlitten hat, gegen den Mandanten zugesprochen wird. Weitaus befriedigender ist die Entscheidung des römischen Rechts, nach welchem der Mandant dem Mandatar für allen Schaden haftet, der in Folge der mit der Ausführung des Auftrages nothwendig verbundenen Gefahren (man denke etwa an die übernommene Transportirung eines Wahnsinnigen in das Irrenhaus, an den mandirten Ankauf eines mit einer ansteckenden

¹ Ihering (Jahrb. f. Dogm. IV, S. 56 ff.) will freilich in Fällen solcher Art demjenigen Contrahenten, der bei dem Mitcontrahenten ein unbegründetes Vertrauen hervorgerufen hat, immer ein Verschulden imputiren. Vgl. aber dagegen Mommsen: Haftung der Contrahenten S. 12 ff.

Krankheit behafteten Thieres u. dgl.) eingetreten ist (vgl. Mommsen a. a. D. S. 60).

Eine Abweichung von diesem Grundsatz des römischen Rechtes läßt sich für das moderne Recht, nach welchem das Mandat auch entgeltlich sein kann, — abgesehen von einer besonderen Vereinbarung — nur dort rechtfertigen, wo aus der Höhe des vom Mandatar sich ausbedingenen Entgelts geschlossen werden kann, daß dieser die mit der Ausführung des Auftrages verbundenen Gefahren auf sich nehmen wollte.

Unbefriedigend erscheint mir auch die Haftung des gegen Entgelt Cedirenden im § 1397 b. G. B. geregelt; meines Erachtens müßte nämlich dieser dem Cessionar doch zum mindesten auch für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welchen der Letztere dadurch erleidet, daß er die cedirte Forderung im Vertrauen auf die Erklärungen des Cedenten vergeblich geltend macht.

Ich vermag es ebensowenig zu billigen, wenn sich derjenige, der Jemandem etwas Unmögliches versprochen hat, dessen Leistung der Versprechens-Empfänger für möglich halten mußte, oder der als Stellvertreter eines Anderen contrahirt hat, ohne als solcher fungiren zu können, von jeder Haftung für den vom getäuschten Mitcontrahenten erlittenen Schaden frei ist, sofern ihn nur kein Verschulden trifft (vgl. § 878 b. G. B., außerdem aber auch die der Sachlage allerdings gerecht werdende Bestimmung des Art. 55 H. G.). Der Mißstand, daß nach österreichischem bürgerlichen Rechte in diesen Fällen nur für Verschulden gehaftet wird, ist um so größer, als unser bürgerliches Gesetzbuch sonst doch ganz anders entscheidet und insbesondere dort, wo ein Contrahent eine Erklärung abgegeben hat, die mit seinem wahren Willen nicht übereinstimmt, sich mit der Statuirung einer Haftung dieses Contrahenten für den Schaden, welchen der Mitcontrahent dadurch erlitten hat, daß er sich auf diese Erklärung verließ, nicht einmal begnügt, sondern vielmehr den ersteren (abgesehen von einzelnen uns hier nicht weiter interessirenden Ausnahmefällen) sogar zwingt, seine Erklärung in dem Sinne gelten zu lassen, in welchem sie der Mitcontrahent mit Rücksicht auf die Sachlage verstehen mußte (vgl. § 871 ff. b. G. B.).

Eine Haftung über das Verschulden hinaus scheint mir weiters auch geboten zu sein zu Lasten Desjenigen, dem auf seine Initiative hin bewegliche Sachen zur Ansicht oder leihweise übergeben worden sind. Eine solche Ausdehnung der Haftung rechtfertigt sich nämlich meines Erachtens in beiden Fällen einmal daraus, daß der Uebernehmer in seinem Interesse und ohne ein Entgelt zu zahlen eine dem Mitcontrahenten möglicherweise nachtheilige Veränderung der bisherigen Lage herbeigeführt hat, dann aber auch aus dem, wenngleich nicht ausgesprochenen, so doch unzweifelhaft vorhandenen Contractswillen des Uebergebers. Wer einem Anderen auf dessen Ersuchen

Sachen zur Ansicht übergibt, der geht hiebei von der selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß ihm diese Sachen, sofern es nicht zum Abschlusse eines Kaufes kommen sollte, doch jedenfalls unverfehrt wieder zurückgestellt werden; die Uebernahme einer größeren Gefahr, als welche er bisher getragen, liegt also dem Uebergeber gewiß völlig ferne.

Etwas anders beschaffen ist freilich der Contractswille des Commodanten; denn dieser muß auf eine solche Abnützung der geliehenen Sache, welche mit der gestatteten Art des Gebrauches nothwendig verbunden war, schon von vornherein gefaßt sein. Im Uebrigen rechnet aber auch der Commodant auf unverfehrt Rückstellung.

Aus diesen Gründen möchte ich es daher für angemessen erachten, wenn der Uebernehmer in beiden Fällen (in dem letzteren jedoch mit obiger Einschränkung) für alle Gefahren zu haften hätte, denen die Sache ohne die Uebergabe zur Ansicht, respective ohne die leihweise Uebergabe nicht ausgesetzt gewesen wäre.

Es sei mir endlich in diesem Zusammenhange noch erlaubt, auf eine der größten Aufgaben zu verweisen, welche die moderne Socialgesetzgebung zu lösen hat: nämlich auf die immer dringender werdende Sicherung einer angemessenen Entschädigung für Fabriks- und andere Arbeiter (respective deren Hinterbliebene), welche den mit der modernen Productionswiese so innig zusammenhängenden und gar oft trotz der größten Vorsicht unvermeidlichen Unglücksfällen zum Opfer fallen.

Zweifellos ist mir hiebei ein Zweifaches: einmal daß zur Aufbringung dieser Entschädigungsgelder jedenfalls auch die Geschäftsherren, die Unternehmer herangezogen werden müssen, zugleich aber, daß es unbillig wäre, wenn diesen die Haftung für derlei unverschuldete Unglücksfälle schlechtweg aufgebürdet würde.

Die richtige Lösung möchte also meines Erachtens wohl darin gelegen sein, wenn jeder Unternehmer nach Maßgabe der Gefährlichkeit der Productionsort und nach Maßgabe der Zahl der von ihm beschäftigten Arbeiter zur Zahlung einer jährlichen Prämie an eine (am besten wohl unter der Verwaltung des Staates stehende) Versicherungscasse gesetzlich verhalten würde. Aus dem so eben Gesagten ergibt sich übrigens bereits, daß die Lösung der bezeichneten Aufgabe auf rein civilrechtlichem Boden gar nicht gewonnen werden kann.

III.

Ich wende mich jetzt einem Punkte zu, welchen ich mir im vorhergehenden Absätze zur besonderen Erörterung vorbehalten habe, nämlich: der Haftung für fremdes Verschulden.

Der Standpunkt, welchen die österreichische Gesetzgebung gegenüber diesem Probleme einnimmt, ist im Allgemeinen der, daß man für fremdes Verschulden regelmäßig nur dann haftet, wenn man selbst im Verschulden

ist. Derartiges eigenes Verschulden liegt aber vor, wenn man einen Vertreter oder Gehilfen in Fällen zuzieht, wo man dies gar nicht durfte (vgl. §§ 210, 1010, 1161 b. G. B.), oder wenn man bei vorhandener Befugniß zur Bestellung von Vertretern oder Zuziehung von Gehilfen bei der Auswahl unvorsichtig oder leichtsinnig¹ ist (culpa in eligendo vgl. §§ 1010, 1161 b. G. B.), oder wenn man es mit der übernommenen Aufsicht und Bewachung leicht nimmt (culpa in custodiendo), oder wenn man einer Person Unterstand gibt, deren gefährliche Eigenschaften man kannte (vgl. § 1314 b. G. B.) u. dgl.

Ausnahmsweise tritt aber allerdings eine weitergehende Haftung ein: Ich verweise insbesondere auf die im § 1316 b. G. B. statuirte Haftung der Wirthe, Schiffer, Fuhrleute für ihr Personale (receptum caup., naut. stabul.), auf die Haftung des Inhabers einer Wohnung für das Verschulden Derjenigen, welche aus dieser Wohnung etwas hinauswerfen oder hinausgießen nach § 1318 b. G. B. (actio de effusis et eiectis), auf die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für ihre Leute nach § 19 der Eisenbahn-Betriebsordnung, auf die in einer Reihe von Specialgesetzen normirte Haftung der Post (vgl. hierzu Stubenrauch, Comm. z. b. G. B. ad § 1317), auf die Haftung des Frachtführers nach Handelsrecht, auf die Haftung des Senfalen für seine Gehilfen nach dem revidirten Art. 69, Z. 4 H. G. (vgl. Gesetz v. 4. April 1875, Nr. 68 R. G. B.), auf die Haftung des Staates für seine richterlichen Beamten und die diesen gleichgestellten Personen nach dem Gesetz v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R. G. B., auf die dem Jagdherrn in einigen Landesgesetzen auferlegte Verpflichtung zum Ersatze des von seinen Gehilfen, Dienern oder Jagdgästen verursachten Jagdschadens (vgl. steir. Landes-Gesetz v. 17. September 1878, Nr. 10 L. G. B.), auf die mitunter statuirte Haftung der Gemeinden für die in ihrem Gebiete verübten Straßenbeschädigungen (vgl. z. B. § 20 steierisches Landes-Gesetz v. 18. September 1870, Nr. 52 L. G. B.) u. s. w.

Die im Vorhergehenden aufgeführten Bestimmungen für einzelne besonders geartete Fälle für sich allein können jedoch nicht ausreichen und principielle Aenderungen des geltenden Rechts erscheinen im Interesse der Verkehrssicherheit als dringend geboten².

¹ Handelt es sich nicht um Erfüllung von Obligationen, so scheint nach § 1315 für das Verschulden von bestellten Repräsentanten, Verwaltern u. s. w. nur dann gehaftet zu werden, wenn man wissentlich gefährliche oder untüchtige Personen bestellt hat.

² Eine weitgehende Haftung für fremdes Verschulden statuirte bekanntlich der code civil im Artikel 1384. Dieser Artikel läßt jedoch die durch die Natur der Sache gebotene Unterscheidung zwischen der Haftung für das Verschulden von Gehilfen, deren man sich zur Erfüllung von Obligationen bedient und den sonstigen Fällen, wo für fremdes Verschulden gehaftet werden muß, vermissen; außerdem gibt der Schlußsatz des

Nicht geringe Schwierigkeiten bietet jedoch die Formulirung von einerseits genügenden und andererseits nicht über das Ziel hinausschießenden Reformvorschlägen. Ohne dies zu verkennen und auf die Gefahr hin, vielleicht weit irre zu gehen, will ich mich trotzdem an diese Aufgabe heranwagen.

1. Weitans am leichtesten erscheint mir die entsprechende Regelung der Haftpflicht Desjenigen, der sich bei Erfüllung einer Obligation eines oder wohl auch mehrerer Gehilfen bedient. Denn hier unterliegt es meines Erachtens nicht dem geringsten Bedenken, den Verpflichteten schlechtweg für das Verschulden des Gehilfen verantwortlich zu machen. Die sachliche Angemessenheit einer solchen Haftung ergibt sich nämlich sowohl aus der Würdigung der Situation desjenigen Contrahenten, der zu fordern, als desjenigen, der zu leisten hat.

Wer sich mit einem Anderen in ein Verhältniß einläßt, zufolge dessen ihm der Letztere verpflichtet wird, der legt hiebei zumeist ein sehr großes Gewicht darauf, mit wem er es zu thun hat, dem sind fast immer maßgebend die ihm bekannten persönlichen Eigenschaften, als Redlichkeit, Pünktlichkeit vor Allen aber die Zahlungsfähigkeit seines Mitcontrahenten. Der aus dem Obligationsverhältniß Berechtigte muß es daher als eine bittere Enttäuschung empfinden, wenn der Verpflichtete von jeder Haftung frei ist, sobald er beweisen kann, daß die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung auf dem Verschulden eines zugezogenen Gehilfen beruht, und daß ihm selbst diesfalls eine culpa in eligendo nicht zur Last falle. Mit vollem Recht mag hier der Forderungsberechtigte die Frage aufwerfen, wieso er dazu komme, sich nun auf einmal an den Gehilfen des Verpflichteten halten zu müssen, dessen Intervention er bei Eingehung des Geschäftes oft nicht einmal voraussehen konnte, dessen Persönlichkeit ihm vollständig fremd ist und mit dem sich einzulassen er jedenfalls nicht im Entferntesten Willens war.

berufenen Artikels zu manchen Zweifeln und Bedenken Veranlassung. Der schweizer'sche Entwurf von 1879 enthält über die Haftung für fremdes Verschulden folgende Bestimmungen. Artikel 69: Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Arbeiter oder Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um eine solche Schädigung zu verhüten. Diese Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben. Artikel 123: Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen. — Der erstere Artikel scheint mir entschieden nicht ausreichend zu sein; aber auch der letztere Artikel deckt m. E. nicht alle Fälle, wo eine Haftung für die zur Erfüllung von Obligationen verwendeten Gehilfen angemessen wäre, trifft jedoch dabei zugleich wieder einzelne Fälle, wo die statuirte Haftung über das Bedürfniß hinausgeht.

Aber auch von Seite des Verpflichteten aus befehen muß die von uns vertheidigte Haftung als gerechtfertigt erklärt werden. Denn in einer Hauptgruppe von Fällen, die hieher gehören, dient die Zuziehung von Gehilfen zur Bequemlichkeit des Verpflichteten (ich denke hiebei vor Allem an die Restitution von Sachen, die man im eigenen Interesse übernommen hat), in allen anderen Fällen erhöht die Zuziehung von Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen die wirtschaftliche Macht des Verpflichteten (ich erinnere nur an die Ueberlegenheit des Großbetriebs gegenüber dem denkbar kleinsten Betriebe). Vgl. hiezu auch E. Löning: Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 67 ff.

Beide Gesichtspunkte lassen es aber als angemessen erscheinen, daß der Verpflichtete mit dem ihm aus der Zuziehung von Gehilfen erwachsenden Vortheile zugleich auch das damit verbundene Risiko trage. Ja es muß sogar gesagt werden, daß Demjenigen, der die Erfüllung seiner Verpflichtung durch einen Gehilfen bewerkstelligt, eine ganz ungerechtfertigte Begünstigung vor Dem zu Theil wird, der persönlich erfüllt, wenn die Haftung des Ersteren auf culpa in eligendo beschränkt ist. Oder ist es nicht fast regelmäßig viel leichter, eine culpa in eligendo zu vermeiden, als jene Sorgfalt zu prästiren, welche die Erfüllung der Obligation selbst erheischt?

So sehr ich aber auch den im Eingange aufgestellten Satz für gerechtfertigt halte, so möchte ich ihn doch nicht zur ausnahmslosen Regel erhoben wissen. Ausnahmen von dieser Regel und somit Einschränkungen der Haftung auf culpa in eligendo möchten aber angemessen sein zu Gunsten des Schenkgebers, zu Gunsten Desjenigen, der Sachen restituiert, die er ohne eigenes Interesse und unentgeltlich übernommen hat (Rückstellung des unentgeltlichen Depositums, gefundener, von Anderen liegen gelassener, ohne Initiative des Uebernehmers von Anderen zur Ansicht zugeschnittener Sachen), ferner zu Gunsten des Mandatars, soferne er den Auftrag unentgeltlich übernommen hat und insoweit er zur Zuziehung von Gehilfen überhaupt befugt ist.

Anderer Ausnahmen ergeben sich aus der Natur der Sache. So versteht es sich z. B. von selbst, daß sich unser Satz nicht auf Fälle beziehen kann, wo die übernommene Verpflichtung bereits durch Bestellung einer Person, die man für tauglich halten durfte, zur Verrichtung eines bestimmten Geschäftes erfüllt erscheint; ebenso, daß Derjenige, dessen Verpflichtung lediglich in der Controlirung Anderer besteht, für ein trotz der sorgfältigsten Controle unterlaufenes Verschulden der zu Controlirenden nicht zu haften braucht. Endlich wäre noch zu erwähnen, daß der von mir vorgeschlagene Satz auch auf solche Fälle nicht anwendbar ist, wo zwar ein zur Erfüllung der Obligation zugezogener Gehilfe den Schaden verursacht hat, wo aber der Schaden trotzdem nicht dadurch entstanden ist, daß die Zuziehung dieses

Gehilfen stattgefunden hat (z. B. Einbruchsdiebstahl des Gehilfen beim Geschäftsherrn).

2. Ich glaube ferner einen Rechtsatz des Inhalts in Vorschlag bringen zu sollen, wornach Derjenige, der fremde Sachen in seinem Interesse oder gegen ein ihm gewährtes Entgelt in seine Detention übernimmt, für das Verschulden der Personen zu haften hat, deren er sich zur Uebernahme bedient, ferner für Verschulden solcher Personen, denen er den Zugang zu diesen Sachen eröffnet.

Zur Illustration ein Beispiel statt vieler: Jemand miethet auf längere Zeit eine elegante Wohnungseinrichtung, übernimmt die Einrichtungstücke durch seine Leute und benützt dieselben durch zwei Jahre. Bei der Restitution stellt sich heraus, daß theils schon bei der vom Miether besorgten Uebernahme, theils später mehrere werthvolle Spiegel zertrümmert, mehrere kostbare Bilder beschädigt und mehrere andere Sachen verschleppt worden sind. Ist es hier nicht absurd, wenn der Miether in der Lage ist, durch den Nachweis, daß der Schaden durch seine Diensten, seine Kinder oder andere Familienglieder, durch Personen, die bei ihm zu Gaste waren, u. s. w. verursacht worden sei, und daß ihm selbst weder culpa in eligendo noch in custodiendo imputirt werden könne, jede Haftung von sich abzuwälzen?

3. Die Herstellung und Abtragung gewisser Anlagen, der Betrieb gewisser Unternehmungen ist erfahrungsgemäß sehr oft mit großen Gefahren für die körperliche Sicherheit und das Eigenthum nicht allein der unmittelbar Mitwirkenden, sondern auch dritter Personen verbunden. Wie anderwärts, so hat sich daher auch bei uns die Gesetzgebung vielfach veranlaßt gesehen, dem Hersteller einer solchen Anlage, dem Herrn einer solchen Unternehmung u. s. w. behufs möglicher Vermeidung dieser Gefahren, zur Beobachtung einer gewissen, mehr oder minder genau umschriebenen, Diligenz zu verpflichten. In vielen anderen Fällen, wo besondere gesetzliche Vorschriften fehlen, ergibt sich wieder die Nothwendigkeit einer solchen Diligenz bereits aus der Natur der Sache.

Trotzdem befindet sich jedoch der in Folge Außerachtlassung der bei solchen Herstellungen und Unternehmungen gebotenen Diligenz Geschädigte vermöge des heutigen Standes der Gesetzgebung in einer schlimmen Lage, da sich der eigentliche dominus negotii zumeist darauf wird berufen können, daß er selbst außer Verschulden sei, der wirklich Schuldtragende aber nicht selten zahlungsunfähig sein wird.

Es liegt also auf der Hand, daß hier eine Erweiterung der Haftung des dominus negotii angestrebt werden muß. Im Einzelnen ergeben sich jedoch viele Zweifelsfragen: denn wer ist in concreto der haftbar zu machende dominus negotii, wem gegenüber und in welchem Umfange hat die Haftung für fremdes Verschulden einzutreten?

Ich glaube, daß hierbei zwischen zwei Hauptgruppen von Fällen unterschieden werden muß. Der einen Hauptgruppe gehören nämlich diejenigen Fälle an, wo Jemand unter Beihilfe von in seinen Diensten stehenden Personen und in seinem Interesse ein Unternehmen (Fabrik, Bergbau, Forstbetrieb¹, Gräberei, Steinbruch, Vertrieb feuergefährlicher Waaren, Halten einer Menagerie u. s. w.) betreibt, Anlagen herstellt, Abtragungen vornimmt u. dgl. Zur anderen Gruppe gehören die Fälle, wo Jemand Herstellungen, Abtragungen u. s. w. in seinem Interesse durch einen Unternehmer unter Beihilfe von Personen, die in Diensten des Letzteren stehen, auf einem dem Unternehmer hiezu angewiesenen Terrain besorgen läßt.

In den Fällen der ersteren Art ist nun offenbar sowohl dritten Personen als auch den beschäftigten Arbeitern gegenüber Derjenige dominus negotii, der das Unternehmen betreibt, die Anlage herstellt u. s. w. In den Fällen der zweiten Art ist dagegen der Besteller dominus negotii zwar gegenüber dritten Personen, nicht aber auch gegenüber den beschäftigten Arbeitern, und der Unternehmer wieder zwar dominus negotii gegenüber den Letzteren, nicht aber gegenüber dem Ersteren.

Bei Entscheidung der Frage aber, in welchem Umfange in allen diesen Fällen für fremdes Verschulden zu haften ist, möchte ich wieder unterscheiden zwischen der Haftung gegenüber Dritten und der Haftung gegenüber den bei dem Unternehmen, der Herstellung u. s. w. Beschäftigten.

Jenen gegenüber wäre nämlich meines Erachtens seitens des dominus negotii zu haften für das Verschulden aller derjenigen Personen, welchen die Prästirung einer zum Schutze des Eigenthumes und der körperlichen Sicherheit Dritter erforderliche Diligenz anvertraut worden ist. Diesen gegenüber müßte dagegen gehaftet werden, sowohl für das Verschulden der mit der Leitung des Unternehmens betrauten Personen, als auch für das Verschulden derjenigen Personen, denen die Besorgung, Herstellung und Instandhaltung der besonders vorgeschriebenen oder durch die Natur der Sache gebotenen Sicherheitsvorkehrungen überlassen worden ist. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß der Eintritt einer solchen Haftung des Geschäftsherrn seinen Arbeitern gegenüber in dem Maße entfallen würde, als dieser durch Unfallversicherung für eine seinen verunglückten Arbeitern, respective deren Hinterbliebenen, zukommende Entschädigung vorgesorgt hätte. Vgl. hiezu die Bemerkungen am Schlusse des II. Abschnittes.

Den soeben formulirten Vorschlägen erscheint wenigstens insoweit, als es sich um die Haftung des Unternehmers gegenüber seinen Bediensteten

¹ Mir ist in meiner Praxis ein Fall vorgekommen, wo in Folge von seitens einer ävarischen Forstverwaltung vorgenommenen unvorsichtigen Schlägerungen und in Folge mangelhafter Ausräumung eines durch Holzabfälle gestauten Gießbaches die Ueberschwemmung eines ganzen Marktes herbeigeführt wurde.

handelt, theilweise Rechnung getragen in dem deutschen Reichsgesetze vom 7. Juni 1871, Nr. 25 R. G. B. Theils weiter, theils enger, als der § 2 des soeben berufenen deutschen „Reichshaftpflichtgesetzes“, aber in der Tendenz mit dem letzteren übereinstimmend, ist der Art. 4 der bei uns von der Regierung in der laufenden Session im Abgeordnetenhanse eingebrachten Gewerbegesetznovelle (Beilage Nr. 63 der stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses) gefaßt. Während nämlich im § 2 des citirten deutschen Reichsgesetzes eine Haftpflicht zu Lasten Desjenigen statuiert wird, der einen Bergbau, einen Steinbruch, eine Gräberei, eine Fabrik betreibt, trifft die Haftpflicht nach Art. 4 unserer Gewerbegesetznovelle „jeden Gewerbe-Inhaber“ nicht aber einen anderen Geschäftsherrn, dem diese Qualifikation fehlt.

Weitans befriedigender, aber zugleich ungleich schwieriger wäre freilich eine umfassende und allseitige Regelung der Haftung des Geschäftsherrn für seine Bediensteten. Die Ausnahme, welche der Art. 4 der Gewerbegesetznovelle im Gewerbeausschusse des Abgeordnetenhauses gefunden hat, zeigt jedoch, daß man bei uns zu derartigen Verbesserungen des geltenden Rechtes überhaupt noch sehr wenig geneigt ist.

4. Mir scheint endlich noch nach einer vierten Richtung hin eine Haftbarmachung für fremdes Verschulden geboten zu sein.

Es ist nämlich eine nicht gerade seltene Erscheinung, daß sich Gutsverwalter, Bergverwalter, Forstverwalter u. s. w. Ueberschreitungen der ihnen zur Verwaltung überlassenen Rechte ihres Principals zu Schulden kommen lassen, die dem Letzteren zum Vortheile gereichen, insoferne sie ungerügt bleiben, die der Principal aber nach dem derzeit geltenden Rechte nicht zu verantworten hat, sobald er beweisen kann, daß er selbst sich um die Verwaltung gar nicht kümmere. In Folge davon entsteht auch für die Nachbarn eines solchen von seinem Verwalter vertretenen Principals eine oft schwer empfundene Rechts- und Schutzlosigkeit.

Ich proponire daher schließlich noch einen Rechtsatz des Inhaltes, wonach Derjenige, welcher die Verwaltung seiner Rechte einem Anderen überläßt, für solche (die Rechte Dritter verletzende) Verwaltungsacte zu haften hat, deren Vornahme dem Ermessen des bestellten Verwalters überlassen war, ferner für diejenigen Verwaltungsacte, deren Vornahme und Durchführung bei gehöriger Controle hätte verhindert werden können.

IV.

Ueberall dort, wo das Recht die Verpflichtung zum Schadenersatz durch das Vorhandensein eines Verschuldens bedingt sein läßt, bedarf es offenbar noch einer Entscheidung darüber, wie beschaffen das Verschulden sein muß, um haftbar zu machen.

Unser b. G. B. stellt diesfalls, ohne zwischen den Fällen, wo ein Contractsverhältniß vorliegt, und denjenigen, wo ein solches fehlt, einen principiellen Unterschied zu machen, die Regel auf, daß Jeder Jedem nicht allein für seinen dolus und seine „auffallende Sorglosigkeit“, sondern selbst für geringes Versehen zu haften hat (vgl. § 1295 b. G. B.). Ausnahmen von dieser Regel enthalten die §§ 1300, 1314, 1315 und 1329 b. G. B., zufolge welcher in den daselbst näher bezeichneten Fällen eine außercontractliche Haftung an besondere Voraussetzungen geknüpft wird¹.

Bei Contracts- (und contractsähnlichen) Verhältnissen gilt dagegen obige Regel ausnahmslos, so zwar, daß z. B. der Schenkgeber, der Commodant, der Depositär (beim unentgeltlichen Depositum), der redliche Finder ebenso strenge haften, wie etwa der Verkäufer oder Vermiether. Den richtigen Weg scheint mir hier der schon mehrfach erwähnte schweizer'sche Entwurf im Art. 121 einzuschlagen. Der berufene Artikel lautet also: „Im Allgemeinen haftet der Schuldner (statt Schuldner würde ich lieber sagen: der aus einem Obligationsverhältnisse Verpflichtete) für jede Fahrlässigkeit. Diese Haftung ist in weiterem oder engerem Sinne zu beurtheilen, je nach der besonderen Natur des Geschäftes. Insbesondere wird dieselbe (hier möchte ich einfügen: insoferne nicht besondere Gründe entgegenstehen) milder beurtheilt, wenn das Geschäft für den Schuldner (Verpflichteten) keinerlei Vortheil bezweckt.“

Auch die im § 1295 b. G. B. zur Regel erhobene Haftbarkeit für jedes außercontractliche Verschulden hat gegenüber der Behandlungsweise, die wir im römischen Rechte finden (vgl. hiezu Windscheid Pandecten, B. II, § 451, Nr. 1, und Dernburg, Preussisches Privatrecht, II, § 259) etwas Frappirendes; trotzdem wird aber kaum geleugnet werden können, daß gerade in diesem Punkte die Rückkehr zu den Grundsätzen des römischen Rechtes nicht mehr thunlich ist. Bei einer der geistigen Freiheit entbehrenden und somit rein mechanischen Gesetzesanwendung könnte die im § 1295 statuirte weitgehende Haftung für jedes außercontractliche Verschulden allerdings zu überaus bedenklichen Consequenzen führen. Unsere Praxis hat jedoch — soweit mir wenigstens bekannt — derlei Klippen bisher glücklich vermieden.

V.

Sobald die Verpflichtung einer Person zur Leistung von Schadenersatz feststeht, handelt es sich noch immer darum, in welchem Umfange der letztere zu leisten ist. Diese Frage wirft sich selbstverständlich sowohl dort auf, wo der Haftpflichtige den eingetretenen Schaden schuldbarer Weise herbeigeführt hat, als auch dort, wo Jemand für eingetretenen Schaden zu haften hat, obwohl ihn ein Verschulden nicht trifft.

¹ Auf eine nähere Beleuchtung dieser Fälle kann hier nicht eingegangen werden.

Hier soll jedoch nur auf den Umfang der Haftung bei schuldbarer Schadenzufügung näher eingegangen werden. Ich glaube mir nämlich diese Beschränkung nicht allein der Kürze wegen, sondern auch deshalb auferlegen zu sollen, weil die Ermittlung des Umfangs der zu leistenden Entschädigung in den Fällen der zweiten Art bei angemessener Verwerthung der Grundsätze, zu welchen wir hinsichtlich der Fälle der ersten Art gelangen werden und bei gehöriger Würdigung der ratio, vermöge welcher der betreffende Rechtsatz eine Haftung ohne Verschulden statuiert, ohnehin keine besonderen Schwierigkeiten mehr bereiten kann.

Die Haftung bei schuldbarer Schadenzufügung erscheint nun in unserem bürgerlichen Gesetzbuche bekanntlich folgendermaßen regulirt: Derjenige dem dolus oder grobes Verschulden zur Last fällt, hat dem Geschädigten volle Genugthuung zu leisten, d. h. er hat diesem sowohl den Schaden im engeren Sinne (damnum emergens), als auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) zu vergüten (vergl. § 1324) und er hat ferner in einigen besonders qualificirten Fällen (vgl. hierüber oben Abschn. I) sogar das Affections-Interesse zu leisten; Derjenige dagegen, welcher sich nur eines geringen Versehens schuldig gemacht hat, haftet nur für damnum emergens, nicht auch für lucrum cessans¹, und daferne es sich um Werthvergütung handelt, nur für den gemeinen Sachwerth (vgl. § 1324 und 1331).

Die herrschende Lehre wendet diese Grundsätze nicht allein dort an, wo die Verpflichtung zum Schadenersatz aus an sich unerlaubten Handlungen entspringt, sondern auch dort, wo sie entspringt aus verschuldeter Nichterfüllung von Obligationen; Randa (Haftung der Eisenbahnunternehmungen, S. 8, Anm. 6, und G. Z. v. 1870, Nr. 7 u. 8) stellt dagegen die Ansicht auf, daß bei schuldbarer Nichterfüllung zweiseitiger Verträge immer das volle Interesse zu vergüten sei.

Es ist hier nicht der Ort, mich über und gegen die Ansicht Randa's ausführlich zu verbreiten. Ich beschränke mich deshalb auf die kurze Bemerkung, daß ich der Aufstellung des genannten Schriftstellers nicht beizutreten vermag und somit an der herrschenden Ansicht festhalte.

Gerade deshalb aber, weil ich in diesem Punkte die herrschende Ansicht theile, erscheint mir eine Revision der berufenen Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches um so dringender.

¹ Specielle Grundsätze gelten jedoch für die Entschädigung des körperlich Verletzten und die Entschädigung der Hinterbliebenen eines Getödteten. Vgl. §§ 1325—1327 und hiezu Randa (Haftung der Eisenbahnunternehmungen S. 8 ff.), der jedoch zu weit geht, wenn er in diesen Paragraphen eine ausnahmslose Haftung für das volle Interesse statuiert findet. Der entgangene und künftig entgehende „Verdienst“ des § 1325 ist eben nicht identisch mit Gewinnentgang; über § 1327 vgl. auch unten Abschnitt VIII.

Strohhal, über Schadenersatz.

Wie man sich nämlich zu der Frage, ob der Grad des Verschuldens überhaupt von Einfluß sein soll auf das Maß der zu leistenden Entschädigung, auch immer stellen mag, gewiß ist doch so viel, daß der im bürgerlichen Gesetzbuche unternommene und großentheils nur auf Mißverständnissen der römischen Quellen beruhende (vgl. hiezu Cohnfeldt, Lehre vom Interesse, S. 265 ff.) Lösungsversuch ein total mißlungener ist. Denn indem die Redactoren des bürgerlichen Gesetzbuches den Grad des Verschuldens als ausschlaggebend dafür betrachteten, ob der Schuldtragende nur den positiven Schaden, oder auch den entgangenen Gewinn zu vergüten habe, vergaßen sie 1. daß die Entscheidung darüber, ob etwas positiver Schaden, oder entgangener Gewinn sei, gar häufig nur von der zufälligen Constellation der Verhältnisse abhängt und daß völlig derselbe Betrag, welcher sich in dem einen Falle als positiver Schaden darstellt, in einem anderen wesentlich gleich gearteten Falle als entgangener Gewinn zum Vorschein kommen kann; 2. daß im einzelnen Falle eine sichere Grenze zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn oft gar nicht gezogen zu werden vermag; 3. daß ein entgangener Gewinn, auf den, soferne nur nicht das Verschulden eines Dritten unterliefe, mit Sicherheit gerechnet werden konnte, von dem Benachtheiligten nicht minder schmerzlich empfunden wird, als ein positiver Schaden, endlich 4. daß es nicht selten viel unbilliger ist, wenn ein positiver Schaden vergütet werden muß, dessen Eintritt der Schuldtragende nicht voraussehen konnte, als wenn ein Gewinnstentgang unvergütet bleibt, der als Folge des unterlaufenen Verschuldens wohl vorausgesehen werden konnte.

Die besprochene Differenzirung der Haftung wird daher auch allgemein mit Recht verworfen. Vgl. hiezu auch Art. 283 H. G.

Insofern es sich dagegen um die positive Bestimmung des Umfangs der Ersatzleistung bei schuldbarer Schadenszufügung handelt, gehen die Meinungen wieder erheblich auseinander.

Die Mehrzahl der Schriftsteller erklärt sich dafür, daß überall dort, wo haftbar machendes Verschulden einmal als vorhanden anzunehmen sei, auch eine Verpflichtung zur Vergütung des vollen Interesses statuiert werden müsse.

Diese durch lange Zeit hindurch die Alleinherrschaft behauptende Ansicht hat jedoch nummehr in Jhering (vgl. dessen Schuldmoment in den vermischten Schriften S. 215—219 und hiezu Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht S. 64 ff. und Unger, G. Z. 1867, Nr. 78) einen entschiedenen Gegner gefunden, der in der Herstellung eines Gleichgewichtes zwischen der Größe des Verschuldens und des Umfangs der Schadenersatzleistung ein Postulat der Gerechtigkeit erblickt und diesen Gedanken näher dahin präcisirt, daß nur der dolus schlechtthin zum ganzen Schadenersatz verpflichte, die culpa nur innerhalb gewisser Grenzen. Auf eine genaue Bestimmung dieser Grenzen hat sich Jhering a. a. O. leider nicht eingelassen; trotzdem resultirt

aber aus seinen Ausführungen wenigstens das Eine, daß Jhering bei bloßer levis culpa eine Haftung des Schuldtragenden für solchen Schaden, den dieser nicht voraussehen konnte, regelmäßig für unzulässig hält. Der schweizerische Entwurf macht der referirten Lehre Jhering's, auf deren Einfluß die Bestimmungen der Artikel 57 und 134¹ unverkennbar zurückzuführen sind, bereits die erheblichsten Concessionen.

Ich für meinen Theil vermag mich den Ausführungen Jhering's zwar nicht unbedingt anzuschließen, verkenne aber zugleich nicht, das dessen Polemik gegen die herrschende Lehre wenigstens theilweise vollkommen berechtigt ist. Zu weit geht Jhering meines Erachtens darin, daß er zwischen Schuld und Schadenersatz ein „Gleichgewicht“ hergestellt wissen will; denn wenn man dies genau nimmt, so gelangt man — wie es scheint — zur Consequenz, daß der Grad des Verschuldens des Ersatzpflichtigen in jedem concreten Falle von Einfluß sein muß auf die Höhe der zu leistenden Entschädigung, oder mit anderen Worten, daß der Geschädigte geradezu niemals Aussicht hat, volle Entschädigung zu erhalten, wenn dem Ersatzpflichtigen nur leichtes Verschulden zur Last fällt. Ein solches Resultat kann ich aber unmöglich acceptiren, sondern glaube vielmehr, daß es in zahlreichen Fällen ganz in der Ordnung ist, wenn der Beschädigte, ohne Rücksicht auf den Grad des dem Ersatzpflichtigen zur Last fallenden Verschuldens, das volle Interesse vergütet erhält, denn als Princip der Schadenersatzlehre wird doch immer festgehalten werden müssen, daß es im Allgemeinen gerechter ist, wenn der Schuldige den von ihm verursachten Schaden trägt, als der durch die Handlungsweise des Ersteren unschuldig Betroffene. Die Durchführung dieses Princips schließt jedoch Modificationen im Einzelnen — durch welche ich den wesentlichsten Bedenken, welche Jhering gegen die herrschende Meinung vorbringt, Rechnung tragen möchte — nicht aus.

Ich gelange hierbei zu folgenden Grundsätzen:

1. Regelmäßig hat der ob seines Verschuldens Haftpflichtige dem Beschädigten vollen Ersatz zu leisten.
2. Unter vollem Ersatz ist sowohl der positive Schaden als der entgangene Gewinn zu verstehen.

¹ Artikel 57: Art und Größe des Schadenersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände als der Größe der Verschuldung (der zweite Absatz interessiert uns hier nicht). Artikel 124: Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder ungehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte. Die Schätzung des Schadens kann der Richter nach seinem Ermessen unter Würdigung der Umstände feststellen. Ob bei schwerer Verschuldung in einem weiteren Umfange als in Absatz 1 bestimmt ist, Schaden zu ersetzen sei, bleibt ebenfalls richterlichem Ermessen vorbehalten.

3. Bei geringem Verschulden cessirt die Verpflichtung zum Ersatze desjenigen Schadens, der vom Schuldtragenden nicht vorhergesehen werden konnte und auf dessen möglichen Eintritt aufmerksam gemacht zu werden er vermöge der Sachlage berechtigt war zu erwarten.

Fälle solcher Art sind es vorzugsweise, an welche Thering bei seiner Polemik gegen die herrschende Lehre denkt: „Soll der Mandatar haften, wenn er versäumt hat einen Brief, von dessen rechtzeitiger Abgabe für den Absender Tausende von Thalern abhingen, zu bestellen? Der Causalnexuss läßt sich hier möglicherweise mit der größten Evidenz herstellen. Aber wer wird noch contrahiren wollen, wenn er eine kleine Vergesslichkeit mit seinem ganzen Vermögen bezahlen soll?“ — so fragt Thering a. a. O. und setzt hierbei offenbar voraus, daß der Mandatar auf das besondere Interesse, welches der Mandant an der Bestellung dieses Briefes hatte, nicht aufmerksam gemacht worden war. Oder soll — so möchte ich noch weiter fragen — ein Lieferant, der seiner Lieferungsverpflichtung ob eines unterlaufenen geringen Verschuldens nicht nachzukommen vermag, ohneweiters gehalten sein, dem Besteller, der seinerseits weiter verkauft hat, die ganz unverhältnißmäßige Conventionalstrafe zu vergüten, welche der Letztere seinem Käufer zahlen muß? Soll ferner ein Delicatessenhändler, der eine bei ihm bestellt gewesene kulinarische Seltenheit am bestimmten Tage ob geringen Verschuldens nicht abgeliefert, zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, welchen der Besteller dadurch erleidet, daß er eine Wette verliert, die er im Falle rechtzeitiger Ablieferung gewonnen hätte?

Einen beachtenswerthen Gesichtspunkt für die Beurtheilung derartiger Fälle hat übrigens bereits Demelius (Jahrb. f. Dogmat. V, S. 77 bis 79) hervorgehoben, der hier eine Verpflichtung zum Ersatze nicht vorhergesehenen Schadens deshalb nicht eintreten läßt, weil der Geschädigte dem Mitcontrahenten sein besonderes Interesse an der bedungenen Leistung schon von vorneherein hätte bekannt geben sollen und somit wegen Unterlassung dieser Bekanntgabe selbst im Verschulden sei.

Wir scheint jedoch, daß man die Entscheidung darauf, ob dem Geschädigten in der That ein solches Verschulden zur Last falle, nicht stellen darf. Oder sollte es wirklich gerechtfertigt sein, einen Unterschied zwischen dem Falle zu machen, wo der Besteller einer Lieferung die Bekanntgabe seines besonderen Interesses an dieser Lieferung aus Vergesslichkeit einfach versäumt und dem Falle, wo der Besteller zwar das Seinige gethan hat, um den Lieferanten von seinem besonderen Interesse in Kenntniß zu setzen, wo aber diese Mittheilung dem Lieferanten aus irgend einem Grunde nicht zugekommen ist?

4. Ob und in wie weit bei schwerer Verschuldung ein im Sinne von §. 3 nicht vorhersehbarer Schaden zu vergüten ist, hat der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände zu entscheiden.

Selbst bei schwerer Verschuldung würde es meines Erachtens in vielen Fällen zu weit gehen, wenn der Schuldtragende schlechthin auch zum Ersatze des sub §. 3 näher bezeichneten, nicht voraussehbaren Schadens verpflichtet wäre: denn gar oft wird man sich sagen müssen, daß das grobe Verschulden unterblieben wäre, wenn der Schuldtragende die schweren Folgen seines Verhaltens auch nur hätte ahnen können. Andererseits wäre es aber nicht minder unzulässig, wenn die sub §. 3 erwähnte Einschränkung der Haftung auch bei schwerer Verschuldung zur Regel erhoben würde.

5. Liegt nur geringes Verschulden vor, so kann der Richter bei Feststellung der zu leistenden Entschädigung mit Rücksicht auf die Umstände des concreten Falles ausnahmsweise auch unter das bei Anwendung der Grundsätze sub §. 1—3 sich ergebende Ausmaß herabgehen.

Beispiele, welche diese Modification der Regel wie illustriren, so auch rechtfertigen, bieten sich von selbst dar.

6. Bei schwerer Verschuldung kann der Richter nach Maßgabe der Sachlage auch das Affectionsinteresse in Anschlag bringen. Vgl. hiezu die Ausführungen im I. Abschnitte.

VI.

Eine sehr bedenkliche Bestimmung des dreißigsten Hauptstückes unseres bürgerlichen Gesetzbuches ist wohl auch die des § 1304 über den Einfluß des concurrirenden Verschuldens des „Beschädigten“ auf die Ersatzpflicht des „Beschädigers“.

Der § 1304 ist vor Allem sehr unvorsichtig stylisirt und hat hierdurch z. B. zu der sonst ganz unbegreiflichen Streitfrage Veranlassung gegeben: ob ein Dieb, der unsorgfältig verwahrte Sachen gestohlen hat, dem Bestohlenen, trotz dessen concurrirendem Verschulden zum Ersatze des ganzen Schadens verpflichtet sei? An die Möglichkeit dieses „Problems“ hatten die Redactoren unseres Gesetzbuches sicherlich nicht gedacht.

Schlimm genug aber bleibt es immerhin, daß der § 1304 es dem Richter allerdings geradezu nahe legt, sich alle Schwierigkeiten, welche der zu beurtheilende Fall bietet, durch eine oft ganz sinnlose und bald gegenüber der einen, bald gegenüber der anderen Partei ungerechte Halbierung desjenigen Betrages, den der Beschädigte Mangels des concurrirenden Verschuldens des Beschädigten zu leisten hätte, vom Halse zu schaffen.

Die Fälle, wo concurrirendes Verschulden des Beschädigten vorliegt, können überaus verschieden sein: So ist es z. B. möglich, daß A den B provocirt, worauf dieser bei der Abwehr die gebotenen Grenzen überschreitet; ferner, daß A, obwohl er die für ihn schadenbringenden Folgen einer Handlung des B vollständig abzuwenden vermöchte, dies schuldbar unterläßt;

ferner, daß A den ihm durch das Verschulden des B zugefügten Schaden durch sein Verschulden vergrößert; ferner daß A sich schuldbar einer Gefahr aussetzt, während die schadenbringende Handlung selbst schuldbarer Weise vom B vorgenommen wird, u. s. w. Und in allen diesen Fällen ist es wieder möglich, daß die Verschuldung des B eine schwere, vielleicht gar dolus, die Verschuldung des A dagegen eine leichte ist, oder umgekehrt.

Bei sachgemäßer Würdigung dieser verschiedenen Fälle wird man daher auch zu sehr verschiedenen Resultaten kommen: bald dazu, daß der B trotz des concurrirenden Verschuldens des A vollen Ersatz zu leisten hat, bald dazu, daß dem A ob seines concurrirenden Verschuldens jeder Ersatzanspruch zu versagen ist; in wieder anderen Fällen wird zu einer Mäßigung des Entschädigungsbetrages zu schreiten sein.

Die Gesetzgebung darf sich jedoch auf eine casuistische Behandlung aller möglichen Fälle des concurrirenden Verschuldens nicht einlassen, sondern muß sich vielmehr in weiser Selbstbeschränkung damit begnügen, dem Richter die Möglichkeit einer freien Beurtheilung des concreten Falles zu gewähren. Die richtigste Bestimmung, welche ein Gesetz hinsichtlich des concurrirenden Verschuldens des Beschädigten überhaupt treffen kann, scheint mir daher auch im Art. 57, Absatz 2 des schweizer'schen Entwurfes gegeben zu sein; diese Bestimmung lautet: „Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältniß ermäßigen oder gänzlich von derselben entbinden.“

VII.

Besondere Grundsätze gelten nach österreichischem Rechte für die Vergütung desjenigen Schadens, welchen der Gläubiger einer Geldschuld in Folge der mora seines Schuldners erleidet. Der § 1333 b. G. B. bestimmt nämlich hierüber, daß dieser Schaden „durch die vom Gesetze bestimmten Zinsen vergütet werde“. Schon diese Formulirung weist darauf hin, daß ein hierüber hinausgehender Anspruch des Gläubigers für unzulässig erklärt werden sollte. Selbst wenn aber der Wortlaut des § 1333 hierüber noch einen Zweifel übrig lassen sollte, so würde ein solcher doch jedenfalls durch das Hofdecret vom 18. Januar 1842, Nr. 592 Z. G. E. beseitigt erscheinen. In dem citirten Hofdecrete wurde nämlich behufs Lösung eines entstandenen Zweifels ausdrücklich ausgesprochen, daß der mit der Auszahlung des Lohnes rückständige Besteller einer Arbeit dem Bestellten nur für die Verzugszinsen hafte; dies ist aber um so bedeutamer, weil der im erwähnten Hofdecrete entschiedene Fall in der That der einzige ist, bezüglich dessen im bürgerlichen Gesetzbuche ein positiver Anhaltspunkt für die Annahme vorfindig war (vgl. § 1154 a. G.), daß der morose Geldschuldner auch über die Verzugszinsen hinaus zum Schadenersatz verpflichtet sei.

Das hiemit gewonnene Ergebnis ist offenbar ein unbefriedigendes. Denn die tägliche Erfahrung lehrt, in welche Bedrängniß ein Gläubiger, der mit Sicherheit auf den Eingang einer Geldsumme rechnet, in Folge der mora seines Schuldners gerathen kann und in welch' traurigem Mißverhältnisse gar oft der durch die Zahlung der Verzugszinsen gewährte Ersatz zu dem Schaden steht, den der Gläubiger wirklich erlitten hat.

Ich halte es daher auch für angemessen, daß der morose Geldschuldner (sofern er im Verschulden ist¹) auch über die Verzugszinsen hinaus für den dem Gläubiger verursachten Schaden haftbar gemacht werde. Eine übermäßige Härte gegen den Schuldner würde hierin umfoweniger gelegen sein, da ja doch diesem gerade bei Geldschulden die im Abschnitte V, sub 3. 3 erwähnte Einschränkung der Haftung zugute kommen müßte.

VIII.

Schließlich noch einige Bemerkungen über die im Falle der schuldbaren Tödtung eines Menschen zu leistende Entschädigung. Im § 1327 b. G. B. finden wir diesfalls bestimmt, daß der Schuldtragende „nicht nur alle Kosten, sondern auch der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das, was ihnen dadurch entgangen ist“, zu ersetzen habe. Diese Ausdrucksweise (vgl. auch § 1329) gibt offenbar zu dem Zweifel Veranlassung, ob der Schuldtragende allen Personen, welche dem Getödteten gegenüber, sei es gesetzliche oder contractliche Alimentationsansprüche hatten, und nun in Folge der Tödtung des Alimentationsverpflichteten benachtheiligt sind, zum Ersatze verpflichtet ist, oder ob eine solche Verpflichtung nur der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten gegenüber eintritt. Ueberwiegende Gründe scheinen sogar dafür zu sprechen, daß die Redactoren unseres Gesetzbuches in letzterem Sinne entscheiden wollten; als sachlich befriedigend könnte dagegen nur eine Lösung des obigen Zweifels im ersteren Sinne angesehen werden.

Der § 1327 läßt außerdem zweifelhaft, ob zu den vom Schuldtragenden zu vergütenden „Kosten“ auch die Begräbniskosten gehören? Unsere Praxis ist vorwiegend geneigt, diese Frage aus dem Grunde zu verneinen, weil Sterben allgemeines Menschenloos sei und somit die Begräbniskosten für den Getödteten schließlich doch einmal hätten aufgebracht werden müssen, wenn dieser auch nicht getödtet worden wäre. Hierbei wird aber vollständig übersehen, daß in Folge dieser Entscheidung gar oft Personen die Begräbniskosten für den Getödteten zahlen müssen, welche eine solche Last niemals getroffen

¹ Das Vorhandensein eines Verschuldens scheint mir eben nach österreichischem Rechte nicht nothwendige Voraussetzung weder der mora creditoris noch der mora debitoris zu sein.

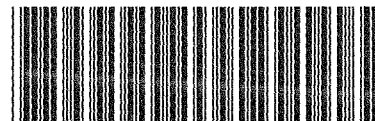
hätte, wenn der Getödtete erst nach einer Reihe von Jahren gestorben wäre; ferner, daß es leicht möglich ist, daß die Begräbniskosten des Getödteten zur Zeit den Nachlaß desselben zum Nachtheile seiner Gläubiger aufzehren oder doch verringern, während die Gläubiger, sofern der Tod des Schuldners nicht gerade im gegenwärtigen Zeitpunkte erfolgt wäre, voraussichtlich Nichts verloren hätten, u. s. w. Vom Standpunkte der *lex ferenda* aus wäre daher die gestellte Frage sicherlich im bejahenden Sinne zu beantworten.

Zu erwägen wäre etwa noch, ob es nicht im Sinne des (schon im I. Abschnitte berufenen) Art. 60 schweizer'schen Entwurfes in das Ermessen des Richters gestellt werden sollte, den Angehörigen des Getödteten, zumal wenn die Tödtung „durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verschuldet wurde“ und mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles „auch abgesehen vom dem Erfolge erweislichen Vermögensschadens eine angemessene Geldsumme zuzusprechen“. So wenig ich leugnen will, daß sich immerhin einzelne Fälle denken lassen, wo sich eine derartige Bestimmung als wohlthätig und angemessen erweisen könnte, so trage ich doch wegen der überaus naheliegenden Gefahr, daß die Tödtung einer Person von deren pietätlosen Angehörigen als Erwerbsquelle benützt wird, Bedenken, diese Bestimmung zu acceptiren.

Ich bin hiemit mit meiner gutächtlichen Aeußerung über den Antrag des Herrn Dr. Max Strauß zu Ende. Um Alles zu sagen, was ich hinsichtlich des behandelten Themas auf dem Herzen habe, und jede meiner Behauptungen ausführlich zu begründen, hätte ich ein ganzes Buch schreiben müssen. So wie sie vorliegen, weisen daher auch meine Ausführungen gar manchen Lücken auf und reizen vielleicht gar oft mehr zum Widerspruch, als sie überzeugen. Meine Bemängelungen des geltenden Rechtes beziehen sich ferner wenigstens theilweise auf Punkte, welche bestenfalls nur bei einer Revision unseres gesammten Obligationenrechtes, nimmermehr aber bei einer bloßen Revision des 30. Hauptstückes II. Th. b. G. B. Berücksichtigung finden könnten. Wenn die vorstehenden Auseinandersetzungen trotz alledem wenigstens hie und da einen für die Reform unseres Schadenersatzrechtes brauchbaren Gesichtspunkt liefern, so haben sie damit ihren Zweck bereits vollständig erfüllt.

REV15

ÚK PrF MU



3129S14865