

Akademie für Deutsches Recht 1933 – 1945 Protokolle der Ausschüsse

Herausgegeben von
Werner Schubert
Werner Schmid
Jürgen Regge

Band III, 5



1993

Walter de Gruyter & Co. Berlin · New York

Ausschuß für Schadensersatzrecht

(Leistungsstörungen. Umfang und Art des Schadensersatzes. Deliktsrecht)

Ausschuß für das Recht der Betätigungsverträge

(Allgemeine Bestimmungen. Geschäftsbesorgung.
Werkvertrag)

Ausschuß für landwirtschaftliches Pachtrecht

Herausgegeben und mit einer Einleitung versehen

von

Werner Schubert



1993

Walter de Gruyter & Co. Berlin · New York

© Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Akademie für Deutsches Recht (München):
Akademie für Deutsches Recht, 1933–1945, Protokolle der
Ausschüsse / hrsg. von Werner Schubert ... – Berlin ; New
York : de Gruyter.
ISBN 3-11-010671-X
NE: Schubert, Werner [Hrsg.]; HST
Bd. 3.
5. Ausschuß für Schadensersatzrecht [u. a.]:
(Leistungsstörungen, Umfang und Art des Schadensersatz-
zes, Deliktrecht). – 1993
ISBN 3-11-012925-6
NE: Akademie für Deutsches Recht (München) / Unteraus-
schuß für Schadensersatzrecht

Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30

Printed in Germany

Satz: ScanTechnik, Ralsdorf. – Druck: WB-Druck, Rieden
Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

Inhalt

Einleitung (Werner Schubert)	VIII
I. Übersicht über den Inhalt des vorliegenden Bandes	VIII
II. Die Arbeiten des Ausschusses für Schadensersatzrecht	IX
III. Sonstige schuldrechtliche Ausschüsse	XXVI
1. Ausschuß für das Recht der Betätigungsverträge	XXVI
2. Kaufrechtsausschuß XXVIII	
3. Ausschuß für Geld- und Sicherungsgeschäfte	XXVIII
IV. Ausschuß für (landwirtschaftliches) Pachtrecht	XXIX

Die Verhandlungen des Ausschusses für Schadensersatzrecht

I. Sitzungen vom 5. - 7.9.1940	1
1. Protokoll der Sitzung am 5.9.1940 (Die unerlaubte Handlung mehrerer Täter)	1
2. Protokoll der Sitzung am 6.9.1940 (Leistungsstörungen: Allgemeine Aussprache, §§ 1-4 des Entwurfs von Larenz [Pflichten aus dem Schuldverhältnis, vorvertragliche Sorgfaltspflicht, Haftung für Verschulden, Schuldnerverzug])	40
3. Referat von Karl Larenz: Leistungsstörungen	68
4. Protokoll der Sitzung am 7.9.1940 (§§ 4-6 des Entwurfs von Larenz: Verzugsschaden, Gattungsschulden)	81
5. Neue Fassung des Entwurfs von Larenz: "Leistungsstörungen" vom Oktober 1940	110
II. Sitzungen am 25. und 26.11.1940	114
1. Protokoll der Sitzung am 25.11.1940 (Referat von Larenz über die bisherigen Beschlüsse. Beratungen der §§ 7, 8 und 17 des Entwurfs von Larenz: Haftung für Gehilfen, vertraglicher Haftungsausschluß)	114
2. Protokoll der Sitzung am 26.11.1940 (§§ 8-12 des Entwurfs von Larenz: Dauernde Unmöglichkeit. Herausgabe des Ersatzes. Verlust der Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrag. Zeitweilige Unmöglichkeit)	157
3. Entwurf über "Vertragsverletzungen" und "Leistungsstörungen" nach den Beschlüssen von München am 25., 26.11.1940	185
4. Fortsetzung des Entwurfs von Larenz zu dem bisherigen Teilentwurf: Leistungsstörungen (§§ 14-20)	188
5. Erste Äußerung des Herrn Reichsgerichtsrats Arnold zu dem Entwurf: Vertragsverletzung und Leistungshindernisse (Nov. 1940)	190
III. Sitzungen vom 26. bis 29.4.1941	193
1. Protokoll der Sitzung am 26.4.1941 (Beratungen der §§ 14-16 des Entwurfs von Larenz: Annahmeverzug)	193
2. Protokoll der Sitzung am 27.4.1941 (Beratungen der §§ 17-19 des Entwurfs von Larenz: Zweckerreichung, Fortfall der Geschäftsgrundlage. Zurückbehaltungsrecht bei gegenseitigen Verträgen. Zerstörung des Vertrauens bei Dauerschuldverhältnissen)	238
3. Vorschläge von Rudolf Reinhardt über die Gefährdungshaftung für die Beratungen am 28. und 29.4.1941	271

IV. Die Bestimmungen 1. Lesung über Pflichtverletzungen, Leistungshindernisse, Dauerschuldverhältnisse und Unerlaubte Handlungen in der Zusammenstellung der bisher formulierten Texte für das Volksgesetzbuch vom Mai 1941 (§§ 1-32)	273
Zweite Äußerung von Hermann Arnold vom 3.5.1941 zur Formulierung des § 19 (Geschäftsgrundlage)	280
Dritte Äußerung von Hermann Arnold vom 17.6.1941 zu den §§ 1-22	281
V. Sitzungen am 28. und 29.7.1941	284
1. Bericht über die Sitzungen am 28. und 29.7. in München (Schadensausgleich)	284
2. Referat von Rolf Dietz: Schadensausgleich	290
a) Text des Entwurfs (§§ a-x)	290
b) Text des Referats (zu den §§ a-n)	293
3. Neufassung des Entwurfs (Allgemeine Regeln §§ 1-11)	317
VI. Referat von Rolf Dietz über: Schadensausgleich (§§ o-z) in der Sitzung am 18.12.1941	319
VII. 1. Vermerk von Pritsch über die Sitzungen am 17. und 18.11.1942 (Allgemeines Deliktsrecht, 2. Lesung)	327
2. Bericht über das Ergebnis der Sitzungen am 17. und 18.11.1942	
Sonderausschuß für das Recht der Betätigungsverträge	
I. Referat von Arthur Nikisch: Betätigungsverträge (ZADR 1940, S. 369-372)	332
II. Pressenotiz über die Sitzungen am 26. und 27.8.1940 (ZADR 1940, S. 287)	338
III. Sitzungen am 19. und 20.11.1940	339
1. Protokoll der Sitzung am 19.11.1940 (Fortsetzung und Beendigung der Beratungen über die allgemeinen Vorschriften über Betätigungsverträge)	339
2. Protokoll der Sitzung am 20.11.1940 (Geschäftsbesorgungsvertrag nach einem Referat von Swoboda)	365
IV. Sitzungen am 10. und 11.1.1941	369
1. Protokoll der Sitzung am 10.1.1941 (Gliederung des Abschnitts Betätigungsverträge im Volksgesetzbuch. Geschäftsbesorgungsvertrag)	369
2. Protokoll der Sitzung am 11.1.1941 (Geschäftsbesorgungsvertrag)	420
V. Pressenotiz über die Sitzungen am 22. und 23.5.1941 (ZADR 1941, S. 211)	430
VI. 1. Pressenotiz über die Sitzungen am 13. und 14.3.1942 (ZADR 1942, S. 105)	430
2. Bericht vom 31.10.1941 von Hellmut Georg Isele über die rechtliche Regelung der Herstellung von Sachwerken	430
3. Geschäftsbesorgung (Entwurf)	446
Ausschuß für Kaufrecht	
I. Pressenotiz über die Sitzungen am 1.- 5.6.1939 (ZADR 1939, S. 490-491)	448
II. Probleme des Kaufrechts. Zusammengestellt auf Grund der Beratungen des Kaufrechtsausschusses von Hermann Krause.	448

Ausschuß für Geld- und Sicherungsgeschäfte

Referat von Wilhelm Schutz: Künftiges Darlehensrecht (Bank-Archiv 1942, S. 387-389)	452
--	-----

Unterausschuß für (landwirtschaftliches) Pachtrecht

I. Sitzungen am 9. und 10.12.1938	457
1. Protokoll der Sitzung am 9.12.1938 (Referat von Ernst Sauer über den Stand der Pachtgesetzgebung. Allgemeine Aussprache über das Pachtwesen und die Pachtrechtsreform)	457
2. Protokoll der Sitzung am 10.12.1938 (Einheitspachtverträge für die Verpachtung eines Hofes usw.)	484
3. Referat von Ernst Sauer: Stand der Pachtgesetzgebung	500
II. Sitzungen am 12. und 13.1.1939	504
1. Protokoll über die Sitzung am 12.1.1939 (Referat von Hans- Ludwig Simonis: Das bäuerliche Erbpachtrecht in Mecklenburg)	504
2. Protokoll über die Sitzung am 13.1.1939 (Referat von Martin Busse: Die Zeitpachtdörfer in Ostholstein)	552
3. Gustav Wichteremann: Richtlinien für eine Neuordnung des deutschen Pachtwesens (1933)	579
III. 1. Vermerk über die Sitzungen am 2.-4.3.1939 (Pachtverhältnisse in Oberhessen, Baden, Rheinhessen)	587
2. Auszug aus einem Referat von Eduard Willeke: Sozialstruktur und Raumordnung (Pachtverhältnisse in Hessen)	588
IV. Vermerk über die Sitzung am 2.2.1940 (Aussprache über das Pachtnotrecht im Hinblick auf die Kriegsverhältnisse)	591
V. 1. Vermerk über die Sitzung am 7.5.1940 (Pachtparzellenpreis)	592
2. Referat von Erich von Blanc: Der angemessene oder gerechte Pachtparzellenpreis	593

Anhang:

Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht. Unterausschuß für Schadensersatzrecht. Im Auftrage des Ausschusses ...vorgelegt von H.C. Nipperday (Köln), München und Berlin 1940	605
J. W. Hedemann, Vorwort	607
H. C. Nipperday, Erster Arbeitsbericht des Unterausschusses für Schadensersatzrecht (Leitsätze)	609
E. Wahl, Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht	615
H. C. Nipperday, Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen	634
G. A. Löning, Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen	648
R. Reinhardt, Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht Gesetzesvorschlag	662
Einheitspachtverträge des Reichsnährstandes	691
Register der Redner und Referenten	713
Sach- und Personenregister	715

Einleitung

I. ÜBERSICHT ÜBER DEN INHALT DES VORLIEGENDEN BANDES

Der abschließende Band zum Schuldrecht enthält die Protokolle und sonstigen Arbeitsunterlagen des Ausschusses für Schadensersatzrecht, für das Recht der Betätigungsverträge und für das landwirtschaftliche Pachtrecht. Auch wenn man einmal davon absieht, daß 1942 von den Sitzungen wohl keine Wortprotokolle mehr aufgenommen worden sind, sind die Sitzungsniederschriften insbesondere für das Jahr 1939 unvollständig überliefert. Am besten sind die Verhandlungen des Schadensersatzrechtsausschusses dokumentiert. Hier fehlen im wesentlichen nur die wohl nicht sehr umfangreichen Verhandlungen von 1939, über die eine Denkschrift von Nipperdey vorliegt. Diese Denkschrift wird wegen des Fehlens sonstiger Materialien im vorliegenden Band vollständig wiedergegeben. Die folgenden Verhandlungen des Ausschusses für Schadensersatzrecht sind nahezu lückenlos erhalten. Weniger gut ist die Überlieferung der Protokolle des Betätigungsrechtsausschusses und der dort gehaltenen Referate. Immerhin liegen zwei wichtige Teilentwürfe, ein Referat und Wortprotokolle über vier Sitzungen vor, in denen vornehmlich der Geschäftsbesorgungsvertrag behandelt worden ist. Vom Ausschuß für Geld- und Sicherungsgeschäfte ist kein Protokoll greifbar, möglicherweise deshalb, weil nur eine einzige Sitzung im Jahre 1942 stattgefunden hat.

Die Ausschußvorsitzenden und Sitzungsteilnehmer sind bereits in Teil III 3 der Reihe in Kurzbiographien vorgestellt worden¹. Nach welchen Kriterien die Ausschußvorsitzenden ausgewählt wurden, läßt sich nicht mehr feststellen. Für die Ernennung *Nipperdeys*² zum Vorsitzenden des Schadensrechtsausschusses dürfte neben seinen guten Verbindungen zu Lehmann vor allem maßgebend gewesen sein, daß er sich als einziger der engeren Mitarbeiter an den Vorbereitungen zum Volksgesetzbuch mit dem Deliktsrecht befaßt hat, wenn auch nur über die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB³. Nipperdey hat die in ihn gesetzten Erwartungen nicht enttäuscht; denn er hat als einziger der schuldrechtlichen Ausschußvorsitzenden die ihm zugewiesene Materie nahezu vollständig beraten lassen, wenn es ihm auch nicht mehr gegeben war, abschließende Entwürfe und Denkschriften vorzulegen.

Für die Ernennung von *Nikisch* zum Vorsitzenden des Ausschusses für das Recht der Betätigungsverträge dürfte entscheidend gewesen sein, daß dieser mit dem Rechtsgebiet der genannten Verträge von seinen Arbeiten im Arbeitsrechtsausschuß vertraut gewesen sein dürfte. Schriftstellerisch war er mit Arbeiten zum Arbeitsrecht und dessen Reform hervorgetreten. Die Arbei-

¹ Vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe: Ausschuß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht. 1934-1936, 1990, S. 56 ff.

² Zu Nipperdey vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 72 f.

³ *Nipperdey*, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 2, 1931, S. 445 ff. (Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB); vgl. auch die Abhandlung: Warum Gefährdungshaftung? (in: Zur Neugestaltung des Verkehrsrechts, Beiträge zur Rechts-erneuerung, Bd. 9, 1939, S. 36 ff.).

⁴ Vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 71.

ten des Ausschusses waren weiter vorangeschritten, als es die überlieferten Materialien erkennen lassen. - Gleiches läßt sich für den Ausschuß für Geld- und Versicherungsgeschäfte, den Eugen *Ulmer*⁵ übernommen hatte, nicht sagen. Ulmer dürfte seine Ernennung zum Ausschußvorsitzenden seinem 1938 erschienenen Grundriß zum Recht der Wertpapiere zu verdanken haben. Daß der Pachtrechtsausschuß Walter *Granzow*⁶ übertragen wurde, überrascht nicht. Granzow hatte sich bereits als Vorsitzender des Genossenschaftsrechtsausschusses, dessen Arbeiten 1938 nahezu abgeschlossen waren, einen Namen gemacht. Als Vorstandsvorsitzender der Deutschen Rentenbank und Aufsichtsratsvorsitzender der Deutschen Pachtbank war er wie kein anderes Akademiemitglied in hervorragendem Maße geeignet, die Reform des Pachtrechts weiterzuführen.

Der Leser mag sich fragen, ob die Herausgabe der Ausschüßarbeiten zum Recht der Leistungsstörungen, zum Delikts- sowie zum Schadensersatzrecht und zum Recht der Tätigkeitsverträge noch zu rechtfertigen ist, nachdem die rechtspolitische Diskussion der Bundesrepublik Deutschland, wenn man einmal von der Denkschrift Nipperdeys zu Teilen des Deliktsrechts aus dem Jahre 1940 absieht, während der letzten vierzig Jahre ohne sie ausgekommen ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß diese Diskussion, insbesondere im Rahmen der Gutachten und Vorschläge der Überarbeitung des Schuldrechts in den achtziger Jahren, oft den Eindruck erweckt, als hätten die ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts zu den schuldrechtlichen Reformüberlegungen nur wenig beigetragen. Die nunmehr veröffentlichten schuldrechtlichen Ausschüßarbeiten mögen verdeutlichen, daß die Geschichte der schuldrechtlichen Reformbestrebungen auch während der NS-Zeit, ungeachtet aller ideologischen Implikationen, die nicht geleugnet werden sollen und können, in der Tradition der Entwicklung des deutschen Schuldrechts in diesem Jahrhundert steht und daß sie ein wichtiges Verbindungsstück zwischen der anfänglichen Literatur zum BGB und der heutigen Schuldrechtsliteratur darstellen.

II. DIE ARBEITEN DES AUSSCHUSSES FÜR SCHADENSERSATZRECHT

1. *Recht der Leistungsstörungen (Pflichtverletzungen)*

Die Arbeiten des Schadenersatzrechtsausschusses⁷ zum Recht der Leistungsstörungen (Pflichtverletzungen) bauen auf dem Entwurf des Schuldrechtsausschusses von 1935 und der dazugehörigen Denkschrift von *Stoll*⁸ aus dem Jahre 1936 auf. Auffallend ist, daß im Gegensatz zu fast allen Rechtsgebieten des BGB - Erbrecht, Familienrecht, Deliktsrecht, Sachenrecht und Fragen des Allgemeinen Teils - zu dem zweifelsohne in gleichem Maße reformbedürftigen Recht der Leistungsstörungen nach Erscheinen der

⁵ Vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 81.

⁶ Vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 63.

⁷ Der Ausschüß wurde mitunter auch Schadensrechtsausschuß genannt.

⁸ Beides bei *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 232 ff. erneut wiedergegeben. - Zu Stolls Biographie ist noch der Nachruf von *Kreller* in *Sav. Zeitschrift, Rom. Abt.*, Bd. 58, 1938, S. 449 ff. nachzutragen.

Denkschrift von Stoll und auch im Zusammenhang mit den Arbeiten des Schadensrechtsausschusses (1940/42) keine Monographien oder umfangreichere Aufsätze mehr erschienen sind. Dies hängt wohl damit zusammen, daß dieses Rechtsgebiet einer zusammenfassenden Bearbeitung erhebliche Schwierigkeiten entgegengesetzte und zudem die wichtigsten Probleme durch die Judikatur des Reichsgerichts, die bereits vor 1933 die Gemeinschaftsinteressen in großem Maße berücksichtigt hatte, für die Rechtspraxis gelöst waren.

Zu den Beratungen des Schadensersatzrechtsausschusses lag ein Referat mit einem entsprechenden Entwurf (Leistungsstörungen) von Karl *Larenz* vor⁹, der im wesentlichen die §§ 275-304, 320-327 BGB abdecken sollte. Ausgangspunkt des Referats von Larenz war die Denkschrift von Stoll, mit der er sich kritisch auseinandersetzte. Im Gegensatz zu Stoll unterschied Larenz klar das vertragswidrige Verhalten (Pflichtverletzung) von der Änderung der für die Vertragsdurchführung besonderen Umstände. Aus diesem Grunde meinte Larenz¹⁰, "es wäre vielleicht richtiger, den Ausdruck 'Leistungsstörungen' auf den zweiten Fragenkreis zu beschränken", für den er den Ausdruck "Ablaufshinderungen" vorschlug. Nicht behandelt sind in dem Gutachten die Frage, inwieweit der Schuldner für anfängliches Leistungsvermögen einzustehen hatte. Der Grundgedanke der Reform mußte nach Larenz in folgendem liegen:¹¹ "in der klaren Unterscheidung der beiden Fallgruppen: Pflichtverletzungen hier, sonstige Leistungsstörungen da, und in dem allgemeinen Grundsatz, daß jeder Vertragsbeteiligte für jedwede verschuldete Verletzung seiner Pflichten aus dem Vertragsverhältnis einzustehen, d.h. dafür Schadensersatz zu leisten hat." Nach Larenz trat diese Unterscheidung nicht als die tragende der ganzen Regelung im BGB hervor. Larenz schloß sich Stoll insoweit an, als dieser forderte,¹² "daß der Grund einer Schadensersatzhaftung allein in der (schuldhaften) Pflichtverletzung gefunden werde und daß jede Pflichtverletzung im Vertragsverhältnis, gleich, in welche der bisherigen Arten sie einzureihen wäre, zum Ersatz verpflichtet". Dagegen bezeichnete er die von Stoll verlangte Ausmerzung des Unmöglichkeitsbegriffs für nicht durchführbar. Ferner vermißte er bei Stoll die klare Herausstellung der beiden Fragenkreise: "Haftung für Pflichtverletzungen und Anpassung an veränderte Umstände." Seinen eigenen Plan umschrieb Larenz wie folgt:¹³ "Die von mir in den Vordergrund gestellte Zweigliederung des gesamten Fragenbereichs in Pflichtverletzung und (sonstige) Leistungsstörungen ermöglicht es, bei der ersteren den Grundsatz der Haftung für schuldhaft vertragswidriges Verhalten klar voranzustellen und sodann diesen Grundsatz im Hinblick auf einzelne wichtige Fallgruppen, wie Verzug, Leistungsverweigerung zu modifizieren. Der beherrschende Grundgedanke dieses Abschnitts ist die Vertragstreue. Vertragliche Pflichten sind ebensowohl Rechtspflichten und damit Pflichten auch der Gemeinschaft gegenüber wie andere gesetzliche Pflichten; wer seine Vertragspflicht verletzt, muß dafür einstehen. Dagegen ist der Grundgedanke des zweiten Abschnitts die Notwendigkeit, Verträge unter gewissen Voraussetzungen den veränderten Ver-

⁹ Unten S. 68 ff. wiedergegeben.

¹⁰ Unten S. 69.

¹¹ Unten S. 70.

¹² *Larenz*, unten S. 71.

¹³ *Larenz*, unten S. 71 f.

hältnissen anzupassen: der Vertrag sollte dem Leben (der Gemeinschaft, einer vernünftigen Ordnung des Güteraustausches) dienen, nicht aber das Leben einem Vertrag geopfert werden, der unter anderen Verhältnissen einmal sinnvoll war. Beides sind Grundsätze nationalsozialistischen Denkens; ihre Entfaltung im einzelnen ist das Ziel meines Entwurfs."

In den sehr kontroversen Detailberatungen konnte Larenz sich mit seiner Gesamtkonzeption durchsetzen, wenn auch die Einzelabänderungen zum Teil beträchtlich waren¹⁴. Hauptneuerung war die Schaffung eines allgemeinen Haftungstatbestandes für Pflichtverletzungen aller Art (§ 1), wobei Sondertatbestände für Schuldnerverzug und den Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschaffen wurden (vgl. §§ 4 und 6). Einbezogen in den allgemeinen Tatbestand war die Haftung wegen culpa in contrahendo. Der Begriff "Leistungsstörung" wurde vermieden und statt dessen der Ausdruck "Leistungshindernisse" verwandt, denen die "Pflichtverletzungen" gegenüberstanden. Bei seinen Arbeiten verfolgte der Ausschuß das Ziel, die Ergebnisse der reichsgerichtlichen Judikatur zum allgemeinen Schuldrecht in ein neues System zu bringen. Abänderungen des geltenden Rechts waren nur insoweit beabsichtigt, als der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke stärker als bisher herausgestellt werden sollte. Im einzelnen enthielt der Teilentwurf folgende größere Abweichungen gegenüber dem BGB:

- Einschränkung der Möglichkeiten des Haftungsausschusses (§ 3),
- Beweislast für das Nichtvorliegen eines Verschuldens auch bei positiver Forderungsverletzung beim Schuldner,
- Durchbrechung der strikten Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 7),
- ausdrückliche Regelung des Wegfalls und Fehlens der Geschäftsgrundlage (§ 16),
- fristlose außerordentliche Kündigung bzw. vorzeitige ao. Kündigung bei Dauer- schuldverhältnissen und Schuldverhältnissen mit Dauerleistungen (§§ 17, 18),
- Erweiterung des § 321 auf den Fall, daß die Vermögensverhältnisse des anderen Teils bei Vertragsschluß so schlecht waren, daß der Anspruch auf die Gegenleistung dadurch erheblich gefährdet war (§ 11 Ziff. 2).

Die in den §§ 275, 323 BGB getroffene Regelung wurde im wesentlichen beibehalten.¹⁵ Im Gegensatz zu Stoll wurde damit der Begriff der Unmöglichkeit nicht vollständig aufgegeben. Die Debatten zogen sich insgesamt sehr lange hin, einmal weil selbst kleinere von Larenz vorgeschlagene Änderungen auf erheblichen Widerstand insbesondere beim Reichsjustizministerium (Vogels) stießen, vor allem aber weil es sich als außerordentlich schwierig erwies, die durch die Judikatur erfolgte Ausgestaltung und Weiterentwicklung des Schuldrechts in eine knappe und gleichwohl verständliche Gesetzesform zu bringen. So wurde sehr lange darüber debattiert, ob und inwieweit der Gläubiger verpflichtet sein sollte, eine Leistung anzunehmen, und wie die Haftung für einen Verstoß gegen eine solche Verpflichtung ausgestaltet werden sollte. Die knappe in § 15 des Teilentwurfs enthaltene Regelung läßt das Ausmaß der Beratungen in keiner Weise mehr erkennen. Insgesamt gesehen kann die Fassung des Entwurfs vom Juni 1942 noch keineswegs als

¹⁴ Es fanden zwei Lesungen statt, wobei über die zweite Lesung (in einem kleineren Kreis) Unterlagen nicht überliefert sind. Der Entwurf 1. Lesung ist unten S.273 ff.wiedergegeben, der Entwurf 2. Lesung ist bereits im Bd. III 1, 5. 138 ff. enthalten (§§ 1-20).

¹⁵ Vgl. § 8 des Entwurfs (Bd. III 1, S. 140).

das letzte Wort des Ausschusses angesehen werden, zumal Beschlüsse über die Gestaltung des Gewährleistungsrechts und die Haftung wegen anfänglicher Unmöglichkeit noch nicht vorlagen.

2. Delikts- und Schadensrecht

Das Recht der unerlaubten Handlungen wurde zunächst im September 1938 im schuldrechtlichen Hauptausschuß beraten.¹⁶ Von Dezember 1939 bis Anfang 1940 fanden dann im Unterausschuß für Schadensrecht die Detailberatungen statt, über die Mitte 1940 eine Denkschrift von Nipperdey mit Beiträgen von Wahl, Nipperdey, Löning und Reinhardt vorgelegt wurde und der einen Teilentwurf mit sieben Bestimmungen sowie 20 Leitsätze enthielt.¹⁷ Dieser Teilentwurf wurde, nachdem im September 1940 noch die Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit und die Beteiligung mehrerer Täter behandelt worden waren, in die Zusammenstellung zum Volksgesetzbuch vom Mai 1941 aufgenommen.¹⁸ Die zweite Lesung der Fassung von 1940¹⁹ fand am 17./18.11.1942 statt, in der noch einige wichtige Änderungen beschlossen wurden.

Fragen der Neugestaltung des Schadensersatzrechts sind erst im Anschluß an die Denkschrift von Nipperdey in der Literatur detaillierter behandelt worden, obwohl das Deliktsrecht bereits während der Entstehung des BGB in der rechtspolitischen Diskussion eine erhebliche Rolle gespielt hatte²⁰. Auch zu Beginn der NS-Zeit wurde die Reform des Deliktsrechts nur am Rande und meist im Zusammenhang mit einer Gesamtreform des Schuldrechts behandelt. "Je mehr der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke die einzelnen verbindet", so Heinrich *Lange* 1934 in: "Vom alten zum neuen Schuldrecht"²¹, "um so mehr schwindet die Gegenstellung von Unrecht und Vertragsrecht, um so mehr fließen beide ineinander über. Die Pflicht zur Rücksichtnahme wurzelt nicht in der gewollten Selbstunterwerfung einem bestimmten anderen gegenüber, sie entstammt vielmehr bereits der Unterworfenheit unter die Gemeinschaft, besteht allen gegenüber auch ohne Sonderverbindung". Unter Hinweis auf die Art. 1382, 1384 des Code civil und auf die Reformen im materiellen Strafrecht forderte *Lange*²², daß der neue Staat "erst recht im Rechte der unerlaubten Handlung mit der individualistischen Angst vor der Richtergestaltung brechen" müsse. Führe das neue Recht "einen allgemeinen Rechtssatz ein, daß jede schuldhafte Verletzung zu Ersatz verpflichtet, und gleicht es die Haftung aus § 278 und § 831 aus, so kann es das Vertragsrecht völlig mit dem Rechte der unerlaubten Handlungen durchziehen, so kann es die Haftung für positiven Schaden auf die allgemeine Sorgfaltspflicht, nicht auf das Einzelschuldverhältnis gründen." Solle die Gerechtigkeit über das "starre Gesetz siegen", so "müssen Voraussetzungen und Umfang der Ersatzpflicht aus dem starren Entweder - Oder, aus dem harten Alles oder

¹⁶ Vgl. hierzu die Prot. in Bd. III 4.

¹⁷ Im vorliegenden Band im Anhang vollständig wiedergegeben.

¹⁸ Unten S. 327 ff. abgedruckt.

¹⁹ In Bd. III 1, S. 143 ff. enthalten.

²⁰ Vgl. hierzu die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB, gefertigt im Reichsjustizamt, Bd. II (1890), S. 397 ff.; Bd. VI (1891), S. 510 ff.

²¹ Heinrich *Lange*, aaO., S. 79.

²² *Lange*, aaO., S. 80.

Nichts des bürgerlichen Rechtes gelöst, dann muß die Ersatzpflicht aus dem Tyrannen des Parteischicksals zum Diener des Gemeinschaftsgedankens werden". Das neue Recht müsse offen "mit überfeinerten Abstufungen brechen, muß die Sorgfaltspflicht allgemein ausgestalten, jedermann verpflichten, im Verkehre mit anderen auf diese und die Gemeinschaft billige Rücksicht zu nehmen, und es dann der Wertung des Einzelfalles überlassen, das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen"²³. Vor allem aber müßte "die starre Ersatzpflicht schmiegsam gestaltet und damit der Gemeinschaftsgedanke verwirklicht werden. Der starre Schadensersatz muß so dem billigen Ausgleich weichen"²⁴. Der Gedanke des § 829 (Billigkeitshaftung) müsse auf die gesamte Ersatzpflicht ausgedehnt werden.

Auch *Larenz* befaßte sich in seinem Werk "Vertrag und Unrecht" (2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung) 1937 mit Fragen der Reform des Haftungsrechts. Bereits de lege lata forderte er eine umfassendere Zurechnung der Unterlassung:²⁵ "Nach nationalsozialistischem Rechtsdenken wird man die Pflicht zum Handeln dann bejahen müssen, wenn es gemeinschaftswidrig wäre, nicht zu handeln, wobei das lebendige Rechts- und Sittenbewußtsein des Volkes entscheidet". Rechtswidrig war nach *Larenz* eine Handlung dann,²⁶ wenn sie ihrem objektiven Charakter nach den Rechtsfrieden verletzt oder sonst gegen die Ordnung der Gemeinschaft verstößt". Eingriffe in den Lebensbereich eines anderen Rechtsgenossen sollten "nur dann rechtswidrig oder Unrecht im Rechtsverkehr" sein,²⁷ "wenn sie erstens *ihrem objektiven Gesamtcharakter*, d.h. ihrem objektiven Zweck und der Art seiner Durchführung nach *schädlich* und zweitens nicht durch den Gemeinwillen oder das Recht selbst geboten, d.h. wenn sie in diesem Sinne *willkürlich sind*". Dies bedeutete, daß etwa die ärztliche Heilbehandlung keine Verletzungshandlung mehr sein sollte. Die Ausübung eines anerkannten Berufs und die Ehre sollten einem subjektiven Recht gleichgeachtet werden. Trotz Führung des Entlastungsbeweises (§ 831 Abs. 15. 2) sollte ein Geschäftsherr dann für Verrichtungsgehilfen haften, wenn und soweit dies der Billigkeit entsprach. Im Abschnitt "Gesetzeskritik" hinsichtlich des Umfangs der Schadensersatzpflicht stellte *Larenz* fest,²⁸ daß die Bestimmungen des BGB über Inhalt und Umfang des Schadensersatzes nicht so mangelhaft seien, wie sie manchmal dargestellt würden. Daß nicht für jeden ideellen Schaden Ersatz in Geld verlangt werden könne, sei "keineswegs ein Zeichen von Materialismus". Materialistisch sei "viel eher das Streben, aus jeder wirklich oder vermeintlich erlittenen Einbuße möglichst viel Geld herauszuschlagen". Allerdings sollte es dem richterlichen Ermessen möglich sein, bei Ehrverletzungen eine Genugtuung zuzusprechen. Vor allem fehle eine Billigkeitsnorm,²⁹ die es dem Richter ermögliche, bei der Schadensverteilung die Schwere des Verschuldens und andere Umstände als nur das mitwirkende Verschulden des Verletzten, in besonderen

²³ *Lange*, aaO., S. 81.

²⁴ *Lange*, aaO., S. 82.

²⁵ *Larenz*, aaO., S. 17.

²⁶ *Larenz*, aaO., S. 20.

²⁷ *Larenz*, aaO., S. 23.

²⁸ *Larenz*, aaO., S. 98.

²⁹ *Larenz*, aaO., S. 99.

Fällen auch die Verhältnisse der Beteiligten zu berücksichtigen.³⁰

Der 1940 veröffentlichte *Teilentwurf* "Haftung für unerlaubte Handlung. Haftungstatbestände" (§§ 1 - 8) enthielt eine deliktische Generalklausel, die statt kasuistischer Aufzählung auf den rechtswidrigen, schuldhaften Eingriff in die Interessen eines anderen abstellte: "Die vorsätzliche oder fahrlässige rechtswidrige Schädigung eines anderen verpflichtet zum Schadensersatz" (§ 1 Abs. 1). Rechtswidrigkeit war als positiv festzustellende, materielle Rechtswidrigkeit zu verstehen. Rechtswidrig handelte immer, "wer gröblich gegen anerkannte Grundsätze des völkischen Gemeinschaftslebens verstößt" (§ 1 Abs. 3 des Entwurfs). Dieser Tatbestand sollte den § 826 BGB ersetzen, wobei statt eines vorsätzlichen ein "gröblicher" Verstoß verlangt wurde, der auch bei grober Fahrlässigkeit vorliegen konnte. Nicht ersatzfähig sein sollte grundsätzlich der mittelbare oder Drittschaden. Diese Einschränkung der Grundregel mit Hilfe des Rechtswidrigkeitszusammenhangs³¹ sollte sich aus Abs. 2 des § 1 des Entwurfs ergeben: "Rechtswidrig ist eine Handlung oder Unterlassung dann, wenn sie gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verpflichtung verstößt, die den Schutz der Persönlichkeit oder des Vermögens des Geschädigten bezweckt." Fahrlässiges Handeln sollte nur demjenigen gegenüber zum Schadensersatz verpflichten, dem gegenüber die Sorgfaltspflicht bestand.

§ 2 des Teilentwurfs von 1940 faßte den Fahrlässigkeitsbegriff grundsätzlich objektiv; jedoch sollte der Begriff zumindest für die Vertragsverletzung subjektiver als bisher aufgefaßt werden. Die zivilrechtliche Deliktshaftung sollte nicht wie bisher schon mit der Vollendung des siebenten, sondern erst mit der Vollendung des zehnten Jahres beginnen. - Über die Haftung für Verrichtungsgehilfen erstattete *Löning* ein umfangreiches Referat³². Der Ausschuß verschärfte die Haftung für Hilfspersonen dahin, daß ein Entlastungsbeweis grundsätzlich nicht mehr zugelassen wurde. Jedoch sollte die Haftung des Geschäftsherrn nur erfolgen, wenn der Gehilfe schuldhaft gehandelt hatte, was zugunsten des Geschädigten zu vermuten war. Gelang es dem Geschäftsherrn nachzuweisen, daß der Gehilfe nicht schuldhaft gehandelt

³⁰ Weniger detailliert war das Programm von Heinrich *Stoll*, in: *Vertrag und Unrecht*, 1. Halbband, 1936. *Stoll* sprach sich wohl für eine deliktische Generalklausel aus und führte im einzelnen S. 9 folgendes aus: "Der *Gemeinschaftsgedanke* fordert den Vorrang des Gemeinwohls und die billige Rücksichtnahme auf andere Volksgenossen bei der Teilnahme am Leben der Volksgemeinschaft. Deshalb muß das Gesetz vor allem im Gemeinschaftsinteresse rechtswidrige Schädigungen zu verhüten suchen. Die von der Praxis geschaffene vorbeugende Unterlassungsklage muß allgemein ausgestaltet werden. Wer aber im Rechtsverkehr sich einer Pflichtverletzung schuldig macht, muß dem Betroffenen für den dadurch verursachten Schaden einstehen. Die gerechte Entschädigung ist ebenso sehr Gemeinschaftsaufgabe wie die Verhütung einer Schadenszufügung. In bestimmten Fällen wird der einzelne auch ohne Verschulden für schadensstiftende Auswirkungen aus seinem Lebenskreis einzustehen haben, weil er 'näher daran' ist, den Schaden zu tragen als der Betroffene (Haftung ohne Verschulden). Dem Richter aber muß die Möglichkeit gegeben werden, das Maß der Schadenshaltung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände (insbesondere der Gesinnung des Täters und des Grades der Verursachung oder des Verschuldens) nach seinem billigen Ermessen zu bestimmen. Auch der Schadensausgleich ist keine Angelegenheit der beiden Betroffenen allein, sondern ebenso der Gemeinschaft. Die zerstörten Werte kann er zwar dem Volksvermögen nicht wieder verschaffen, aber er soll nicht zu neuen Verlusten für es führen. Der Schadensausgleich muß im Sinne der Gemeinschaft Wunden heilen und darf nicht neue Wunden schlagen."

³¹ Vgl. hierzu *Nipperdey*, in: *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, Arbeitsberichte der ADR Nr. 14, 1940, S. 36 ff. (unten im Anhang).

³² *Löning*, aaO. (Fn. 31), S. 50 ff.

hatte, so sollte er seiner Haftung dadurch entgehen können, daß er den Entlastungsbeweis hinsichtlich des Auswahl- und des Aufsichtsverschuldens führte. - Die Billigkeitshaftung wurde in mehrfacher Hinsicht ausgeweitet. Neben der Unzurechnungsfähigkeit und des jugendlichen Alters sollten auch alle Fälle fehlenden Verschuldens, also auch die Haftung für Gehilfen in die Billigkeitshaftung miteinbezogen werden. Ferner sollten auch die Fälle berücksichtigt werden, in denen der adäquate Kausalzusammenhang fehlte. Soweit es um die "Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbesondere der Vermögensverhältnisse" ging, faßte der Ausschuß den Entwurf weiter als § 829 BGB, "um Unbilligkeiten möglichst radikal auszuschließen".³³ Die Subsidiarität der Haftung sollte nicht übernommen werden. - Endlich sollte eine angemessene Minderung der Haftung eintreten, wenn dem Täter sein Verhalten nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen nicht oder nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen sei. § 254 BGB sollte in diesem Zusammenhang angewendet werden.

Die Kritik befaßte sich trotz der während der Kriegszeit erheblich eingeschränkten Publikationsmöglichkeiten ausführlich mit den Vorschlägen der Denkschrift. Julius von Gierke lehnte die Vorlage weitgehend ab. Allgemein stellte er fest:³⁴ 1. Die *Grundlagen* und damit auch der *Aufbau* müßten in den entscheidenden Punkten *deutschrechtlicher* ausgestaltet sein, 2. die Vorschriften des Entwurfs sind vielfach in Fassung und Sprache *nicht volkstümlich* genug" und "3. es fehlt an wirklich *neuen, schöpferischen* Gedanken, die auf der Grundlage einer *sozialen Volksgemeinschaft* das Schadensersatzrecht beherrschen müssen." Im einzelnen sollte der haftungsrechtliche Grundtatbestand vom Verschuldensprinzip (Friedensbruchprinzip) ausgehen. Wer den Schaden ersetzt verlange, handle nicht individualistisch, sondern als Glied der Gemeinschaft, die in ihm verletzt sei. Traf den Täter kein oder nur leichtes Verschulden, so sollte die Ersatzpflicht vom Richter ermäßigt werden dürfen. Dem Vorschlag zur Gehilfenhaftung warf von Gierke übertriebene Ängstlichkeit vor und regte statt dessen eine allgemeine Hausherrn- und Unternehmerhaftung für rechtswidriges Handeln der sog. Verrichtungsgehilfen an.

Seine Neuformulierungen lauten wie folgt:³⁵ "A. *Zur Haftung für eigene Tat*. 1. Wer rechtswidrig einem anderen Schaden zufügt, ist verpflichtet, ihm den Schaden zu ersetzen (Friedensbruchprinzip, Verursachungsprinzip). - 2. Rechtswidrig handelt, wer gegen die Normen der Rechtsordnung verstößt, insbesondere gemeinschaftswidrig oder volksfeindlich handelt. Dem Handeln steht das Unterlassen gleich. - (Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei Notwehr und Notstand.) - 3. Trifft den Täter ein schweres Verschulden, so soll der Richter auf Ersatz des vollen Vermögensschadens erkennen und ihm außerdem eine an den Geschädigten zu leistende Genugtuungs-Buße auferlegen. - Trifft den Täter überhaupt kein Verschulden oder nur ein leichtes Verschulden, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermäßigen, wenn dieses nach den besonderen Umständen des Falls dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl entspricht. Bei der Würdigung sind Persönlichkeit und Vermögenslage der Beteiligten zu werten.- (Verschulden: Vorsatz, Fahrlässigkeit wie im Strafrecht. Ausschluß

³³ Reinhardt, aaO. (Fn. 31), S. 64 ff..

³⁴ v. Gierke, ZHR Bd. 108 (1941), S. 140 ff., Zitat S. 141.

³⁵ v. Gierke, aaO., S. 161 ff.

des Verschuldens bei jugendlichem Alter und Unzurechnungsfähigkeit. Die Ersatzpflicht kann aufgehoben oder ermäßigt werden, wenn der Geschädigte bei dem Schaden rechtswidrig oder schuldhaft mitgewirkt hat. - Art des Schadensersatzes und der Buße: Geld. Bei Ehrenkränkung: Widerruf - Berücksichtigung des nur mittelbar Geschädigten.) - 4. Insoweit der Geschädigte keine Befriedigung in Höhe des ihm zugesprochenen Ersatzes erhält, ist das Deutsche Reich verpflichtet, ihm die gebührende Entschädigung zu leisten. Die Verpflichtung ist nicht gegeben, wenn der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, rechtzeitig Befriedigung zu suchen. - B. *Zur Haftung für andere*. 1. Der Hausherr haftet für den Schaden, den ein Hausangehöriger rechtswidrig in seiner häuslichen Betätigung einem Dritten zufügt. - Der Unternehmer haftet für den Schaden, den ein Arbeiter oder Angestellter seines Betriebsverbandes rechtswidrig in Ausübung seiner beruflichen Betätigung einem Dritten zufügt. - (Im übrigen gilt Entsprechendes wie bei A 1-4.) - C. *Zur Haftung für besondere Verkehrsmittel und besondere Unternehmungen*. (Bei besonders gefährlichen Verkehrsmitteln und Unternehmungen ist genau zu bestimmen, in welchem Ausmaß die Haftung des Unternehmers deshalb entfällt, weil eine solche Belastung für ihn nicht tragbar erscheint. Allgemeine Regel ist dann:) Insoweit bei besonders gefährlichen Verkehrsmitteln oder Unternehmungen eine Haftung des Betriebsinhabers Dritten gegenüber kraft gesetzlicher Vorschrift ausgeschlossen ist, weil sie als eine nicht tragbare Belastung gewertet wird, ist das Deutsche Reich verpflichtet, dem Dritten die Entschädigung zu leisten. Die Verpflichtung entfällt, wenn der Dritte zu dem Betriebsherrn in einer vertraglichen Beziehung steht oder sich üblicherweise durch eine Versicherung hätte decken müssen."

Walter Wilburg³⁶ veröffentlichte 1941 in der von Ernst Heymann herausgegebenen Reihe: "Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht" das Werk: "Die Elemente des Schadensrechts". Ziel dieser Arbeit war es,³⁷ die "fruchtbaren, aber zerrissenen Ergebnisse der bisherigen Lehre zu einem neuen Ganzen" zu fügen und "mit der Idee der Gemeinschaft im Sinne des nationalsozialistischen Pflichtgedankens" zu verbinden: "Der Gemeinschaftsgedanke gewinnt hierbei beherrschende, nach verschiedensten Seiten hin maßgebende Bedeutung. Er stellt vor allem die Entscheidung über eine Verantwortlichkeit als eine Frage dar, die nicht vom Standpunkt einzelner Personen, sondern in erster Linie aus dem Interesse der Gesamtheit zu lösen ist. Aber auch im Verhältnis der einzelnen zueinander erzeugt die Idee der Gemeinschaft Pflichten, die über die Rechtsauffassung des Individualismus weit hinausgehen". Der Gedanke erhöhter Pflicht durchziehe das gesamte Recht und finde für das Verhältnis der Volksgenossen zueinander in der Ordnung des Schadensersatzes besonderen Ausdruck. Wilburg ging von vier Haftungselementen aus: Inanspruchnahme fremden Rechtsgebietes durch Eingriffe oder Gefährdung, Herkunft des schadenstiftenden Ereignisses aus der Sphäre des Verantwortlichen, Vorwurf eines Mangels und wirtschaftliche Kraft des Haftenden. Der Aufbau des Schadensrechtes sollte folgende Grundgedanken umfassen:³⁸ "Wer fremdes Gut verletzt, ist nach Ermessen des Gerichts zum Ersatz verpflichtet. - Die

³⁶ Über Wilburg vgl. *Schubert*, in Bd. III 3 der Reihe, S. 87.

³⁷ *Wilburg*, aaO., S. VIII.

³⁸ *Wilburg*, aaO., S. 283 ff.

Ersatzpflicht ist durch das Maß bestimmt, in welchem 1. ein Unternehmen des Beschädigten das Rechtsgebiet des Geschädigten durch Eingriff oder Gefährdung in Anspruch nimmt, 2. sonstige Umstände, die zur Verletzung führen, auf Seite des Beschädigers liegen, 3. hinsichtlich der Verletzung die Seite des Beschädigers der Vorwurf eines Mangels trifft. Diese Gesichtspunkte bestimmen in ihrem jeweiligen Zusammenspiel das Bestehen und die Reichweite der Haftung. - Belasten sie die Seite des Geschädigten, so fallen sie gegen die Haftung ins Gewicht. - In der Regel haftet jedermann für sein Verschulden. Vermindert Zurechnungsfähige haben ihren Mangel in geringerem Grade zu vertreten. - Gefährliche Unternehmen haften je nach der Größe der Gefährlichkeit für Verschulden ihrer Gehilfen, für andere Fehler oder ohne Rücksicht auf einen Mangel."

Weitere Regeln waren:

II. Wer aus einem Verträge oder einem anderen Gemeinschaftsverhältnis eine Leistung schuldet, ist dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung nach Ermessen des Gerichtes zum Ersatz verpflichtet. - Bestehen und Umfang der Ersatzpflicht sind einerseits durch die Natur des Gemeinschaftsverhältnisses und andererseits durch die Ursachen der Nichterfüllung bestimmt. - Der Schuldner haftet umso eher, als er die Erfüllung gefährdet, als Umstände auf seiner Seite die Nichterfüllung verursachen und als seine Seite der Vorwurf eines Mangels trifft. - Diese Gesichtspunkte fallen, wenn sie auf Seite des Gläubigers liegen, gegen die Haftung ins Gewicht. - Der Schuldner hat in der Regel sein Verschulden und bei entgeltlichen Verträgen auch Verschulden seiner Gehilfen zu vertreten. - Er steht ebenso in entgeltlichen Verträgen für den Mangel erforderlicher Fähigkeiten und geldlicher Mittel ein. - Eine erhöhte Verantwortlichkeit trifft gefährliche Unternehmen, wenn dies die Sicherheit des Lebens oder des Eigentums erfordert. - Der Unternehmer kann in diesem Falle für unverschuldete Mängel des Betriebes oder auch ohne Rücksicht auf einen Mangel haften. - Die Haftung ist in unentgeltlichen Gemeinschaftsverhältnissen oder bei geringem Entgelt gemildert.

III. Die Haftung ist in ihrer Reichweite durch den Zweck des verletzten Rechtes begrenzt. Der in seinem Recht Verletzte kann in diesem Rahmen auch für den Schaden eines Dritten Ersatz verlangen. - Die Ersatzpflicht umfaßt in der Regel nur den Schaden, der den Verletzten in seinem Vermögen trifft. Im Falle schweren Verschuldens des Haftenden kann das Gericht dem Geschädigten auch eine angemessene Summe als Genugtuung für ideellen Schaden zusprechen.

IV. Der Richter hat bei der Bestimmung der Ersatzpflicht das Interesse der Allgemeinheit zu beachten. - Er kann in seiner Entscheidung auch auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten Rücksicht nehmen.

V. Die Beteiligten können den Grad der Verantwortlichkeit und die Höhe der Ersatzpflicht durch Vereinbarung ändern, sofern dies nicht dem erforderlichen Schutz oder der Billigkeit widerspricht.

VI. Wem von Seite eines Andern die Verletzung eines Rechtsgutes droht, der kann die Beseitigung der Gefahr verlangen. - Im Notfalle kann er den Anspruch durch Selbsthilfe verwirklichen. - Der Beseitigungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn die Verletzung einem unverhältnismäßig wertvollerem Zwecke dient. - Der Anspruch ist ebenso ausgeschlossen, wenn er mit

Rücksicht auf ein unverhältnismäßiges Opfer des Gegners und auf die Entstehungsgründe der Gefahr dem Rechtsempfinden widersprüche.

VII. Die Kosten der Beseitigung trägt derjenige, auf dessen Seite die Ursachen der Gefährdung entstanden sind. - Liegen diese Ursachen auf beiden Seiten, so entscheidet das Gericht in freiem Ermessen nach ihrer Bedeutung im gegebenen Fall. Hierbei sind die Gesichtspunkte des Schadensersatzes zu erwägen."³⁹

Die Hauptbedenken gegen dieses System sah *Reinhardt* darin,⁴⁰ daß Wilburg die systematische Erfassung der Einheit der von ihm genannten Haftungselemente noch nicht gelungen sei. Dies hänge damit zusammen⁴¹, daß er bis zu einer wirklichen Deutung der Sinnzusammenhänge selbst nicht vordringe und sich statt dessen, "abgesehen von gelegentlichen Zweckerwägungen, mit dem Appell an das Rechtsgefühl begnügt, um daraus auf die jeweilige Kraft der Haftungselemente und die im Einzelfalle notwendige Kombination zu schließen". Tiefgreifender war die Kritik *Essers*⁴², der zwar positiv hervorhob, daß Wilburg den Glauben an ein Einheitsprinzip für alle Haftungen ohne Verschulden aus einem einzigen System verbannt habe⁴³. Auf der anderen Seite sei er aber dem "alten Fehler" einer Prinzipiensuche nicht entgangen, wodurch "die rechts- und sozialpolitische Breite und Fülle der zu lösenden Aufgabe, nämlich Verteilung des im Zusammenleben nicht nur durch vorwerfbares *Unrecht*, sondern auch durch *Unglück* entstandenen Schadens und Formulierung der auf diese Verteilung rechtfertigenden Zurechnungsgründe", verdeckt würden. Der Glaube an "bestimmte zeitlos gültige Dauerelemente der Schadensordnung" verführe "leicht zu einer dogmatischen Selbstsicherheit gegenüber der nie stillstehenden Fortentwicklung unserer Rechtsanschauungen und Loslösungsbedürfnisse, wie sie uns die Rechtsprechung widerspiegelt".⁴⁴ Vor allem rügte Esser, daß Wilburg den Schuldbegriff technisiere und alle Haftungselemente gleichsetze⁴⁵: "Wir wollen nicht Verwässe-

³⁹ Weitere Zusammenfassung S. 101 f.: "Wer das Rechtsgebiet eines Andern verletzt, ist diesem nach Ermessen des Gerichtes zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet. - Bestehen und Größe des Ersatzes sind durch das Maß bestimmt, in welchem 1. ein Unternehmen des Beschädigers das Rechtsgebiet durch Eingriff oder Gefährdung in Anspruch nimmt, 2. die Umstände, die zur Verletzung führen, auf Seite des Beschädigers liegen, 3. bei der Verletzung die Seite des Beschädigers den Vorwurf eines Mangels trifft. - Diese Gesichtspunkte sind in ihrem Zusammenspiel im einzelnen Fall zu würdigen. Belasten sie die Seite des Geschädigten, so fallen sie gegen die Haftung ins Gewicht. - Das Gericht kann bei der Entscheidung für die Interessen der Gemeinschaft und auf die wirtschaftliche Lage der Beteiligten Rücksicht nehmen. - Diese Grundlage könnten einige Durchschnittsregeln ergänzen, so z.B.: Jedermann haftet für einen schuldhaft zugefügten Schaden je nach der Größe des Verschuldens. Unzurechnungsfähige habe ihre Handlungen im geminderten Grade zu vertreten. - Ebenso hat ein Beschädiger für den Mangel geistiger Fähigkeiten in gemildertem Maße einzustehen. - Gefährliche Unternehmen haften für das Verschulden ihrer Gehilfen. - Bei erhöhter Gefährlichkeit tragen sie die Verantwortung für unverschuldete Mängel des Betriebes. - Besonders gefährliche Unternehmen sind ohne Rücksicht auf einen Mangel zum Ersatz eines verursachten Schadens verpflichtet. - Diese Grundsätze vermeiden vor allem unnötige Begriffe, wie den der höheren Gewalt. Sie sollen nicht eine starre, sondern eine freie Lösung bieten, die sich auf eine Anleitung des Gerichts beschränkt."

⁴⁰ *Reinhardt* (Mitglied des Ausschusses), in: AcP, Bd. 148 (1943), S. 147 ff. (zugleich Bespr. der Werke von Esser und Wilburg).

⁴¹ *Reinhardt*, aaO., S. 169.

⁴² *Esser*, Theorie und System einer allgemeinen Deutschen Schadensordnung, in: Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 7 (1942), S. 65 ff.

⁴³ *Esser*, aaO., S. 69.

⁴⁴ *Esser*, aaO., S. 71.

⁴⁵ *Esser*, aaO., S. 78; das folgende Zitat ebenfalls S. 78.

rung oder Verdrängung des Verschuldensprinzips, um damit in rückläufigem Pendelschlag seine dogmatischen Überschätzungen in eine ebenso dogmatische Entwertung zu verkehren, sondern wir wollen es nur auf den ihm angemessenen Aufgabenkreis, das Delikt, zurückführen". Statt der "Vermengung der Unrechts- und der Unglücksbehandlung" unter *einem* Prinzip, bei der notwendig ein Gebiet systematisch Not leide, "möchten wir jedem Ordnungsproblem seine eigenständige Lösung, die ihm spezifisch angemessene Zurechnungsgrundlage geben". Als sozial untragbar bezeichnete Esser, feste Haftungstatbestände preiszugeben und statt dessen das richterliche Ermessen entscheiden zu lassen. Auf eine gesetzliche Festlegung der Zurechnungsgründe könne man schlechterdings nicht verzichten.

1941 hatte Esser bereits seine Schrift: "Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts" vorgelegt.⁴⁶ Esser entwickelte eine Theorie der Gefährdungshaftung als "Verteilung des Zufallschadens aus Unglückstatbeständen durch Betriebe, Anlagen, Geräte und Hilfspersonen" (Überschrift zu § 8 des Werkes)⁴⁷. Hierbei ist der Ausdruck "Unglücksschaden" im Gegensatz zum Unrechtsschaden zumindest mißverständlich, da hierdurch die Haftungsgrundlage der Gefährdungshaftung im Gegensatz zum allgemeinen Unglücksschaden verdeckt wird. Reinhardt wies in seiner Kritik des Werkes von Esser 1943 darauf hin⁴⁸, daß der Versuch Essers von vornherein daran leide, "daß die theoretische Grundlegung nur für eine bestimmte Gruppe von Fällen in Angriff genommen wird, die zudem lediglich das eine negative Merkmal gemeinsam haben, daß die Schäden nicht gerade auf Verschulden eines anderen zurückgeführt werden können". Die Trennungslinie, die damit durch das Schadensersatzrecht gelegt werde, führe zu einer "überspitzten Antithese, die die Erkenntnis der Gesamtzusammenhänge eher verdecken als hervortreten lassen kann". Im Rahmen der Gefährdungshaftung hat Esser jedoch beachtenswerte Vorschläge unterbreitet, die er später im Anschluß an den Akademieentwurf in eine gesetzliche Fassung zu bringen suchte:⁴⁹ "§ 6. *Verantwortlichkeit für Unglücksfälle*. Abs. 1: Auch ohne Schuldvorwurf haftet jeder für Schäden, die durch sein Unternehmen, seine Anlagen, sein Personal und seine Tiere entstehen, 1. wenn das Unglück durch einen Mangel in der Organisation, Sicherung, Aufsicht, Sachbeschaffenheit oder Funktion verursacht wurde ('Mangelgefährdung'), oder 2. wenn die Unternehmung, Veranstaltung oder Einrichtung auch im ordentlichen Zustand und Betrieb oder ihrer Natur nach eine Gefahrenquelle darstellt, sofern das Unglück aus einer art- oder betriebs-eigentümlichen Gefahr derselben entstanden ist ('Dauergefährdung'). - Abs. 2: Das Gericht kann die Haftung nach dem Maße der Gefährdung und des Mangels einerseits und dem Werte und Grunde der Gefahraussetzung andererseits abstufen und den Schaden nach dem Verhältnis der beiderseitigen Verursachung teilen. - Abs. 3: Bestimmung der 'höheren Gewalt' als Zurechnungsgrenze." - Auch Esser konnte auf eine *Billigkeitsklausel* nicht verzich-

⁴⁶ 1969 in 2. Auflage erschienen.

⁴⁷ Vgl. Esser, aaO., S. 75 ff.

⁴⁸ Reinhardt, aaO. (Fn. 40), S. 185.

⁴⁹ Esser, aaO. (Fn. 42), S. 79 f.

ten, die er für beide Tatbestände gleichmäßig aufstellte: "Auch soweit die Voraussetzungen der §§ 1 oder 6 nicht vorliegen, kann das Gericht in Härtefällen unter Berücksichtigung der Schadensfolgen und der beiderseitigen Tragfähigkeit oder Versicherungsmöglichkeit einen angemessenen Schadensausgleich ganz oder teilweise zusprechen, selbst dann, wenn der Schadenszusammenhang nicht den Voraussetzungen des § 8 entspricht." Gegenüber Esser stellte *Reinhardt* 1943⁵⁰ fest: Unser Ziel müsse "eine wirklich umfassende Grundlegung des Schadensersatzrechts sein, das in erster Linie als Einheit zu würdigen ist. Erst dann kann man den verschiedenen Fallgruppen, die ihnen in diesem Rahmen zukommende besondere Stellung einräumen. Die einheitliche Ausgangsfrage muß lauten: "Welcher Ausgleich von Schäden unter den Rechtsgenossen ist erforderlich, damit unsere Sozialordnung reibungslos funktioniert?"

Eine weitere, im wesentlichen positive Besprechung des Werkes von Esser brachte *Theodor Süß*,⁵¹ der vor allem feststellte, daß man die Idee eines einheitlichen Grundprinzips bei der außervertraglichen Haftung aufgeben müsse: "Dabei mögen (bestimmte) Tatbestandselemente richtungweisend sein; sie können aber niemals die konkrete Lösung erbringen. Um diese zu erreichen, muß man wohl von zweierlei ausgehen: von den *konkreten Ordnungsbereichen* unseres sozialen Lebens und dem *Rechtsempfinden des Volkes*, wie es sich zur Regelung dieser Ordnungen einstellt. Mit dogmatischen Begriffen, mit einem Einheitsprinzip oder einer Vielfalt von Tatbestandselementen wird man kaum zu einem befriedigenden Ergebnis kommen".

Esser selbst besprach die Denkschrift 1943 im "Archiv für die civilistische Praxis"⁵² und kritisierte die Arbeit vor allem in methodischer Hinsicht:⁵³ "Wir werden nicht aus den ausgefahrenen dogmatischen Geleisen heraus zu einer frischen und lebensgetreuen Neulösung kommen, wenn wir unbedenken von den durchaus nicht erschöpfenden Kreisen Deliktshaftung und Gefährdungshaftung, so wie sie nun historisch geworden sind, ausgehen, die Verschuldenshaftung mit dem ihr teils doch dogmatisch-willkürlich unterstellten Gebiet (z.B. der Gehilfenhaftung) vorweg abschließend ordnen, um dann das Übrige Stück um Stück anzufügen. So, durch das Nebeneinanderstellen rechtstheoretisch unverbundener Bruchstücke der Gesamtlösung, kommt kein System des Schadensrechts zustande, jedenfalls kein lebenswahres. Es fehlt der gemeinsame Nenner ...". Im einzelnen bescheinigte Esser dem § 1 Abs. 1 und 2 des Entwurfs allerdings ein hohes Maß an "Präzision, Praktikabilität und Volkstümlichkeit"⁵⁴. Scharfe Kritik dagegen erfuhr § 6 (Gehilfenhaftung)⁵⁵, der entgegen der bisherigen Regelung zwei von Esser scharf abgelehnte Entlastungsbeweise enthielt. Die "Hilflosigkeit des Deliktstandpunktes vor der Aufgabe eines sozial gerechten Schadensausgleichs" wurde für Esser "vollends deutlich, ja offen zugegeben, durch den Ruf nach einer Billigkeitsklausel"⁵⁶. Eine allgemeine

⁵⁰ *Reinhardt*, aaO., S. 185 f.

⁵¹ *Süß*, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 7 (1943), S. 201 ff. - Über *Süß*, zuletzt Ordinarius in Köln, vgl. den Nachruf von *Nipperdey* in NJW 1961, S. 401.

⁵² Bd. 148 (1943), S. 121 ff.

⁵³ *Esser*, aaO., S. 126.

⁵⁴ *Esser*, aaO., S. 134.

⁵⁵ *Esser*, aaO., S. 135 ff.

⁵⁶ *Esser*, aaO., S. 140. - Die von ihm vorgeschlagene Fassung der Billigkeitsklausel ist oben S.XIX wiedergegeben.

Billigkeitsnorm solle man vielmehr erst aufstellen, wenn der Tatbestand der Gefährdungshaftung feststehe.

Zusammenfassend stellte Esser ungeachtet des auch von ihm anerkannten dogmatischen Werts der Einzelbeiträge fest:⁵⁷ "Mit dogmatischen Fortschritten allein ist der Reform, ist unserem Volke nicht gedient. Es wäre bedauerlich, nein, es wäre ein Unglück (und zwar begriffswidrig: ein "vorwerfbares Unglück!"), wenn sich die wissenschaftliche Gestaltungskraft der Mitarbeiter an diesem Werke des Volksgesetzbuchs in dogmatischen Vereinigungen erschöpfen sollte, statt in unmittelbarer Durchbildung unseres Rechtsbewußtseins zu frischen Neulösungen und zu den eigenständigen Ausdrucksformen vorzudringen, die unseren heutigen sozialen Ordnungsaufgaben gemäß sind. Hier erst liegen die Grundfragen unseres Schadensersatzrechts".

1943 brachte Karl *Michaelis* in einem monographisch angelegten Festschriftenbeitrag:⁵⁸ "Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts", in dem er sich vor allem mit Fragen der Gehilfenhaftung, der Haftungsbegrenzung und der Haftung für Schaden, die in Ausübung eines Berufes oder Betriebes entstanden, befaßte. Im einzelnen kam Michaelis zu folgendem System:⁵⁹

1. *Haftung für Körperverletzung und Sachbeschädigung* (d.h. Trennung bei § 823 BGB zwischen Verletzung des Körpers und absoluter Rechte einerseits, sonstiger Vermögensschädigung andererseits)

"1. *Kraft besonderer Rechtsstellung*: Haftung für Gehilfen nur bei deren (objektiv gefaßtem) Verschulden, aber kein Entlastungsbeweis, dagegen Aufklärungslast; ferner Begrenzbarkeit der Haftung wegen Untragbarkeit. Haftung für *eigenes Verhalten* nur bei Verschulden, aber bei leichter Fahrlässigkeit ebenfalls begrenzbar Haftung. Besondere Regeln bei der *eigenen Haftung des Gehilfen*.

2. *Allgemeine Deliktshaftung*: Gehilfenhaftung nur bei eigenem Verschulden des Geschäftsherrn. Für die Begrenzbarkeit der Haftung ist vor allem die Grenze zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit maßgebend."⁶⁰

Gegen den Einheitsstatbestand des Ausschußentwurfs meldete Michaelis erhebliche Bedenken an. Der vorgeschlagenen Norm fehle zunächst die Anschaulichkeit.⁶¹ "Nur durch ergänzende Erläuterung kann man klarmachen, was eigentlich gemeint ist. Ein Gesetz muß m.E. die praktisch wichtigsten Fallgruppen bezeichnen und darüber Auskunft geben, was in diesen Fällen rechtens sein soll. Schon diese Rücksicht fordert, daß man die wichtigsten Tatbestände der Schutzgesetze in das Schadensrecht hineinnimmt." Die vorgeschlagene Norm schein ihm "mehr eine Zusammenfassung wissenschaftlicher Betrachtungen als eine praktische Regel zu sein." Die Herstellung eines theoretisch einwandfreien Systems sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, wenn man auch sowohl für die gesetzgeberische Vorarbeit wie später für die Handhabung des Gesetzes der systematischen Arbeit nicht entraten könne.

⁵⁷ Esser, aaO., S. 146.

⁵⁸ Michaelis, in: Festschrift für Heinrich Siber, 1943, S. 185-367.

⁵⁹ Michaelis, aaO., S. 356 f.

⁶⁰ Wichtige sonstige Haftungsfälle waren nach Michaelis, aaO., S. 164 f.: Veranlassung zu nachteiligen Handlungen durch Rat und Auskunft, Schädigung bei Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten oder bei Ausübung persönlicher Fürsorgepflichten, Behinderung der Betätigung und Anmaßung fremder Nutzungsmöglichkeiten.

⁶¹ Michaelis, aaO., S. 364.

Eine Generalklausel kam nach Michaelis "nur als subsidiäre"⁶² in Betracht, wobei zwei nach Art des bisherigen § 823 Abs. 2 und des § 826 BGB erforderlich seien. Insgesamt lehnte er die "viel angegriffene" Unterscheidung von § 823 Abs. 1 und Abs. 2 nicht schlechthin ab: "Dabei stellen wir allerdings auf die eine Seite nicht alle absoluten Rechte, sondern nur solche, die an körperlichen Sachen bestehen. Bei anderen Rechten absoluten Charakters bestehen zuviel Sonderfragen, als daß beide haftungsrechtlich zusammengefaßt werden sollten. Auch sind die lebensmäßigen Sachverhalte, wie mehrfach hervorgehoben, ziemlich verschieden".

Erich Hofacker lehnte die Generalklausel ab,⁶³ da sie ein weiterer Nährboden für die bisherigen Fehler sein könnte. Bedenken müsse erregen, daß der § 1 des Entwurfs nicht den § 823 Abs. 1 BGB, sondern den mehr abhängigen Abs. 2, der in der Praxis so sehr mißbraucht worden sei, verallgemeinern wolle. Der § 1 Abs. 1 des Entwurfs gebe uns nicht die "Sprache eines Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft, die uns kurz über einen Gesetzssatz unterrichten will."⁶⁴ Der Gesetzgeber könne "nur Rechtspersonen verpflichten, nicht aber abstrakte Begriffe (Schädigung)". Ferner sei der Entwurf auch ungenau: "Er klärt nicht auf, wer verpflichtet sein soll, noch, wem gegenüber die Verpflichtung bestehen soll, noch, welche Schäden ersetzt werden sollen. Nach den vorausgegangenen Erläuterungen soll grundsätzlich nur ein Vermögensschaden und der unmittelbare Schaden, den der Schädigende dem Verletzten zufügt, ersetzt werden, das mußte aber ausgesprochen werden, es kann nicht aus den vieldeutigen Lehren etwa über den 'Rechtswidrigkeitszusammenhang' entnommen werden ...". Es sei nicht richtig, die in Betracht kommenden Handlungen unter den Begriff der "rechtswidrigen Schädigung eines anderen" zu bringen. Auch der Abs. 2 des § 1 sei vieldeutig und verleite zu der Neigung, "aus dem objektiven Recht unbegrenzte Rechtsansprüche eines Geschädigten abzuleiten, die bisherige an den § 823 Abs. 2 BGB geknüpfte Fehlbeurteilung des Zwecks der Gesetze zu vermehren". Statt dessen schlug Hofacker folgende Generalklausel vor:⁶⁵ "Wer in bürgerlichen Rechtssachen in widerrechtlicher Weise einen anderen vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, ist ihm neben andern Rechtsfolgen zum Ersatz eines etwa verursachten Vermögensschadens verpflichtet".

Ernst Swoboda rügte,⁶⁶ daß nach dem Ausschußbericht immer nur eine "Revision (Verbesserung)" der Bestimmungen des BGB in Aussicht genommen sei und deshalb stets die Paragraphen dieses Gesetzbuchs zur Grundlage der neuen Regelung gemacht wurden: "Das ist ungesund und unzureichend. Ein Schadensersatzrecht, das so römisch gedacht ist, wie das des BGB, kann nicht zur Grundlage des Volksgesetzbuches gemacht werden, das die Forderung des Punktes 19 unseres Parteiprogrammes erfüllen soll." Das ganze System müsse neu aufgebaut werden. Nicht die Schuld dürfe zum Ausgangspunkt der Schadensersatzpflicht genommen werden, sondern die Schädigung. Die Haftung aus Billigkeit, wie sie § 7 des Entwurfs vorschlage, gehe den Kernfragen aus dem Wege und überwälze die Verantwortung auf den Richter. Ausgangspunkt der

⁶² Michaelis, aaO., S. 366; hieraus auch das folgende Zitat.

⁶³ E. Hofacker, in: ZgStW, Bd. 101 (1940), S. 157 ff.

⁶⁴ Hofacker, aaO., S. 163 f.; hieraus auch die folgenden Zitate.

⁶⁵ Hofacker, aaO., S. 164.

⁶⁶ Swoboda, ZHR, Bd. 109 (1942), S. 269 ff. - Über diesen vgl. Schubert, Bd. III 3 der Reihe, S. 80 f.

künftigen gesetzlichen Regelung müsse der Satz sein:⁶⁷ "Rechtswidrige Schädigung verpflichtet zum Schadenersatz". Innerhalb der rechtswidrigen Schädigung würden sich dann "mit naturgemäßer Folgerichtigkeit die beiden Gruppen der 'schuldhaften Schädigung' und der 'Schädigung ohne Schuld'" ergeben: "Schon nach ihrem innersten Wesen vertragen sie nicht die gleiche rechtliche Behandlung. Schuldhafte Schädigung führt grundsätzlich zur Schadenersatzpflicht. Schuldlose Schädigung kann nicht mit gleicher Regelmäßigkeit die gleiche Pflicht erzeugen, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen, die ihr den Stempel der 'Rechtswidrigkeit' aufdrücken, aber nicht als bloße 'Ausnahmen', sondern als 'selbständiger Entstehungsgrund' einer Ersatzpflicht neben der schuldhaften Schädigung." Nach Swoboda konnten die beiden Folgesätze wie folgt etwa lauten:⁶⁸ "Rechtswidrige Schädigung kann schuldhaft und ohne Schuld eintreten. Schuldlose Schädigung begründet eine Verpflichtung zum Schadenersatz nur unter bestimmten Voraussetzungen." Schuldlose Schädigungen sollten zum Ersatz des ganzen oder eines Teiles des Schadens verpflichten⁶⁹, wenn dies mit Rücksicht auf das größere Vermögen oder die bessere wirtschaftliche Lage des Schädigers als angemessen angesehen werden kann". Die Schuldfähigkeit sollte nicht nach starr festgesetzten Altersgrenzen festgelegt werden. - Im einzelnen kritisierte Swoboda die drei Absätze des § 1, insbesondere die Herausstellung der Rechtswidrigkeit, die sich seiner Ansicht nach nicht positiv definieren ließ. Viel wichtiger und zutreffender sei es, sich darüber zu äußern⁷⁰, "worin der Schaden bestehen kann, für den ein Ersatzanspruch gewahrt wird". Der Fahrlässigkeitsbegriff (§ 2) des Entwurfs war nach Swoboda schwülstig und zugleich nicht deutlich und klar, d.h. die vom Ausschuß gewollte "subjektive Ausgestaltung und Dynamik" kam seiner Ansicht nach nicht deutlich zum Ausdruck⁷¹. Viel zu unbestimmt war nach Swoboda auch § 8 über die Einschränkung der Haftung. Nach Swoboda war auf jeden Fall eine Abstufung innerhalb der Schuld zu treffen. Auch die Fähigkeiten und Kenntnisse und die Art des verletzten Rechtsguts sollten berücksichtigt werden. Statt des § 6 (Haftung für Gehilfen) schlug Swoboda vor zu prüfen, ob nicht § 1313 a ABGB⁷² für eine anschaulichere Fassung als Vorbild dienen könne.⁷³

In zweiter Lesung veränderte der Schadensrechtsausschuß die Generalklausel in mehreren Richtungen: Die Legaldefinition der Unrechtswidrigkeit wurde weggelassen und die Schutzzwecklehre in den Abs. 1 eingebaut. Der Inhalt des Abs. 3 wurde unter den Gesichtspunkt der Ersatzpflicht gestellt.

⁶⁷ Swoboda, aaO., S. 281; hieraus auch die folgenden Zitate.

⁶⁸ Swoboda, aaO., S. 283.

⁶⁹ Swoboda, aaO., S. 286.

⁷⁰ Swoboda, aaO., S. 292.

⁷¹ Swoboda, aaO., S. 299.

⁷² Diese Bestimmung lautet: "Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet diesem auch für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes."

⁷³ Weitere Kritiken erschienen von Flad, DGWR 1940, S. 141 f. (gegen § 7 Abs. 2 des Entwurfs), von Weitnauer, DGWR 1940, S. 153 ff. (der vorschlug, grundsätzlich vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit abzusehen: "Folgerichtig wäre es vielmehr, den Verschuldensbegriff so zu fassen, daß diejenigen Elemente der Widerrechtlichkeit, auf die man nicht verzichten zu können glaubt, in ihm enthalten sind."), Larenz, DR 1940, S. 629 f. (für Präzisierung der Fälle, in denen die Rechtsordnung eine Verpflichtung zum Schutze anderer aufstellte; gegen zu große Ausdehnung der Haftung für Gehilfen).

Endlich trug man den Angriffen gegen das Verschuldensprinzip in der Weise Rechnung, daß, wenn der Schädiger das Verschulden bestritt, dieser sich zu entlasten hatte. - Bei der Haftung für Gehilfen wurde der Ausschluß des Entlastungsbeweises auf den Fall beschränkt, daß der Betrieb eigenartige Gefahren mit sich brachte. - Der Tatbestand der Fahrlässigkeit wurde neu gefaßt⁷⁴, ohne daß die Beschlüsse 1. Lesung abgeändert wurden. Der Ausschluß der Schuld bei jugendlichem Alter sollte im Personenrecht des VGB geregelt werden. - Die Billigkeitshaftung wurde gegenüber der 1. Lesung leicht eingeschränkt. Fehlte es an der adäquaten Kausalität, so sollte eine solche Haftung nicht in Betracht kommen. Ferner wurde die Billigkeitshaftung als Kann-Bestimmung ausgestaltet. Endlich lehnte der Ausschuß es ab, die Vermögensverhältnisse besonders hervorzuheben.

Die Protokolle⁷⁵ über die Beratungen zur Gefährdungshaftung (§§ 35-39 des Entwurfs) sind leider verschollen. Von Bedeutung ist, daß eine Generalklausel beschlossen wurde, die eine allgemeine Gefährdungshaftung einführen wollte: "Wer ein Unternehmen betreibt, das für andere nach der Lebenserfahrung eigenartige Gefahren mit sich bringt, muß, auch wenn keine Sonderregelung besteht, für die in Auswirkung dieser Gefahren entstandenen Personen- und Sachschäden einstehen ..." (§ 39). Die Bestimmungen über Schadensersatz (§§ 40 ff.)⁷⁶ beruhen auf Referaten von *Dietz*, die in den Sitzungen im Juli und Dezember 1941 beraten worden sind. Im wesentlichen folgten die Vorschläge der Ausgestaltung der §§ 249 ff. BGB durch die Judikatur. Im Gegensatz zu § 249 BGB wurde der Geldersatz in den Mittelpunkt gestellt (§ 45 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine billige Entschädigung in Geld sollte bei allen Verletzungen der Persönlichkeit verlangt werden können. Die §§ 51 ff.⁷⁷ sollten die §§ 844-846 und 848-853 BGB ersetzen. Die vorgeschlagenen Änderungen gingen weniger weit als die Vorschläge von *Dietz*. So sollte die anstelle von § 844 BGB vorgeschlagene Regelung auch dann gelten, wenn der "zum Unterhalt Verpflichtete durch eine Körperverletzung oder ein sonstiges seine Person betreffendes Schadensereignis nicht mehr imstande ist, eine Unterhalts- oder Aussteuer- (Ausstattungs-) Leistung in dem Maße zu erbringen, wie er es sonst tun könnte." (§ u). Die Regelung sollte auch Anwendung finden, wenn der Getötete ohne gesetzliche Verpflichtung einem Dritten Unterhalt gewährt hatte und dieser Dritte anschließend nicht anderweit Unterhalt erhielt. Der Ausschuß lehnte jedoch eine derartige Erweiterung ab. Auch eine Beschränkung des § 845 auf Dienstleistungen im Hauswesen - so der Vorschlag *Dietz* - fand nicht die Zustimmung des Ausschusses. Nach der Neufassung des § u in § 55 sollte Ersatz für die Dienste Dritter nur geleistet werden, wenn der Dritte durch den Wegfall wirtschaftlich schwer getroffen worden war.- Die Denkschrift des Ausschusses von 1940 spielte nach 1945 noch eine erhebliche Rolle, wobei in diesem Zusammenhang die Vorschläge des Sonderausschusses zu Buch I des Volksgesetzbuchs allerdings nur selten mitherangezogen wurden.⁷⁸ Allerdings ist zu bedauern, daß bis zur Veröffentlichung der Teilentwürfe zum Volksgesetzbuch im Jahre 1988 nur die erste in der Denkschrift enthalte-

⁷⁴ Die Neufassung des Entwurfs ist unten S.330 ff.wiedergegeben.

⁷⁵ Wiedergegeben in Bd. III 1, S. 145.

⁷⁶ Wiedergegeben in Bd. III 1, S. 146 f., 147, 149.

⁷⁷ Wiedergegeben in Bd. III 1, S. 148

⁷⁸ Vgl. Bd. III 1, S. 515 ff. (4 ff., 15 ff.)

ne Fassung, nicht diejenige vom November 1942 bekannt war. Dies gilt insbesondere für den 1942 geänderten § 1 (Generalklausel) und den § 28 (Gehilfenhaftung). Auch waren die Beschlüsse des Schadensersatzrechtsausschusses insbesondere zur allgemeinen Gefährdungshaftung und zum Umfang des Schadensersatzes einschließlich der Sondernormen für das Deliktsrecht nicht bekannt.

Bereits der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes⁷⁹ von 1959 behandelte Fragen, die bereits ausführlich im Ausschuß geprüft worden waren. 1967 legte das Bundesministerium der Justiz einen "Referentenentwurf zu einem Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften"⁸⁰ vor. Bei der Ausarbeitung des Entwurfs hatte sich das Ministerium von der "Kommission Haftpflichtrecht" beraten lassen,⁸¹ der unter anderem drei Mitglieder des ehemaligen Akademieausschusses angehörten: Larenz, Nipperdey und Reinhardt. Ferner hatten die Kommissionsmitglieder Baur und Esser vor 1945 wichtige Beiträge zur Reform des Schadensersatzrechts geliefert. Die Vorschläge zur Neufassung der § 823 Abs. 1, 824 lauten:

§ 823 Abs. 1: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder die Ehre eines anderen oder in sonstiger Weise einen anderen in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Das gleiche gilt für den, der vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt. - § 824: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine unwahre Behauptung tatsächlicher Art, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, gegenüber einem Dritten aufstellt oder verbreitet, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Das gleiche gilt für den, der vorsätzlich oder fahrlässig durch ein herabsetzendes Urteil Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen herbeiführt. - (2) Durch eine Äußerung, welche der angemessenen Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses dient, wird eine Ersatzpflicht nicht begründet. Durch ein herabsetzendes Urteil über eine Leistung oder ein Verhalten eines anderen wird eine Ersatzpflicht nur begründet, wenn die Äußerung der Form oder den Umständen nach eine unangemessene Kundgabe von Mißachtung darstellt."

Die Vorschläge wurden insbesondere von *Nipperdey*, dem ehemaligen Vorsitzenden des schadensrechtlichen Akademieausschusses, sehr scharf kritisiert⁸² wegen des "Nebeneinanders von rechtstypisch klarumrissenen speziellen Unrechtssachverhalten und demgegenüber nur subsidiär anwendbaren generalklauselartig umschriebenen Unrechtssachverhalten, aus denen die speziellen Unrechtssachverhalte zum Teil lediglich als Unterfälle und konkrete Beispieltatbestände ausgegliedert" waren. *Nipperdey* verwies demgegenüber auf seinen Vorschlag von 1940, stellte jedoch hierzu fest, in der Bundesrepublik Deutschland bestehe "wegen der unzureichenden tatbestandli-

⁷⁹ BT-DS III/1237; Text auch in: *Ufita*, Bd. 29 (1959), S. 36 ff.

⁸⁰ Erschienen unter diesem Titel in Karlsruhe 1967.

⁸¹ Zur Zusammensetzung der Kommission vgl. *Nipperdey*, NJW 1967, S. 1985.

⁸² *Nipperdey*, NJW 1967, S. 1987 f.

chen Umschreibung des Unrechts in einer einzigen Generalklausel rechtspolitisch gegenwärtig keine Neigung", dem von ihm unterbreiteten Vorschlag, eine solche Klausel einzufügen, zu folgen.

Anfang der achtziger Jahre war anlässlich der vom Bundesministerium der Justiz veranlaßten und veröffentlichten Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts erneut Gelegenheit, sich mit der Denkschrift des schuldrechtlichen Akademieausschusses auseinanderzusetzen. In dem Gutachten zum Deliktsrecht von v. Bar⁸³ "Empfiehl es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmäßig, die Grundtatbestände der §§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?" stellte von Bar fest:⁸⁴ "Nach Abschluß der umfangreichen Rechtswidrigkeitsdiskussion, die ihren Höhepunkt in den 60er Jahren erreichte, erscheint heute der Vorschlag, eine Generalklausel mit positiver Rechtswidrigkeitsfeststellung auch bei den sogenannten unmittelbaren Eingriffen, für die nach vorherrschender Ansicht das legislatorische Konzept des § 823 Abs. 1 BGB nach wie vor zutrifft, nicht mehr konsensfähig." Dagegen sind für v. Bar bei den Vorschlägen für eine Neuregelung der Geschäftsherrhaftung die Vorstellungen der Verfasser des Entwurfs von 1940 nicht ohne Einfluß geblieben.⁸⁵ Nicht berücksichtigen konnte v. Bar die Vorschläge des Ausschusses zur Gefährdungshaftung und zu den § 840 ff. BGB.⁸⁶ v. Bar baute seine Vorschläge in der Weise auf, daß § 823 BGB bestehenbleiben sollte und dann Tatbestände über Pflichtverletzung, Persönlichkeitsverletzung, sittenwidrige Schädigung, wirtschaftlich nachteilige Tatsachenbehauptungen und "Sonstige Schädigung im geschäftlichen Verkehr" folgen sollten.

III. SONSTIGE SCHULDRECHTLICHE AUSSCHÜSSE

1. Ausschuß für das Recht der Betätigungsverträge ⁸⁷

Das Recht der Betätigung (Tätigkeit für andere) sollte nach dem System des Volksgesetzbuchs vom Mai 1941 folgende Abschnitte umfassen: Allgemeine Vorschriften, Werkherstellung, Geschäftsbesorgung, Geschäftsvermittlung, Verwahrung, Freie Berufe, Auslobung sowie Hilfeleistung und Gefälligkeiten. Soweit feststellbar hielt der Ausschuß sechs Sitzungen an insgesamt elf Sitzungstagen ab, von denen nur für vier Sitzungstage Protokolle vorliegen. Die Eröffnungssitzung fand am 22.1.1940 mit einem Referat von *Nikisch*, dem Vorsitzenden des Ausschusses, statt über das Thema: "Die Gestaltung der Betätigungsverträge". Der Vortrag selbst ist nicht überliefert, wohl aber ein Aufsatz von *Nikisch* in der ZADR vom Dezember 1940,⁸⁸ der den Inhalt des Referats im wesentlichen wiedergeben dürfte. In den Sitzungen am 26. und 27.8.1940⁸⁹ wurden Fragen der Abgrenzung zwischen dem Arbeitsrecht und dem Recht der

⁸³ In: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II 1981, S. 1681 ff.

⁸⁴ v. Bar, aaO., S. 1751.

⁸⁵ v. Bar, aaO., S. 1752.

⁸⁶ Diese wurde im übrigen von H. Kötz, aaO. (Fn. 83), S. 1781 ff. behandelt.

⁸⁷ Dem Ausschuß gehörten als Mitglieder an: *Nikisch*, *Brandt*, *Isele*, *Lersch* und *Swoboda*.

⁸⁸ ZADR 1940, S. 369 ff. (unten S. 362 f. wiedergegeben).

⁸⁹ Vgl. die Pressemitteilung in ZADR 1940, S. 287.

Betätigung, die Behandlung der auftragslosen Geschäftsführung im Hinblick auf die Systematik sowie ein von Nikisch vorgelegter Entwurf über allgemeine Bestimmungen zum Recht der Betätigungsverträge beraten.

Das Ergebnis der Beratungen faßte Nikisch in einem Entwurf⁹⁰ zusammen, der am 19.11.1940 beraten wurde. Die daraufhin von Nikisch aufgestellte Vorlage (13 Bestimmungen) wurde in die Zusammenstellung für das Volksgesetzbuch aufgenommen⁹¹, hier jedoch vermerkt, der Vorschlag sei noch nicht endgültig. Am 20.11.1940 begann der Ausschuß mit den Beratungen der Bestimmungen über die Geschäftsbesorgung, die an die Stelle der bisherigen Auftragsbestimmungen treten sollten. Berichterstatter war der österreichische Rechtslehrer Ernst *Swoboda*,⁹² der sich bereits wiederholt mit dem Auftragsrecht befaßt hatte. Die Beratungen wurden am 10. und 11.1.1941 fortgesetzt und nahezu abgeschlossen. Einen Teilentwurf "Geschäftsbesorgung" mit 10 Bestimmungen ist in der Zusammenstellung zum Volksgesetzbuch enthalten⁹³. Er dürfte im wesentlichen das Ergebnis der Beratungen vom Januar 1941 wiedergeben. Zu Beginn der Sitzung am 10.1.1941 war die Gliederung des Abschnitts des VGB: "Tätigkeit für andere" noch einmal zur Sprache gekommen. *Vogels* (Vertreter des Reichsjustizministeriums) legte Wert darauf, daß die Bestimmungen über das Arbeitsverhältnis, über die 1938 der Arbeitsrechtsausschuß einen Entwurf vorgelegt hatte, in das VGB aufgenommen wurden.

Über die weiteren Beratungen des Ausschusses liegen nur zwei kurze Pressemitteilungen vor⁹⁴. Am 22. und 23.5.1941 befaßte sich der Ausschuß aufgrund von Referaten von *Swoboda* und *Brandt* mit der Geschäftsführung ohne Auftrag und am 13. und 14.3.1942 mit der Werkherstellung, begrenzt auf die Herstellung und Veränderung körperlicher Gegenstände, nach einem umfassenden Bericht von *Isele*, der in dessen Nachlaß auffindbar war.⁹⁵ Ob im November 1942 noch eine weitere Sitzung stattgefunden hat, läßt sich nicht mehr feststellen.

Ausgangspunkt der geplanten Neuregelung war der Beschluß des Ausschusses, allgemeine Grundsätze über die Betätigungsverträge aufzustellen und in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag aufzugeben. Der besondere Typ eines unentgeltlichen Betätigungsvertrags wurde für entbehrlich erachtet. Den allgemeinen Grundsätzen, die im wesentlichen an die für den (freien) Dienstvertrag geltenden Normen anknüpften, sollten für bestimmte Typen Sondervorschriften folgen, nämlich insbesondere über den Werkvertrag im engeren Sinne, den Geschäftsbesorgungsvertrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Schwierigkeiten bereitete die Frage, nach welchen Kriterien die arbeitnehmerähnlichen Tätigkeitsverträge vom (freien) Betätigungsvertrag abzugrenzen waren. Weiterhin war zwischen dem Vertragsrechtsausschuß (Vorsitzender *Hueck*) und dem Ausschuß für das Recht der Betätigungsverträge umstritten, ob die Vollmacht im Geschäftsbesorgungsrecht (so

⁹⁰ Dieser Entwurf ist nicht überliefert; teilweise im Protokoll vom 19.11.1940 zitiert.

⁹¹ Wiedergegeben in Bd. III 1, S. 152 ff.

⁹² Zu dessen Biographie vgl. *Schubert*, in Bd. III 3 der Reihe, S. 80 f.

⁹³ Bd. III 1 der Reihe, S. 155 f.

⁹⁴ ZADR 1941, S. 211 und 1942, S. 105.

⁹⁵ Unten S. 430 ff. wiedergegeben.

der Vorschlag von Swobodaim Anschluß an das österreichische Recht) oder im allgemeinen Vertragsrecht geregelt werden sollte.

Die Arbeiten des Ausschusses sind, soweit sie bekannt waren, in den Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) berücksichtigt worden, zumal sie die einzigen sind, die sich bis dahin umfassend mit einer Reform des Geschäftsbesorgungsrechts befaßt hatten, wenn man einmal von den Monographien von Isele und Lent absieht. *Musielak* befaßte sich in seinem Gutachten mit der Abhandlung von Nikisch über die Betätigungsverträge aus dem Jahre 1940.⁹⁶ Weyers hat in seinem Gutachten über das Werkvertragsrecht den "Bericht" von Isele benutzt und dabei festgestellt⁹⁷, daß die Vorschläge in ihrer Mehrheit keineswegs "typische Früchte nationalsozialistischen Gedankenguts" seien. Die "wohl stark vom Ausschußvorsitzenden Nikisch beeinflusste Grundausrichtung der Kommissionstätigkeit" konnte nach Weyers allerdings "heute kaum noch weiterführende Bedeutung" haben. Sie sei gekennzeichnet "durch Ablehnung der ('formaljuristischen') Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag" und die Aufstellung der bereits mitgeteilten Typologie. Ungeachtet dieser Vorbehalte bleiben die Arbeiten des Ausschusses für das Recht der Betätigungsverträge die ersten umfassenden Arbeiten zu einer Reform dieses Rechtsgebiets, an denen auch die zukünftige Diskussion nicht ohne Schaden vorübergehen kann.

2. Kaufrechtsausschuß

Der Kaufrechtsausschuß wurde in der Sitzung des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht am 1.-5.6.1939 konstituiert. Weder die Protokolle noch die fünf zum Kaufrecht erstellten Referate sind erhalten geblieben. Überliefert ist lediglich eine Zusammenfassung der Probleme des Kaufrechts von Hermann *Krause*, wie sie sich aus den Beratungen ergeben haben⁹⁸. Als Ausschußvorsitzender war Krause in Aussicht genommen, der jedoch den Ausschußvorsitz nicht übernommen hat. Im Frühjahr 1942 wurde der Ausschuß für Kaufrecht unter dem Vorsitz von *Hedemann* erneut ins Leben gerufen, ohne daß es zu Sitzungen gekommen ist⁹⁹.

3. Ausschuß für Geld- und Sicherungsgeschäfte¹⁰⁰

Der unter der Leitung von Eugen *Ulmer* stehende Ausschuß für Geld und Sicherungsgeschäfte hat wahrscheinlich nur Sitzungen vom 12. bis 14.3.1942 abgehalten, wie einer Mitteilung in der ZADR vom April 1942 zu entnehmen ist:¹⁰¹ Nachdem den Ausschußmitgliedern schon früher ein Entwurf für die Regelung des Wertpapierrechts von Prof. *Ulmer* vorgelegt worden war, wur-

⁹⁶ Vgl. *Musielak*, aaO. (Fn. 83), Bd. III, S. 1209 ff., 1289 f.

⁹⁷ Weyers, aaO. (Fn. 83), Bd. III, S. 1209 ff., 1289 f.

⁹⁸ Unten S. 332 wiedergegeben.

⁹⁹ Mitglieder des Ausschusses: Hedemann, Krause, Lehmann, Meinen (Amtsgerichtsrat in Mährisch-Trübau), Nipperdey, Schnorr von Carolosfeld (Prof. in Königsberg).

¹⁰⁰ Mitglieder des Ausschusses: Ulmer, Furler, Hallstein, Raiser, Schütz. Über Furler und Schütz vgl. den demnächstigen (sachenrechtlichen) Band III, 6 der Reihe. - Dr. Ludwig Raiser war Direktor bei der Magdeburger Feuerversicherungs-Gesellschaft in Magdeburg.

¹⁰¹ ZADR 1942, S. 105.

den in der jetzigen Sitzung die sonstigen in die Zuständigkeit des Ausschusses fallenden Rechtsgebiete erstmalig beraten. Rechtsanwalt Dr. *Schütz*, Berlin, erstattete ein Referat über das Darlehen, wobei auch die Einbeziehung von Bankguthaben und Krediteröffnungsvertrag in Aussicht genommen wurde; Rechtsanwalt Prof. Dr. Furler, Pforzheim, referierte über Bürgschafts- und Garantievertrag, Prof. Dr. Hallstein, Frankfurt a.M., über Schuldversprechen, und Direktor Dr. jur. habil. Raiser, Magdeburg, über die Anweisung. In der Aussprache wurden die grundlegenden Fragen so weit gefördert, daß in späteren Sitzungen anhand von Entwürfen die Referenten die Einzelfragen erörtern können." In die Zusammenstellung zum Volksgesetzbuch sind lediglich vier Leitsätze sowie ein Entwurf von Ulmer über Wertpapiere aufgenommen worden¹⁰². Wieweit letzterer beraten worden ist, läßt sich nicht mehr feststellen.¹⁰³

IV. UNTERAUSSCHUß FÜR (LANDWIRTSCHAFTLICHES) PACHTRECHT

Der Unterausschuß für (landwirtschaftliches) Pachtrecht wurde 1938 im Zusammenhang mit der Ausweitung der Ausschubarbeiten im Hinblick auf eine neue Gesamtkodifikation geschaffen. Die Leitung wurde Walter *Granzow* übertragen, der zu dieser Zeit die Verhandlungen des Genossenschaftsrechtsausschusses nahezu abgeschlossen hatte. Granzow, Präsident der Deutschen Rentenbank, war zugleich Vorsitzender des Aufsichtsrats der Deutschen Rentenbank e.G.m.b.H., und als ehemaliger Ministerpräsident für Mecklenburg, wo die Landpacht eine erhebliche Rolle spielte, geradezu für den Ausschußvorsitz prädestiniert. Weitere Mitglieder des Ausschusses waren *Wichtermann*, wie Granzow sowohl bei der Renten- als bei der Pachtbank tätig, *von Zastrow*, der ehemalige Präsident des 1934 in den Reichsnährstand übernommenen Reichsschutzbundes landwirtschaftlicher Verpächter, die Professoren *Busse* und *Saure*, Joachim *Hagenguth*, Geschäftsführer der Deutschen Pachtbank, *von Sydow* sowie Vertreter des Justiz- und Landwirtschaftsministeriums. Das letztere entsandte so hervorragende Fachleute wie *Kaspar* und *Weißer*. Weitere Herren kamen vom Reichsnährstand (*Mayer, in der Stroth, Dr. Steffen* und Dr. *Sauer*).

Das landwirtschaftliche Pachtrecht gehörte zu den Reformvorhaben, die

¹⁰² Wiedergegeben im Bd. III 1, S. 157 ff. - Das Wertpapierrecht war teilweise im handelsrechtlichen Ausschuß unter Beteiligung von Ulmer beraten worden (vgl. dazu den handelsrechtlichen Protokollband).

¹⁰³ Ferner existierte noch ein Ausschuß für Internationales Privatrecht. Mitglieder: Raape (Vorsitzender), Heymann (Ehrenvorsitzender), Bergmann (OLG-Präsident, Köln), Ficker (Ministerialrat bei der Reichskanzlei), Maßfeller (OLG-Rat, im RJM beschäftigt), Müller (Prof. in Freiburg/Breisgau), Süß (Prof. in Berlin), Wahl (Prof. in Heidelberg). - Über die Tätigkeit ist in der Akte des BA Koblenz R 61/110 = Bl. 108 folgende Notiz überliefert: "Der Ausschuß für Internationales Privatrecht hat seine Arbeiten im Februar 1939 unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Raape, Hamburg, aufgenommen. Seitdem haben 4 Sitzungen stattgefunden. Die letzte Sitzung wurde im Januar 1941 in Dresden abgehalten. Gegenstand der Beratungen waren: Der Einfluß des Wirtschaftsrechts auf das internationale Privatrecht. - Probleme des interlokalen und interpersonalen Privatrechts, die sich aus dem Gebietszuwachs des Reiches ergeben. - Untersuchungen zu § 11 EGBGB. - Ende 1941 war eine weitere Sitzung des Ausschusses in Aussicht genommen, jedoch ist es dazu nicht gekommen. - Arbeitsberichte des Ausschusses liegen nicht vor."

unter der Weimarer Republik nicht mehr abgeschlossen werden konnten.¹⁰⁴ Anfang März 1930 hatte die Reichsregierung den "Entwurf eines Gesetzes über die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke (Landpachtrecht)" vorgelegt¹⁰⁵, der das Pachtnotrecht ablösen sollte. Dieses beruhte im wesentlichen auf der 1920 erlassenen, seitdem mehrfach geänderten und 1925 neu verkündeten Pachtschutzordnung.¹⁰⁶ Nach der ursprünglichen Fassung der Pachtschutzordnung konnten von den obersten Landesbehörden errichtete Pachteinigungsämter in Pachtverträge eingreifen, "wenn sich das Verhalten eines Beteiligten entweder als wucherische Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit oder unter Berücksichtigung der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse offenbar als eine schwere Unbilligkeit darstellt oder wenn es zur Folge hätte, daß der andere Teil in eine wirtschaftliche Notlage gerät." Man unterschied zwischen *wirtschaftlichem Pachtschutz* (Leistungen, die unter veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt waren, sollten anderweit festgesetzt werden können) und *sozialem Pachtschutz* (bei Grundstücken unter 2,5 ha konnten gekündigte oder ohne Kündigung ablaufende Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren verlängert und Verträge vor Ablauf der vereinbarten Zeit aufgehoben werden). 1922 wurde der soziale Pachtschutz auf Grundstücke bis zu 10 ha ausgeweitet sowie der Pachtschutz uneingeschränkt auf Pachtgrundstücke der toten Hand ausgedehnt.¹⁰⁷ Ein Verzicht auf die den Vertragspartnern zustehenden Rechte war in Zukunft ausgeschlossen. Nach der Währungsumstellung war nach einer Verordnung vom 13.2.1924¹⁰⁸ eine Neufestsetzung der Vertragsleistungen nach den Grundsätzen der Billigkeit möglich. War das Pachtgrundstück vom Pächter kultiviert worden, so war eine Vertragsverlängerung ohne Rücksicht auf die Grundstücksgröße zulässig. Von den Landesgesetzen erlangte die preußische Pachtschutzordnung vom 3.7.1920¹⁰⁹ besondere Bedeutung; sie wurde wiederholt erweitert, zuletzt durch die Ausdehnungsverordnung vom 15.1.1934. Die verfahrensmäßigen Verschiedenheiten innerhalb des Reichs beseitigte die Verordnung des Reichsjustizministeriums zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit von Pachtschutzsachen vom 22.10.1936.¹¹⁰

Der bereits genannte Entwurf zu einem Landpachtgesetz, das in das BGB eingearbeitet werden sollte, hatte das Ziel, das Landpachtrecht nach sozialen Gesichtspunkten neu zu ordnen. Die Arbeiten am Entwurf gingen, nachdem seit 1921 zahlreiche Enquêtes stattgefunden hatten, auf den Oktober/November 1926 zurück, als das Reichsernährungsministerium die landwirtschaftlichen Spitzenkörperschaften aufforderte, sich darüber zu äußern,¹¹¹ "ob und inwieweit eine Regelung des Pachtrechts für die Zeit nach dem Ablauf der Pachtschutzordnung für erforderlich erachtet wird, welche Mißstände sich

¹⁰⁴ Zum folgenden auch *Schubert*, Zur Entwicklung und Reform des Landpachtrechts vom ausgehenden 19. Jahrhundert bis zum Ende der Weimarer Zeit, in: Sav. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germ.Abt. Bd. 108 (1991), S. 237 ff.

¹⁰⁵ Reichsrats-DS. 34/1930. Auch enthalten in: Das landwirtschaftliche Pachtrecht in den europäischen Ländern, Bd. IV (1930), S. 105 ff. (ohne die besondere Begründung).

¹⁰⁶ RGBl. 1920, S. 1193; RGBl. I 1925, S. 152.

¹⁰⁷ Gesetz vom 29.6.1922, RGBl. I, S. 529.

¹⁰⁸ RGBl. I 1924, S. 68.

¹⁰⁹ Preuß. Gesetzsammlung 1920, S. 363.

¹¹⁰ RGBl. I 1936, S. 906.

¹¹¹ Zitiert nach *Hillebrand* in dem Fn. 98 zitierten Sammelwerk, S. 132.

unter dem gegenwärtigen Rechtszustand etwa ergeben haben und welche Änderungswünsche bestehen". Wichtigstes Ziel des Entwurfs war eine Einschränkung der Vertragsfreiheit. Auch die zulässigen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Mängelhaftung und Lastenverteilung sollten im Verträge genau umgrenzt sein. Weiterhin sollte die Ersatzpflicht für Meliorationen neu geordnet werden und die Ansprüche des Pächters dinglich gesichert sein. Diesem sollte ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Pachtgrundstück zustehen. Ein Verbot der Aufrechnung sollte ausgesprochen werden. Ein auch auf bestimmte Zeit eingegangenes Pachtverhältnis sollte nicht mit der vereinbarten Pachtdauer endigen, vielmehr war auch hier wie bei unbefristeten Pachtverträgen eine Kündigung notwendig. Die Kündigungsbefugnis des Verpächters unterlag auch bei einer vereinbarten Pachtdauer erheblichen Einschränkungen. Der Entwurf unterschied drei Gruppen von Pachtverhältnissen. Pachtverträge über Güter von 100 und mehr ha landwirtschaftliche Nutzfläche, die auf mindestens 18 Jahre geschlossen waren, konnten auch vom Verpächter ohne Einschränkung gekündigt werden. Sozialen Pachtschutz (Kündigung aus wichtigem Grunde) sollte den Kleinpächtern (bis zu 20 ha), den Kultivierungspächtern und den kurzfristigen Pächtern von mittelgroßen Pachtgütern zustehen (vgl. § 585 a Abs. 2 des Entwurfs). Zwischen den frei kündbaren Pachtverträgen und den Pachtverträgen, die nur aus wichtigem Grunde lösbar waren, standen die übrigen Pachtverträge, bei denen eine Kündigung ohne Angabe des Grundes wirksam war, wenn der Verpächter sich in dem Kündigungsschreiben bereit erklärte, dem Pächter als Abzugsgeld einen Jahrespachtzins zu bezahlen. Weiter sah der Entwurf vor, daß die vom Verpächter grundlos verweigerte Genehmigung zur Unterverpachtung von der zuständigen Stelle ersetzt werden konnte, wenn wichtige Gründe für die "Abtretung" der Pacht bestanden. Dagegen lehnte der Entwurf eine behördliche Überwachung der Pachtzinsbildung ab. Übernommen werden sollten lediglich die Gedanken des wirtschaftlichen Pachtschutzes (vgl. § 594 c Abs. 1 des Entwurfs). Ferner sollte das Gericht befugt sein, bei kleinen Grundstücken, die im Wege der öffentlichen Versteigerung verpachtet worden waren, unbillige Bedingungen auch ohne Rücksicht auf eine Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zu ändern (§ 594 c Abs. 2). Ein weiterer Abschnitt des Entwurfs befaßte sich mit dem Verfahren in Pachtschutzsachen: Hiernach sollte der Amtsrichter in Pachtsachen zusammen mit zwei Beisitzern entscheiden. Zu dem Entwurf erschienen 1929/31 zahlreiche Abhandlungen¹¹², ohne daß hierdurch die Verabschiedung des Gesetzes nennenswert vorankam.

Eine Notverordnung vom 27.9.1932¹¹³ baute den Kündigungsschutz bei Zahlungsverzug aus. Der Kündigungsschutz wurde ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund durch das Pachtschutzgesetz vom 24.3.1933¹¹⁴ nochmals erweitert; drei Änderungsgesetze brachten dann bis 1935 eine leichte Lockerung des strengen Kündigungsschutzes. Das Gesetz über die Weitergeltung und Ergänzung des Pachtnotrechts vom 30.9.1937¹¹⁵

¹¹² Vgl. hierzu *Schubert*, aaO. (Fn. 104), S.265 ff.

¹¹³ RGBl. I 1932, S. 473, 479.

¹¹⁴ RGBl. I 1933, S. 221.

¹¹⁵ RGBl. I 1937, S. 1051.

verlängerte die Geltungsdauer der Pachtschutzordnung und des Pachtschutzgesetzes auf unbestimmte Zeit. Den Pachteinigungsämtern wurde die Befugnis verliehen, auf Antrag eines Vertragsteils gekündigte oder ohne Kündigung ablaufende Pachtverträge oder sonstige entgeltliche Überlassungsverträge "über zu landwirtschaftlicher, obstbaulicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung ... überlassene Grundstücke ohne Rücksicht auf die Größe der Pachtfläche" über die in den Vorschriften des bisherigen Pachtnotrechts vorgesehenen Zeiträume hinaus auf angemessene Zeit zu verlängern und Bestimmungen in solchen Verträgen, die einer Steigerung der Erzeugung entgegenstanden, aufzuheben oder abzuändern, wenn dies zur Sicherung der Volksernährung erforderlich war und der Kreisbauernführer dem Antrag zugestimmt hatte. Man kann insoweit von einer "Ausrichtung des Pachtnotrechts im nationalsozialistischen Sinne" sprechen.¹¹⁶

Die Stellung des Nationalsozialismus zur Landpacht war nicht einheitlich. Eine pächterfreundliche Regelung forderte der Reichstagsabgeordnete der NSDAP Hermann *Schneider* im Oktober 1931:¹¹⁷ "Zwischen Verpächter und Pächter muß unbedingt ein Vertrauensverhältnis auf Treu und Glauben bestehen, in besonders schwierigen wirtschaftlichen Notlagen Verpächter und Pächter gleichermaßen vor dem Verlust der Scholle und der Pacht und der Lebensarbeit des Pächters zu schützen. Die Schicksalsverbundenheit des Pächterstandes mit dem der Verpächter fordert unbedingt einen Ausgleich der beiderseitigen Belange." Hierzu gehörten u.a. eine gerechte Verteilung der baulichen Lasten und Steuern, die Möglichkeit einer Revision der Leistungsvereinbarungen durch gesetzliche Regelung, Ersatz von Meliorationen durch den Verpächter auf unabdingbarer Grundlage, Sicherung der Pächtersubstanz auch für den Fall der Zwangsversteigerung des Verpächters, Schutz des Pächterinventars und volle Inventarabnahmepflicht. Solange der Pächter wirtschaften könne er selbstverständlich die Verzinsung dieser Kapitalgrundlage verlangen, er muß aber die "volle Sicherheit haben, daß bei Abgabe der Pacht alle diese Einrichtungen zeitgemäß entschädigt werden." - In einer Antwort auf eine Anfrage des Reichsschutzbundes landwirtschaftlicher Verpächter bei der Reichsleitung der NSDAP verwies diese auf einen in der Landpost vom 31.1.1932 erschienenen Aufsatz, in dem es u.a. heißt:¹¹⁸ "Der Nationalsozialismus kommt aus *grundsätzlichen* Erwägungen zur *grundsätzlichen* Verneinung der Pacht ...". Wer deutschen Boden nicht selbst bewirtschaftete, der solle auch nicht die Vorteile des Eigentums daran haben. Die Pacht sei auch "rechtlich eine uns artfremde Einrichtung; sie beruht auf römischen Rechtsbegriffen. Im römischen Recht gilt der Boden als 'Ware'. Das widerspricht deutschem Rechtsempfinden, welches den Boden als die gottgegebene Nahrungs- und Bluterneuerungsquelle betrachtet, als ein heiliges Gut der Nation. Der Nationalsozialismus wird über diesem Gut wachen in eifernder Sorge, daß niemand damit Mißbrauch treiben kann."

Auf der Jahrestagung der deutschen Pächterschaft am 26.5.1933 in Berlin wurde die Pächterschaft gleichgeschaltet und deren Führung neu besetzt.

¹¹⁶ *Pritsch*, Das Pachtnotrecht des Deutschen Reichs, 1941, S. 5. - Über Pritsch vgl. *Schubert*, Bd. III 3 der Reihe, S. 74.

¹¹⁷ H. *Schneider*, in: Der landwirtschaftliche Pachtbetrieb 1931, S. 202 ff., Zitat S. 202.

¹¹⁸ Wiedergegeben in: Der Verpächter, 1932, S. 25.

Der neue Vorsitzende des Domänenpächterverbandes August *Block* aus Banteln forderte in seinem Vortrag eine angemessene Regelung der Entschädigung pächterischer Verwendungen sowie eine Inventarabnahmepflicht:¹¹⁹ "Das derzeitige Pachtrecht schützt Arbeit und Vermögen des Pächters nicht. Die Vorschriften des geltenden Rechts sind unzureichend, ihr schuldrechtlicher Charakter trägt dem Wesen der landwirtschaftlichen Pacht, eines uralten, lange vor dem Einbruch des römischen Rechts in Deutschland ausgebildeten Rechtsinstituts keine Rechnung. Zudem ist das Gesetzesrecht nicht zwingend, es kann abgeändert werden und ist bei dem bestehenden Pachthunger des im Raum begrenzten Deutschlands und bei der liberalistischen Wirtschaftsauffassung vom Bodenkapital entsprechend regelmäßig abgeändert worden". Pacht werde es auch in Zukunft geben: "Zumal die Pacht eine der Hauptaufstiegsmöglichkeiten der zweiten und dritten Bauernsöhne ist, ebenso kann der Staat selber nicht darauf verzichten, als Landbesitzer unmittelbar an dem Schicksal seines Bauernstandes teilzunehmen ...". - Weitergehende Reformen forderte *Wichtermann* in einer unveröffentlichten Denkschrift von 1933¹²⁰, die noch 1939 in den Ausschußberatungen eine Rolle spielte. Hiernach sollten die bäuerlichen Pachthöfe in Bauernlehen umgewandelt werden, bei denen dem Pächter ein dingliches, unkündbares und unveräußerliches Nutzungsrecht zustand und als Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks eine "ewige", unablösbare Geldrente zu erbringen war. Für die Gutspacht (über 125 ha) übernahm *Wichtermann* weitgehend die Vorschläge der Pächterschaft und forderte u.a. die Einführung einer Inventarabnahmepflicht.

Der Reichsschutzbund landwirtschaftlicher Verpächter nahm im Juni 1933 zu den Forderungen der Pächter in einer gegenüber der Weimarer Zeit erheblich gemäßigten Form Stellung¹²¹. 1934 wurden die Verpächter und Pächterverbände aufgelöst und in den Reichsnährstand eingegliedert. Dies führte dazu, daß der Verpächter- und der Pächterschaft keine eigenen Zeitschriften mehr zur Verfügung standen, so daß Fragen der Neugestaltung des Pachtrechts von 1934 an nur noch selten in der Öffentlichkeit behandelt wurden. Die gegensätzlichen Interessen der Pächter und Verpächter wurden im Reichsnährstand und im Reichsernährungsministerium intern ausgeglichen, insbesondere durch die Pachtschutzgesetzgebung und die Einführung von Pachtvertragsformularen.

Die geringe Resonanz, die das Landpachtrecht in der nationalsozialistischen Öffentlichkeit fand, hängt auch damit zusammen, daß die siedlungs-, ernährungs- und bevölkerungspolitischen Fragen des Landpachtproblems im Vordergrund gestanden haben. Erst 1937 nahm sich *Sauer* der Pacht und des Pachtrechts von nationalsozialistischer Sicht aus in einer längeren Abhandlung an¹²². Die Verpachtung sei eine "kapitalmäßige Nutzung von Teilen des deutschen Lebensraums"¹²³. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit und des Vertragsschutzes herrschten noch immer, man übersehe dabei die getarnte Zinsknechtschaft, weil man die Vertragsfreiheit und den Vertragsschutz erhalten wolle. Die Einzelverpachtung sei eine der Voraussetzungen und Folgen

¹¹⁹ Der landwirtschaftliche Pachtbetrieb 1933, S. 73.

¹²⁰ Unten S. 579 ff. wiedergegeben.

¹²¹ Vgl. in: Der Verpächter, 1933, S. 65 ff.

¹²² E. *Sauer* (Abteilungsleiter beim Reichsnährstand), in: Recht des Reichsnährstandes 1937, S. 213 ff.

¹²³ *Sauer*, aaO., S. 215 f.; hieraus auch das folgende Zitat.

der Freiteilung. Das Pachtwesen erleichtere die Erhaltung großen Landbesitzes in einer Hand. Der Landhunger veranlasse auch heute noch, insbesondere bei größerer Bevölkerungs- und Pachtlanddichte Pachtpreistreibereien und bringe Haß und Neid in die Landwirtschaft. Im übrigen fördere die Vertragsfreiheit die Kurzfristigkeit der Pachtverträge. Auf der anderen Seite sprach Sauer der Landpacht gewisse Vorteile nicht ab. Auch der Nationalsozialismus wisse,¹²⁴ daß Zu- und Abverpachtungen, ja die vorübergehende Verpachtung von ganzen Höfen oft zweckmäßig und manchmal nicht zu umgehen sei: "Deshalb hat er sogar die Verpachtung von Erbhöfen und Erbhofgrundstücken bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit Genehmigung der Anerbenbehörden zugelassen. Er kann aber den sozialen Aufstieg nicht einem 'Pachtmarkt', wie er geschildert wurde, überlassen, sondern wird die Auslese durch Förderung der Würdigen und Landbedürftigen besser zu treffen wissen als Angebot und Nachfrage. Die Anpassung der Betriebsgröße an die Arbeitsleistung einer Familie aber hat ihre Grenzen in dem beschränkten Lebensraum des deutschen Volkes. ... Eine gute Bodenpolitik und ein gutes, durch Neuordnung des Pachtwesens zu schaffendes Pachtrecht müssen die Vorteile der Landpacht sichern, wenn auch zum Teil in anderer Weise und mit größerem Nutzen für die Allgemeinheit." Der Nationalsozialismus habe das Privateigentum anerkannt. Dies hindere aber nicht¹²⁵, "die Pacht grundsätzlich nur als ein notwendiges Übel anzusehen, dort, wo sie nun einmal hingenommen werden muß. Im übrigen ist sie ein zu bekämpfendes Übel, wohlverstanden nur die Pacht, nicht der Pächter als solcher. Denn man verwechsle die aus einer falschen Bodenordnung geborene Pacht nicht mit dem Menschen, der unter dieses Pachtsystem gezwungen wurde. Gar mancher Bauernführer ist 'nur' Pächter und gehört gewiß nicht zu den Ungeeignetsten. Der Pächter hat im allgemeinen wohl das Blut, aber nicht den Boden, während der Verpächter in der Mehrzahl der Fälle wohl den Boden, aber nicht das Blut hat."

Nach Sauer müßte "auch das Pachtwesen mit Verpächtern und Pächtern seine organische Eingliederung nicht nur in die Standesordnung, sondern auch in die Bodenordnung finden"¹²⁶. Wo sich Kapital (Boden) und Arbeit trennten, brauche man zur Erreichung des Pachtfriedens soziale Gerechtigkeit in den Pachtbedingungen, man brauche den gerechten Pachtpreis für den, der die Arbeit leiste, "einen gerechten Pachtzins, der immer noch erstrebenswerter sei als eine sichere Rente." Für die Neuordnung des Pachtrechts stellte Sauer folgende Leitsätze auf:¹²⁷

"1. Pächter kann nur der sein, der fähig, willens und geeignet ist, deutschen Boden als Arbeitsstätte zu nutzen.

2. Pachtverträge sollen langfristig sein, vorschlagsweise bei der Parzellenpacht 9 Jahre laufen mit einer doppelten Anwartschaft auf je weitere 9 Jahre, bei der Hofpacht 15 Jahre mit einer Anwartschaft auf weitere 15 Jahre.

3. Der Pachtwert bestimmt sich nach dem auf den 'Arbeitslohn' enthaltenen Ertrag, den Pachtland unter gleichartigen Verhältnissen (Klima, Boden, Verkehrslage usw.) zur Zeit der Verpachtung bei ordnungsmäßiger Bewirt-

¹²⁴ Sauer, aaO., S. 217; hieraus auch das folgende Zitat.

¹²⁵ Sauer, aaO., S. 217.

¹²⁶ Sauer, aaO., S. 218.

¹²⁷ Sauer, aao., S. 219.

schaftung *nachhaltig* zu gewähren vermag.

4. Pachtwert und Pachtpreis sollen sich nach Möglichkeit entsprechen, das erfordert Preiswahrheit und Preisklarheit.

5. Der Erfolgreiche darf nicht mit einem über dem Pachtwert liegenden Pachtpreis bestraft, der Mindererfolgreiche nicht mit einem unter dem Pachtwert liegenden Pachtpreis belohnt werden.

6. Der Pachtpreis darf nicht getarnt sein durch Übernahme aller möglichen Nebenlasten, seien es Steuern und Abgaben, Baulasten, Naturallieferungen usw. ...

7. Die Nachhaltigkeit des Ertrages setzt voraus, daß gute und schlechte Ernten bei längerer Pachtzeit sich ausgleichen, daß also eine Überprüfung des einmal als gerecht festgestellten Pachtzinses nur dann in Frage kommt, wenn das bei Vertragsschluß berücksichtigte Risiko durch eine nichtangenommene Häufung von besonderen Umständen, z.B. durch häufigere Überschwemmungen und Dürrejahre oder aber durch besondere Wirtschaftstatbestände, z.B. durch Marktordnungsmaßnahmen und allgemeine Wirtschaftsordnungen, sich als falsch eingeschätzt herausstellt. Eine Änderung des Pachtzinses ist dann geboten und deshalb vertretbar.

8. Die Pachtgemeinschaft bedingt den gegenseitigen Vermögensschutz, z.B. die Übernahme zum Schätzungswert.

9. Nachhaltige, vom Pächter durchgeführte Verbesserungen und Einrichtungen sind ihm zu ersetzen, denn ihm sind die Werte zu verdanken. Der Verpächter hat bei einer Neuverpachtung nur dann das Recht, einen höheren Pachtzins zu fordern, wenn er dem abziehenden Pächter entsprechenden Ersatz geleistet hat.

10. Der Pächter soll sich frei und verantwortungsbewußt fühlen, er tritt der Allgemeinheit gegenüber als der eigentliche Bewirtschafter auf, er soll die notwendigen Verbesserungen nach Möglichkeit selbst verantworten, 'experimentiert' er aber, so muß er sich auch bewußt sein, daß für nutzlose Experimente nichts erstattet wird.

11. Auf Sicherheiten kann im Hinblick auf die Standesordnung weitgehend verzichtet werden.

12. Jede Abweichung von den allgemeinen Einheitsbedingungen zugunsten des einen oder des andern Teils, z.B. Vereinbarung einer längeren Pachtzeit oder Nichtvereinbarung der Inventarübernahme, bedingt entsprechende Zu- und Abschläge bei der normalen Pacht."

Aufgabe des Ende 1938 konstituierten Pachtrechtsausschusses war es, "ein knappes und klares Pachtrecht zu schaffen, das allen Anforderungen der heutigen Zeit" gerecht wurde¹²⁸. Verwirklicht werden konnte dieses Programm allenfalls in den Anfängen. In der 1. und 2. Sitzung am 9. und 10.12.1938 befaßte sich der Ausschuß nach einem Referat von *Sauer* über den "Stand der Pachtgesetzgebung" und einem Referat von *Dr. Hagen* über Umfang und Bedeutung des landwirtschaftlichen Pachtwesens im Reich zunächst mit allgemeinen Fragen der Pachtrechtsreform und anschließend mit dem vom Reichsnährstand aufgestellten, 1937 veröffentlichten Einheitsvertrag für die Verpachtung eines Hofes.¹²⁹ Die folgenden Sitzungen dienten dazu, die Aus-

¹²⁸ Vgl. Protokoll.

¹²⁹ Unten im Anhang wiedergegeben.

schußmitglieder über die Praxis des landwirtschaftlichen Pachtwesens und Pachtrechts in den deutschen Pachtgebieten zu unterrichten. Am 12.1.1939 sprachen *Simonis* aus Wismar über das bäuerliche Pachtrecht in Mecklenburg und *Busse* über die Zeitpachtdörfer in Ostholstein. In der lebhaft geführten, sehr aufschlußreichen Diskussion kamen vor allem die bevölkerungs-, siedlungs- und ernährungspolitischen Fragen im Hinblick auf die Reform des Pachtrechts zur Sprache. Eine gewisse Übereinstimmung zeichnete sich in der Richtung ab, "daß bei einer Neuregelung des Pachtrechts zwischen vorübergehend und dauernd verpachteten landwirtschaftlichen Betrieben unterschieden werden mußte. Bei den Dauerpachtverhältnissen sei - in Anlehnung an die Gedanken der Erbpacht - die Stellung des Pächters zu stärken, insbesondere die Kündigungsmöglichkeit für den Verpächter einzuschränken und vielleicht sogar zu bestimmen, daß der Verpächter zur Neuverpachtung im Falle der Rücknahme des Pachtbetriebes verpflichtet sei. Für die Unterwerfung unter derartige Bedingungen kamen in erster Linie die Grundstücke und Betriebe der toten Hand in Betracht".

Im Zusammenhang damit spielte die Frage, inwieweit mit einer derartigen Regelung die Eigentumsgarantie, die auch im nationalsozialistischen Parteiprogramm enthalten war, vereinbar war, vor allem, wenn man die Umwandlung von Erbpachtrechten in Erbhofeigentum erleichterte. Ferner gaben einige Redner zu bedenken, daß eine zu große Ausweitung langfristiger Verpachtungen die Grundstücke, die für Gewerbe Zwecke zur Verfügung stehen müßten, erheblich verknappen bzw. verteuern würde. Endlich war man sich darüber einig, daß für die Parzellenpacht im Interesse der Schaffung und Erhaltung fester Bauernstellen Sonderregelungen vorzusehen waren. - Um sich über die Praxis der Parzellenpacht Klarheit zu verschaffen, traf sich der Ausschuß vom 2.-4.3.1939 in Frankfurt/Main. Besichtigungen von Parzellenpachtdörfern in der Wetterau und von drei größeren Pachthöfen, die als Musterbetriebe anzusehen waren, fanden statt. Leider liegen weder die Vorträge über die Pachtverhältnisse in Oberhessen¹³⁰, Baden und der Rheinprovinz noch die Protokolle über die Aussprache vor. Es konnte bisher lediglich ein zweiseitiger Vermerk von *Pritsch*¹³¹ in den Akten des Reichsjustizministeriums aufgefunden werden, der in der vorliegenden Edition wiedergegeben wird. Weitere Tagungen sollten die Pachtverhältnisse in Oldenburg-, Ostfriesland und im westlichen Teil Schleswig-Holsteins sowie im Osten behandeln. Anschließend, so der Vermerk von *Pritsch*, sollte der Ausschuß Vorschläge für die besonders dringliche Regelung der Pachtverhältnisse in Südwestdeutschland aufstellen.¹³² Ob die in Aussicht genommenen Tagungen in Norddeutschland und im Osten noch stattgefunden haben, läßt sich anhand der überlieferten Akten nicht mehr feststellen. Fest steht, daß am 2.2.1940 in Berlin eine weitere Sitzung des Pachtrechtsausschusses stattgefunden hat, in der über das Pachtnotrecht insbesondere im Hinblick auf die Kriegsverhältnisse gesprochen wurde¹³³. Der bereits im Ernährungsministeri-

¹³⁰ Vgl. allerdings die Abhandlung von Willecke.

¹³¹ Unten, S. 587 f. wiedergegeben.

¹³² Eine Übersicht über die Pachtrechtspraxis in den einzelnen deutschen Landesteilen ist enthalten in den "Berichten über Landwirtschaft", n.F. Bd. 1, 2, 3 und 7 (1924-1928), und in: Das landwirtschaftliche Pachtrecht in den europäischen Ländern, 1929/30, Bd. 3 und 4.

¹³³ Vgl. hier unten S. 591 den Sitzungsvermerk.

um vorliegende Referentenentwurf zur Zusammenfassung des Pachtsschutzrechts zu einem einheitlichen Pachtsschutzgesetz lag dem Ausschuß jedoch nicht vor. In der nächsten Sitzung am 7.5.1940, über die ebenfalls nur ein Vermerk von Pritsch vorliegt, befaßte sich der Ausschuß mit dem gerechten Pachtpreis aufgrund von Referaten von Dr. *Kasper* und des Assessors *von Blanc*. In der nächsten Sitzung am 11.6.1940 sollten Fragen des Steuerrisikos, der Mängelhaftung und der Nebenleistungen bei Verpachtungen behandelt werden. Ob diese Sitzung noch stattgefunden hat, ließ sich nicht mehr feststellen. Aus den Vermerken von *Pritsch* über die beiden Sitzungen von 1940 läßt sich auch nicht entnehmen, welche Ziele der Ausschuß außer der Behandlung von Einzelfragen verfolgte.

Jedenfalls hätte der Ausschuß seine Aufgaben neu bestimmen müssen, nachdem am 30.7.1940 ohne sein Zutun die Verordnung zur Vereinheitlichung des Pachtnotrechts (Reichspachtsschutzordnung)¹³⁴ ergangen war. Die neue Pachtsschutzordnung, so *Pritsch*,¹³⁵ trug "der Tatsache Rechnung, daß der ursprüngliche Sinn des Pachtsschutzes sich unter der Einwirkung nationalsozialistischen Gedankenguts grundlegend gewandelt hat ... Im Vordergrund stehen nicht die Belange der Vertragsteile, sondern die der Volksgemeinschaft. Ausgangspunkt für die Gestaltung des Pachtnotrechts ist nicht mehr ein 'natürlicher' Interessengegensatz zwischen Verpächter und Pächter, sondern ihre gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber dem Ganzen. Wie der einzelne Eigentümer landwirtschaftlichen Bodens verpflichtet ist, den ihm anvertrauten Teil deutscher Erde zum Besten des Volkes im Sinne möglicher Steigerung der Ertragsfähigkeit zu verwalten, sind beim Pachtland Verpächter und Pächter gemeinschaftlich hierzu verpflichtet. Sie müssen daher ihr beiderseitiges Verhältnis so gestalten, daß sie ihre gemeinsame Pflicht der Volksgemeinschaft gegenüber erfüllen können." Zu schützen seien in erster Linie nicht mehr die Pächter oder Verpächter,¹³⁶ "sondern die Aufgabe, welche die Pacht als landwirtschaftliche Betriebsform im Rahmen der deutschen Volkswirtschaft zu erfüllen hat. Ziel des Pachtsschutzes ist, das Pachtverhältnis zwecks Ermöglichung einer planmäßigen Wirtschaftsführung auf längere Sicht so dauerhaft zu machen, wie es nach den Umständen des Einzelfalles erwünscht und angängig ist, in seinem Inhalt aber so zu gestalten, daß eine möglichst vorteilhafte und erfolgreiche Bewirtschaftung und dadurch im Ergebnis ein Höchstmaß an Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet wird. Für die zu treffende Entscheidung sind also in erster Linie objektive Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses maßgebend. Dadurch aber, daß eine volkswirtschaftlich möglichst dauer- und vorteilhafte Gestaltung des Pachtverhältnisses erstrebt wird, werden unmittelbar auch die Vertragsteile in ihren berechtigten Interessen geschützt."

Neu geschaffen wurde bei den Amtsgerichten das sog. Pachtamt, das nach den Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden hatte. Der materielle Pachtsschutz wurde drei Arten von Pachtverträgen gewährt: Landpachtverträgen sowie Fischerei- und Jagdpachten. Landpacht- und Fischereipachtverträge genossen sozialen und wirtschaftlichen, Jagdpachtverträge

¹³⁴ RGBl. I 1940, S. 1065.

¹³⁵ *Pritsch*, DJ 1940, S. 923 f.

¹³⁶ *Pritsch*, DJ 1940, S. 924.

nur wirtschaftlichen Pachtschutz. Das Pachtamt konnte auf Antrag eines Vertragsteils oder des Kreislandwirtschaftsführers die Verlängerung abgelaufener oder ablaufender Land- und Fischereipachtverträge vornehmen, wenn dies zur Sicherung der Volksernährung oder zu einer gesunden Verteilung der Bodennutzung erforderlich war (sozialer Pachtschutz). Es konnte in solchen Fällen auf Antrag eines Vertragsteils oder des Kreisbauernführers 1. eine Kündigung für unwirksam erklären, "soweit erforderlich, die Dauer der Pacht auf eine angemessene Zeit festsetzen, 2. einen ohne Kündigung ablaufenden Vertrag auf angemessene Zeit verlängern, 3. einen aus einem anderen Grunde abgelaufenen Vertrag wieder in Kraft setzen und seine Dauer auf angemessene Zeit festsetzen. Dies kommt z.B. in Betracht, wenn in einem Pachtvertrage der Tod des Pächters als Kündigungsgrund vorgesehen oder bei der Verpachtung von Kirchenland vereinbart worden ist, daß das Pachtverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit Ablauf des Wirtschaftsjahres als gelöst gelten soll, in dem der Pächter aus der Kirche austritt."¹³⁷ Der wirtschaftliche Pachtschutz sah vor, daß auf Antrag eines Vertragsteils oder des Kreisbauernführers der Vertragsinhalt geändert werden konnte, soweit er volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt war, insbesondere einer Steigerung der Erzeugung entgegenstand. Landpachtverträge konnten durch das Pachtamt vorzeitig aufgehoben werden, und zwar

1. auf Antrag des Landesbauernführers, "wenn der Pächter zur Bewirtschaftung deutschen Bodens ungeeignet ist, z.B. der jüdischen Rasse angehört oder sich in deutschfeindlichem Sinne betätigt hat," oder

2. auf Antrag des Verpächters oder des Kreisbauernführers, "wenn der Pächter einen mit dem Verpächter abgeschlossenen Arbeitsvertrag aufgelöst oder gebrochen oder durch sein vertragswidriges Verhalten den Verpächter zur Auflösung des Arbeitsvertrags veranlaßt hat".¹³⁸

Die vom Ausschuß wohl 1939 in Aussicht genommene Neuordnung des materiellen Pachtrechts des BGB insgesamt, wie sie der Entwurf von 1930 enthielt, brachte die Reichspachtenschutzordnung jedoch nicht. Dieser fehlte trotz der offiziellen Begleitaufsätze eine einheitliche boden- und siedlungspolitische Konzeption, die von der Sicht der Ausschlußmehrheit Grundlage der Neuordnung des Landpachtrechts hatte sein müssen. Statt dessen begnügte sich die Pachtschutzordnung im wesentlichen damit, das überkommene Pachtschutzrecht im nationalsozialistischen Sinne neu zu ordnen und ernährungspolitischen Zielen nutzbar zu machen. Insofern ist die rechtspolitische Diskussion trotz beachtenswerter Ansätze in den ersten vier Sitzungen des Akademieausschusses zu einer grundlegenden Neuordnung des Landpachtrechts über die Anfänge nicht hinausgekommen.

Das Landpachtgesetz vom 25.6.1952¹³⁹ beseitigte die nach 1945 eingetretene Rechtszersplitterung des Landpachtrechts und ersetzte das Pachtschutzrecht durch eine freiere Gestaltung dieses Rechtsgebiets. An den vorbereitenden Arbeiten zu diesem Gesetz waren u.a. zwei Mitglieder des Pachtrechtsausschusses, Ernst *Sauer* (Justitiar des Verbandes der Landwirtschaftskammern; Mitglied mehrerer agrarischer Ausschüsse), und Joachim *Hagenguth* (Reorganisator

¹³⁷ Vgl. *Pritsch*, aaO., S. 925.

¹³⁸ Vgl. *Pritsch*, aaO., S. 926.

¹³⁹ BGBl. I 1952, S. 398.

des landwirtschaftlichen Pachtbankwesens) befaßt. Erst mit dem Gesetz zur Neuordnung des landwirtschaftlichen Pachtrechts vom 8.11.1985¹⁴⁰ gelang es dem Gesetzgeber, die in der Weimarer Zeit gescheiterte, nach sozialpolitischen Gesichtspunkten ausgestaltete Neukodifikation des Landpachtrechts zu verwirklichen. Die Arbeiten des Pachtrechtsausschusses von 1938-1940 stellen auch hier ein wichtiges Verbindungsstück zwischen den rechtspolitischen Bestrebungen der Weimarer Zeit und der Zeit nach 1949 dar.

¹⁴⁰ BGBl. I 1985, S. 1965. - Zur Entstehung und zum Inhalt des Gesetzes vgl. *Schubert*, aaO. (Fn. 104), S. 279 ff.

Die Verhandlungen des Ausschusses für Schadensersatzrecht

I. Sitzungen vom 5. - 7.9.1940

1. Protokoll der Sitzung am 5.9.1940 (Die unerlaubte Handlung mehrerer Täter)

(Beginn der Sitzung 9 Uhr 30 Minuten)

Vorsitzender Dr. Nipperdey: Ich eröffne die Sitzung des Unterausschusses für Schadensersatzrecht und danke Ihnen, daß Sie trotz der schwierigen Zeit die Reise hierher angetreten haben.

Wir haben auf der Tagesordnung drei Themen:

1. Die unerlaubte Handlung mehrerer Täter - Berichterstatter: Professor Dr. Reinhardt (Marburg).

2. Die Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit - Berichterstatter: Professor Dr. Wahl (Göttingen).

3. Vertragsverletzung und Leistungsstörungen - Berichterstatter: Professor Dr. Larenz (Kiel).

Der ursprünglich an dritter Stelle vorgesehene Bericht "Die Rechtsregeln über den Schadensersatz" von Reichsgerichtsrat Arnold (Leipzig) fällt aus.

Ich bitte Herrn Professor Reinhardt, uns das Referat "Die unerlaubte Handlung mehrerer Täter" zu erstatten.

Reinhardt: Es geht um zwei Fragen, wenn mehrere an einer unerlaubten Handlung beteiligt sind, einmal darum, ob sie haften, und zweitens, wie sie haften. Diese beiden Fragen behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch bekanntlich in §§ 830 und 840 mit den entsprechenden zusätzlichen Bestimmungen in § 841 und den weiteren Bezugnahmen. Ich will dementsprechend mein Referat auch aufgliedern, indem ich zuerst die Frage untersuche, ob eine Haftung stattfindet - und zwar im Anschluß an § 830 BGB -, und im zweiten Teil, wie diese Haftung gestaltet ist. Dort handelt es sich insbesondere um das Problem der Gesamtschuld.

Die Frage, ob gehaftet wird, ist im wesentlichen eine Frage der Kausalität. Zwei Tatbestände unterscheidet § 830. Im ersten Satz wird die Regel aufgestellt, daß dann, wenn mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben, jeder für den Schaden verantwortlich ist. § 830 Abs. 1 Satz 1 hat meines Erachtens keine selbständige Bedeutung. Sein Inhalt ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von der Kausalität. Nach diesen Grundsätzen genügt nämlich die Setzung einer Teilursache; es braucht nicht jeder den gesamten Erfolg herbeigeführt zu haben. Es genügt ebenso auch die psychische, intellektuelle Verursachung, wie sie etwa bei der Anstiftung in Frage kommt.

Ebenso hat nach meinem Dafürhalten Abs. 2, der auf Anstifter, Gehilfen und Mittäter besonders Bezug nimmt, keine eigene Bedeutung, allerhöchstens in dem Punkte der Klarstellung der Gehilfenhaftung, weil man hier Bedenken haben könnte, ob sich nicht hier nur eine Teilhaftung konstruieren ließe. Ich halte aber auch das für nicht durchschlagend, glaube vielmehr, daß auch die Gehilfenhaftung im Sinne des § 830 ohne eine Sonderbestimmung so begründet werden könnte.

Andererseits wird man feststellen müssen, daß auch Abs. 2 die Haftung nicht ein-

schränkt, also daß nur in den Fällen der Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im strafrechtlichen Sinne eine Haftung Platz greift. Auch die Fälle der Beteiligung, die nicht unter die strafrechtlichen Begriffe fallen, z.B. der vielfach erwähnte Fall der gemeinsamen fahrlässigen unerlaubten Handlung, führen zu einer Haftung. Das hier erwähnte Beispiel ist bekanntlich das, daß mehrere Bauarbeiter einen Balken fahrlässig fallen lassen und dieser Balken einen Passanten verletzt. Daß hier alle Bauarbeiter haften, bezweifelt man nicht. Es ist ein Fall, der über § 830 Abs. 2 hinausgeht.

Stellt man das fest, dann muß man für eine Neuordnung im Gesetz wohl zu dem Ergebnis kommen, daß § 830 Abs. 1 Satz 1 und § 830 Abs. 2 besser ganz fortfallen. Eine solche Methode erspart uns unnötige Erörterungen über die Abgrenzung, wie der Fall gemeinschaftlichen fahrlässigen Handelns ja zeigt. Die Schwierigkeiten bei der bestehenden Regelung zeigen sich auch im Schrifttum. Einmal versucht man, auch diesen Fall des fahrlässigen Handelns noch unter § 830 Abs. 1 zu pressen, oder man erfaßt eine Analogie. Alle diese im Grunde unnötigen Kraftanstrengungen werden vermieden, wenn man es bei der einfachen Anwendung beläßt und sich jeder Sonderbestimmung enthält.

Soviel zu § 830 Abs. 1 und Abs. 2.

Vors.: Da hier ein gewisser Abschnitt des Referats erreicht ist, können wir vielleicht diesen Teil zunächst erörtern.

Wenn ich Sie recht verstehe, kommen Sie zu dem Ergebnis, eine Bestimmung über die Haftung mehrerer, wie sie in § 830 Abs. 1 Satz 1 enthalten ist, und die Gleichstellung von Anstiftern und Gehilfen mit Mittätern fallen zu lassen. (*Reinhardt:* Ja!)

Lehmann: Das setzt doch voraus, daß man sich darüber klar ist, daß wir es dabei lassen wollen, daß jeder, der sich an der Handlung beteiligt hat, in vollem Umfange grundsätzlich haftet. Das wäre die erste Voraussetzung. Nun könnte ich mir zweitens auch denken, daß sich nachher aus den Streichungen wieder Bedenken ergeben und daß man anfängt, zu erörtern, ob jede Teilkausalität in vollem Umfange verantwortlich machen soll. Deshalb weiß ich nicht, ob man den Satz streichen soll. Wäre es nicht richtiger, daß man den Satz ausspräche, und zwar in völliger Klarheit, die erkennen ließe, daß jeder, der sich an einer strafbaren Handlung nachweisbar beteiligt, in vollem Umfange für sie verantwortlich ist?

Reinhardt: Das könnte man durchaus machen. Ich würde dann aber empfehlen, einen derartigen Satz dort unterzubringen, wo von der Kausalität die Rede ist.

Hueck: Soll die Frage der Kausalität überhaupt gesetzlich irgendwie geregelt werden, oder soll man ganz davon absehen? Das ist natürlich die Vorfrage.

Vors.: Auf Grund des Referats des Herrn Reichsgerichtsrats Arnold haben wir beschlossen, keine Bestimmung über die Kausalität aufzunehmen. Das steht im Leitsatz 16¹

Hueck: Dann müßte man sich also nur darüber klar werden, wie das bei mehreren Tätern ist. Da ist mir auf den ersten Blick etwas zweifelhaft, ob man allein aus dem Gesichtspunkt der Kausalität bei dem Gehilfen sagen kann, daß er den ganzen Erfolg kausal herbeigeführt hat.

Reinhardt: Sie greifen den Fall heraus, den ich auch schon als zweifelhaft bezeichnet habe.

Hueck: Jawohl. Je nach dem, wie die Dinge liegen, ist das eine Erleichterung für den Haupttäter gewesen, aber vielleicht doch nicht eine Bedingung für die Herbeiführung des Erfolges selbst. Es kann deshalb doch ein Gehilfe im strafrechtlichen Sinne sein. Mir würde es auch näher liegen, wenn man überhaupt daran festhalten will, daß jeder haftet - was mir richtig erscheint -, das dann auszusprechen.

Arnold: Ich würde Bedenken haben, dem Vorschlag des Herrn Berichterstatters zu folgen. Es wäre etwas anderes, wenn wir überhaupt noch keine gesetzlichen Vorschriften nach der Richtung hin bisher gehabt hätten. Nachdem aber die Regelung in dieser Weise vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgenommen worden ist, halte ich es allerdings für

¹ Dieses Referat ist nicht überliefert. der Leitsatz 16 ist unten in der Denkschrift S. 16 wiedergegeben.

notwendig, im Interesse der Praxis eine Vorschrift hierüber aufzunehmen. Ich möchte bitten, zu erwägen, daß das eigentlich gerade auch unserer heutigen Gesetzestechnik entspricht, die im Vorspruch zu einem Gesetz alle möglichen Dinge erörtert, die mit dem Befehl des Gesetzgebers unmittelbar nichts zu tun haben. Es werden Erläuterungen besonders durch Beispiele gegeben, die versuchen sollen, dem Volk das objektive Recht etwas näherzubringen. Ganz besonders möchte ich diese Erwägung für maßgebend halten bei dem Stoff, den wir jetzt hier beurteilen. Denn wir sehen schon die Schwierigkeit, die der Herr Berichterstatter mit Recht andeutete, wie es nämlich bei fahrlässigen Handlungen mehrerer Beteiligten zu halten ist. Ich glaube, daß es nicht praktisch ist, diese beiden Fälle auseinanderzureißen. Denn die Frage der Beteiligung, die eben erörtert wurde, geht doch so weit, daß dann der Abs. 1 Satz 2 direkt über den Haufen geworfen würde. Denn da ist an sich durchaus die Haftung des einzelnen für den Erfolg, den er verursacht hat, vorgesehen. Keinesfalls kann man über die Schwierigkeit hinweggehen, die gerade bezüglich fahrlässiger Handlungen besteht. Ich möchte auch daran erinnern, daß das Reichsgericht sogar einmal in einer später nicht mehr so betonten und wohl auch nicht aufrecht erhaltenen Fassung gesagt hat, daß auch für den Abs. 1 das fahrlässige Handeln mehrerer Personen genügt. Das ist die Schwierigkeit, die bezüglich der Bauarbeiter schon besteht, wenn sie fahrlässig einen Balken gemeinschaftlich fallen lassen. Ich glaube, daß dieser Fall an sich unter Abs. 1 Satz 1 unbedenklich fallen muß. Es fragt sich nur, ob man einen Anlaß hat, das besonders hervorzuheben. Grundsätzlich ist man allerdings davon ausgegangen, daß bezüglich des Abs. 1 eine Willensübereinstimmung mehrerer vorliegen muß, also ein inneres Band zwischen den Tätern bestehen muß, wenn man den Tatbestand dieses Absatzes als gegeben ansieht. Ich meine aber, es müßte zum mindesten erörtert werden, wie wir uns dann bezüglich der Fahrlässigkeit des Handelnden verhalten wollen.

Vors.: Es wäre dann wohl ratsam, das Wort "gemeinschaftlich" etwas klarer zu fassen; denn das verführt dazu, an Vorsatz zu denken.

Arnold: Die Anknüpfung an das Strafrecht ist offensichtlich zu erkennen.

Lehmann: Ich würde es für richtig halten, daß man im ersten Satz den Grundsatz aufstellt: wenn sich mehrere an einer unerlaubten Handlung beteiligt haben, ist grundsätzlich jeder voll verantwortlich, und daß wir dann prüfen, wieweit für solche Fälle wie fahrlässiges Zusammenhandeln mehrerer Ausnahmen zu machen sind und eine Einschränkung der Haftung stattfindet. Ich sehe, daß in § 8 bereits ein Vorschlag über die Einschränkung der Haftung gemacht hat. (Redner verliest § 8.)² Wir haben hier eine relativ abwägende Behandlung eingeführt, die mir nur einen ganz bestimmten Fall zu betreffen scheint. Sie ist ganz aufgebaut auf der subjektiven Theorie; es kommt auf die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten an. Nun wäre hier auch zu erörtern, ob gerade bei fahrlässigem Zusammenwirken auch das Maß der Mitwirkung der Kausalität irgendwie zu berücksichtigen wäre. Wenn man überhaupt einmal mit relativer Wertung beginnt, dann verlangt es mein Gerechtigkeitsempfinden, daß bei mitwirkender Kausalität dem Richter eine gewisse Abschätzung des Maßes der Beteiligung und der Kraft der Kausalität der einzelnen Handlungen ermöglicht wird. Nach meinem Eindruck wäre also die beste Regelung die: Im ersten Satz wird der Grundsatz aufgestellt, zweitens treten wir in Erwägungen darüber ein, in wieweit wir den Gedanken des § 8 im Hinblick auf die Mitwirkung, auf die Kausalität allgemein gestalten und eine Abmilderung dieses Grundsatzes für gewisse Fälle ermöglichen.

Reinhardt: Zu einer Abschätzung kommt man ja nachher, wenn das Innenverhältnis geregelt wird. Hier wäre vorerst die Frage zu erörtern, ob nach außen hin überhaupt gehaftet wird, und da scheint mir folgender Gedanke als Ausgangspunkt dienen zu müssen. Wir verlangen im Sinne der Lehre des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht, daß derjenige, der für einen Erfolg haftet, diesen Erfolg voll selbst verursacht haben muß, sondern er muß nur eine *conditio sine qua non* gesetzt haben, und diese muß adäquat

² Unten S. 92 der Denkschrift wiedergegeben.

gewesen sein, d.h. ihrer ganzen Art nach geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen. Warum soll ich nun, wenn die hinzukommenden Umstände zufällig durch einen Mittäter oder Beteiligten gesetzt werden, eine andere Regelung ins Auge fassen, als wenn diese Umstände durch sonst jemand gesetzt werden? Darin liegt kein wesentlicher Unterschied. Für das Außenverhältnis würde man mit dem Kausalzusammenhang überall zu dem richtigen Ergebnis kommen.

Lehmann: Die Fähigkeiten sollen ja auch in § 8 nur eine Abmilderung nach außen ermöglichen.

Reinhardt: § 8 gilt für sämtliche Tatbestände, die es überhaupt gibt. Also kann er auch Platz greifen, wenn mehrere an einer unerlaubten Handlung beteiligt sind, und es kann sich aus § 8 die konkrete Folge niederschlagen, daß einer geringer haftet.

Lehmann: Niemals aber aus einer minimalen kausalen Beteiligung nach außen hin nach Ihrer Theorie. Eine noch so minimale kausale Beteiligung soll nach außen hin nie eine Milderung der Haftung bringen. Ist dieser Satz wirklich gerecht?

Arnold: Es liegt mir doch daran, hier auf unsere früheren Verhandlungen zurückzukommen, gerade weil jetzt der § 8 besonders erwähnt ist. Die Frage der Verschiedenheit der Haftung je nach dem Grade des Verschuldens habe ich mir anders gedacht und habe das auch in meinem Bericht damals zum Ausdruck gebracht. Ich wollte mich an das Landrecht anschließen und sagen, daß ein verschiedenes Verschulden auch eine verschiedene Haftung begründen kann, und zwar auch nach außen hin, gerade in erster Linie. Davon ist auch das Landrecht ausgegangen. Ich halte es durchaus für angezeigt, daß man von dieser unbedingten Haftung abgeht und eine Verschiedenheit der Haftung nach dem Grade der Schuld eintreten läßt. Das möchte ich ganz allgemein befürworten, ganz unabhängig von den Vermögensverhältnissen und sonstigen Umständen der Beteiligten. Ich wollte darin gerade einen Fortschritt sehen, und wir waren uns eigentlich darüber einig, daß man von diesem Entweder-Oder in der Rechtsordnung abgehen sollte, soweit es möglich ist. Aus diesem Standpunkt, den ich auch heute vertreten möchte, ergibt sich ohne weiteres, daß er auch für das schuldhafte Verhalten mehrerer bei Herbeiführung eines Erfolges gelten muß.

Lehmann: Auf den Grad der Kausalität wollen Sie also kein Gewicht legen?

Arnold: In erster Linie kommt es auf die subjektive Seite an. Die Verursachung macht immer Schwierigkeiten. Darauf braucht man in diesem Zusammenhang nicht einzugehen.

Vors.: An sich bringt der § 8 nicht das Entweder-Oder zum Ausdruck, sondern besagt, daß nach dem Grade des Verschuldens abgestuft werden soll. Es fragt sich nur: ist er zu eng gefaßt und sollte man ihn so fassen, daß er auch ein geringes Maß an Kausalität mit umfaßt?

Reinhardt: Die Situation ist doch so, daß man einmal an Hand des Grades des Verschuldens zu einer Herabminderung kommen kann. Ich habe den anderen Tatbestand mit berücksichtigt, daß eventuell dort, wo die Kausalität nicht ausreicht, wo es nicht zur gesamten adäquaten Kausalität kommt, eine Billigkeitshaftung eintreten kann. Es würde also jetzt folgende Situation entstehen. Wir gehen davon aus, daß der Grundsatz der adäquaten Kausalität gilt. Dann würde nach diesem Grundsatz der normale Fall der gemeinsamen unerlaubten Handlung zu voller Haftung für jeden Teilnehmer führen. Das wäre der erste Satz.

Zweiter Fall: Das Verschulden eines der Teilnehmer ist geringer als das eines anderen. Dann wäre es möglich, von dieser Generalregel einen Abstrich zu machen, gewissermaßen an Hand des § 8 schon im Außenverhältnis zu einem Ausnahmeergebnis zu kommen.

Vors.: Ich nehme an, daß Sie im Innenverhältnis auch zu einer Einschränkung der Haftung kommen.

Reinhardt: Das ist ja heute schon so. - Zweitens käme dann als dritter Hauptgrundsatz die Rede: Erstens: Ausnahmefälle der Abschwächung des Verschuldens. Zweite Ausnahme: Wenn die adäquate Kausalität nicht zu bejahen, aber immerhin eine *conditio sine qua non* gesetzt ist und die Verhältnisse so liegen, daß es dem "Täter" zumutbar ist, auch dann

noch etwas zu leisten, dann bleibt die Möglichkeit, nach § 7 auch da eine Ersatzpflicht zu bejahen. Also könnte durch das Hinüberdecken dieser beiden Grundregeln in § 7 und § 8 eine Variation erreicht werden, die sowohl auf das Verschulden wie auf den Grad der Verursachung Rücksicht nimmt.

Lehmann: Also eine Variation zugunsten des Verantwortlichen gestatten Sie; eine Variation zugunsten lehnen Sie ab, wenn eine auch noch so minimale adäquate Kausalität gegeben ist.

Reinhardt: Die Minderung des Verschuldens bei adäquater Kausalität rechne ich ein über § 8. Das ist also eine Begünstigung des Täters, wenn ihn ein geringes Verschulden trifft. Zweitens kommt jetzt eine Verschlechterung der Situation des Täters, wenn er die Handlung oder den Erfolg nicht im Sinne der Lehre der adäquaten Kausalität verursacht hat, sondern lediglich eine *conditio sine qua non* gesetzt hat. Auch dann gibt mir § 7 die Möglichkeit, ihn unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles ausnahmsweise doch haftbar zu machen, und das würde auch hier zutreffen.

Vors.: Nun aber der Fall: Beide haben adäquat verursacht, aber der eine mehr.

Lehmann: Minimale adäquate *causa* führt zu keiner Minderung der Haftung. Das widerstreitet dem bisherigen Grundsatz.

Larenz: Herr Reinhardt, Sie fassen die adäquate Kausalität als etwas stets Gleichwertiges, während Sie, Herr Lehmann, davon ausgehen, daß innerhalb verschiedener adäquater Ursachen eine Abstufung sein kann. Das müssen wir, glaube ich, anerkennen, weil es sich hier um eine Zurechnungsfrage handelt, nicht um die bloße *conditio sine qua non*. Es ist eine objektive Zurechnung, und dann gibt es gerade - das ist in § 254 für das Innenverhältnis anerkannt - ein vorwiegendes Verursachen. So vermissen Sie den weiteren Satz, daß dann, wenn beide adäquat verursacht haben, aber der eine stark, der andere weniger stark, eine entsprechende Verteilung des Schadens stattfindet. Herr Reinhardt meint, dies würde erst im Innenverhältnis kommen. Da sehe ich allerdings auch nicht ein: warum soll man das nur im Innenverhältnis machen?

Reinhardt: Über diesen Punkt habe ich vorläufig keine Diskussion eröffnet. Für mich geht es vorläufig um zwei Dinge. Wenn man sich auf den Standpunkt der adäquaten Kausalität stellt, fragt es sich, ob eine mindere *causa* genügt. Darum geht es jetzt.

Lehmann: Das ist gar nicht das Problem; dies erkennen wir ohne weiteres an. Wir diskutieren nur darüber, daß, wenn mehrere nach den Grundsätzen der adäquaten Kausalität eine Mitsache gesetzt haben, dann nach Ihrer Theorie keinerlei Milderung der Haftung im Außenverhältnis stattfinden soll, sondern allenfalls eine Abwägung des Innenverhältnisses. Diesen Satz beanstandete ich, weil er dem Grundsatz relativer Abwägung des ganzen Komplexes widerspricht, weil er vor allem auch dem Gedanken widerspricht, daß eine solche relative Abwägung dann zuungunsten des Täters eine Haftung nach § 7 begründen kann. Wenn diese relative Abwägung auch bei nicht adäquater *causa* zu einer positiven Haftung führen kann, dann muß man auch umgekehrt in dem Fall, wenn einer eine minimale adäquate *causa* mit gesetzt hat, zu einer Milderung kommen. Dieser Fall hat ja dem Reichsgericht große Schwierigkeiten gemacht. Denken wir an den Fall, daß jemand in ein Krankenhaus eingeliefert wird, es wird noch ein Chirurg hinzugezogen, der macht einen Kunstfehler, und nun entsteht die Frage, inwieweit das eine adäquate Ursache ist. Das ist eine fein abgestufte Zurechnung, die das Reichsgericht vornehmen muß immer mit Rücksicht auf die Wirkungen, auf die Haftung. Wenn wir sagen, daß man ohne solche feinen Zurechnungen nicht auskommt, dann finde ich, daß wir diesen theoretischen Satz - *conditio sine qua non, causa* - hier mit so maßgebender Bedeutung ausstatten, daß die Sache schwierig wird.

Hueck: Ich kann dem nicht ganz zustimmen. Ich bin der Ansicht, daß mindestens hier in diesem Zusammenhang bei der adäquaten Verursachung nach außen hin kein Unterschied gemacht werden dürfe. Denn die Situation ist doch so: Wenn der Mann wirklich adäquat verursacht hat, dann fragt sich im Außenverhältnis: Soll der Täter haften, oder soll der Geschädigte nicht seinen vollen Schadensersatz bekommen? Daß er noch von

einem andern Täter vielleicht etwas bekommt, ist kein Trost für ihn. Denn wenn der nichts hat, bekommt er nichts, wenn er aber etwas hat, ist es eine Frage des Ausgleichs im Innenverhältnis, wo sicher abgestuft werden muß. Aber nach außen hin ist es doch so, daß der Mann, wenn er mit erheblichem Verschulden - denn für ganz geringes Verschulden ist die Ausnahme des § 8 - eine adäquate Ursache gesetzt hat, meines Erachtens auch in vollem Umfange haften muß, oder aber Sie müssen dann überhaupt bei jedem adäquaten Verschulden diese mildernde Haftung haben. Dann muß der ganze § 8 anders gefaßt werden. Aber das ist dann nicht ein Problem, wo mehrere Täter beteiligt sind, sondern das gleiche Problem tritt dann immer auf; denn es ist ja nicht nötig, daß ein Mittäter da ist. Dann müssen wir den § 8 auf die adäquate Verursachung ausdehnen. Ob wir das aber hier noch einmal erörtern sollen, weiß ich nicht. Das führt natürlich zu einer völligen Aufrolung des Problems des § 8. Ich wehre mich aber dagegen, daß man nur dann, wenn mehrere Täter vorhanden sind, diese relative Milderung macht.

Lehmann: Wenn man § 8 in dieser Weise verstehen würde, ergebe sich die Konsequenz, für die ich eintrete, von selber für die Haftung der Mitwirkenden. Ich stelle nur die These auf: Wenn wir einmal von der adäquaten Kausalität zuungunsten des Täters absehen - § 7, dann müssen wir auch eine Milderung zugunsten des Täters eintreten lassen bei minimaler causa.

Hueck: Darüber läßt sich reden. Aber dann müssen wir die ganze Diskussion über § 7 und § 8 neu eröffnen.

Vors.: Dem steht an sich kein Hindernis entgegen. Dann würden wir später in einem zweiten Arbeitsbericht das noch anders fassen. Es fragt sich nur: Ist das die Meinung, daß man es auf jeden Fall so machen soll? Wird die Sache dadurch nicht zu relativ? Das waren die Bedenken, die wir gegen § 8 überhaupt hatten. Jeder Täter wird sich auf ihn berufen. Wir haben versucht, durch eine straffe Formulierung - insbesondere mit dem gesunden Volksempfinden und den Vermögensverhältnissen - den § 8 zu einem Ausnahmefall zu machen. Wird er nicht ungebührlich ausgedehnt, wenn man ihn auch noch auf die Kausalität erstreckt?

Reinhardt: In der Praxis wird sich meiner Meinung nach vieles automatisch ergeben. Gibt es die Möglichkeit, daß man auch im Falle einer *conditio sine qua non*, die nicht adäquat ist, doch zu einem Billigkeitsersatz kommt, dann wird ein Richter durchaus geneigt sein, nicht mehr alle die Fälle, bei denen er jetzt mit der adäquaten Kausalität arbeitet, noch unter diesen Begriff zu pressen, sondern er wird sie unter den Begriff der *conditio sine qua non* ziehen und dann den Billigkeitsersatz gelten lassen.

Lehmann: Davor wollte ich das Reichsgericht bewahren.

Vors.: Sie sehen die Sache von verschiedenen Seiten an. Sie gehen davon aus: auch bei geringster adäquater Kausalität grundsätzlich Haftung, die aber, so meinen Sie, im Sinne des § 8 gemildert werden müßte, während Herr Reinhardt und wir bisher davon ausgegangen sind, daß man bei sehr geringer adäquater Kausalität sagen wird, es ist nur eine *conditio sine qua non*, und nach Billigkeitsersatzpunkten urteilen wird.

Larenz: Da braucht man aber eine Bestimmung über mehrere Täter, wenn einer adäquat und der andere inadäquat den Erfolg herbeigeführt hat und nach § 7 haftet.

Hueck: Wenn der Haupttäter nichts hat, würde die Billigkeit zur Anwendung des § 7 führen.

Larenz: Dann könnte es dahin kommen, daß der Erfolg bei dem hängen bleibt, der ihn nur in geringem Maße adäquat herbeigeführt hat.

Reinhardt: Wen soll man besser stellen, den Geschädigten oder den Täter?

Lehmann: Die Schwäche des § 8, der rein auf die subjektiven Fähigkeiten abstellt, tritt am stärksten in Erscheinung bei der mitwirkenden Kausalität mehrerer. Das ist es, was ich empfinde. Wenn schon relativ abgewogen wird, dann sehe ich nicht ein, warum ich den Richter vor dieses *sacrificium intellectus* stelle: *conditio sine qua non* bei dem einen, den ich nicht haften lassen will, und bei dem andern adäquate causa.

Reinhardt: Der Begriff der adäquaten Kausalität ist doch nach dem Ermessen zu bestimmen. Es gibt dafür keine Schablone. Man kann in der Auffassung ungeheuer schwanken, und eine solche Bestimmung gibt dem Richter eine viel bessere Möglichkeit,

ohne dieses sacrificium intellectus zu entscheiden, das er heute vielfach verwendet, um eine Haftung zu begründen, auch in Grenzfällen. Es gibt ihm die Möglichkeit, den Begriff der adäquaten Kausalität wirklich so zu fassen, daß er nicht so zweifelhaft ist wie in den berühmten Grenzfällen jetzt. Wenn er das tut, bleiben die übrigen Fälle unter § 7 zu berücksichtigen.

Vors.: Es ist tatsächlich eine Frage der Technik, ob Sie das mit § 7 oder mit dem erweiterten § 8 machen. Nehmen wir den Fall: Zwei Täter haben gehandelt. Was der eine gemacht hat, ist noch nicht recht eine Gehilfenschaft, ist sehr wenig. Da würde man nach geltendem Recht unter Umständen zu dem Ergebnis kommen, es fehlt an der adäquaten Kausalität, und würde ihn nicht haften lassen. Er könnte nun nach § 7 haften müssen, wenn man sagt, er hat verhältnismäßig wenig gemacht, aber es ist billig, daß er nach der Lage des Falles Ersatz leistet, und man brummt ihm etwas auf. Es ist lediglich die Frage des Ausgangspunktes: Er haftet überhaupt nicht, aber ich lasse ihn doch haften aus Billigkeit, oder aber er haftet grundsätzlich, und ich entlaste ihn. Ich persönlich hätte kein Bedenken, zu sagen: "Ist sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten usw."

Lehmann: Wenn man einen neuen Gedanken hereinbringt und diese relativen Abwägungen vornimmt, dann soll man es auf der ganzen Linie durchführen, nicht nur im § 8.

Reinhardt: Ich persönlich würde dabei stehen bleiben, daß mit §§ 7 und 8 genug Kautschuk in das Schadensersatzrecht hineingebracht worden ist. Ich sehe jedenfalls, soweit ich mir die Fälle überlegt habe, daß in allen Fällen nach der einen oder anderen Seite geholfen werden kann, und das müßte meiner Meinung nach genügen, wenn man nicht zuviel Unsicherheit hineinbringen will.

Vors.: Wenn wir es so machen, daß kein Mensch recht das Verhältnis des § 8 zu § 7 Abs. 2 versteht, dann könnte der Richter Schwierigkeiten haben, wann dies und wann jenes vorliegt.

Arnold: Ich bitte um Entschuldigung, wenn ich noch auf die früheren Beschlüsse des Ausschusses zurückkomme. Ich glaubte mich darauf berufen zu können, daß es im Vorwort heißt: Diese letzten Sätze des Arbeitsberichts sind nicht als endgültig bindend gedacht. Darum glaubte ich einige Bedenken geltend machen zu können, zumal ich durch Krankheit verhindert war, an den Sitzungen des Ausschusses teilzunehmen.

Zu § 8 möchte ich sagen: Er geht einerseits nicht weit genug, andererseits zu weit. Ich habe in den Ausführungen des Ausschusses eigentlich nicht den Satz gefunden: Es ist abzulehnen, daß eine Haftung deshalb geringer ist, weil das Verschulden des Täters geringer ist, als es unter normalen Verhältnissen der Fall wäre. Eine Ablehnung dieses Satzes des Landrechts habe ich nicht gefunden. Deshalb sagte ich mir, es müßte diese Frage noch einmal angeregt werden. Wird es beschlossen, dann ist es gut; aber es muß klargestellt werden, ob der Ausschuß sich auf den Standpunkt stellt, daß das geringe Verschulden allein hier nicht genügt, sondern die persönlichen Kenntnisse und die Vermögensverhältnisse herangezogen werden. Da möchte ich das allgemeine Bedenken hervorheben: Man sollte die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse nur dann in den Vordergrund treten lassen, wenn es irgendwie auch gebührend ist. Daß man da Gefahr läuft, von der Grundlage der Rechtsordnung abzuweichen, ist nicht zu verkennen.

Zu § 7 habe ich starke Bedenken dagegen, daß er einmal Gesetz werden wird. Ich mochte darauf hinweisen, daß Präsident Schlatter, der sich sonst ganz zurückhaltend bei der Besprechung des Ausschußberichts gezeigt hat, gerade in diesem Fall, daß die *conditio sine qua non* eine Haftung begründen soll, sich gegen den § 7 ausgesprochen hat. Aber da wird wohl keine Änderung erfolgen. Bei § 8 jedoch ist es möglich, es zu berücksichtigen, zum mindesten positiv Stellung zu nehmen, ob man den Standpunkt des Landrechts einnehmen will oder nicht.

Lehmann: Wenn wir in § 8 sagen: "Ist sein Verhalten dem Täter nach der Art seiner Mitwirkung und seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder doch nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen", so wäre das eine Frage der ganz von Schullehren freien objektiven Zurechnung. Diese Formel paßt natürlich nur auf mehrere.

Larenz: Man könnte etwa sagen "nach der Art seiner Erfolgsherbeiführung".

Lehmann: Wenn man nun einfach so § 830 nach Festlegung des Grundsatzes im ersten Satz dann im zweiten Satz sagt; "Ist einem der Täter nach der Art seiner Mitwirkung oder nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten das Verhalten nur in geringem Maße vorzuwerfen, so kann eine angemessene Milderung der Haftung eintreten", dann hätten wir alles drin, die Kausalität, die objektive und die subjektive Fahrlässigkeit.

Reinhardt: Ich glaube, wir müssen vor allen Dingen unseren grundsätzlichen Standpunkt für die Diskussion klarstellen und dabei herausheben, daß es sich um zwei verschiedene Probleme handelt. Wir sind von § 830 aus vorgestoßen zu dem ganz allgemeinen Problem der Kausalität. Ich glaube, daß die Betrachtung dieses Problems nur unter § 830 und § 840 die Dinge in ein schiefes Licht rückt. Man sieht gewisse Punkte ganz groß, und andere Punkte, die man bei Erörterung der allgemeinen Frage auch berücksichtigen müßte, verschwinden völlig im Hintergrunde. Deshalb würde ich, um überhaupt zu einem konkreten Ergebnis zu kommen, anregen, daß man sich darüber klar wird: Wollen wir die Frage der Kausalität überhaupt noch einmal im Augenblick überprüfen? Wenn ja, dann wäre ganz allgemein, losgelöst von § 830 und § 840, die Frage zu untersuchen, ob man dem Maß der Kausalität eine Bedeutung für die Höhe des Ersatzes innerhalb der adäquaten Kausalität einräumen will. Ich glaube, daß man diese Frage von einem anderen Gesichtspunkt her in unserem § 7 praktisch lösen kann und daß sich deshalb kein Bedürfnis ergibt, auf diese Frage noch einmal einzugehen in einem Zusatz, der den § 7 nur unklarer machen würde.

Die zweite Frage ist: Wie ist es mit dem Verschulden zu halten? Auch das muß ohne Rücksicht auf § 830 und § 840 erörtert werden. Die Frage, ob man geringes Verschulden allein als Minderungsgrund für die Haftung gelten lassen will, kann durchaus diskutiert werden, und ich möchte vorschlagen, in meinem § 8 folgendermaßen zu formulieren: "... so tritt eine angemessene Milderung der Haftung ein", und nun statt einfach "wenn" zu setzen "insbesondere wenn usw."

Vors.: Ich dachte, das "und" durch "oder" zu ersetzen. Dann käme man zu etwas Ähnlichem.

Reinhardt: Bei "insbesondere wenn" wird dem Gedanken von Reichsgerichtsrat Arnold Rechnung getragen.

Vors.: Ich halte die Frage für so wichtig, daß ich mich nicht scheue, dieses Problem unabhängig von der Haftung mehrerer Täter in diesem Kreise in gebotener Kürze zu erörtern. Ich würde eine gewisse Verbesserung des § 8 begrüßen und eine solche Formulierung für glücklich halten. Über die Vermögensverhältnisse haben wir sehr lange gesprochen und erwogen, ob es gut ist, sie zu erwähnen. Wir kamen schließlich zu dem Ergebnis: Der Richter erwägt die Vermögensverhältnisse doch, warum also soll man es nicht sagen?

Hueck: Ich habe aber doch das Bedenken, daß diese Formulierung umgekehrt viel zu weit geht. Wenn den Mann ein ganz geringes Verschulden trifft, dann müßte danach eine geminderte Haftung eintreten, auch wenn der Täter schwer reich und der Geschädigte ganz arm ist. Wenn Sie gar keine Einschränkung machen, kämen wir zu sehr unglücklichen Ergebnissen. Daß diese Haftung dem Volksempfinden widerspräche, müßte stets aufrecht erhalten werden als Voraussetzung der Haftung. Denn daß stets bei jedem geringeren Verschulden eine Haftungsminderung eintritt, scheint mir grundsätzlich zu weit zu gehen. Der eine ist ganz unschuldig, den andern trifft ein gewisses Verschulden. Soll der Unschuldige, auch wenn er ganz arm ist, den Schaden teilweise tragen und der Täter, wenn er schwer reich ist, die Milderung erfahren?

Arnold: Ich glaube, wir betrachten die Sache zu sehr unter dem Gesichtspunkt der Vermögensverhältnisse. Wenn nach dem Recht die Sache so liegt, daß auch der reiche Täter nicht so haften soll, dann muß man eben die Konsequenz ziehen.

Hueck: Gewiß, wenn es nötig ist. Aber warum sollen wir die Bestimmung treffen, daß der Schuldige, wenn er auch verhältnismäßig wenig schuld ist, gegenüber dem Unschuldigen bevorzugt wird?

Arnold: Die Schuld soll ja nicht ausgeschieden, sondern nur abgewogen werden. Ich halte es nur grundsätzlich für bedenklich, den unvermögenden Mann immer dem vermögenden gegenüberzustellen.

Hueck: Warum man den Mann, wenn er schuldhaft gehandelt hat und sonst keinerlei Billigkeitsgründe für eine Enthaftung sprechen, dann soviel milder behandeln soll als nach geltendem Recht, vermag ich nicht einzusehen.

Vors.: Würden Sie es nicht begrüßen, wenn das Wort "und" durch "oder" ersetzt wird?

Lehmann: Dann wird die Lehre aufgestellt, daß nur die Vermögensverhältnisse ohne Rücksicht auf das Verschulden eine Milderung ermöglichen, und das ist ein furchtbarer Satz; den würde ich niemals verantworten, denn dann kann sich der Vermögenslose jede unerlaubte Handlung gefahrlos leisten.

Reinhardt: Wenn der Gedanke von Reichsgerichtsrat Arnold zum Zuge kommen soll, dann würde zu formulieren sein: "Ist sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen, so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, insbesondere wenn nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten und den sonstigen Umständen des Falles die Belastung mit dem vollen Ersatz dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche."

Larenz: Man könnte auch etwa so formulieren: "...so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, wenn die Belastung mit dem vollen Ersatz nach den Umständen des Falles, insbesondere mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche"

Hueck: Ich vermute, daß das Herrn Reichsgerichtsrat Arnold nicht weit genug geht. Es müßte als zweite Voraussetzung das gröbliche Widersprechen dem Volksempfinden gegenüber hinzukommen. Ich habe keine Bedenken gegen diese Formulierung, aber Ihren Wünschen entspricht sie nicht vollkommen.

Arnold: Das ist richtig; aber es ist etwas Besseres als das, was jetzt drin steht.

Vors.: Wenn Herr Reinhardt keine Bedenken gegen die Fassung hat, würde ich auch zustimmen. Wir würden dann die von Herrn Larenz vorgeschlagene Fassung beschließen.

Lehmann: Die Frage der Kausalität wird überhaupt brennend hauptsächlich bei dem Problem, wo mehrere eine unerlaubte Handlung begangen haben. Es genügt, wenn wir die Frage des Ausmaßes der Mitwirkung nur für diesen Fall erwägen. Es stellt sich doch heraus, daß das eine spezielle Frage ist. Ich schlage nun weiter vor, zu § 830 Satz 1 als Zusatz hinzuzufügen: "Ist einem der Mittäter sein Verhalten nach der Art seiner Mitwirkung" - ganz allgemein, da kann man die Frage der Stärke der Kausalität wie der objektiven Fahrlässigkeit bewerten - "oder nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in ganz geringem Maß vorzuwerfen, so kann der Richter die Haftung angemessen mildern."

Vors.: Das wäre aber doch ein Pleonasmus gegenüber dem § 8. Dann wäre es besser, es noch in § 8 hineinzubringen.

Reinhardt: Sie würden das aber doch nur im Falle geringen Verschuldens haben. Ist das Verschulden in stärkerem Maße vorzuwerfen, so würde ein geringeres Maß der Kausalität ihn doch nicht entlasten.

Lehmann: Ich bin in der Lage, bei der Mitwirkung mehrerer zu untersuchen, ob es nicht eine minimale causa ist, wenn auch adäquat. Zweitens: Ist vielleicht oft nur objektive Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Drittens: Wie hat sich der Mann nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zu der Sache eingestellt? Das kann ich alles berücksichtigen und kann auch nach außen die Haftung angemessen mildern.

Reinhardt: Eine Reihe von Gesichtspunkten ergeben sich auch schon aus § 8.

Lehmann: Schadet es, wenn wir einen Grundsatz für einen besonderen Fall schaffen, bei dem besondere Momente eine Rolle spielen, nämlich die mitwirkende Kausalität, die nicht dieselbe Rolle spielt, wenn nur ein Täter in Betracht kommt? Wenn wir uns diesen Fall klarmachen, muß diese Formel ergänzt werden. Wir können aber auch den § 8 dahin ergänzen, daß wir sagen: "Haben mehrere eine Schädigung durch gemeinsame Handlung verursacht, so kann auch die Art der Mitwirkung berücksichtigt werden."

Vors.: Sie müßten aber noch begründen, warum Sie jetzt den Gedanken aufgeben, daß das auch bei der Handlung des einzelnen Täters eine Rolle spielen soll.

Lehmann: Bei der Handlung des einzelnen kommt nur in Frage *conditio sine qua non*

oder adäquate causa. Bejahe ich die letztere, dann genügt § 8 vollkommen. Bei der Handlung mehrerer stellt sich aber heraus, daß es ganz besonders schwierig ist, das Maß der Mitwirkung festzustellen. Da will ich den Richter vor dem Dilemma bewahren, sich entscheiden zu müssen für *conditio sine qua non*, obwohl er in anderen Fällen ein solches Verhalten als adäquate causa bezeichnet. Ich will gerade dem Richter für diese Fälle eine weichere Formel ermöglichen, das Maß der Mitwirkung zu berücksichtigen und, wenn einer ganz minimal sich beteiligt hat, zu sagen: das rechtfertigt nicht, den Mann mit den vollen Folgen der Tat, die erst durch das gemeinsame Zusammenwirken diese Größe angenommen hat, zu belasten. Das ist doch ein gerechter Gedanke. Jemand hat sich irgendwie unerheblich eingeschaltet und soll die Folgen, die erst durch das summierte Handeln aller entstanden sind und sich so ausgewachsen haben, voll vertreten müssen. Das scheint mir ungerecht zu sein, wenn man überhaupt schon relativ wertet.

Arnold: Ich wollte an sich Herrn Lehmann zustimmen. Ich hatte ihn allerdings dahin verstanden, daß er hier streng unterscheiden wollte zwischen der unerlaubten Handlung eines einzelnen und der unerlaubten Handlung mehrerer. Ich würde persönlich auch meinen, daß man die Verursachung unter dem Gesichtspunkt des § 8 nicht berücksichtigen solle. Wir dürfen den Begriff der Verursachung nicht zu einem verschwommenen werden lassen, indem wir noch teilen zwischen der einen Teilursache und der anderen Teilursache. Die ganze Grundlage für den Richter wird dadurch wieder noch schwankender. Wenn er schon die Verschiedenheiten des Verschuldens und dann auch noch die Verschiedenheit der Verursachung berücksichtigen soll, so können dabei Ergebnisse herauskommen, die lediglich den einzelnen Fall betreffen, so daß man die Linie einer einheitlichen Rechtsentwicklung überhaupt nicht mehr innehält. Dagegen habe ich starke Bedenken. Keine Bedenken habe ich aber, daß man die Frage der Verursachung bei der Mitwirkung mehrerer berücksichtigen kann. Das ist ein besonderer Fall.

Lehmann: Wenn man sagen würde "nach der Art seiner Mitwirkung", so würde man dem Richter die peinliche Frage ersparen: *conditio sine qua non* oder adäquate causa? Man könnte ja sagen: Er hat zwar mitgewirkt, die Tat ist auch ursächlich darauf zurückzuführen, ob *conditio sine qua non* oder adäquate causa, bleibe dahingestellt, aber es ist Mitwirkung in minimalem Sinne, so daß es nicht gerechtfertigt erscheint, den Täter voll verantwortlich zu machen.

Arnold: Die adäquate Verursachung kann ich nur als ein objektives Moment ansehen. Daß dabei subjektive Momente im Unterbewußtsein mitspielen, möchte ich nicht bestreiten.

Hueck: Ich habe das Gefühl, wir werfen die Dinge etwas durcheinander. Ich stimme Herrn Arnold zu, daß die Verursachung trotz aller neueren Auffassungen etwas Objektives ist. Da kann man schwer sagen, daß das Maß der Verursachung abzuwägen wäre: das wäre sofort Verschulden. Ich bin dafür, daß wir es bei § 8 lassen. Man wird den Begriff der adäquaten Verursachung bei Beteiligung mehrerer etwas vorsichtig handhaben müssen. Das genügt meines Erachtens vollständig. Wenn Sie aber die adäquate Verursachung hineinbringen wollen, bleiben noch die Fälle, wo nur einer beteiligt ist. Da haben wir auch die Frage, ob später eintretende Folgen wirklich von dem Betreffenden adäquat verursacht sind; ob das durch spätere weitere Mitwirkung geschehen ist, macht meines Erachtens keinen so großen Unterschied. Wir müssen zu dem Richter das Vertrauen haben, daß er den Begriff der adäquaten Verursachung vernünftig handhabt. Wo es sich aber um das Maß des Verschuldens handelt, hilft § 8 genügend.

Reinhardt: Ich möchte gegenüber dieser Auffassung doch bei meinem Standpunkt verbleiben, daß sowohl § 7 wie § 8 genau die Möglichkeiten gibt, die die Praxis zur Minderung oder Erhöhung der Haftung fordert. Alle darüber hinausgehenden Variationen werden ja noch berücksichtigt beim inneren Ausgleich. Das gibt uns meiner Meinung nach das Recht, hier im Außenverhältnis nicht allzu relativ zu werden, um die Dinge nicht allzusehr zu komplizieren. Ich darf auf eines hinweisen. Wenn wir innerhalb der Regelung, die sich auf mehrere Täter bezieht, dieselben Fragen sachlich noch einmal erörtern und

regeln, die wir schon in § 7 und § 8 generell in Angriff genommen haben, verlieren wir allzu leicht die Parallele und kommen zu einer Ausdrucksweise - wie z.B. Art der Beteiligung -, die nicht mehr übereinzustimmen braucht mit den Grundsätzen, die wir in § 7 und § 8 entwickelt haben. Das führt dann aber für die Praxis wiederum zu Schwierigkeiten. Also aus theoretischen und praktischen Gesichtspunkten komme ich nach wie vor zu dem Ergebnis, daß man am besten die Probleme der Kausalität und des Verschuldens - diese Relativierungen sind nötig - durch § 7 und § 8 generell einführt und sich dann darauf beschränkt, diese Grundsätze nachher auch bei mehreren Tätern anzuwenden und das, was darüber hinaus an Relativität nötig ist, dem ausgleichenden Innenverhältnis vorzubehalten.

Larenz: Zu § 8 scheint mir das entbehrlich zu sein. Denn wenn das Maß der objektiven Vorwerfbarkeit gering ist, wird auch das Maß des Verschuldens gering sein, so daß § 8 genügt, um eine Milderung der Haftung eintreten zu lassen. Dagegen bei mehreren Beteiligten scheint mir doch die Möglichkeit gegeben zu sein, daß man es gerade auf das Maß der objektiven Vorwerfbarkeit abstellen muß, und da glaube ich, daß der Einwand, es wäre dies ein objektiver Maßstab, nicht durchschlägt. Es ist zwar etwas Objektives, aber eine objektive Vorwerfbarkeit, ein objektives Werturteil. Wir denken nur nicht an diesen individuellen Täter, sondern stellen uns einen durchschnittlichen Volksgenossen vor; aber ein gewisses Werturteil ist es. Das wird dadurch anerkannt, daß im Innenverhältnis auf jeden Fall diese Abwägung stattfinden soll.

Nun bleibt die Frage: Genügt es, das dem Innenverhältnis zu überlassen? Wenn bei einem von mehreren Beteiligten die objektive Vorwerfbarkeit ganz gering ist, während sie bei dem anderen erheblich ist, ist es dann gerecht, im Außenverhältnis auch den, der nur in ganz geringem Maße beigetragen hat, für den vollen Betrag haften zu lassen und ihm damit die Gefahr aufzubürden, daß er im Innenverhältnis von dem andern Mittäter, dessen Verhalten objektiv sehr viel verwerfbarer ist, nichts bekommt? Ist es vielleicht deshalb gerecht, weil derjenige, der auch nur in ganz geringem Maße beigetragen hat, immer noch näher am Schaden ist als der Verletzte? Das könnte man ja sagen.

Hueck: Bringen Sie doch einmal Beispiele praktischer Art, wo es ungerecht wäre.

Larenz: Nehmen wir an, daß jemand bei einem Unfall verletzt ist, nachher ins Krankenhaus kommt und sein Befinden sich durch einen Fehler des behandelnden Arztes wesentlich verschlimmert. Dann würde für den weiteren Schaden, der eintritt, haftbar sein sowohl der Arzt, dem etwas vorzuwerfen ist, als auch der ursprüngliche Schädiger. Bei dem ursprünglichen Schädiger wäre nur noch eine sehr entfernte adäquate Kausalität gegeben, wenn sie überhaupt noch adäquat ist.

Hueck: Und es trifft ihn ein erhebliches Verschulden; er hat ihn vorsätzlich verletzt.

Larenz: Und den Arzt trifft ein fahrlässiges Verschulden.

Arnold: Wenn hier eine besondere Vorschrift zu § 830 nicht geschaffen wird, dann läge es nach allgemeinen grundsätzlichen Erwägungen sehr nahe und wäre meines Erachtens unausbleiblich, daß man den Grundsatz des § 8 auch auf die gemeinschaftliche Handlung anwendet. Das würden Sie auch tun. Dann ist aber an sich kein großer Unterschied, wenn Herr Lehmann hier noch die Art der Mitwirkung besonders hervorheben will. Ich hatte Sie zuerst so verstanden, Herr Reinhardt, daß Sie sagen wollten, bei gemeinschaftlichem Handeln haften alle für den vollen Schaden. Das würde dann aber in Widerspruch zu § 8 stehen, soweit es sich um mehrere handelt, und das ist ein starker innerer Widerspruch. Wenn ich allein handele und dafür beschränkt eintreten soll, warum soll es dann für mich ungünstiger werden, wenn noch ein anderer dabei beteiligt ist?

Reinhardt: Das will ich auch nicht. Vielleicht könnten wir in der Diskussion zuerst die Frage absolut klären: Welche materiellen Voraussetzungen wollen wir für eine Haftung annehmen? Dann käme die zweite Frage: Wie wollen wir es formulieren? Wir bringen jetzt die Frage der Formulierung hinein, und dadurch kommen sachliche Mißverständnisse. Hinsichtlich der materiellen Voraussetzung können wir wohl gemeinsam feststellen: Grundsatz ist Haftung für Verschulden und adäquate Kausalität, auch wenn mehrere

zusammen eine unerlaubte Handlung begehen, sofern jeder adäquat kausal und schuldhaft handelt. Von diesem allgemeinen Grundsatz kommen wir zu Abweichungen unter Anwendung von § 8 und § 7. Diese Abweichungen gelten auch für Fälle, wo mehrere Täter sind. Da komme ich erstens zu einer Haftung in Fällen, in denen man die adäquate Kausalität nicht mehr ganz bejaht, aber unter Billigkeitseinschränkungen nach § 7 haften läßt. Das ist meiner Meinung nach der Weg, auf dem man zu einer Klärung auch des Begriffs der adäquaten Kausalität kommen kann, indem man sagt: Wir erkennen in Zukunft nur solche Fälle als adäquat kausal an, die wirklich hieb- und stichfest sind. In allen Fällen, bei denen die Dinge sehr zweifelhaft werden, ist man in der Lage, über § 7 zu einem der Billigkeit entsprechenden Ergebnisse der Belastung zu kommen.

Zweitens: Soweit das Verschulden nicht ganz zutrifft oder ein geringeres Maß des Verschuldens vorhanden ist, gilt § 8 sowohl für den Fall, daß nur ein Täter vorhanden ist, als auch dann, wenn mehrere Täter vorhanden sind, so daß sich aus § 8 ergäbe, daß ein Täter höher, der andere geringer haftet. Innerhalb dieses Rahmens würde sich dann weiter die Frage einer Relativierung oder Variierung der Regel im Innenverhältnis ergeben, wenn nämlich die beiden Ersatzpflichtigen den Schaden dann untereinander ausgleichen. Das wäre materiell die Situation, und ich würde vorschlagen, ohne Rücksicht auf alle Formulierungen einmal zuerst zu fragen, ob da Meinungsverschiedenheiten bestehen, und diese der Reihe nach zu klären.

Vors.: Das führt in der strittigen Frage zu dem Satz: Ein sehr geringer adäquater Kausalzusammenhang ist kein adäquater Kausalzusammenhang.

Reinhardt: Richtig. Da würde man sagen können, es ist keine adäquate Kausalität mehr. Aber wir brauchen sie auch nicht zu drehen und zu dreheln, sondern wir können mit § 7 schon auskommen.

Lehmann: Wenn Kollege Reinhardt behauptet, § 8 würde gestatten, im Rahmen der Billigkeit alle diese Dinge zu bewerten, so hätte er nur dann recht, wenn § 8 nicht nur auf die subjektive Seite dieses Täters nach seinen Fähigkeiten abstellen würde. Das tut aber § 8. Er berücksichtigt nicht die objektive Voraussehbarkeit. Da gestattet er keine Milderung. Er nötigt den Richter, wenn er hier eine Milderung eintreten lassen will, etwas, was er als adäquate Kausalität erkannt hat, als *conditio sine qua non* zu frisieren, um dem Täter eine Milderung zuteil werden zu lassen. Von dieser Schwierigkeit - warum denn überhaupt mit diesen Begriffen arbeiten? - will ich den Richter befreien, indem ich eine allgemeine Formel vorschlage, wonach der Richter auch beim Zusammenhandeln mehrerer die Art der Mitwirkung - das ist nicht formuliert auf das subjektiv Voraussehbare - angemessen berücksichtigen kann. Wenn nur ein einzelner Täter sich eingeschaltet hat, wird das Problem gar nicht praktisch, sondern nur beim Zusammenhandeln mehrerer. Deshalb würde ich gegen einen Zusatz zu § 830 Abs. 2, der speziell für den Fall des Zusammenhandeln mehrerer in einem weiteren Rahmen die Billigkeit zu berücksichtigen gestattet, kein Bedenken haben. Dann müßte man aber natürlich eine allgemeine Formel wählen, die nicht nur auf die subjektive Voraussehbarkeit abstellt. Wenn Kollege Larenz gesagt hat, man kann im Innenverhältnis korrigieren, so erkenne ich das an. Aber praktisch wird es so sein, daß derjenige, der mehr Geld hat, auch wenn er die minimalste Ursache gesetzt hat, auf dem Schaden sitzen bleibt.

Vors.: Es ist sicher, daß das Innenverhältnis allein nicht genügen würde. Nehmen Sie doch einmal Ihr Beispiel von vorhin: Der Täter hat jemand verletzt. Der Verletzte kommt ins Krankenhaus, wird einem Chirurgen überwiesen, und der macht einen ziemlich außergewöhnlichen Kunstfehler. Wenn Sie noch dazu kämen, zu sagen, es muß aber schließlich, wenn auch relativ entfernt, damit gerechnet werden, würde der an sich haften. Aber Sie würden sagen, die adäquate Kausalität ist eine sehr geringe, also besteht ein Entlastungsbedürfnis. Mit demselben Recht könnte der Richter sagen, damit war vom Wahrscheinlichkeitsstandpunkt aus wenig zu rechnen, das ist kein adäquater Zusammenhang.

Lehmann: Wenn der Chirurg einen ganz außergewöhnlichen Kunstfehler macht, dann ist das Reichsgericht schon heute der Meinung, daß es überhaupt keine adäquate causa ist.

So hat es sich geholfen. Aber nehmen Sie an, er macht einen Kunstfehler, der im Bereich des möglichen Kunstfehlers liegt. Das ist an sich zweifellos adäquat, und er hat dann bei der Sache mitgewirkt. Vom Standpunkt der subjektiven Voraussehbarkeit kann man hier nicht helfen. Da würde man als Richter sagen müssen: Ich komme nicht daran vorbei, wenn ich die Gesetze der Logik nicht mißachten will, daß es eine adäquate causa ist. Nun steht er vor dem Dilemma, ob er das als *conditio sine qua non* frisieren soll.

Hueck: Soll denn der Mann nicht haften, der, sagen wir, absichtlich dem Verletzten einen Messerstich beibringt? Nun begeht der Chirurg einen solchen Kunstfehler.

Larenz: Da liegt das schwerere Verschulden vor.

Hueck: Eben darauf kommt es an. Wenn das leichte Verschulden vorliegt, haben wir § 8. Sie wollen es aber auch auf die Art der Mitwirkung abstellen.

Lehmann: Auch! Es soll alles bewertet werden.

Hueck: Ich wollte gerade den Fall ausführen, wenn der Mann schuldhaft gehandelt hat und es ist von dem Arzt nichts zu bekommen. Denn wenn etwas von ihm zu bekommen ist, ist es im Innenverhältnis in Ordnung. Wenn er aber schuldhaft gehandelt hat und es ist nicht ein leichtes Verschulden - da hilft ohne weiteres § 8 -, sondern ein normales, solides Verschulden, dann sehe ich nicht, warum er für diesen Schaden, der dem andern Unglückswurm entstanden ist, nicht auch einzutreten hat. Der Arzt muß ja ohnehin haften. Wenn der aber nichts hat? Das Außenverhältnis spielt nur eine Rolle, wenn der eine nichts hat.

Arnold: Ich wollte an sich denselben Unterschied machen, wie ihn Prof. Hueck gemacht hat. Ihr Vorschlag, Herr Professor Lehmann, trifft für vorsätzliches Handeln meines Erachtens nicht zu.

Lehmann: Ich würde bei Vorsatz nie eine unerhebliche Mitwirkung feststellen.

Hueck: Dann sind wir uns vollkommen einig.

Larenz: Wenn der Vorsatz sich nur auf die erste Einwirkung bezieht?

Lehmann: Wir können ja sagen: Hat der Täter nur fahrlässig mitgewirkt und ist sein Verhalten für den Ursachenverlauf von geringer Bedeutung gewesen usw..

Vors.: Wir müssen jetzt zu einem Ergebnis kommen. Es scheint Einverständnis darüber zu sein, daß § 8 selbst die Haftung mehrerer nicht aufnehmen soll. Ist darüber Einigkeit, daß wir ihn so formulieren, wie vorhin beschlossen? - § 8 würde dann lauten: "Ist sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in ganz geringem Umfange vorzuwerfen, so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, wenn die Belastung mit dem vollen Ersatz nach den Umständen des Falles, insbesondere mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche." - Dabei wollen wir es belassen; da soll die Haftung mehrerer nicht erwähnt werden.

Nun kommt die Haftung mehrerer. Erst müßte da ein positiver Satz kommen.

Larenz: Ist es nicht besser, dem Reinhardtschen Vorschlag zu folgen und auch den positiven Satz nicht zu nehmen?

Reinhardt: Wir sind mittlerweile wieder munter in der Formulierung.

Vors.: Das läßt sich aber nicht trennen; wir müssen die Gedanken formulieren.

Hueck: Wenn es nun eine grobe Fahrlässigkeit ist, Herr Prof. Lehmann?

Lehmann: Sagen wir doch: leichte Fahrlässigkeit.

Hueck: Dann haben Sie aber doch typisch den Fall des § 8. Diese Antwort - entschuldigen Sie - wollte ich nur provozieren. Da können alle Umstände berücksichtigt werden.

Reinhardt: Um den Stein des Anstoßes zu beseitigen, möchte ich sagen: Was Herrn Lehmann nicht ganz behagt, ist die Scheidung zwischen der adäquaten Kausalität und der *conditio sine qua non*, die nach unserem § 7 nötig wäre. Da gehen Sie von einem logischen Begriff der adäquaten Kausalität aus. Wir müssen uns doch darüber klar sein, daß wir sowohl mit dem Begriff der *conditio sine qua non* wie mit dem Begriff der adäquaten Kausalität nur ganz schwache Versuche machen, eine Haftungsrechtfertigung zu geben. Der Begriff der adäquaten Kausalität ist gar kein an sich logischer, sondern wir versuchen

nur, damit das auszudrücken, was wir als gerechten Schadensausgleich erzielen wollen. Genau dasselbe Ziel wollen wir *conditio sine qua non* nennen. Wenn wir nun versuchen, den Gesamtbereich der Zurechnung, die hier stattfindet, so aufzugliedern, daß wir sagen, es gibt einen Bereich, den man mit der adäquaten Kausalität fassen kann, und es gibt einen weiteren Bereich, den ich mit dem Begriff der *conditio sine qua non*, aber mit diesen Abwandlungen in § 7, erfassen kann, dann bedeutet das ja nichts anderes als den Versuch einer aufgegliederten Erfassung dessen, was zurechenbar ist. Ich glaube, daß man im Sinne einer Klärung der Gesamtdiskussion an dieser Aufgliederung festhalten soll, weil dann der Begriff der adäquaten Kausalität viel kompakter und klarer gefaßt werden kann, als man ihn heute faßt. Der Begriff der adäquaten Kausalität leidet heute geradezu darunter, daß man solche Fälle, in denen billigerweise noch etwas geleistet werden sollte, dann mit dem Begriff der adäquaten Kausalität noch erfaßt. Ich würde behaupten, man braucht das gar nicht, sondern man beschränkt den Begriff der adäquaten Kausalität auf die wirklich darunter gehörigen Fälle und sagt: Die übrigen sind *conditio sine qua non* mit den besonderen Merkmalen des § 7. Also wir kommen sachlich nur dazu, daß wir denselben Bereich erfassen, den wir beide erfassen wollen, nur unter zwei verschiedenen Begriffen, ich aufgespalten und aufgegliedert, und Sie in dem einheitlichen Begriff der adäquaten Kausalität.

Lehmann: Wenn man in § 8 die Worte "nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten" streicht, brauchte § 830 nicht da zu sein.

Larenz: Oder wenn wir die Berücksichtigung des Maßes der Kausalität unter die sonstigen Umstände mit einbeziehen und sagen: "wenn die Belastung mit dem vollen Ersatz nach den Umständen des Falles, insbesondere der Art der Mitwirkung oder den Vermögensverhältnissen usw."

Lehmann: Ich möchte bloß "nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten" heraus haben.

Larenz: Bei meinem Vorschlag würde bleiben, daß diese Berücksichtigung des Maßes der Mitwirkung nur in Frage kommt, wenn das Verschulden gering ist.

Vors.: Es wäre glücklich, diese Worte "nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten" zu streichen. Denn ich kann bei allen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten sagen, daß sie ein geringes Verschulden haben. Auch wenn wir das streichen, müßten wir sagen: "nur in ganz geringem Umfang vorzuwerfen ist."

Reinhardt: Uns hat doch folgende Erwägung geleitet. Es gibt einen objektiven und einen subjektiven Begriff der Fahrlässigkeit. Unsere Rechtslehre ist im Zivilrecht mehr und mehr zur Anerkennung des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs übergegangen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, doch wieder auf die persönlichen Verhältnisse zurückzugreifen. Das war einer unserer wesentlichen Gesichtspunkte für die Fälle, in denen zwar die objektive Fahrlässigkeit zur Bejahung der Haftung führt, aber doch die subjektive Fahrlässigkeit nicht vorhanden ist.

Vors.: Wir wollten dem Leonhardschen Fahrlässigkeitsbegriff hier zu einem gewissen Rechte verhelfen.

Arnold: Etwas wesentlich anderes als in § 2 wird in § 8 auch nicht gesagt. Es kann auch ein einzelner Fall vorkommen.

Vors.: Dies hier ist der Gegensatz zu § 2. Wenn ich den Mann als normalen Landarbeiter faßte, müßte ich es von ihm verlangen. Ist aber seine Verantwortlichkeit besonders schwach entwickelt, so würde ich ihn ausnahmsweise entlasten.

Larenz: Nun ist das Wort "vorzuwerfen" bedenklich. Das wird gemeinhin im Sinne eines Verschuldens verstanden.

Hueck: Das soll auch verschwinden.

Lehmann: Würden Sie nicht sagen können: "Ist sein Verhalten dem Täter nach den gesamten Umständen nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen usw.". Dann könnten Sie die Stärke der Mitwirkung, die objektive und subjektive Fahrlässigkeit berücksichtigen und wären nicht gezwungen, über solche Begriffe zu stolpern. Davon will ich in einem modernen Gesetzbuch den Richter befreien.

Reinhardt: Abs. 2 von § 7 wäre dann inhaltlos. Es fragt sich, ob er sich nicht damit deckt.

Lehmann: § 7 ist völlig in Ordnung.

Hueck: Sie neigen dazu, dem Richter viel freien Spielraum zu lassen. Darunter leidet natürlich die Rechtssicherheit.

Lehmann: Das Reichsgericht prüft auch nicht die Zwirnsfäden der Begriffe, sondern entscheidet nach Billigkeit.

Hueck: Wir dürfen nicht nur an das Reichsgericht denken, sondern müssen die Fülle der Prozesse bei den unteren Gerichten ins Auge fassen.

Arnold: "nach den gesamten Umständen zuzurechnen" brauchen wir auch nicht zu sagen; das versteht sich eigentlich von selbst. (*Lehmann:* Ich finde das recht gut!) - Wir müssen aber mit der Möglichkeit rechnen, daß § 7 Abs. 2 nicht Gesetz wird!

Reinhardt: Ich möchte meine Bedenken auf Abs. 1 ausdehnen. Dieser Abs. 1 sieht vor, daß man bei objektiver Rechtswidrigkeit schon haftet, wenn nach den Umständen die Ablehnung einer Haftung gröblich gegen das gesunde Volksempfinden verstieße. Meine Absicht war nicht zuletzt, eine solche Haftung nicht ins Uferlose gehen zu lassen, damit nicht jeder gleich mit einem Anspruch kommen kann.

Vors.: Ich möchte doch zu erwägen geben, die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu streichen.

Reinhardt: Die Frage der Kausalität würde man gänzlich nach § 8 verpflanzen.

Vors.: Es würde so sein, daß innerhalb des adäquaten Zusammenhangs noch Schattierungen möglich sind. Diese würden nicht unter § 7, sondern unter § 8 fallen.

Reinhardt: Ich halte es praktisch für nicht unbedenklich, wenn man auf der einen Seite unter dem Gesichtspunkt des § 7 Abs. 2 an die Fragen herangeht und auf der anderen Seite diese Möglichkeit eröffnet. Ich weiß nicht, ob die praktische Handhabung dann so klar und eindeutig wäre. Ich glaube, daß so mancher Richter sich dann fragen würde, was mit § 7 Abs. 2 gemeint sein soll und welches nun die besonderen Fälle des § 8 sein sollen. Wir können doch nicht davon ausgehen, daß es eine absolut festzustellende Grenze der Kausalität gibt!

Vors.: Ich glaube, Herr Arnold hat recht, wenn er meint, daß der Gesetzgeber diesem etwas schulmäßigen § 7 Abs. 2 unter Umständen skeptisch gegenüberstehen würde.

Reinhardt: Wenn man unterstellt, daß § 7 Abs. 2 gestrichen wird, fragt es sich, ob es dann Sinn hat, diesen Gedanken in einer Umformulierung in § 8 hereinzunehmen. Man müßte sich nur überlegen, ob dann die Harmonie bleibt.

Vors.: Von uns aus haben wir keinen Anlaß, § 7 Abs. 2 zu streichen.

Lehmann: Nach meiner Auffassung wird die Harmonie gestärkt. Schon jetzt würde man § 7 überschreiben: Ausnahmsweise Belastung mit den Schadensfolgen, während § 8 zu überschreiben wäre: Ausnahmsweise Milderung der Haftung bei geringer Vorwerfbarkeit. Das sind zwei Ausnahmefälle, die nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten aufgebaut sind. Die Änderung des § 8 bedeutet eine kleine Erweiterung. § 7 ist eine Erweiterung für den Fall, daß die normalen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Reinhardt: Ich fürchte, daß die Milderungsmöglichkeit nachher bei jedem Fall erörtert werden müßte. In jedem Falle würde gefragt werden, ob es dick kausal oder dünn kausal ist.

Arnold: Meine Bedenken gehen von vornherein dahin, daß wir an der Ursächlichkeit von § 8 nicht rütteln dürfen. Wenn jetzt das Vorwerfen durch Zurechnen ersetzt werden soll, besteht doch das Bedenken, von dem ich heute morgen ausgegangen bin.

Larenz: Die Milderung soll doch nur eintreten, wenn es dem Volksempfinden gröblich widersprechen würde, es zuzurechnen!

Arnold: Damit bekommen wir gerade das Kautschukartige, mit dem man nichts anfangen kann! Es fragt sich eben, was man mehr betont: das Objektive oder Subjektive im einzelnen Fall.

Reinhardt: Wir können sicherlich davon ausgehen, daß es auch noch die Möglichkeit

gibt, eine graduelle Abstufung nach dem Maß der adäquaten Kausalität zu erwägen und gegebenenfalls einen entsprechenden Vorschlag anzunehmen. Ich persönlich stehe auf dem Standpunkt, daß man dann, wenn man schon einmal die Sicherung eingebaut hat, die wir durch § 7 Abs. 2 haben, ja nicht zu einer weiteren Erweichung des Begriffs der adäquaten Kausalität übergehen soll; denn dann würde in jedem Prozeß der Beklagte sagen, daß er nach der besonderen Lage des Falles nicht das Ganze schulde, sondern nach dem Maß seiner adäquaten Kausalität nur drei Viertel. Auf diese Weise würde man nie ohne Prozeß zu einer Regelung kommen.

Lehmann: Mit "Vorzuwerfen" sollen die Fälle leichter Fahrlässigkeit getroffen werden. Eine Milderung kann man ja nur bei leicht fahrlässiger Mitwirkung vertreten. Es soll aber auch der objektive Begriff der Fahrlässigkeit berücksichtigt werden.

Larenz: Bisher wollten Sie, Herr Lehmann, auch das Maß der Verursachung berücksichtigen, und Sie waren doch davon ausgegangen, das hereinzunehmen!

Lehmann: Ich möchte überhaupt nicht solche formalen Begriffe haben. Wenn man "zurechnen" sagt, wird die ganze Lehre von der adäquaten Kausalität entwickelt. Ich wollte vielmehr von einer allgemeinen Formel ausgehen, damit der Richter diese Umstände berücksichtigen kann, ohne zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.

Arnold: Aber mit der Wirkung, daß jeder Prozeß anders entschieden werden kann und von einem objektiven Recht überhaupt nicht mehr zu sprechen ist; denn das sind doch die Gefahren, wenn man alles kautschukartig macht. Es muß doch eine gewisse Grundlage bleiben als objektives Recht, und deshalb bin ich immer noch der Meinung, daß man die Ursächlichkeit aus § 8 herauslassen und sie nicht besonders regeln sollte. Ich bin für die Beschränkung auf das Verschulden, aber nicht auf die Ursächlichkeit.

Larenz: Sind Sie der Meinung, daß man das bei den mehreren Tätern hereinnehmen kann ? (*Arnold:* Ja!) - Dann drehen wir uns im Kreise!

Lehmann: Mir würde es sympathischer sein, wenn wir § 8 stehen lassen und für den Fall der mehreren Täter in dem Sinne etwas erweitern würden, daß hier ausnahmsweise auch die Zurechenbarkeit in dem weiteren Sinne berücksichtigt wird.

Vors.: Ich halte das nicht für sehr logisch; denn wenn die Zurechenbarkeit überhaupt eine Rolle spielt, ist nicht einzusehen, warum sie nicht beim einzelnen eine Rolle spielen soll. Weiter würde die Zahl der Kautschukbestimmungen nur um eine weitere vermehrt werden. Ich würde vorschlagen, daß wir in § 8 die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten streichen, wobei ich anheimegebe, es bei dem Wort "vorwerfen" zu lassen. - Spielt denn bei jedem Schadenersatzprozeß die Kausalität wirklich eine solche Rolle? (*Arnold:* Aber sehr!)

Lehmann: Vielleicht kann man folgendermaßen formulieren: "Ist sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in geringem Maße vorzuwerfen oder hat bei Mitwirkung mehrerer nur einer in ganz minimaler Weise mitgewirkt,"

Vors.: Die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten müssen nach meiner Auffassung unter allen Umständen gestrichen werden, da es Fälle ganz leichten Verschuldens gibt, die mit den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten gar nichts zu tun haben. Wenn es selbstverständlich ist, ist es sowieso überflüssig.

Reinhardt: Ich glaube, daß das doch eine klärende Handhabe bieten würde.

Vors.: Ich wende mich jetzt noch entschiedener als bisher dagegen, die Kausalität nur bei mehreren zu bringen. Das halte ich für eine logische Unmöglichkeit. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Täter bei § 8 bei geringem Verschulden entlastet werden soll, während er nicht entlastet werden soll, wenn er in kausaler Richtung fast nichts anderes getan hat.

Reinhardt: Dieser Fall wird ja durch § 7 Abs. 2 ergriffen. Ich will nichts anderes als folgendes: die Fälle, bei denen die adäquate Kausalität höchst zweifelhaft ist und wo man, wenn man eine Möglichkeit hätte, den Betroffenen haften zu lassen, auch ohne die Bejahung der adäquaten Kausalität dies tun würde, herauszugreifen und unter die Billig-

keitshaftung des Abs. 2 zu bringen, im übrigen aber den Vorteil beizubehalten, daß nicht bei jedem Prozeß das Maß der Kausalität aufgeführt wird. Ich glaube, daß mit dieser Aufteilung, wie wir sie hier haben, ein praktisch sehr günstiges Ergebnis erzielt wird; denn wie wir es in Abs. 2 formuliert haben, ist es immerhin eine Ausnahme, die bei einer besonderen Lage des Falles eingreifen kann, so daß als normale Regelung der volle Schadenersatz bei adäquater Verursachung bleibt.

Vors.: Die Formulierung des Reichsgerichts bei der adäquaten Kausalität ist immer strenger geworden. Ursprünglich hieß es, daß der Schaden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten mußte, während es heute heißt, daß der Eintritt des Schadens nicht außer dem Bereich jeder Wahrscheinlichkeit liegt. In dieser negativen Formulierung liegt im Grunde eine Annäherung an die *conditio-sine-qua-non*-Theorie.

Larenz: Zum Prozeß kommt es doch! Der Kläger wird jetzt immer hilfsweise beantragen, daß § 7 Abs. 2 geprüft werde. Gegen diese Bestimmung würde ich jetzt das grundsätzliche Bedenken haben, daß sie von der Voraussetzung ausgeht: es gibt eine absolute Grenze der adäquaten Kausalität, jenseits derer sie nicht mehr besteht. Wenn wir das aber als höchst relativ betrachten, ist es viel richtiger, das mit § 8 zu machen.

Reinhardt: Ich glaube, wir gehen alle davon aus, daß es eine Skala von der geringsten Mitverursachung bis zur vollständigsten gibt, und wir gehen auch davon aus, daß innerhalb dieses Bereiches Unterschiede bestehen. Da besteht nun eine Möglichkeit, den gesamten Raum durch eine kautschukartige Formel zu erfassen und zu sagen, daß innerhalb dieses Raumes jeweils nachgeprüft werden mag, ob die Kausalität mehr oder weniger groß ist, und je nachdem mag mehr oder weniger Ersatz zudiktiert werden. Das sind Konsequenzen, die ich aus praktischen Gründen nicht unterschreiben will. Wenn ich also helfen will, muß ich mich an klarere Abgrenzungen halten, und die bekomme ich, wenn ich innerhalb eines Raumes keinerlei weitere Unterschiede zulasse, und das ist der Raum der wirklichen adäquaten Kausalität. Der Raum engt sich auch ohne diese Voraussetzung ohne weiteres ein, wenn der Richter einen Ersatz geben kann. Aber, daß das eine absolute Abgrenzung wäre, davon ist keine Rede. Es wäre jedenfalls möglich, auf diese Weise einen Bereich zu schaffen, der nicht den kautschukartigen Unterscheidungen wieder unterworfen ist. Diese Lösung bietet für die Praxis die größere Klarheit und schaltet vor allen Dingen die Unbequemlichkeit aus, daß bei jedem Schadenersatzprozeß die Frage des Maßes der Kausalität aufgerollt wird, um auszurechnen, ob es 100 oder 95 oder 90% beträgt.

Lehmann: Es ist richtig, daß es unerfreulich ist, wenn bei jedem Schadenersatzprozeß das Maß der Kausalität zu berechnen ist. Die Frage der Bedeutung der Kausalität wird ja erst bedeutsam bei der Mitwirkung mehrerer, weil sich durch diese Mitwirkung die Schadensfolgen außerordentlich summieren, ja, potenzieren können. Da hat man das Gefühl, daß der einzelne zu schwer belastet wird, wenn der eine für das, was der andere angerichtet hat, ganz aufkommen muß. Nun ist auf der anderen Seite auch bedenklich, eine besondere Regelung zu geben. Wie wäre es, wenn wir folgende Fassung wählen: "Ist sein Verhalten dem Täter nur in ganz geringem Maß vorzuwerfen oder ist es bei Mitwirkung mehrerer für den angerichteten Schaden nur von ganz geringer Bedeutung gewesen. ..." - Bei dieser Formulierung würden wir sagen können, daß wir eine Berücksichtigung des Maßes der Kausalität für den Fall des einzelnen Täters überhaupt nicht wollen, daß der Richter aber dann, wenn sich die Schäden durch die Mitwirkung mehrerer in einem unvorhergesehenen Maße potenzieren, die Möglichkeit einer Milderung haben soll. Der Richter soll dann ausnahmsweise sagen können, daß das Verhalten von ganz geringer Bedeutung gewesen ist und daß der Mann deshalb nicht für die ganzen Folgen haften soll.

Hueck: Ich habe nach wie vor die erheblichsten Bedenken. Das stört nun wirklich die Harmonie! Bei Mitwirkung eines einzigen will Herr Reinhardt erreichen, daß der Begriff der adäquaten Kausalität stark eingeschränkt wird, während er bei Mitwirkung mehrerer davon ausgeht, daß das sehr weit gefaßt wird; sonst hat ihre Bestimmung ja keinen Zweck. Ich sehe auch nicht ein, daß das Kausalitätsproblem wirklich nur bei Mitwirkung mehrerer

eine Rolle spielt. Ich gebe zu, daß es da hauptsächlich in Frage kommt. Es gibt aber eine ganze Reihe von Fällen, wo nur einer mitgewirkt hat und erst durch anderweitige Umstände, die nicht schuldhaft auf eine weitere Person zurückzuführen sind, die Schäden herbeigeführt worden sind, und da können wir nicht die Augen verschließen. Ich sehe aber nicht ein, welcher Grund dafür sprechen sollte, diese 20% der Fälle anders zu behandeln als die übrigen 80%. Entweder müssen wir die Kausalität in § 8 hereinnehmen, müssen dann aber die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten streichen, oder wir müssen sagen, daß es diese Milderung nicht gibt, und müssen die Kausalität, wie es jetzt ist, herauslassen. Aber nur diesen einen, wie ich zugebe, wichtigsten Fall besonders zu regeln, dagegen in den übrigen Fällen nichts zu machen, das scheint mir nicht richtig zu sein.

Lehmann: Der Fall der mehreren Täter ist doch der kritische Fall, bei dem sich die Schadensfolgen potenzieren können. Für diesen Fall kann man aber doch sagen, daß, wenn schon andere da sind, die in erster Linie verantwortlich sind, eine gewisse Billigkeit dafür spricht, diese in erster Linie zu belasten. (*Vors.:* Lassen Sie die mehreren Täter weg!) - Dann müßte man sagen: " nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen und für den angerichteten Schaden nur von ganz geringer Bedeutung gewesen," - Jetzt wird Herr Reinhardt wieder sagen, daß dann in jedem Falle die Kausalität ausgehandelt wird. Wenn es heißt: " nur von ganz geringer Bedeutung", ist es ein Ausnahmefall. Es kann nicht in jedem Falle die Kausalität ausgehandelt werden, sondern nur in besonderen Ausnahmefällen.

Vors.: Ich halte es für gänzlich aussichtslos, bei Schadenersatzprozessen irgendwie Rechtssicherheit schaffen zu wollen. Wenn gesagt wird, in jedem Prozeß spiele die Frage der Kausalität eine Rolle, ist damit der Beweis geliefert, daß sich das niemals durch eine Formel lösen läßt. Ich glaube, wir brauchen keine Bedenken zu haben, die Kausalität in § 8 doch zu erwähnen. Ich glaube, die Lehmannsche Formel ohne die mehreren Täter scheint ganz glücklich zu sein.

Hueck: Das würde ich auch akzeptieren, wenn auch das Bedenken bleibt, daß das natürlich eine noch stärkere Relativierung ist.

Arnold: Ich sehe meine Bedenken nicht beseitigt. Ich würde nach wie vor zwischen der Ursächlichkeit bezüglich des einzelnen und bezüglich der mehreren unterscheiden. Bei der Ursächlichkeit des einzelnen liegt der Fall wesentlich anders. Auch da kann die Tätigkeit des einzelnen in Betracht kommen, ohne daß ihn aber ein Verschulden trifft. Bei mehreren dagegen mag man hinsichtlich der Ursächlichkeit unterscheiden. Wenn ich auf der einen Seite jemanden habe, den ein Verschulden trifft, und auf der anderen Seite eine Person oder Sache habe, die kein Verschulden trifft, scheint der sachliche innere Unterschied auf der Hand zu liegen.

Reinhardt: Vielleicht ist der andere Gesichtspunkt entscheidend, daß, wenn mehrere zusammenwirken und jeden ein Verschulden trifft, dann unter diesen die verschiedenen Grade eine Rolle spielen dürfen, daß aber die Frage, ob der mit geringerem oder größerem Verschulden einem Dritten gegenüber haftet, unberührt bleibt, so daß man logischerweise dazu käme, daß man es ruhig bei der vollen Haftung gegenüber dem Geschädigten beläßt, aber im Innenverhältnis den Ausgleich gibt.

Vors.: Die Grenzen zwischen der Schuldfrage und der Kausalität sind auch wieder ganz flüchtig, wenn es sich um das Maß des Schadens handelt. Je geringer die adäquate Kausalität ist, um so mehr wird man dazu neigen, auch das Verschulden zu verneinen. Ich glaube also, die Lehmannsche Formel ohne die mehreren Täter löst die Frage ganz glücklich.

Lehmann: Die Kausalitätsfrage kann nicht generell, sondern nur in einem Ausnahmefall ausgehandelt werden!

Reinhardt: Darauf hätte ich nur zu erwidern, daß ich diese krassen Fälle schon ohne die besondere Formulierung durch § 7 Abs. 2 fasse.

Vors.: Bei einer späteren Lesung wäre zu prüfen, ob man § 7 Abs. 2 streicht. Vorläufig können wir § 8 aber in der Lehmannschen Formulierung annehmen.

Lehmann: Ich möchte also formulieren: "Ist sein Verhalten dem Täter nur in ganz geringem Maße vorzuwerfen oder ist es für den angerichteten Schaden nur von ganz

geringer Bedeutung gewesen, so kann der Richter eine angemessene Minderung der Haftung vornehmen."

Hueck: Ist es nicht richtiger zu sagen: "Ist sein Verhalten dem Täter nur in ganz geringem Maße zuzurechnen?"

Ich stoße mich etwas daran, daß Sie nur auf die Kausalität abstellen und dann "nur in ganz geringem Maße" sagen. Der unbefangene Leser wird dann sagen: Es ist dann keine adäquate Kausalität!

Vors.: Wenn es nur von ganz geringer Bedeutung ist, dann ist es nicht adäquat, dann ist es der Fall des § 7 Abs. 2.

Larenz: Ich bin für die Lehmannsche Formel; damit kann man alles abwägen.

Vors.: § 8 lautet also: "Ist sein Verhalten dem Täter nur in ganz geringem Maße zuzurechnen, so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, wenn die Belastung mit dem vollen Ersatz nach den Umständen des Falles, insbesondere mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche."

Für die mehreren Täter brauchen wir keine Formel mehr. Es fragt sich nur noch, ob wir einen positiven Satz über die Haftung mehrerer Täter aufnehmen sollen.

Hueck: Nehmen Sie den Fall, daß drei Leute einen gemeinsamen Diebstahl beschließen und einer nun nur eine Kleinigkeit macht. Nach unserem jetzigen Gesetz ist er haftbar. Wollen Sie sagen, es ist ganz egal, ob er strafrechtlich als Gehilfe in Frage käme? Es ist doch nicht unbedingt notwendig, daß ohne die Mitwirkung dieses Mannes, - nehmen Sie ihn strafrechtlich als Mittäter oder Gehilfen - der Erfolg nicht eingetreten wäre.

Larenz: So fragt man doch nicht, sondern es kommt darauf an, ob sein Handeln ein Glied in dieser Kette war!

Hueck: Heute braucht man sich den Kopf über das Kausalitätsverhältnis nicht zu zerbrechen, sondern er war Gehilfe, und deshalb haftet er in vollem Umfange. Wenn Sie gar nichts sagen, muß man jedesmal die Frage auch der *conditio sine qua non* hinsichtlich der Mitwirkungshandlung prüfen.

Reinhardt: So wie die Handlung nachher sich zeigt, ist doch sein Verhalten ein Stück, das nicht weggedacht werden kann, ohne daß diese Handlung entfällt. Man wird bei der adäquaten Kausalität nie fragen dürfen, ob nicht ein Zustand hätte kommen können, der dieses Tatbestandsstück ersetzt hätte. Nachdem § 8 aber beschlossen ist, würden wir zu der weiteren Frage übergehen können, wie wir das auf den Fall der mehreren Täter übertragen können. Da wäre erstens zu fragen, ob wir überhaupt einen Ausspruch darüber vorsehen sollen, daß bei mehreren Tätern jeder haftet. Zweitens fragt es sich, ob da außerdem noch ein ähnlicher Passus wie § 8 eingefügt wird. Mindestens müßte man verweisen. (*Larenz:* Das müßte man!)

Vors.: Man hat immer schon das Gefühl, daß das Verhältnis von § 830 zu § 840 nicht sehr glücklich ist. Genügt nicht eine Vorschrift, die uns sagt, wie die Leute haften?

Reinhardt: Das ist auch mein Vorschlag! Ich möchte auch sagen, daß mehrere zusammen nur als Gesamtschuldner haften.

Vors.: Vielleicht sind wir uns darüber einig, daß wir keinen Satz für erforderlich halten, der die Haftung jedes einzelnen Täters als solche besonders ausspricht, ohne zu sagen, wie er haftet.

Reinhardt: Es wird dann nicht mehr über das diskutiert, was nun außerdem an Haftung noch zu bejahen ist, aber nicht unter § 830 fällt. Das haben wir jetzt, und das ist ein unerquicklicher Zustand, daß man sagt: unter § 830 fallen Mittäter, Anstifter und Gehilfen; aber wenn mehrere zusammen fahrlässig gehandelt haben, fällt das nicht unter § 830, sondern sie haften auf den vollen Betrag. (*Lehmann:* Auf das "gemeinschaftlich" würden wir verzichten?) - Ja! In jedem Kommentar kann man lesen, daß sie, auch wenn sie nicht gemeinschaftlich handeln, haften, wenn auch nicht nach § 830. (*Vors.:* Wie würden Sie sich einen neuen § 840 denken?) - Ich würde es nicht auf die gemeinschaftliche Handlung

abstellen, sondern würde sagen: "haften mehrere für den gleichen Schaden aus Gesetz." (Lehmann: Das gefällt mir!)

Vors.: Unser zweiter Beschluß wäre also, daß sich eine besondere Bestimmung, wonach bei mehreren Tätern jeder für den Schaden verantwortlich ist, im künftigen Recht erübrigt.

Reinhardt: Ich komme jetzt zu § 830 Abs. 1 Satz 2, der die Haftung bei nicht voll nachweisbarer Kausalität betrifft. Zur richtigen Würdigung der allgemeinen Lage wird man hier folgendes berücksichtigen müssen. Der Nachweis der Kausalität ist grundsätzlich als wesentliches Erfordernis anzuerkennen. Weiter sind die Anforderungen an diesen Nachweis durch § 287 ZPO bestimmt; die freie Beweiswürdigung erstreckt sich anerkanntermaßen auch auf die Frage der Kausalität. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang die Entwicklung der Grundsätze des prima-facie-Beweises zu berücksichtigen. Es ergibt sich daraus, daß gewisse Beweiserleichterungen auch nach diesen grundsätzlichen Gesichtspunkten schon existieren. Darüber hinaus aber stellt nun § 830 Abs. 1 Satz 2 eine feste Regel auf, nach der gerade an die Voraussetzung der Nichtbeweisbarkeit Ersatzpflichten geknüpft werden, und insofern ist der Schritt, den diese Bestimmung über den allgemeinen Zustand hinaus bringt, ganz erheblich.

Wie ist diese Regel zu verstehen? Sie kann nicht als allgemeiner Grundsatz aufgefaßt werden, durch den unsere Grundregel über die Kausalität ins Gegenteil verkehrt werden würde. Es ist selbstverständlich nur möglich, daß eine solche Bestimmung an besondere Umstände anknüpfen muß und als Ausnahme in Betracht kommt. Sieht man sich danach § 830 an, dann lenken zwei Umstände die Aufmerksamkeit auf sich, und zwar erstens, daß es sich hier um eine abgegrenzte Personengruppe handelt, der ein Handeln in der Richtung der Ersatz auslösenden Verletzung gemeinsam ist, und zweitens kommt hinzu, daß feststeht, daß eine dieser Handlungen auch wirklich die Ursachenkette ausgelöst hat. Zweifelhaft bleibt also nur, welche der Handlungen die kausale gewesen ist. Das sind die wesentlichen Merkmale, die man aus § 830 entnehmen kann.

Darüber hinaus ist das Problem des positiven Rechts angesichts des Wortlauts des Paragraphen das, wie man den Begriff der Beteiligung auslegen soll. Hier handelt es sich ja um Beteiligte, und da gipfelt die Frage in dem Problem, ob zu dieser Beteiligung auch ein subjektives Element nötig sei. Die herrschende Lehre, insbesondere das Reichsgericht, verlangt ja erstens objektiv eine örtliche Einheit, zweitens objektiv zeitliche Einheit und drittens mindestens ein Wissen von den gegenseitigen gefährdenden Handlungen. Dabei fragt es sich, ob wir alle diese Punkte haben müssen. Festzustellen ist, daß der Begriff des Beteiligten in Satz 2 nicht durch den Begriff "gemeinschaftlich" in Satz 1 erläutert werden kann; er ist erheblich weiter. Der fahrlässig von einem Bau heruntergeworfene Balken gehört weder unter Satz 1 noch unter Satz 2. Da müßte man weit auslegen, oder man muß überhaupt sagen, daß diese Haftung sich außerhalb von § 830 entwickelt. Nach dem Schrifttum ist die eine Möglichkeit, das "gemeinschaftlich" in Satz 1 so weit auszudehnen, daß darunter auch das fahrlässige Handeln fällt. Die andere Version geht dahin, daß unter Satz 1 nur die vorsätzliche Handlung fällt, daß man aber analog solche Fälle darunter fassen müßte. Eine dritte Auffassung schließlich geht dahin, daß man diese Fälle überhaupt nicht mit § 830 in Verbindung bringen soll, sondern daß aus der Kausalität schon die Haftung jedes einzelnen sich ergibt.

Wir gingen davon aus, daß der Begriff des gemeinschaftlichen Handelns in § 830 Satz 1 nicht zur Erläuterung des Begriffs der Beteiligung in Satz 2 verwendet werden kann. Wie das Reichsgericht den Begriff der Beteiligung auslegt, habe ich kurz erwähnt. Das ist übrigens auch weitgehend anerkannt, daß man sich hier mit einem Wissen von den gegenseitigen gefährdenden Handlungen zu begnügen hat.

Nun käme eine weitere Frage hinzu, ob außer diesen Umständen, die § 830 nennt, vielleicht noch ein weiterer erforderlich wird, den Traeger etwa verlangt, daß das Verhalten jedes einzelnen an sich verboten sein müsse. Er behauptet, man dürfe § 830 Satz 2 nicht soweit auslegen, daß schon jedes in der Richtung einer Verletzung eines bestimmten Rechtsguts gelegene gefährdende Verhalten genüge, sondern es müsse ein Verhalten sein,

daß an sich schon unerlaubt sei, also z.B. ein Verhalten, das gegen eine Polizeiverordnung verstößt, z.B. zu schnelles Fahren, Fahren ohne Licht, Benutzung des Bürgersteigs usw.. Wenn aus diesem an sich schon verbotenen Verhalten eine Gefährdung erwachse und mehrere beteiligt seien, dann erst solle eine Haftung aus § 830 Satz 2 in Betracht kommen. Diese Ansicht wird aber durchweg abgelehnt, wie ich glaube, mit vollem Recht; denn dann würde § 830 Abs.1 Satz 2 einen ungeheuer engen Anwendungsbereich haben. Ich stehe auf dem Standpunkt, daß jede dieser Handlungen einem Unwerturteil als gefährdende Handlung unterliegt, und sehe das nicht zuletzt in dem Unterlassungsanspruch, der heute grundsätzlich gegenüber anderen Handlungen anerkannt worden ist. Man kann sagen: Auch wenn diese Handlung noch nicht durch den Ablauf der Ereignisse dazu geführt hat, daß die Verletzung auf der anderen Seite schon eingetreten ist, aber der Betreffende seinerseits das erforderliche getan hat oder tut, dann liegt darin schon das Element der Rechtswidrigkeit. Insofern hebt sich diese Handlung als gefährdende, im gewissen Sinne rechtswidrige Handlung über die anderen Handlungen heraus.

Wir würden uns nun zu fragen haben, wie wir die Umstände abwägen und zu welchem Ergebnis wir hier kommen müßten, ob eine Regelung im Sinne des § 830 Satz 2 oder eine davon etwas abgewandelte Regelung richtig wäre oder ob man auf diese Regelung überhaupt verzichten müßte. Auszugehen ist hier wieder von der Tatsache, daß auch in diesem Zusammenhang das Problem der Kausalität kein Problem der reinen Logik ist, sondern eben ein Problem der Zurechnung. Es handelt sich um die Frage, ob es sinnvoll erscheint, einen Schaden, der auf diese Weise eingetreten ist, den Beteiligten (in einem ganz farblosen Sinne, nicht im Sinne der Auslegung des Gesetzes) aufzuerlegen. Es sind auch andere Fälle bekannt, in denen eine Ersatzpflicht durchaus gegen die scheinbare Logik des Kausalitätsprinzips anerkannt wird. Ein solcher Fall ist z.B. der der kumulierenden Kausalität. Bei dieser ist es auch so, daß im Grunde keiner eine *conditio sine qua non* gesetzt hat. Hier haben wir den berühmten Fall, daß zwei Wilderer auf einen Förster schießen und im selben Augenblick jede Kugel ins Herz trifft. In diesem Fall könnte sich jeder darauf berufen, daß seine Handlung nicht eine *conditio sine qua non* sei, da die Handlung des andern den Erfolg herbeigeführt hätte, also auch ohne seine Handlung der Förster getötet worden wäre. Auch hier ist aber der Gedanke, daß mehrere unerlaubt gehandelt haben. Es kann - so ist die herrschende Ansicht jedenfalls - nicht dazu führen, daß der Geschädigte auf seinem Schaden sitzen bleibt, während die Täter alle frei ausgehen, daß also die Täter sich durch ihr unerlaubtes Handeln gewissermaßen eine Verbesserung ihrer Position verschaffen. Der entscheidende Gedanke, der dazu führt, daß hier eine Haftung doch anzuerkennen ist, ist, daß das Hinzukommen einer unerlaubten Handlung eines andern in der gleichen Richtung nicht ein Umstand sein kann, der von der Ersatzpflicht befreit. Wenn ich von unerlaubter Handlung spreche, dann meine ich das gefährdende Verhalten, das gegen dieses bestimmte Rechtsgut gerichtet ist. Die Frage ist, ob ein ähnlicher Gedanke auch hier innerhalb des § 830 Satz 2 zum Ausdruck kommt. Ist das ein tragender Gedanke auch für diese Bestimmung? Man muß zugeben, daß hier allerdings ein gewisser Unterschied besteht. Bei der kumulierenden Kausalität hätte nämlich jede der Handlungen, die hier zusammenkommen, wenn die andere nicht hinzugekommen wäre, den Schaden verursacht. In unserem Falle liegt das nicht genau so. Die gleichgerichteten gefährdenden Handlungen haben nur die Wirkung, daß wegen ihrer Vielzahl derjenige, dessen Handlung den Erfolg objektiv herbeigeführt hat, nicht mehr festgestellt werden kann. Es ist also die Frage, wenn wir die Erwägung bei der kumulierenden Kausalität zugrundelegen wollen, ob die durch die Mehrzahl der gefährdenden Handlungen hervorgerufene Schlechterstellung des Geschädigten sanktioniert werden soll oder ob eine Ausgleichung zu Lasten der "Täter" möglich und richtig ist. Das ist nach meiner Auffassung die entscheidende Frage.

Ich halte auch hier den Gedanken für durchschlagend, daß eine der Unterlassungsklage ausgesetzte gefährdende, also mit einem Element der Rechtswidrigkeit behaftete Handlung gegen einen Dritten nicht der Grund sein kann, den Schaden beim Geschädigten zu

belassen. Der Vorteil der Ungewißheit, der durch eine Mehrzahl unerlaubter Handlungen verursacht ist, kann keineswegs demjenigen zugutekommen, der diese in ihrer Richtung als unerlaubt bestimmte Handlung begangen hat. Hinzu kommt folgender Gedanke. Bei der Abwägung, ob überhaupt Ersatzpflichten zu bejahen sind, muß m.E. in einem modernen Recht des Schadenersatzes dem Gedanken viel stärker Rechnung getragen werden, auf den übrigens Stoll in dem Jahrbuch³ schon intensiv hingewiesen hat, daß es mehr darauf ankommt, Vorsorge bei der Entstehung von Schäden zu treffen, als darauf, einen Schaden, der überhaupt nicht mehr gutzumachen ist, hin und her zu schieben. Im Sinne dieser Grundlage muß es m. E. liegen, schon die Vermeidung der Gefährdung soweit wie irgend möglich zu verwirklichen. Man kommt da zu einer Parallele zu unserem modernen Willensstrafrecht. Die Folge der Betonung der Schadenverhütung wäre die, daß man eben solche Handlungen, wie sie typisch in § 830 erwähnt sind, durch eine Intensivierung und nicht eine Erleichterung hinsichtlich der Schadenersatzpflicht zu verhindern sucht.

Wenn man soweit einig ist, bleibt die letzte Frage, ob man außer dem objektiven Element der gleichen Gefährlichkeit der Handlungen noch das subjektive fordert, daß nämlich der eine von der Handlung des andern weiß. Soll man also die Beteiligung so fordern, wie sie heute vom Reichsgericht und der herrschenden Lehre zu § 830 ausgelegt wird? Davon, daß dieser Begriff der Beteiligung unglücklich ist, darf man wohl ausgehen. Selbst wenn man auf einem andern Standpunkt stehen würde, würde es niemals richtig sein, diese Formulierung beizubehalten. Mit dem subjektiven Element tritt nun die Vorwerfbarkeit stärker in den Vordergrund, und man könnte sich etwa denken, daß der tragende Gesichtspunkt stark darin läge, daß man dem Betreffenden vorwerfen könnte: Wenn du wußtest, daß ein anderer in derselben Richtung gefährlich handelte, hättest du dir sagen müssen, daß du durch dein Handeln die Beweisschwierigkeiten mitschaffst, die es nachher auszugleichen oder einem zur Last zu legen gilt, und wenn du diese Schwierigkeiten mitschaffst, mußt du dir von vornherein darüber klar sein, daß sie sicherlich nicht dem Geschädigten, sondern dem Kreise der Beteiligten zur Last fallen müssen. Es ist nur die Frage, ob man diesen subjektiven Gesichtspunkt als so entscheidend ansehen darf, daß man in diesen Fällen eine Haftung bejaht. Darüber sind wir uns, glaube ich, schon ziemlich klar, daß man insofern nicht unter § 830 heruntergehen kann. Ob man aber dieses Element fordern muß, ist damit nicht voll geklärt. Ich halte dieses subjektive Element jedenfalls nicht für ausschlaggebend. Mir würde es genügen, daß diese Handlung selbst - bleiben wir bei dem Beispiel, daß jemand auf einen andern anlegt und schießt - schon von einem Unwerturteil der Rechtsordnung getroffen wird und daß dieses Verhalten selbst schon ein gewisses subjektives Element in Gestalt des fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns mitbekommt.

Der tragende Gedanke wäre also, daß die Schlechterstellung des Geschädigten, die durch ein von einem Unwerturteil der Rechtsordnung betroffenes Verhalten dadurch, daß mehrere ein solches Verhalten an den Tag legen, vollendet wird, nicht dem Geschädigten, sondern denjenigen zukommt, die diese gefährdenden Handlungen objektiv vorgenommen haben. Ich halte das insbesondere dann für richtig, wenn man den Fall der kumulativen Kausalität so entscheidet. Sie, Herr Lehmann, haben im Lehrbuch diesen Fall der kumulativen Kausalität im Sinne der Bejahung der Haftung entschieden und verweisen direkt auf § 830 Satz 2 als tragenden Gesichtspunkt.

Wenn dieses Ergebnis bis dahin feststeht, wird man sich auch darüber klar sein müssen, daß damit erhebliche Grenzen beachtet bleiben. Es liegt ja auf der Hand, daß bei einer Auslegung des § 830 Satz 2, der Ausnahmecharakter hat, immer das Gefühl eine Rolle spielt, wie man es vermeiden kann, innerhalb von Grenzen, die wirklich einzuhalten sind, eine uferlose Gruppe von Haftungsfällen ohne nachweisbare Kausalität zu konstruieren, und da spielt sicherlich das subjektive Erfordernis, das das Reichsgericht aufstellt, eine entscheidende Rolle. Ich sage aber, daß auch dann, wenn man es auf dieses subjektive

³ Jahrbuch der ADR 3. Jg. (1936), S. 229 ff.: Schadenersatz und Unrecht.

Erfordernis abstellt, noch gewichtige sachliche Grenzen übrigbleiben, die sich aus folgendem ergeben. Erstens führt die später noch zu erörternde gesamtschuldnerische Haftung dazu, daß im Innenverhältnis unter denen, die hier die Gefährdung herbeigeführt haben, Ausgleichungen stattfinden. Der Satz, daß der Schadenersatz dem Geschädigten oder dem Täter aufzuerlegen ist, erfährt doch eine gewisse Einschränkung. Lehne ich die Belastung des Schadens in der Person des Geschädigten ab, dann ist für diesen der Fall restlos erledigt. Bejahe ich aber den Ersatz zu Lasten der Täter, dann bleibt immer noch die Milderung, daß hier ein Ausgleich unter denen, die diese Gefährdung herbeigeführt haben, stattfindet, was auch für die Billigkeit des Endergebnisses nach meiner Ansicht schon zu beachten ist. Zweitens bleibt innerhalb der Gruppe der so Beteiligten jedem die Möglichkeit, offen nachzuweisen, daß sein Verhalten nicht kausal gewesen sein kann. Das ist der berühmte Fall der Rauferei, bei der jemand einen Messerstich bekommt und einer nachweisen kann, daß er während der Rauferei kein Messer in der Hand gehabt hat. Wer das nachweisen kann, wird für den durch den Messerstich eingetretenen Schaden weder nach § 830 noch nach meiner Formulierung haften.

Man muß sogar noch einen Schritt weitergehen. Es ist richtig zu verlangen, daß derjenige, der den Ersatzanspruch geltend macht, seinerseits den Nachweis erbringt, daß die gefährdenden Elemente in der Handlung der Beteiligten wirklich vorhanden gewesen sind. Instruktiv ist hier eine Entscheidung des Reichsgerichts in Band 96 S. 224. Dieser Entscheidung liegt der Fall zugrunde, daß ein Mädchen kurz hintereinander Besuch von 2 Herren hat und nachher geschlechtskrank wird. Da taucht die Frage auf, wer haftet. Ein bestimmter wird verklagt. Das Reichsgericht sagt, die Klägerin müsse den Nachweis führen, daß der Betreffende auch krank gewesen ist. Also nicht allein die Tatsache, daß zwei Männer mit ihr verkehrt haben, sondern der Umstand, der die Gefahr für die Gesundheit enthält, muß nachgewiesen werden. Nun könnte man nur fragen: Was hat es für einen Sinn, dieses Beispiel von der Messerstecherei immer mit der Formel zu erwähnen, daß sich der Betreffende hier entlasten kann, wenn er kein Messer gehabt hat? Ich glaube, in solchen Fällen geht man von dem normalen Tatbestand aus, und da wird man sagen, daß Burschen, die in eine Rauferei verwickelt sind, normalerweise ein Messer haben, während man wohl nicht sagen kann, daß ein Mann, der mit einem Mädchen verkehrt, prima facie krank ist. Das Ergebnis stünde dann doch miteinander im Einklang. Es wäre also grundsätzlich der Nachweis der gefährdenden Handlung bei jedem Teilnehmer zu verlangen. Damit würde man eine gewichtige Schranke gegen unberechtigte Prozesse aufrichten. Ich möchte folgende Formel vorschlagen: "Bleibt ungewiß, welche von mehreren Handlungen, von denen jede ihrer Art nach geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, ihn wirklich herbeigeführt hat, so muß jede als Ursache gewertet werden."

Wem das zu weit erscheint, der würde dem Inhalt nach bei § 830 Abs. 1 Satz 2 stehen bleiben müssen. Weniger als § 830 Abs. 1 Satz 2 an Haftung könnte, glaube ich, niemand vertreten. Es mußte dann für diese Bestimmung eine bessere Formulierung gefunden werden. Diese ergäbe sich automatisch, wenn man Satz 1 streicht und gezwungen ist, Satz 2 von sich aus neu zu formulieren.

(Pause)

Vors.: Bestehen irgendwelche Bedenken gegen die Grundauffassung des Referenten, daß es nicht wie im geltenden Recht, jedenfalls in der Auslegung, die die Rechtsprechung dem § 830 Abs. 1 Satz 2 gibt, auf das subjektive Kennen des andern Täters ankommt, sondern daß es genügt, daß eine objektiv gefährdende Handlung in der gleichen Richtung vorliegt?

Reinhardt: Schießen die beiden Wilderer gleichzeitig, so daß eines jeden tödliche Kugel ins Herz trifft, dann haben wir den Fall der kumulierenden Kausalität. Der zweite Fall wäre, daß sie hintereinander schießen und jeder trifft. Ich sehe nicht ein, warum man einen Unterschied machen sollte, ob sie beide zu gleicher Zeit schießen.

Hueck: Wenn Sie feststellen können, daß der Mann schon tot gewesen ist, als der zweite Wilderer geschossen hat, ist der Fall ganz klar.

Lehmann: Wir kommen dazu, daß wir sagen: einmal ist Zurechnungsgrund die Verursachung, zweitens ist hinreichender Zurechnungsgrund die Gefährdung, kombiniert mit dem Eintritt des Erfolges, wenn nicht nachgewiesen wird, daß der Erfolg nicht aus dieser Gefährdungshandlung resultiert. Nun ist mir noch nicht klar, ob man nicht auch positiv sagen kann, daß wir neben die Verursachung einen neuen Zurechnungsgrund setzen.

Reinhardt: Man muß nur Obacht geben, daß man den zweiten Gesichtspunkt, daß wegen der mehrfachen Handlungen die Kausalität nicht nachgewiesen werden kann, auch hereinbekommt. Also allein die Tatsache, daß mehrere gefährden, würde nicht genügen.

Arnold: Ich stimme dem Herrn Berichterstatter zu. Wenn das Reichsgericht auf das Wissen um die Tätigkeit eines andern in der Tat Gewicht gelegt hat, dann beruht das darauf, daß bisher der Ausdruck "beteiligt" im Vordergrund gestanden hat und daß man sich im Volk unter der Beteiligung kaum eine Gemeinschaft vorstellen kann, die ganz unabhängig vom Wissen besteht. Für das zu schaffende Recht aber bin ich durchaus der Meinung, daß es auf dies Wissen nicht ankommt, sondern daß der objektive Tatbestand ausreicht. Freilich müssen dann auch die Fälle von dem bloßen Zufall geschieden werden, und wie mir scheint, muß da die adäquate Verursachung eine gewisse Rolle spielen. Jedenfalls muß eine gewisse Abgrenzung wohl erfolgen. Ich kann mir Fälle vorstellen, wo jede Beziehung fehlt und infolgedessen eigentlich auch keine Haftung eintreten kann. Ein gewisser äußerer Zusammenhang muß jedenfalls bestehen, während ein örtlicher Zusammenhang gewiß nicht zu bestehen braucht. Stellen wir uns eine strafbare Handlung vor, die von Königsberg und von Freiburg aus begangen wird und das Ziel in Berlin erreicht. Da wird man sicherlich die Gesamthaftung annehmen, wenn man nicht im Einzelfall feststellen kann, welche von den beiden Handlungen den Schaden zur Folge gehabt hat. Aber eine gewisse Grenze muß vorhanden sein. (*Reinhardt:* Die Formel "jede der Art nach geeignet war" würde ein solches begrenzendes Element sein!)

Lehmann: Ich würde positiv formulieren: "Nehmen mehrere eine Handlung vor, die ihrer Art nach geeignet ist, einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen und tritt der Erfolg ein, ohne daß einer der Täter nachweist, daß er nicht auf sein Verhalten zurückzuführen ist, so sind sie jeder für den Erfolg verantwortlich."

Reinhardt: Man müßte aber wohl noch genauer formulieren: "Nehmen mehrere Handlungen vor, deren jede ihrer Art nach geeignet ist, ... und tritt der Erfolg ein, so ist jeder für den Erfolg verantwortlich, soweit er nicht nachweist, daß dieser auf sein Verhalten nicht zurückgeführt werden kann."

Lehmann: Ich würde sagen: "Nehmen mehrere Handlungen vor, deren jede ihrer Art nach geeignet ist, einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, und tritt der Erfolg ein, so ist jeder für den Erfolg verantwortlich, soweit er nicht nachweist, daß dieser auf sein Verhalten nicht zurückgeführt werden kann." (*Hueck:* Es fehlt nur das Verschulden! - *Reinhardt:* Schuldhaft dürfen wir nicht sagen!)

Larenz: Vielleicht ist es richtiger zu sagen: "...eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung."

Arnold: Ich möchte betonen, daß die Formulierung auf die Ursache beschränkt wird. Dann ergibt sich, daß sich die Verschuldensfrage nach allgemeinen Regeln richtet.

Larenz: Zerbrechen wir uns jetzt aber nicht den Kopf über etwas, was die Rechtsprechung gar nicht verkennen wird, daß jeder nur haftet, wenn die vollen Voraussetzungen bezüglich Verschulden usw. gegeben sind.

Vors.: An der Lehmannschen Formulierung stört mich, daß der Kernpunkt der Ungewißheit nicht gleich zum Ausdruck kommt. Die Lage muß so sein, daß man nicht weiß, wer der Täter ist.

Lehmann: Dann müßte man vielleicht sagen: "Nehmen mehrere eine haftbar machende Handlung vor, die ihrer Art nach geeignet ist, ... und tritt der Erfolg ein und ist ungewiß, ob und wie weit der eintretende Erfolg auf diese Handlung zurückzuführen ist, so ist jeder für diesen Erfolg verantwortlich, ..."

Reinhardt: Ich würde formulieren: "Bleibt ungewiß, welche von mehreren Handlungen, von denen jede ihrer Art nach geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, ihn wirklich herbeigeführt hat, so muß jede als Ursache gewertet werden."

Lehmann: Dann würde ich schon sagen: "...so ist jeder Täter für den Erfolg verantwortlich, soweit er nicht nachweist,..."

Reinhardt: Volkstümlicher würde sein: "... so haftet jeder."

Lehmann: "... so haftet er, wie wenn er den Erfolg allein herbeigeführt hätte."

Vors.: Dann ist es schon am besten, wenn man sagt: "... so haftet jeder als Täter."

Reinhardt: Um zu einer stilistisch noch besseren Formulierung zu kommen, würde ich den Innensatz umstellen: "... welche von mehreren Handlungen, von denen jede ihrer Art nach geeignet war, den Erfolg herbeizuführen."

Larenz: In der Formulierung von Herrn Reinhardt wird stillschweigend vorausgesetzt, daß bereits ein rechtswidriger Erfolg eingetreten ist.

Lehmann: Ist es nicht besser, wenn man folgendermaßen sagt: "Ist ein rechtswidriger Erfolg eingetreten und kommen mehrere Handlungen in Betracht, deren jede geeignet war, ihn herbeizuführen, so haftet jeder der Handelnden als Täter, wenn er nicht nachweist, ..."?

Arnold: Welche Bedenken bestehen gegen die Formulierung "so ist jeder als Täter anzusehen"?

Reinhardt: Der Ausdruck Täter könnte lediglich auf die Ursache bezogen werden! Es gibt Täter, die eine unerlaubte Handlung begehen, und solche, die eine nicht mit Ersatz verbundene Handlung begehen.

Hueck: Wenn Sie sagen, daß jeder als Täter anzusehen ist, dann habe ich keine Bedenken. Wenn Sie aber sagen, daß er haftet, dann müßten Sie den rechtswidrigen Erfolg, das Verschulden und endlich den Hinweis auf §§ 7 und 8 wiederholen.

Larenz: Alle Formulierungen, die sagen, "er ist als Täter anzusehen" oder "muß als Ursache gewertet werden", verdecken, daß wir einen neuen selbständigen Haftungsgrund haben, und das wollen wir nicht verdecken, indem wir durch eine Fiktion das wieder als Ursache bezeichnen.

Lehmann: Können wir nicht sagen: "Die Haftung für einen rechtswidrigen Erfolg trifft auch den, der eine Handlung vorgenommen hat, die ihrer Art nach geeignet war, ..."?

Arnold: Ich würde es für günstig halten, wenn wir den Umstand der Ungewißheit in den Vordergrund stellen würden. Es ist doch ein Tatbestand, bei dem etwas fingiert wird.

Hueck: Man könnte sagen: "... so haftet jeder nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen."

Vors.: Man kann doch eigentlich das Problem der mehreren Täter, wenn wir auf § 830 verzichtet haben, nicht mit diesem Satz beginnen, sondern wir müssen mit der Gesamtschuld, die nachher kommt, beginnen. Dann kann man ruhig sagen: "Bleibt ungewiß, ... so haftet jeder" oder: "... so haften beide."

Lehmann: Sie beginnen mit dem ersten Regelsatz: Verursachen mehrere die Handlung, so haften sie als Täter. Im zweiten Satz sagen Sie: Die Haftung trifft für einen rechtswidrigen schadenstiftenden Erfolg mehrere Täter auch dann, wenn es nicht gelingt nachzuweisen, welche von mehreren Handlungen den Erfolg verursacht hat. Auf diese Weise hätten wir die Verursachung neben die objektive Gefährdung gestellt.

Vors.: Wir können von folgendem Satz 1 ausgehen: "Haben mehrere eine unerlaubte Handlung begangen, so haften sie als Gesamtschuldner."

Danach können wir Satz 2 folgendermaßen formulieren: "Das gleiche gilt, wenn ungewiß bleibt, welcher von mehreren Tätern, deren Handlungen jede der Art nach geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, ihn wirklich verursacht hat."

Reinhardt: Wir dürfen es dem Kläger nicht zu leicht machen, eine solche Klage anzustrengen!

Vors.: Ist es nicht doch mehr ein Problem des prima-facie-Beweises, daß man bei

Bauernburschen annimmt, sie haben alle ein Messer, während man bei einem Mann, der mit einem Mädchen verkehrt, nicht annimmt, daß er geschlechtskrank ist. Ich habe hier gewisse Bedenken; denn die Beweislastfrage ist ja ein heikles Kapitel. Ob nicht das Recht der Zukunft sich doch von den starren Beweislastregeln abkehren und mehr auf die Ermittlung der objektiven Wahrheit hinsteuern wird? Es fragt sich also, ob es empfehlenswert ist, hier eine verhältnismäßig starre Beweislastregel zu bringen. (*Reinhardt*: Mich stört die umfassende Beweislastregel!) - Sind Sie der Meinung, daß der Verletzte nachweisen muß, daß die Handlung geeignet war, den Erfolg herbeizuführen?

Arnold: Nein, das muß der Kläger nachweisen! Aber der Beklagte muß nachweisen, daß es unmöglich ist, daß von ihm dieser Erfolg verursacht ist. Die Möglichkeit dieses Beweises muß man ihm lassen.

Larenz: Wenn er beweisen kann, daß seine Handlung den Erfolg nicht herbeigeführt hat, ist es nicht mehr ungewiß!

Vors.: Der Kläger sagt: Du hast eine gefährdende Handlung vorgenommen, und du hast auch eine gefährdende Handlung vorgenommen, ich weiß aber nicht, wer von euch beiden den Erfolg herbeigeführt hat; das bleibt ungewiß.

Hueck: Der Kläger braucht gar nicht so viel zu beweisen. Er braucht nur zu beweisen, daß der Beklagte eine gefährdende Handlung vorgenommen hat. Das genügt m.E. Er braucht sich nicht darum zu kümmern, ob auch noch andere gefährdende Handlungen vorliegen. Er hat nur zu beweisen, daß derjenige, den er in Anspruch nimmt, eine Handlung vorgenommen hat, die geeignet war, den Erfolg herbeizuführen und daß der Erfolg eingetreten ist.

Arnold: Wir haben den Fall der Schlägerei wiederholt gehabt, und da ist gerade auf die Vertreter des Schrifttums Bezug genommen, die das Gegenteil vertreten haben. Es waren ganz hervorragende Namen, darunter der Kohlers. Denen ist nicht zu folgen. Da Zweifel entstanden sind, würde ich es im Interesse der Rechtspflege für zweckmäßig halten, das hervorzuheben.

Hueck: Ich glaube nur, man wird es kaum scharf fassen können. Die Frage ist immer, was eine Handlung ist, die geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Genügt es bei der Rauferei, daß er in dem Zimmer anwesend war, genügt es, daß er an der Rauferei teilgenommen hat, oder muß er wirklich auf den Mann eingeschlagen haben bzw. muß er ein Messer gehabt haben? Das sind Einzelheiten, die der Richter nur im konkreten Fall feststellen kann. Es liegt aber alles in der Formel "die ihrer Art nach geeignet war."

Arnold: Wenn mehrere bewußt gemeinschaftlich eine Schlägerei begonnen haben und dabei einer durch einen Messerstich verletzt wird, müßte man doch meinen, daß grundsätzliche Haftung auch desjenigen besteht, der kein Messer gehabt hat, und zwar als Mittäter im Sinne des alten § 830 Abs. 1 Satz 1, wiewohl das Reichsgericht das Gegenteil gesagt hat. Das würde man aus allgemeinen Erwägungen herleiten, ohne unseren formulierten Vorschlag damit belasten zu müssen. Grundsätzlich würde ich eine Bemerkung für zweckmäßig halten.

Lehmann: Daß der Beklagte die Ungewißheit in Gewißheit verwandeln muß, ergibt sich bei unserer Formel ohne weiteres. Wenn über die Beweislast keine verschiedene Meinung besteht, können wir wohl davon absehen, eine ausdrückliche Bestimmung zu treffen.

Vors.: Wir werden das in der Begründung sagen!

Reinhardt: Ich komme nun zu dem zweiten Teil meines Referats, wie gehaftet wird, wenn mehrere Täter beteiligt sind⁴.

Diesen Fall hat bekanntlich § 840 geregelt. Da spielen mehrere Problemkreise eine Rolle. Nach Abs. 1 dieses Paragraphen müssen die Täter nebeneinander verantwortlich sein. Es muß sich um eine Haftung aus unerlaubter Handlung handeln, aber, wie ja heute unbestritten feststeht, im weitesten Sinne des Wortes. Darunter fallen auch die Gefähr-

⁴ Vgl. auch Kreller, der ein Referat über "Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern" vorgelegt hatte (wiedergegeben in AcP 146 [1940], S. 97). Die Vorschläge sind auch in Bd. III, 1 S. 137 f. wiedergegeben.

dungshaftungen, während nicht darunter fallen soll die Haftung aus Vertragsverletzung. Eine Kombination vertraglicher und deliktischer Haftung würde also § 840 Abs. 1 nicht auslösen. Zweitens weist der Wortlaut des § 840 darauf hin, daß es sich um eine unerlaubte Handlung handeln muß. Aber auch da besteht keinerlei Bedenken, daß man diese Formulierung weit auslegen muß, auch wenn mehrere unerlaubte Handlungen vorgenommen sind, die zum Ersatz des gleichen Schadens verpflichten, wie in den Fällen der kumulierenden Kausalität. Auch in diesen Fällen besteht gesamtschuldnerische Haftung.

Vors.: Geht nicht § 840 über § 830 insofern hinaus, als er nicht nur die Fälle der Täterschaft einschließlich Anstiftung, Mittäterschaft und Gehilfenschaft trifft, sondern z.B. auch das Verhältnis von Geschäftsherrn und Gehilfen im Sinne von § 831? Das müßte man in der Formulierung zum Ausdruck bringen. (Reinhardt: Wenn es heißt: "aus einer unerlaubten Handlung", so ist das zu eng!) - Es ist ein anderer Tatbestand als der, mit dem wir uns bisher beschäftigt haben.

Reinhardt: Wir haben uns bisher mit zwei Tatbeständen verschiedener Art beschäftigt, von denen wir den einen, nämlich den ersten von § 830, gestrichen haben. Jetzt pflegt in der Literatur oft der Hinweis aufzutreten, daß § 840 über § 830 hinausgehe, aber ausgehend von der engen Formulierung des § 830.

Vors.: Auch nachdem wir die enge Formulierung fallen lassen, haben wir bisher nur solche Probleme behandelt, wo mehrere als Täter im eigentlichen Sinne auftauchen.

Reinhardt: Wir gehen jetzt doch davon aus, daß man lediglich zu fragen hat, ob nach den allgemeinen Regeln der Kausalität und des Schadenersatzrechts jemand haftet, und wir verbinden diese Frage gar nicht mehr mit der Einengung, die § 830 vorher brachte. Dadurch sind wir viel freier gestellt, und deshalb ist es automatisch so, daß wir den Gehilfen und alle die anderen erfassen. Jetzt wird lediglich die zweite Frage erörtert, ob, wenn solche Haftungen existieren, eine gesamtschuldnerische Haftung Platz greift. Innerhalb dieser Regelung wäre zunächst der allgemeine Anspruch der gesamtschuldnerischen Haftung und zweitens die Regelung des Innenverhältnisses zu betrachten. Dafür ergibt sich die Anwendung des § 426, wonach im Zweifel die Haftung zu gleichen Teilen untereinander besteht. Mindestens ebenso bedeutsam wie die Grundregel sind aber die Ausnahmen, die § 840 in Abs. 2 und Abs. 3 bringt. In Abs. 2 werden die Fälle ausgenommen, in denen jemand für das rechtswidrige Handeln anderer Personen haftet, also §§ 831 und 832, und zwar wird hier gesagt, daß im Innenverhältnis einer dieser beiden allein haftbar sein soll, also daß der Geschäftsherr z.B. den Schaden gänzlich auf den Gehilfen abwälzen kann. Natürlich wird vorausgesetzt, daß die Handlung des Gehilfen eine nur rechtswidrige ist. Es gibt ja die Fälle, wo der Gehilfe nur rechtswidrig, aber nicht schuldhaft gehandelt hat und deshalb der Geschäftsherr haftet. Diese Fälle scheiden aus. Es bleiben nur die Fälle übrig, in denen den Gehilfen und den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft. In diesen Fällen soll der Gehilfe der alleinige Träger der Belastung sein. § 832 betrifft den Fall der Aufsichtspflicht. Daß nun der Aufsichtspflichtige allein haften soll, ergibt sich, glaube ich, mit mehr oder weniger Selbstverständlichkeit. Auch § 829 käme hier in Betracht.

Der zweite Ausnahmefall ist § 840 Abs. 3. Auf eine kurze Formel gebracht, bedeutet das, daß in solchen Fällen, in denen eine Haftung für Schäden Platz greift, die von Sachen herrühren (Gebäude usw.), bei Gefährdungshaftung oder bei der Haftung für vermutetes Verschulden eine alleinige Verpflichtung des Dritten eintritt. Am besten versteht man Abs. 3, wenn man etwa an den Fall der Tierhalterhaftung denkt, wenn neben dem Tierhalter ein anderer aus Verschulden haftet, wenn also jemand irgendeine Handlung vornimmt, durch die das Tier in seinem tierischen Effekt gereizt wird. Hier soll der, der schuldhaft handelt, im Innenverhältnis allein den Schaden tragen. Nun geht allerdings der Wortlaut über diese Fälle hinaus. Es heißt dort: "Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet."

Wenn hier eine Gefährdungshaftung aus §§ 833 bis 838 und eine andere Gefährdungs-

haftung (es sei denn, daß dafür eine Spezialregel existiert) zusammentreffen, ist der andere nach dem Wortlaut der Dritte, und dann müßte der andere allein haften. Das typische Beispiel ist hier das Zusammentreffen der Haftung für das Tier und für die Eisenbahn. Nach den Bestimmungen des § 17 des Kraftfahrzeuggesetzes vollzieht sich der Innenausgleich in diesen Fällen aber nach den Sonderbestimmungen dieses Gesetzes. Ebenso ist es beim Luftverkehrsgesetz und beim neuen Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Nach § 840 Abs. 3 würde der Halter des Kraftfahrzeugs als Dritter zu gelten, also allein zu haften haben. Das räumt aber das Kraftfahrzeuggesetz mit § 17 aus.

§ 841 handelt von den Beamten, die jemanden zur Geschäftsführung bestellen, z.B. Nachlaßrichter und Vormundschaftsrichter. Hier haftet der Vormundschaftsrichter nach dem Beamtenhaftungsrecht, während der ungetreue Verwalter nach dem Recht der unerlaubten Handlungen haftet. Beide haften als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis jedoch trifft den ungetreuen Verwalter die Ersatzpflicht.

Im ganzen sind es vielleicht drei Punkte, an die die Rechtserneuerung anknüpfen müßte. Bei § 840 Abs. 1 wäre eine weitere Formulierung vorzuschlagen, die nicht an der einen unerlaubten Handlung festhält, und zwar müßte man etwa folgendermaßen sagen: "Haften mehrere außervertraglich für den Ersatz des gleichen Schadens, dann haften Sie als Gesamtschuldner." (*Lehmann*: Warum kann man nicht von dem "aus unerlaubter Handlung entstehenden Schaden" sprechen?) - Das würde sich auf den Fall der einheitlichen unerlaubten Handlung wie auf den Fall der mehreren unerlaubten Handlungen beziehen! Es wäre auch unschön, wenn man den Begriff der unerlaubten Handlung verwenden würde; denn in Wahrheit handelt es sich gar nicht darum. Wenn ich aber wirklich den Sinn erfassen will, muß ich alle Fälle der gesetzlichen Haftung einbeziehen, also kurz von der außervertraglichen Haftung sprechen. (*Larenz*: Wie ist es, wenn einer als Vertragsschuldner und einer als deliktischer Schuldner haftet?) - Diesen Fall würden wir noch besonders behandeln.

Lehmann: Ihre Fassung ist aber kein guter Auftakt mehr zu dem eben beschlossenen Satz. Was wir eben beschlossen haben, bedeutet einen neuen Haftungsgrund. Wir haben gesagt, daß auch den, der nur eine gefährdende Handlung vornimmt, die Ersatzpflicht trifft. Wir müssen unbedingt die Verantwortlichkeit positiv aussprechen, damit die Überleitung "Das gleiche gilt" richtig ist.

Reinhardt: Es war auch meine ursprüngliche Absicht, § 840 als Ausdruck der Gesamtschuld zu behalten und damit für die, die noch Zweifel haben sollten, ob überhaupt eine Haftung zutrifft, das als selbstverständlich vorwegzunehmen. Die Formulierung soll nicht so sein, daß man in § 840 das, was früher § 830 brachte, wiederholt. In § 840 soll man lediglich sagen, daß, wenn mehrere für denselben Schaden haften, die Form der Haftung die Gesamtschuld ist. (*Lehmann*: Dann müssen wir positiver aussprechen, daß mehrere Mittäter verantwortlich sind!) - Dann müssen wir sagen: "Eine gesamtschuldnerische Haftung trifft auch zu, wenn..."

Lehmann: "Das gleiche gilt" setzt voraus, daß wir nach dem Vorbild des § 830 sagen: Haben mehrere durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich.

Reinhardt: Dann würden wir von der Grundlinie, die wir heute morgen festgelegt haben, doch wieder entscheidend abgehen. Wir würden dann doch zu einer Formulierung des Satzes kommen, daß jeder Täter voll haftet. Dann müssen wir auch die Bezugnahme auf §§ 7 und 8 bringen.

Vors.: Ich habe keine Bedenken, den Wortlaut des § 840 in seinem ersten Teil bestehen zu lassen. Wenn ich sage "sind verantwortlich", dann zwingt mich das doch den Richter festzustellen, ob sie verantwortlich sind, und diese Verantwortlichkeit richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Lehmann: Damit bin ich einverstanden! Wenn man es aber nur auf die Ausgestaltung der Form der Haftung bezieht, dann bin ich nicht einverstanden. (*Reinhardt*: Die Verantwortlichkeit wird vorausgesetzt, und das ist nach meiner Ansicht richtig!)

Vors.: Diese wird aber nicht besonders ausgesprochen, sondern ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen. (*Reinhardt:* Wir streiten uns nur um eine elegante Formulierung!) - Wenn ich sage: "Haben mehrere durch eine unerlaubte Handlung Schaden angerichtet, so haften sie als Gesamtschuldner", dann kann ich ruhig fortfahren: "Das gleiche gilt, wenn sich nicht feststellen läßt ...".

Reinhardt: Es bleibt immer ein Schönheitsfehler der Formulierung, wenn man in der Regelung über die Art und Weise der Haftung die Frage anknüpft, ob gehaftet wird. Deshalb wollen wir vielleicht lieber der Sache nach das eine konsequent regeln und dann sehen, wie wir das andere unterbringen.

Vors.: Das kann ich nicht anerkennen. Das Entscheidende an diesem Satz ist doch, daß die Gesamtschuld nicht weggedacht werden kann in diesem zweiten Satz; denn hier wird nicht die Haftung eines allein ausgesprochen, sondern beide haften. Deshalb kann man ruhig sagen: Haben mehrere durch unerlaubte Handlung Schaden angerichtet, so haften sie als Gesamtschuldner. Das gleiche gilt, wenn sich nicht feststellen läßt ... (*Larenz:* Ich habe Bedenken gegen "durch unerlaubte Handlung!") - Da haben Sie recht! "Außervertraglich" ist auch nicht schön. Vielleicht sollte man sagen: "Haben mehrere durch eine nach Gesetz zum Schadenersatz verpflichtende Handlung ..."

Larenz: Nach meiner Auffassung ist die glatteste Lösung folgende Formulierung: "Haften mehrere für den Ersatz des gleichen Schadens, dann sind sie Gesamtschuldner."

Vors.: Ich würde die Formel vorziehen: "Haben mehrere durch eine nach Gesetz zum Ersatz verpflichtende Handlung Schaden angerichtet,..".

Larenz: Es handelt sich gar nicht um eine Haftung für Handlungen, sondern für Ereignisse, die in einem bestimmten Gefahrenkreis ihre Wurzel haben, so daß der Schuldner gar nicht gehandelt zu haben braucht.

Hueck: Ich würde zunächst auch den Rest von § 830 ganz dahingestellt sein lassen; eine Fassung dafür würde man schon finden. Wenn ich Herrn Reinhardt recht verstehe, folgt ja noch eine ganze Reihe von Sätzen.

Lehmann: Warum wollen Sie nicht sagen: "Haben mehrere durch eine zum Ersatz verpflichtende Handlung Schaden angerichtet, so ist jeder für den vollen Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn ..."

Warum sträuben wir uns zu gegen einen Satz, den wir alle anerkennen? (*Vors.:* Die Gefährdungshaftung setzt keine Verursachung voraus!)

Larenz: Sie haben jetzt aussprechen wollen: Haben mehrere den Schaden verursacht, dann haften sie. Das Ergebnis von heute vormittag, das Herr Reinhardt gewahrt sehen möchte, ist, daß man das nicht ausspricht.

Vors.: Die beste Formel scheint mir doch zu sein: "Sind mehrere für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner." (*Hueck:* Soll es für jede außervertragliche Haftung gelten?) - Vielleicht kommen wir überhaupt zu dem Ergebnis, daß wir die Vertragsverletzung hier einbeziehen.

Reinhardt: Ich würde deshalb wünschen, daß man das noch nicht präjudiziert. Die bisherige Auffassung geht ganz eindeutig dahin, daß die Vertragshaftung hier ausscheidet.

Für das Innenverhältnis spielt § 255 eine entscheidende Rolle, und deshalb ist mir das nicht ganz geheuer! - Ich wollte als ersten Punkt diesen unter Vorbehalt der Ausnahmen der vertraglichen Haftung zur Erörterung stellen. An diesen Punkt würde sich unmittelbar die Frage anlehnen, ob man bei der Ausschaltung des Falles bleiben soll, daß ein Teil nur aus Vertrag, der andere dagegen aus Gesetz haftet. Da kommt man zu Problemen der unechten Gesamtschuld und ähnlichen Fragen, für die es wesentlich wäre zu wissen, wie sich der Schuldrechtsausschuß zu diesen Dingen stellt. Jedenfalls kann man diese Fragen nur im Zuge der dort vorgesehenen Gesamtregelung lösen. Normalerweise wird darauf hingewiesen, daß, wenn der eine aus Vertrag, der andere aus unerlaubter Handlung haftet, keine Gesamtschuld besteht. Der Vertragszweck - so stellt man es sich offenbar vor - ist ein anderer als der Zweck, der durch den gesetzlichen Ausgleich hier erfüllt werden soll. Der gesetzliche Ausgleich eines Schadens, sei es aus unerlaubter Handlung, sei es aus

Gefährdungshaftung, dient einer Wiedergutmachung, die aus allgemeinen Erwägungen hier erforderlich ist, während der Vertrag einem anderen, nämlich von den Parteien beabsichtigten besonderen Zwecke dient. Das ist, glaube ich, der Grund, der die Unterschiedlichkeit hier begründet.

Larenz: Bei einem Autounfall haftet der Fahrer aus Vertragshaftung für die Beschädigung des Fahrgastes, ferner aber wie ein Dritter aus Delikt. Der Ersatz der Körperverletzung wegen unsorgsamer Ausführung der vertraglichen Obliegenheiten hat nichts mehr mit der Erfüllung des Vertrages zu tun, sondern bezweckt den Ausgleich des Schadens. Im Grunde sind die ganzen Sorgfaltspflichten aus dem Vertrage nichts anderes als allgemeine volksgenössische Pflichten, die durch das besondere Band des Vertrages noch verstärkt werden.

Reinhardt: Das läuft vielfach darauf hinaus, daß über § 255 die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangt wird. Dann kommt man zu einer Belastung eines Teils, nämlich desjenigen, der den Schaden pekziert hat. Werden der Dieb und der Entleiher in Anspruch genommen, dann haftet der Dieb aus § 823, während der Entleiher haftet, weil er seine Entleiherpflichten nicht beobachtet hat, d.h. aus Verletzung der Obhutspflicht des Vertrages. Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung treffen also zusammen. Hier sagt man, daß eine gesamtschuldnerische Haftung nicht in Frage kommt. Es handelt sich eben nicht um eine Zweckgemeinschaft zwischen diesen beiden; der Ausdruck der Zweckgemeinschaft ist erheblich präziser. Es gibt durchaus Fälle, wo man jeden aufs ganze in Anspruch nehmen kann, ohne daß eine Gesamtschuld besteht. Deshalb würde diese Formulierung nötig sein. Aus dem Gesichtspunkt der Zweckgemeinschaft kann man ersehen, daß die gewisse Zweekeinheit auch weiter das Schicksal der einzelnen Forderungen während der Dauer ihrer Existenz gegenseitig beeinflusst, während das bei dem Verhältnis Dieb und Entleiher nicht der Fall ist.

Lehmann: Wir brauchen einen Satz, in dem wir sagen, daß, wenn mehrere einen Schaden angerichtet haben, jeder gesetzlich zum vollen Ersatz verpflichtet ist. Damit muß die Regelung beginnen. Ich möchte jetzt folgendermaßen formulieren: "Werden mehrere für einen Schaden ersatzpflichtig gemacht, so ist jeder zum vollen Ersatz verpflichtet."

Larenz: Dann müssen Sie die Ausnahmen von §§ 7 und 8 wieder hereinbringen. Das wollten wir doch aber gerade nicht!

Lehmann: Es zeigt sich aber doch, daß wir sagen müssen, daß jeder grundsätzlich für den vollen Schaden haftet. Warum sollen wir das nicht sagen, wenn jeder das will?

Reinhardt: Wir haben es ja sonst gesagt, nämlich in den Grundregeln über die unerlaubte Handlung. Wenn wir es noch einmal formulieren wollen, dann doch mit dem Zusatz: den Schaden unter Berücksichtigung aller Minderungsmöglichkeiten, die vorn schon geregelt sind.

Vors.: Das wäre lediglich eine Frage der gesetzestechnischen Stellung.

Lehmann: Dann wird aber die gesamtschuldnerische Haftung zu einer wirklichen Einschränkung dieses Satzes: An sich muß jeder vollen Ersatz leisten. Nun wird im Innenverhältnis für die Zweckgemeinschaft eine innere Bindung zur gesamtschuldnerischen Haftung vorgenommen, während die Frage offen bleibt für die Fälle, in denen der eine aus anderen Gründen wieder vom anderen Ersatz verlangen kann, wo also keine Zweckgemeinschaft gegeben ist.

Vors.: Wie wollen Sie den Fall im Innenverhältnis positiv regeln? Am Schluß zu irgendeiner Formel für das Innenverhältnis, von der Sie glauben, daß sie für alle Fälle paßt?

Reinhardt: Jawohl. Ich behandelte ja dann den Fall der Haftung aus Vertrag und Delikt und gab als Beispiel Dieb und Entleiher, die eindeutig den Sinn des Satzes verraten, daß für die Vertragshaftung nicht dasselbe zu gelten hat. Ich möchte doch dabei bleiben, daß Dieb und Entleiher nicht als in einer Zweckgemeinschaft stehend zu betrachten sind. Der Dieb ist von vornherein der Primärschuldner, und das muß sich eben auch darin auswirken, daß die Regel über die gesamtschuldnerische Haftung, das Schicksal der Forderung

während ihrer Existenz, hier nicht Platz greifen kann. Dann müßte man doch dabei bleiben, daß sie hier im § 840 ausscheidet. Andererseits wird ein interessanter Fall erwähnt: wenn der Geschäftsherr aus Vertrag und der Gehilfe aus Delikt haftet, dann besteht zwischen beiden zu Lasten beider eine gesamtschuldnerische Haftung. Dieser Fall ist mir im Augenblick nicht ganz klar geworden; ich weiß nicht, wie er nun verstanden werden soll.

Vors.: Haftung des Geschäftsherrn aus § 278 und der Gehilfen aus § 823.

Reinhardt: Dann bliebe nur die Frage: Wäre das eine gesamtschuldnerische Haftung?

Lehmann: In welchen Fällen des primär angerichteten Schadens erscheint der Innenausgleich nach § 426 gerecht, mit der Maßgabe, daß sich der Schaden verteilt, wann erscheint er ungerecht? Da kann man sich nur auf den Zweck der einzelnen gesetzlichen Vorschrift berufen und sagen: hier ist das Verhältnis der beiden Schadensregeln so, daß eine nur teilweise Befreiung des einen durch die Leistung des andern als ungerecht und zweckwidrig empfunden wird. Das ist der tiefere Gedanke, der dabei zugrundeliegt. Also muß man die einzelnen Fälle durchforschen und fragen, wieweit der Gedanke dieses Innenausgleichs berechtigt ist oder nicht. Beim Dieb und der Versicherungsgesellschaft ist er sicher unberechtigt, da muß der Dieb für die ganze Sache einstehen.

Reinhardt: "Soweit innerhalb einer Gesamtschuld der Innenausgleich stattzufinden hat", insoweit geht auch die ursprüngliche Forderung mit über nach § 426.

Im übrigen scheint mir dieses Problem Vertragshaftung und Delikthaftung im Augenblick nicht völlig geklärt zu sein. Es wird in der Literatur mehr als Formel und Schema hingenommen und ist kaum wirklich durchdacht. Wir werden da noch einiges prüfen müssen im Anschluß an die Verletzung.

Schließlich wäre in diesem Zusammenhang zu erörtern, ob es bei der Regelung in § 840, 3 mit den in der Rechtsprechung gezogenen Konsequenzen bleiben soll. Das ist ja die eigenste und am meisten akute Frage des § 840. Da sollte man von der Entscheidung des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre mit dem Eisenbahnfall radikal abgehen, damit sich immer deutlicher eine ganz grundlegende Erkenntnis durchsetzt: daß nämlich dieses Innenverhältnis in allen Fällen total beherrscht sein muß von dem Grundgedanken des § 254. Statt all dieser Zwischenregelungen - vielleicht mit Ausnahme von Abs. 2 -, statt § 840, 3 und der weiteren Zwischenregelungen sollte man also einfach eine Formel wählen, wonach für das Innenverhältnis das Maß des Verschuldens und der Verursachung entscheidend ist, eventuell, indem man einen Akzent legt auf den schuldhaft handelnden Teil, aber nicht ausschließlich, sondern nur mit betont.

Das Ergebnis wäre also: § 840 könnte mit entsprechender Verbesserung in Abs. 1 bestehen bleiben, wo also die Grundregel über die Gesamtschuld ausgesprochen wird. Offen bleibt vorläufig die Frage Vertrag und Nichtvertrag. Für Abs. 2 könnte man auch noch bei dieser Formulierung bleiben; es haben sich auch wohl kaum Schwierigkeiten ergeben. Bei Abs. 3 schlage ich also vor eine ganz grundlegende Berücksichtigung des Grundgedankens von § 254 ohne die hier gegebene Spezialregelung, vielleicht mit der Spezialregelung, daß der schuldhaft Handelnde den größeren Teil zu tragen hat. Abs. 2 würde ich lassen, ebenso § 840. (??)

Vors.: Wenn Sie Abs. 2 lassen, würde zweifellos der Lehmann'sche Fall der Haftung aus Vertrag bei der Gehilfenhaftung nach § 278 genau so zu behandeln sein. Der Gedanke wäre doch der: man muß unterscheiden Primärhaftung und Sekundärhaftung. Wenn ich für einen anderen hafte, für die Tat, die an sich die eines andern ist, ich aber dafür einstehen muß, dann trifft im Innenverhältnis der Schaden den Handelnden und nicht den Geschäftsherrn. Das ist doch ein allgemeiner Grundsatz. Ob man soweit gehen kann, ihn auf das Entleiherbeispiel anzuwenden, ist zweifelhaft. Auch dann könnte man sagen: das Primäre ist die Tat des Diebes; die habe ich zwar durch meine Leichtfertigkeit ermöglicht, indem ich fahrlässig meine Obhutspflicht verletzt habe, aber das ist etwas Sekundäres. Ich hafte gewissermaßen für die Tat des Diebes, obwohl das dogmatisch nicht ganz sauber ist. Dann käme man zu dem Ergebnis: der Schaden bleibt auf dem eigentlichen Täter sitzen. Ob man das in einer zusammenfassenden Formulierung geben kann, ist mir auch noch zweifelhaft.

Grundsätzlich kommt es im Innenverhältnis auf die überwiegende Verursachung und das überwiegende Verschulden an. (*Larenz*: Das Verschulden des Diebes ist ungemein überwiegend!) - Fragt sich nur, ob man es allein damit machen kann. (*Larenz*: Außerdem ist auch die Schwere der Rechtswidrigkeit zu beachten.) - Es ist der Fall des § 831: den Geschäftsherrn trifft ein starkes Verschulden, das ihn auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts schon nach § 823 haftbar machen würde. (*Larenz*: Ich würde beide Gedanken sondern: einmal das Verhältnis des Geschäftsherrn, dann das Verhältnis des Gehilfen.) - Selbst das könnte unter dem Gesichtspunkt des Überwiegens des Verschuldens zweifelhaft sein!

Hueck: Ich habe immer noch Zweifel, ob wir daran festhalten sollen. Nehmen Sie an, der Geschäftsherr hatte die nötigen Weisungen zu erteilen und hatte stark schuldhaft gehandelt. Da wird man auch heute aus dem Innenverhältnis zu der Idee kommen müssen, daß nicht nur den Mitarbeiter, sondern auch den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft. Ich würde alles nach dem etwas besser gefaßten § 254 ausrichten.

Vors.: Es spricht manches dafür, diese Formel versuchsweise auf alle Fälle anzuwenden.

Lehmann: Ich würde diese Formel des Abs. 3 ganz generell anwenden. Die Lösung des Abs. 2 scheint mir furchtbar schematisch. In der heutigen Zeit muß der Geschäftsherr manchmal einen Arbeiter schicken, von dem er sich eigentlich sagen müßte: der wird es vielleicht doch nicht ganz richtig machen, und der macht es dann auch prompt falsch. Nun soll er in Innenverhältnis allein für den Schaden aufkommen? (*Reinhardt*: Darauf würde ich gar kein Gewicht legen. Ich bin da durchaus zugänglich.) - Ich würde mit einer ganz weiten Formel "überwiegendes Verschulden" die sämtlichen Fälle erledigen. Dann überläßt man das dem Richter. (*Reinhardt*: Es war auch mehr ein Gedanke des Augenblicks.) - Alle modernen Gesetze durchbrechen diese Grundsätze des Abs. 3, weil sie so furchtbar schematisch sind. Wir müssen davon abkommen.

Reinhardt: Ich lege nicht den geringsten Wert darauf, den § 840, 2 zu verteidigen.

Vors.: Wenn wir nun Herrn Lehmann folgen: Welche rechtspolitischen Gründe bestehen dann, das nicht in jedem Falle als Gesamtschuld zu bezeichnen?

Lehmann: Sobald wir diesen weichen Begriff für das Innenverhältnis nehmen, fallen die Bedenken weg, die sich bisher gegen die schematische Übertragung der Gesamtschuld-Ausgleichsbestimmungen auf alle Fälle mehrfacher Haftung für den gleichen Schaden ergaben; denn diese teilweise Befreiung des einen, der eigentlich den ganzen Schaden tragen müßte, war eben das, was für die Fälle des Diebs und der Versicherungsgesellschaft gar nicht paßt. Kommen wir zu einer weiten weicherzigen Formel, dann könnten wir vielleicht von dieser Verengung der Gesamtschuldregelung auf die Fälle der Zweckgemeinschaft Abstand nehmen.

Larenz: Ich habe dasselbe ja schon mehrfach ausgeführt. Wir haben bisher schon die Fälle nach § 840, wo wir von Gesamtschuld sprechen und wo doch im Innenverhältnis der eine allein haften kann. Es hat also bisher schon solche Fälle gegeben, in denen der eine nicht frei wird, wenn der andere leistet, weil die Regelung im Innenverhältnis dem entgegensteht. Wenn wir also von der Gesamtschuld loskommen wollen, müssen wir immer dort davon sprechen, wo mehrere auf den ganzen Betrag haften, und dann sagen: Regelung im Innenverhältnis grundsätzlich nach § 426. Aber in sehr vielen Fällen ist es anders, und wenn es anders ist, wenn also einer den Schaden allein trägt, modifiziert das ohne weiteres auch den Grundsatz, daß der eine frei wird durch die Leistung des andern. Das gehört gar nicht wesentlich zu dem Begriff der Gesamtschuld.

Hueck: Nur die eine Bestimmung über den Gläubigerverzug!

Lehmann: Der springende Punkt ist doch der, den Schadensausgleich im Innern unter eine gerechte Regelung zu stellen. Die Theorie könnte weiterhin untersuchen, ob die Regel der Gesamtschuld nun doch nicht auf alle Fälle paßt, in denen wir diesen Innenausgleich des Schadens unter diese Regel gestellt haben, ob also nicht doch noch

eineunechte Gesamtschuld bleiben würde. Das brauchen aber wir hier nicht zu entscheiden.

Hueck: Diese "echte" und "unechte" Gesamtschuld ist mir immer unsympathisch gewesen, also dieses Gemeinschaftsverhältnis zwischen mehreren Deliktsschuldern. Daß die einen da gewisse Vorzüge bekommen sollen wegen ihres Gemeinschaftsverhältnisses, sehe ich nicht ein. Wenn man sich die Bestimmungen über die Gesamtschuld ansieht, dann geht es doch einmal um die Erfüllung. Es kommt darauf an, was die Vertragsschließenden gewollt haben. Es bleibt also nur der Gläubigerverzug. Alle anderen Tatsachen wirken nur gegenüber dem einzelnen Schuldner.

Larenz: Es heißt ja auch: "... von jedem der Schuldner verlangen kann." Was weiter hinzukommt, das kann eben je nach Art des Falles verschieden geregelt sein.

Vors.: Wie würde sich das zu § 255 verhalten, wenn wir hier nicht eine feste Formel für den Ausgleich im Innenverhältnis schaffen? (*Larenz:* Der müßte aufgehen in der Formel von Herrn Reinhardt.) - Also im Innenverhältnis ein neu entstehender selbständiger Anspruch, und eine Bestimmung, daß niemals der primäre Anspruch übergeht.

Reinhardt: Wenn der nach dem Vertrag Haftende, dieser Entleiher, zahlt, dann ist es eine *cessio legis*, dann geht das in Höhe seiner Zahlung kraft Gesamtschuld auf ihn über.

Vors.: Ich meine so: er verlangt nach § 255 Abtretung des Anspruchs des Eigentümers gegen den Dieb. (*Larenz:* Das braucht er nicht.) - Das kann er nicht mehr und braucht er nicht. Würde ihn das irgendwie benachteiligen?

Reinhardt: Genau so wie heute im Versicherungsrecht. Da wird eine *cessio legis* ausgesprochen. (*Vors.:* Die wollen wir lediglich auf den Ausgleich im Innenverhältnis haben.) - Entsprechend dem Ausgleich des Innenverhältnisses geht die Forderung über.

Vors.: Nur wenn er zahlt? (*Larenz:* Wenn einer zahlt, geht insoweit der Anspruch über.) - Er sagt also: Ich zahle erst, wenn Du mir deinen Anspruch abtrittst. Das würde wegfallen? (*Reinhardt:* Weil es gar nicht nötig wäre!) - Wo steht das, daß der Anspruch übergeht? (*Hueck* und *Reinhardt:* § 426, 2.- *Lehmann:* Das wird viel großzügiger!)

Reinhardt: Und diese sicherlich unerquickliche These von dem gemeinsamen Zweck? (*Lehmann:* Es war ja nur eine Notbrücke!)

Hueck: Es darf dann nur nicht in dem Ausschuß, der über Gläubiger und Schuldner berät, das Gegenteil beschlossen werden!

Vors.: Ich habe versucht, diesen ersten Satz noch einmal anders zu formulieren: Haben mehrere einen Schaden herbeigeführt oder haften sie nach Gesetz für ihn, so haftet jeder für den ganzen Schaden. (Gesamtschuldnerische Haftung.) - (*Reinhardt:* Warum diese beiden Formulierungen?) - Weil Herr Larenz meint, die Gefährdungshaftung müsse noch dabei sein.

Reinhardt: Wir würden einfach sagen: Sind mehrere für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner. - Dann ist die Schwierigkeit mit der außervertraglichen Haftung ausgefallen. Sobald man sich auf den Standpunkt stellt, daß man vertragliche Haftung mit einbezieht, wäre überhaupt nicht mehr darauf einzugehen.

Vors.: Können wir denn dann den nächsten Satz anfügen: "Das Gleiche gilt ..."?

Reinhardt: Da bliebe allerdings zu fragen, ob man nicht nach der Richtung des § 904, wie Herr Hueck schon erwähnte, eine Einschränkung machen müßte. Ich glaube es nicht, aber man müßte es erwägen.

Hueck: Wenn Sie den allgemeinen § 254 so fassen, dann kann nichts passieren.

Reinhardt: Ich würde also sagen: Sind mehrere für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner. - Für das Innenverhältnis wäre dann lediglich zu sagen: Im Verhältnis zueinander bestimmt sich die Verpflichtung zum Ersatz, - oder man könnte auch sagen: Im Innenverhältnis hängt die Verpflichtung zum Ersatz von den Umständen ab, (*Vors.:* "Nach den Umständen" ist zu farblos.) insbesondere davon, wieweit der Schaden von dem einen oder andern Teil verursacht oder verschuldet worden ist.

Lehmann: Dann käme allerdings noch die Zweckbestimmung des Gesetzes, aus der die einzelnen Vorschriften etwas deduzieren. (*Vors.:* Das würde ich auch für richtig halten.) Wir müßten also sagen: "Im Verhältnis zueinander bestimmt sich die Ersatzpflicht danach,

wie weit der Schaden von dem einen oder andern überwiegend verursacht und verschuldet ist und nach dem Zweck des die Haftung aussprechenden Rechtssatzes." (*Larenz*: Und die *cessio legis*?) - Die könnte man auch noch hereinsetzen.

Hueck: Könnte man nicht das Verschulden gegenüber dem Verursachen stärker betonen? Mindestens würde ich es voranstellen.

Arnold: Das Bedenken besteht auch für § 254, wo die Verursachung in den Vordergrund gestellt ist, während es meist umgekehrt sein könnte. Durch diesen Zusatz wird die Sache wieder etwas ins Nebelhafte gerückt. (*Lehmann*: Das wollen Sie!) - Nein, weil Ihnen das theoretisch so paßt! Wie sich das nachher in der Praxis auswirkt, ist Ihnen anscheinend ziemlich gleichgültig. Ehe ich solche allgemeinen nebelhaften Wendungen verwende, sehe ich mir doch die einzelnen Tatbestände an. Wie weit die Gleichstellung des Vertrages mit der unerlaubten Handlung auf diesem Gebiet mit den Ergebnissen der Praxis vereinbar ist, vermag ich im Augenblick noch nicht zu übersehen; ich habe mir die Fälle, in denen bisher gerade die vertragliche Haftung aus diesen Vorschriften ausgeschlossen ist, so genau nicht angesehen und kann mich infolgedessen auch nicht ohne weiteres für diese Gleichstellung aussprechen. Diese Hinzufügung mit dem Zweck des Gesetzes scheint mir allerdings etwas sehr bedenklich.

Lehmann: Aber die Literatur über die unechte Gesamtschuld ist doch das Scheußlichste vom Scheußlichen. Wenn man überhaupt zu einer vernünftigen Lösung kommen will, ist man genötigt, auf den Zweck der Rechtsvorschriften abzustellen und im Hinblick auf den Zweck und die Umstände der Sachlage zu prüfen, wie weit die Anwendbarkeit der Sätze über die Gesamtschuld erträglich ist. Für den Fall, daß sie unerträglich ist, würde es zu zweckwidrigen Ergebnissen führen. Wo die Gesamtschuld-Behandlung direkt zweckwidrig ist, bildet man den Begriff der unechten Gesamtschuld, um sie freizustellen von dieser zweckwidrigen Anwendung der Gesamtschuld- Grundsätze. Was wir heute machen, ist nichts anderes als eine solche Zweckforschung. Deshalb ist es viel richtiger, dem Richter offen die Befugnis zu geben, im Hinblick auf die Gesetzeszwecke und nach dem Vorliegen von Verursachung und Verschuldung die Begriffe von Gesamtschuld und die Regeln darüber festzubinden. Ich will hier gar nicht etwa reine Willkür befördern, sondern den Richter von der Bindung durch diese Begriffe befreien, über die er sich doch mit einer Art von Vergewaltigung hinwegsetzen müßte, um zu einem vernünftigen Ergebnis zu kommen.

Vors.: Wäre denn in der Praxis der eben beschlossene Absatz häufig durchzuführen, daß also der Schaden auf dem eigentlichen Täter sitzen bleibt, oder wird das nicht meist im Verhältnis 50 zu 50 gemacht? § 254 wird in der Praxis doch vielfach dazu führen, daß der Schaden geteilt wird je nach dem Überwiegen beim einen oder andern, entweder § 831 oder § 278: der Geschäftsherr haftet; es trifft ihn ein gewisses, wenn auch leichtes Verschulden in seinen Anweisungen an den Gehilfen. Wenn der Gehilfe grob fahrlässig gehandelt hat, könnte der Richter sagen: Der Gehilfe haftet zu 80%, der Geschäftsherr zu 20%. - Ist das die Meinung, oder würden Sie im Einzelfall bei Haftung aus diesem Paragraphen allein den Gehilfen belasten?

Lehmann: Ich kann gar keine Regelfälle anerkennen. Bei dem Verhältnis Versicherungsgesellschaft und Dieb kann bei unbefangenen Empfinden kein Zweifel sein: der Dieb muß für den ganzen Schaden aufkommen. Wenn aber ein Unternehmer einen zweifelhaften Gehilfen für eine kritische Arbeit auswählt und der nun einen Schaden anrichtet, dann scheint es mir unter Umständen ganz richtig, zu fragen: Wer hat die Hauptschuld und infolgedessen im Innenverhältnis den Hauptschaden zu tragen? (*Vors.*: Sie würden also in vielen Fällen den Schaden verteilen?) - In manchen Fällen ja.

Hueck: Ich finde, die Bedenken von Herrn Reichsgerichtsrat Arnold sind nicht von der Hand zu weisen. Es gibt eine größere Unsicherheit, wenn wir diese allgemeine Formel nehmen: nach dem Zweck des die Haftung aussprechenden Rechtssatzes. Damit sagen wir an sich gar nichts, denn es muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden: welchen Zweck verfolgt der Rechtssatz? Da könnten dann zunächst sehr verschiedene Ansichten

aufzutreten. Der eine sagt: Das Grundprinzip ist die Verschuldungshaftung, das Verschulden muß also in erster Linie berücksichtigt werden, der andere, der nicht selbst Auto fährt, wird den Zweck dieser Bestimmung des Kraftfahrzeuggesetzes darin sehen: die Brüder, die diese Gefahr mit sich bringen, haften in erster Linie! Es kann also bei jeder einzelnen Bestimmung sehr zweifelhaft sein, welches der Hauptzweck ist. Natürlich gibt es auch Fälle, wo es ganz klar ist.

Lehmann: Wenn der Versicherte sich mit seiner Prämie den Versicherungsschutz erkaufte, so soll dieser Schutz nur ihn decken. Er hat in keiner Weise beabsichtigt, etwa den Dieb von der Haftung freizustellen!

Hueck: Dazu brauchen wir auch diese Bestimmung nicht: die Versicherungsgesellschaft hat weder verschuldet noch verursacht. Es ist also eine sehr vage Formel. Ich weiß nicht, ob man sie irgendetwas schärfer fassen könnte. Mir würde es nahe liegen, das Verschulden noch näher in den Vordergrund zu rücken, so daß das andere mehr als Ausnahme erscheint. Das ist auch der Sinn des § 840 gewesen, wonach der bloß die Gefährdung Verursachende erst subsidiär haften soll hinter dem, den das Verschulden trifft.

Vors.: Es könnte jemand auf die Idee kommen zu sagen: zwar soll grundsätzlich die überwiegende Verursachung oder das überwiegende Verschulden maßgebend sein, aber nach § 831 und § 278, in denen immer für den anderen gehaftet wird, ist es doch der Sinn des Gesetzes, daß der Täter primär haftet. Man könnte mit dieser Argumentation an dem heutigen § 840, 2 festhalten. Sie müßten eigentlich einen Fall nennen, in dem der Zweck des die Haftung aussprechenden Rechtssatzes etwas anderes ergibt als jene Bestimmung vom Überwiegen des Verschuldens oder der Verursachung. Solange Sie das nicht können, ist der Satz eigentlich überflüssig.

Lehmann: Dann würde ich sagen: "Soweit sich die alleinige Verantwortlichkeit des eigentlichen Täters nicht aus dem Zweck der Haftungsnorm ergibt, sondern nach den Gesamtumständen gerecht erscheint."

Arnold: Ich würde den Zusatz an sich nicht für zweckmäßig halten. Der Fall, daß bei überwiegendem Verschulden dem einen Teil der ganze Schaden auferlegt wird, dem anderen nichts, ist verhältnismäßig selten. Das kann ich aus meiner Erfahrung heraus sagen. Der Richter entschließt sich eher, die Verantwortung abzuwälzen und den Schaden zu teilen. Das ist an sich keine sehr erwünschte Entwicklung. Wenn Sie aber diese Bestimmung so fassen, müssen wir damit rechnen, daß in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine Teilung stattfindet und nicht eine Belastung des einen mit dem ganzen Schaden.

Noch eine allgemeine Bemerkung bezüglich der Vertragshaftung. Ich kann da heute die Sachlage nicht ganz übersehen. Aber die bisherige Behandlung des Vertrags hatte ja doch nicht bloß den vorhin erhobenen Gesichtspunkt zum Gegenstand: wer sie überwindet, schafft eine ganz besondere Grundlage. Nun kann doch der Vertrag aber verschiedensten Inhalt haben. Die Fernhaftung wird zum Teil auch ausgeschlossen. Die Bestimmungen können so vielseitig sein, daß ich mir im Augenblick noch kein Bild darüber machen kann, ob diese Gleichstellung so ganz unbedenklich ist. Ich würde also wenigstens darum bitten, daß wir später noch einmal auf diesen Punkt zurückkommen, daß vor allem dann nicht der Einwand erhoben wird, die Sache sei schon genug besprochen worden.

Lehmann: Wie würden Sie zu folgender Fassung stehen: "Soweit nicht die alleinige Verantwortlichkeit eines der Beteiligten dem Zweck der Haftungsvorschriften entspricht"? Dann würde der Fall des Diebes zweifellos dadurch gedeckt werden. Die Praxis könnte dann prüfen, ob es noch andere Fälle gibt, wo man sagen kann: dem Zweck entspricht die alleinige Verantwortlichkeit eines der Beteiligten.

Arnold: Es wird also zu einer Unbekannten noch eine weitere hinzugefügt. Mit den §§ 254 BGB und 17 des Kraftfahrzeuggesetzes ist die Sache an sich schon unsicher. Ich würde in dem hier erwähnten Fall Angestellter und Geschäftsherr glatt annehmen: der Zweck des Gesetzes erfordert, daß der Angestellte den Schaden trägt. Wenn das nicht der

Fall wäre, also dieser Zusatz nicht vorhanden wäre, könnte ich durchaus teilen und einen gewissen Schaden beim Geschäftsherrn lassen.

Vors.: Ich habe noch gewisse Bedenken bei dem Fall des Entleihers. Wenn ich etwas entliehen habe - oder auch der entgeltliche Verwahrer, der für jede Fahrlässigkeit haftet - und es trifft mich eine leichte Fahrlässigkeit, dann soll ich, wenn ein Einbruchsdiebstahl begangen wird, von dem Dieb nicht 100 Mark Schaden ersetzt verlangen können, da soll sich der Dieb auf eine solche Bestimmung berufen können? Da könnte doch jemand auch zu dem Ergebnis kommen, den Schaden im Verhältnis 80 zu 20 zu teilen. Könnten wir nicht etwas über Vorsatz sagen?

Lehmann: Wenn Sie den Zweck der beiden Vorschriften vergleichen, würden Sie sofort sagen, daß sie keinesfalls bezwecken, den Dieb freizustellen.

Hueck: Das Beispiel paßt nicht. Der Dieb haftet doch dem Entleiher ohnehin schon für den Schaden, ganz abgesehen von der gesamtschuldnerischen Haftung. Daß jemand auf die Idee kommen könnte, hier nicht etwa hundertprozentig Schadenersatz gegenüber dem Dieb zu geben, ist mir zweifelhaft.

Vors.: Wir haben ja den Versuch von Schmelzeisen, dem Heck und andere beigetreten sind: wenn jemand grob fahrlässig nicht dafür sorgt, daß seine Sache gut bewacht wird, dann ist die Sache nicht abhanden gekommen, wenn sie gestohlen wird. So etwas liegt immer in der Luft, dieser Versuch, dem einen eine besondere Obhutspflicht aufzuerlegen. (*Hueck:* Aber nicht zugunsten des Diebes!) - Wenn die Herren der Meinung sind, daß das so selbstverständlich ist, brauchen wir es natürlich nicht aufzunehmen.

Reinhardt: In diesem Fall des Diebes scheint es überhaupt schon absurd, die Frage nach einem Ausgleich zu stellen. Das ist wohl der tiefere Grund, weshalb man bisher gesagt hat: Solche Fälle können überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkt einer Gesamtschuld gesehen werden, weil es ja an jeder Möglichkeit zu einem solchen Gedanken fehlt. Das führt dann wieder zurück zu der Grundfrage, ob man das wirklich so leicht machen kann, indem wir dann die Konsequenz ziehen. Es wird doch vermittels des überwiegenden Verschuldens soweit konstruiert, daß wir hier keinen Ausgleich nötig haben.

Vors.: Mit der Vertragsverletzung hat das nichts zu tun; es ist lediglich eine Frage der Abwägung des Verschuldens. Natürlich trifft den Dieb die Hauptschuld. Das Bedenken brauchen wir also nicht daraus herzuleiten, denn das würde genau so bei unerlaubter Handlung gelten.

Larenz: Wir können ja einmal die Probe machen: die Sache wird beim Entleiher nicht gestohlen, sondern durch einen Dritten fahrlässig beschädigt. Der Entleiher hat das fahrlässig mit ermöglicht. (*Hueck:* Da würde man auch heute § 254 nehmen.) - Dann spricht das dafür, die vertragliche Haftung mit einzubeziehen. (*Reinhardt:* Wenn er das selbst mit ermöglicht hat, liegt darin auch eine Deliktshaftung.) - Eben durch Verletzung seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht.

Reinhardt: Wenn wir aus der Vertragspflicht eine allgemeine Sorgfaltspflicht ableiten, kämen wir ja zu einer deliktischen Haftung. Dann wäre das Prinzip gewahrt. Aber ich möchte noch ein Gegenbeispiel bringen: Es transportiert jemand einen anderen auf einem Handwagen und verpflichtet sich zur Haftung auch für Zufall. Nun kommt ein Autobus, fährt dagegen; es gibt einen Unfall. Der Autobusinhaver haftet entweder nach dem Kraftfahrzeuggesetz oder aus Verschulden. Der Vertragspartner, der den Transport übernommen hat, haftet aus Vertrag. Wie steht es nun mit diesem Verhältnis der beiden Teile zueinander? Hat der Autobusinhaver ein Recht, daraus, daß der andere aus Vertrag haftet, nun irgendwelche Vorteile für sich zu ziehen, also überhaupt die Frage des Ausgleichs zu diskutieren? Meiner Ansicht nach nicht.

Hueck: Selbstverständlich. Es liegt weder Verschulden noch Verursachen vor, genau so wie bei der Versicherung, nur ist hier der Partner keine Versicherungsgesellschaft.

Larenz: Der Unterschied liegt innerhalb des Kreises der Vertragshaftung: ob jemand garantiert wie die Versicherungsgesellschaft, oder ob jemand haftet wegen Verletzung