

Konkretisierung der deliktsrechtlichen Generalklauseln

Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des französischen, polnischen, schweizerischen und spanischen Rechts

Universitätsverlag Osnabrück



unipress

Schriften zum
Internationalen Privatrecht
und zur Rechtsvergleichung

Band 45

Herausgegeben im
European Legal Studies Institute /
Institut für Europäische Rechtswissenschaft /
Institut pour le droit en Europe
der Universität Osnabrück

von

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar, FBA, MAE,
Professor Dr. Christoph Busch,
Professor Dr. Hans Schulte-Nölke, MAE, und
Professor Dr. Dr. h. c. Fryderyk Zoll

Piotr Kwiatkowski

Konkretisierung der deliktsrechtlichen Generalklauseln

Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel
des französischen, polnischen, schweizerischen und
spanischen Rechts

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück

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

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück
erscheinen bei V & R unipress.**

© 2020, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-7041
ISBN 978-3-8470-1040-1

Inhalt

Danksagung	13
Abkürzungsverzeichnis	15
Einführung	19
§ 1 Problemstellung	19
§ 2 Methode	23
I. Kritik der funktionalistischen Orthodoxie	23
II. Unbrauchbarkeit des Funktionalismus für die Untersuchung der Systembildung	24
III. Negative Rechtsvergleichung	25
1. Systematischer Ansatz	26
2. Kritischer Ansatz	26
IV. Grenzen der Untersuchung	28
1. Begrenzung der Untersuchung auf die Generalklauseln der Haftung für eigenes Fehlverhalten	28
2. Begründung der Länderauswahl	28
§ 3 Deliktsrechtliche Generalklauseln	30
I. Begriff der Generalklausel	30
II. Die Generalklausel als Grundnorm des Deliktsrechts	32
III. Formulierung von deliktsrechtlichen Generalklauseln	33
1. Typische Generalklauseln	34
a) Code civil	34
b) Código civil	36
c) Polnisches ZGB	37
2. Untypische Generalklauseln	38
3. Generalklauseln in Entwürfen eines gemeineuropäischen Deliktsrechts?	40
a) Grundnorm der PETL	41
b) Grundnorm des DCFR	41

Erster Teil: Traditionelle Systembildung	43
§ 4 Verschulden	44
I. Begriff des Verschuldens	45
1. Verschuldensdimensionen	45
a) Verschulden als Fehlverhalten	46
b) Verschulden als Pflichtverletzung	47
c) Verschulden als Urteil über ein Verhalten	49
d) Zusammenspiel der Dimensionen	51
2. Verschuldenselemente	52
a) Moralisches Element	52
b) Materielles Element	53
c) Normatives Element	54
II. Bedeutung des Verschuldens für die Haftungseingrenzung in den einzelnen Rechtsordnungen	55
1. Verschulden als zentrales Mittel der Haftungseingrenzung (Frankreich)	55
2. Vermeintlicher Bedeutungsrückgang des Verschuldens (Spanien)	56
3. Bedeutungsrückgang des Verschuldens (Polen)	59
4. Verschulden im Schatten der Rechtswidrigkeit (Schweiz)	60
III. Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens	60
1. Urteilsfähigkeit	62
a) Unerheblichkeit der Urteilsunfähigkeit	62
b) Starre Grenzen der Urteilsunfähigkeit	63
c) Relative Grenzen der Urteilsunfähigkeit	63
2. »Objektiver« Maßstab – » <i>appréciation in abstracto</i> «	66
a) Verletzung einer geschriebenen Norm	66
b) Verletzung der erforderlichen Sorgfalt	68
aa) Bonus pater familias	68
bb) Konkretisierung	71
c) Verletzung eines subjektiven Rechts	78
3. »Subjektiver« Maßstab – » <i>appréciation in concreto</i> «	78
4. Vorwerfbarkeit des objektiven Verschuldens	79
a) Vorhersehbarkeit	80
b) Möglichkeit der Schadensvermeidung	82
c) Wahrscheinlichkeit und Ausmaß des Schadens	84
d) Andere Kriterien	84
5. Verschuldensgrad	84
IV. Zwischenergebnis	85
§ 5 Rechtswidrigkeit	86
I. Begriff der Rechtswidrigkeit	86

II.	Bedeutung der Rechtswidrigkeit für die Haftungseingrenzung in den einzelnen Rechtsordnungen	88
1.	Rechtswidrigkeit als eigenständige Voraussetzung	88
2.	Rechtswidrigkeit als eine negative Voraussetzung	92
3.	Rechtswidrigkeit als keine eigenständige Voraussetzung	94
III.	Theorien der Rechtswidrigkeit	96
1.	Erfolgsunrecht	97
2.	Handlungsunrecht	100
a)	Bedeutung des Grundsatzes <i>neminem laedere</i>	101
aa)	Normenquelle	101
bb)	Programmnorm	104
cc)	Keine Bedeutung	106
b)	Gesetzesverstoß	107
c)	Verstoß gegen andere Normen	108
aa)	Liberaler polnischer Normenkatalog	108
bb)	Restriktiver schweizerischer Normenkatalog	111
cc)	Vorschlag zur Liberalisierung des schweizerischen Normenkatalogs	115
3.	Gemischte Theorien	116
4.	Relative Rechtswidrigkeit	120
IV.	Zwischenergebnis	124
§ 6	Kausalität	124
I.	Begriff der Kausalität	125
II.	Bedeutung der Kausalität für die Haftungseingrenzung in den einzelnen Rechtsordnungen	128
1.	Kausalität als das zentrale Mittel der Haftungseingrenzung (Polen)	128
2.	Verlagerung einiger Kausalitätsfragen in die Rechtswidrigkeit (Schweiz)	129
3.	Bedeutungsrückgang der Kausalität (Spanien)	129
4.	Begrenzte Bedeutung durch eine sehr liberale Auffassung der Kausalität (Frankreich)	130
III.	Kriterien der juristischen Kausalität	132
1.	Adäquanz	133
a)	Übernahme der Adäquanztheorie in den einzelnen Rechtsordnungen	134
b)	Unterschiede in der Formulierung des Adäquanztests	136
aa)	Die traditionelle Adäquanz (Spanien)	137
bb)	Normalität einer Folge (Polen)	139
cc)	Geeignetheit einer Ursache (Schweiz)	141
2.	Schutzzweck der Norm	143

3. Vorhersehbarkeit	144
4. Sachliche, zeitliche oder räumliche Nähe	147
5. Richterliches Ermessen	150
6. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs	152
IV. Zwischenergebnis	154
§ 7 Schaden	155
I. Begriff des Schadens	155
1. Der Schaden als juristischer Begriff	155
a) Juristischer Schaden (<i>préjudice</i>)	156
b) Rechtlich relevanter Schaden	158
c) Normativer Schaden	161
2. Schadensdimensionen	162
a) Unterscheidung zwischen der Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung	162
b) Schaden als Begriff der Haftungsbegründung (Rechtsgutverletzung)	163
aa) Frankreich	164
bb) Spanien	166
cc) Polen	167
c) Schaden als Begriff der Haftungsausfüllung	168
aa) Schweiz	169
bb) Spanien	169
cc) Polen	170
II. Bedeutung des Schadens für die Haftungseingrenzung in den einzelnen Rechtsordnungen	171
1. Schaden als wichtiges Mittel der Haftungseingrenzung (Frankreich)	171
2. Geringe Bedeutung des Schadens für die Haftungseingrenzung (Polen, Schweiz, Spanien)	172
III. Schadensmerkmale	172
1. Direkter Charakter des Schadens (<i>dommage direct</i>)	174
a) Dritt- bzw. Reflexschaden	175
b) <i>Causa proxima</i>	178
c) Folgeschaden und mittelbarer Schaden	179
2. Gewissheit des Schadens (<i>dommage certain</i>)	180
a) Hauptkriterium im französischen Recht	180
b) <i>Perte d'une chance</i> als Hauptanwendungsfall	181
3. Persönlicher Charakter des Schadens	184
4. Unfreiwilligkeit des Schadens	184
IV. Zwischenergebnis	185

Zweiter Teil: Vorschläge zur modernen Systembildung	187
§ 8 Vom Scheitern der traditionellen Systembildung	188
I. Zur Subsumtionsfähigkeit der einzelnen Generalklauseln	188
1. Annahmen der Subsumtionstechnik	189
2. Subsumtionsunfähigkeit der französischen Generalklausel	190
3. Versuche andere Generalklauseln subsumierbar zu machen	192
II. Begrenzte Leistungsfähigkeit der Subsumtionstechnik gemessen an den Aufgaben des juristischen Systems	194
1. Überschneidungen zwischen den Voraussetzungen als Beweis der gescheiterten Einordnung	196
a) Verschulden und Rechtswidrigkeit	197
b) Verschulden und Kausalität	198
c) Verschulden und Schaden	201
d) Schaden und Kausalität	202
e) Schaden und Rechtswidrigkeit	203
f) Kausalität und Rechtswidrigkeit	205
2. Fehlende Verdeutlichung des Gerechtigkeitsgehalts durch die abstrakt-allgemeinen Voraussetzungen	206
a) Verschulden	208
b) Rechtswidrigkeit	210
c) Kausalität	211
d) Schaden	212
3. Fehlendes Lösungspotenzial bezüglich der weiteren Probleme	213
III. Zwischenergebnis	213
§ 9 Reformentwürfe	214
I. Nationale Reformentwürfe	214
1. Frankreich	215
2. Polen	216
3. Schweiz	216
4. Spanien	217
5. Die Rolle der traditionellen Haftungsvoraussetzungen	218
a) Verschulden	218
aa) Frankreich	218
bb) Schweiz	219
cc) Spanien	220
dd) Polen	221
b) Rechtswidrigkeit	221
aa) Schweiz	222
bb) Frankreich	223
cc) Polen	224

dd) Spanien	225
c) Kausalität	225
aa) Frankreich	225
bb) Polen	226
cc) Schweiz	226
dd) Spanien	226
d) Schaden	227
aa) Schweiz	227
bb) Frankreich	227
cc) Polen	228
dd) Spanien	229
II. Harmonisierungsentwürfe	229
1. Terminologie	230
a) DCFR	230
b) PETL	231
2. Systembildung	231
a) DCFR	232
b) PETL	232
3. Die Rolle der traditionellen Haftungsvoraussetzungen	233
a) Verschulden	233
aa) PETL	233
bb) DCFR	234
b) Rechtswidrigkeit	235
aa) DCFR	235
bb) PETL	235
c) Kausalität	236
aa) PETL	236
bb) DCFR	237
d) Schaden	238
aa) DCFR	238
bb) PETL	239
III. Zwischenergebnis	240
§ 10 Vorschläge für eine leistungsfähigere Systembildung	241
I. Die Grundnorm als bewegliches System	242
1. Das bewegliche System	242
a) Gesamtbetrachtung der Zurechnungskriterien	243
b) Die Rolle des Richters	245
c) Kritik	246
2. Bewegliche Denkweise im Deliktsrecht	247
3. Beweglichkeit der Grundnorm	248
4. Zurechnungskriterien	249

5. Bewegliche Denkweise in den untersuchten Rechtsordnungen	250
a) Objektive Zurechnung (Spanien)	251
b) Vorgeschlagene Beweglichkeit der Rechtswidrigkeit (Schweiz)	256
c) Verdeckte Beweglichkeit der Kausalität (Polen)	257
d) Verdeckte Beweglichkeit des Verschuldens (Frankreich)	259
6. Zwischenergebnis	260
II. Bildung von Einzelatbeständen anhand der rechtlichen Strukturtypen	260
1. Annahmen des topischen Systems	261
a) Typisierung der abstrakt-allgemeinen Rechtsbegriffe	261
b) Entwicklung der rechtlichen Strukturtypen	262
c) Kritik	263
2. Topische Denkweise im Deliktsrecht	265
3. Fokus auf die rechtlichen Strukturtypen	266
4. Topische Denkweise in den untersuchten Rechtsordnungen	267
a) Typisierung der Haftungsvoraussetzungen	268
aa) Verschulden	268
bb) Rechtswidrigkeit	272
cc) Kausalität	273
dd) Schaden	274
b) Typisierung der Haftungsnormen	276
5. Zwischenergebnis	279
III. Die Rolle der einzelnen Haftungsvoraussetzungen	279
1. Loslösung von Verschulden und Rechtswidrigkeit	279
2. Stattdessen: Fokus auf die beweglichen Zurechnungskriterien	281
3. Typisierung und Kontextualisierung der Voraussetzungen	282
4. Untrennbarkeit der Voraussetzungen	283
IV. Zwischenergebnis	283
Ergebnisse und Ausblick	285
§ 11 Begrenzte Leistungsfähigkeit der traditionellen Dogmatik	285
§ 12 Vorschläge für eine leistungsfähigere Strukturbildung	286
Literaturverzeichnis	289

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde zum Promotionsverfahren an der Universität Osnabrück im Dezember 2017 angenommen. Sie berücksichtigt die Rechtslage und den Stand der Novellierungsarbeiten bis einschließlich November 2017.

Zum Gelingen meiner Doktorarbeit haben viele Personen beigetragen. Ihnen gilt mein aufrichtiger Dank:

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke danke ich für die Unterstützung meines Promotionsvorhabens und die zahlreichen inhaltlichen Anregungen zu meiner Untersuchung. Besonders dankbar bin ich meinem Doktorvater dafür, dass ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der spannenden Forschungsarbeit des European Legal Studies Institute beteiligt sein durfte. Zu aufrichtigem Dank bin ich meinem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Fryderyk Zoll verpflichtet.

Meinen ganz herzlichen Dank ausdrücken, möchte ich meinen Kollegen und Freunden aus dem European Legal Studies Institute in Osnabrück Frau Dr. Aneta Wiewiórska-Domagalska, Herrn Egil Nordqvist, Frau Franziska Mürmann, Frau Anne-Katrin Suilmann und Frau Imke Tuma für Ihre anregenden Hilfestellungen und besonderes für die wunderbare Zeit. Für das Korrekturlesen und die meisterhafte Führung durch die Mäandern der deutschen Sprache bedanke ich mich herzlich bei Frau Rebekka Wagener und Frau Franziska Michel.

Frau Dr. Joanna Rupa gebührt mein besonderer persönlicher Dank. Sie hat diese Arbeit nicht nur durch zahlreiche Denkanstöße geprägt, sondern auch zum Gelingen des Projekts wesentlich beigetragen, indem Sie mich während der gesamten Promotionszeit durchgehend motivierte.

Szczególne podziękowania należą się moim Rodzicom Aleksandrze Zapolskiej-Kwiatkowskiej oraz dr. Andrzejowi Kwiatkowskiemu, a także mojej siostrze Joannie Mączyńskiej za ich nieustające wsparcie i inspirację do pracy naukowej.

Niniejszą publikację dedykuję Wam oraz Danielowi.

Meiner Familie und Dir, Daniel, widme ich diese Arbeit.

Dr. Piotr Kwiatkowski
Münster, November 2019

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v. 1. 6. 1811
Abs.	Absatz
AC	Actualidad Civil (zitiert nach Jahr und Seite)
ACM	Aranzadi civil–mercantil. Revista doctrinal (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
ADC	Anuario de Derecho Civil (zitiert nach Jahr und Seite)
AJCL	American Journal of Comparative Law (zitiert nach Jahr und Seite)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (zitiert nach Jahr und Seite)
Anm.	Anmerkung
AP	Audiencia Provincial (Spanien)
AppG	Appellationsgericht (Polen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BG	Bezirksgericht. Sąd Okręgowy (Polen)
BGE	Bundesgericht (Schweiz)
Biul. SN	Biuletyn Sądu Najwyższego (Polen)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière civile (zitiert nach Teil, Nummer und Seite)
bzw.	beziehungsweise
Cass.	Cour de cassation (Frankreich)
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière. Vollversammlung des Kassationshofes (Frankreich)
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile. Zivilkammer des Kassationshofes (Frankreich)
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale. Kammer für Handelssachen des Kassationshofes (Frankreich)

Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle. Strafkammer des Kassationshofes (Frankreich)
Cass. mixte	Cour de cassation, Chambre mixte. Große Kammer des Kassationshofes (Frankreich)
CC	Code civil. Zivilgesetzbuch (Frankreich v. 21.3.1804), Código civil (Spanien v. 24.7.1889)
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil (zitiert nach Jahr und Seite)
CP	Código penal (Spanien v. 14.9.1973)
CPC	Code de procédure civile (Frankreich v. 5.12.1975)
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz (zitiert nach Jahr und Seite)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
D.J.T.	Deutscher Juristentag
EBLR	European Business Law Review (zitiert nach Jahr und Seite)
ERPL	European Review of Private Law (zitiert nach Jahr und Seite)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
fra.	französisch (-e, -er, -es)
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais: Recueil bimestral (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
Gbl.	Gesetzblatt
Harv. Int' L.J	Harvard International Law Journal (zitiert nach Jahr und Seite)
HarvLRev	Harvard Law Review (zitiert nach Nummer des Bandes und Seite)
HAVE/REAS	Haftung und Versicherung/Responsabilité et Assurances (zitiert nach Jahr und Seite)
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
Indret	Indret: Revista para el Análisis del Derecho (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
insb.	insbesondere
IntCompLQ	International and Comparative Law Quarterly, (zitiert nach Jahr und Seite)
IntEncCompL	International Encyclopedia of Comparative Law
i. S.v.	im Sinne von
ita.	Italienisch (-e, -er, -es)
i. V.m.	in Verbindung mit
J. Bl.	Juristische Blätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JCP	Juris-Classeur périodique (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
JCLS	Journal of Civil Law Studies (zitiert nach Jahr und Seite)
J. Comp. L.	Journal of Comparative Law (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)

JETL	Journal of European Tort Law (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
La Ley	La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (zitiert nach Jahr und Seite)
LRCSVC	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor v. 29.10.2004
m. Anm.	mit Anmerkung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Nummer des Bandes und Seite)
NP	Nowe Prawo (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
Nr.	Nummer
OG	Oberster Gerichtshof (Polen)
OR	Obligationenrecht (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs: Fünfter Teil: Obligationenrecht, v. 30.3.1991, Schweiz)
OR 2020	Huguenin/Hilty (Hrsg.) Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013
OSAB	Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Białymstoku (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
OSNAPiUS	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna/Pracy (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
OSPika	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
PETL	Principles of European Tort Law
PiM	Prawo i Medycyna (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
PiP	Państwo i Prawo (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
poln.	polnisch (-e, -er, -es)
Pos.	Position
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
PS	Przegląd Sądowy (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia (zitiert nach Jahr und Seite)
RLDC	Revue Lamy Droit Civile (zitiert nach Nummer des Bandes, Jahr und Seite)

Rn.	Randnummer
recht	Recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance (zitiert nach Jahr und Seite)
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
RRJ	Revue de la Recherche Juridique (zitiert nach Jahr und Seite)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (zitiert nach Jahr und Seite)
RTFD	Revista Telemática de Filosofía del Derecho (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
S.	Seite, Satz
schw.	schweizerisch (-e, -er, -es)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
span.	spanisch (-e, -er, -es)
SP	Studia Prawnicze (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
SPiE	Studia Prawnicze i Ekonomiczne (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
SPP	Studia Prawa Prywatnego (zitiert nach Jahr, Nummer des Bandes und Seite)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo. Urteil des Obersten Gerichtshofs (Spanien)
TBd.	Teilband
TS	Tribunal Supremo. Oberster Gerichtshof (Spanien)
u.A.	unter Anderem
Urt.	Urteil
v.	von
VE OR	<i>Widmer/Wessner</i> , Vorentwurf des Bundesgesetzes für Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2000
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz v. 10.12.1907) (Polen v. 23.4.1964)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (zitiert nach Band, Jahr und Seite)

Einführung

§ 1 Problemstellung

(1) Ziel dieser Arbeit ist es zu überprüfen, ob die traditionellen Voraussetzungen Verschulden, Rechtswidrigkeit, Kausalität und Schaden ein taugliches Instrument sind, um die Haftung für eigenes Fehlverhalten¹ hinreichend einzugrenzen.

Die Eingrenzung der Haftung ist besonders in den Rechtsordnungen wichtig, die von einer Generalklausel ausgehen. Auf den ersten Blick stellt insbesondere das französische Recht, das als Archetyp einer solchen Rechtsordnung gilt, keine Instrumente bereit, die die Haftung in vernünftigen Grenzen halten könnten.² Die französische Grundnorm des Deliktsrechts fasst die Haftungsvoraussetzungen in zwei Sätzen zusammen: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* Die Haftung für eigenes Fehlverhalten wird grundsätzlich nicht tatbestandlich eingeschränkt.

(2) Das Deliktsrecht muss jedoch das Übermaßverbot achten.³ Um eine Uferlosigkeit der Haftung zu vermeiden, müssen Rechtsprechung und Lehre haftungseingrenzende Tatbestandsmerkmale herausarbeiten.⁴

Das gleiche Konkretisierungsbedürfnis haben auch andere Rechtsordnungen, die die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 fr. CC (nunmehr:

1 Angesichts der Verobjektivierung des Verschuldens und der deutlichen Unterschieden in der Bedeutung des Verschuldens in den nationalen Rechtsordnungen wird der systemneutrale Begriff »Haftung für eigenes Fehlverhalten« und nicht »Verschuldenshaftung« verwendet, nach dem Beispiel von *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II*, Rn. 209.

2 *Rogers/Spier/Viney*, Preliminary observations, in: *Spier* (Hrsg.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, S. 3.

3 *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II*, Rn. 1.

4 *Walther*, Die Konkretisierung von Generalklauseln am Beispiel der französischen deliktischen Haftung, in: *Baldus/Müller-Graff* (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, S. 72.

Art. 1240 fr. CC)⁵ übernommen haben.⁶ Zu diesen Rechtssystemen zählen insbesondere das polnische und spanische Recht. Die Grundnorm des schweizerischen Deliktsrechts basiert ebenfalls auf dem Gedanken ihrer französischen Inspirationsquelle.

Die Haftungsgrenzen werden durch die Rechtsprechung im Wege der Auslegung der sowohl semantischen als auch wertungsmäßig offenen Begriffe wie Schaden, Verschulden und Kausalität formuliert.⁷ Auch in der kulturellen Postmoderne vor dem Hintergrund rasanter technischer und ökonomischer Entwicklungen werden die Grenzen der Haftung für eigenes Fehlverhalten immer noch mit Hilfe dem aus dem römischen Recht stammenden Zusammenspiel von Voraussetzungen⁸ gezogen. Die Voraussetzungen werden zudem noch immer mit den aus der Spätantike stammenden, Begriffen Schaden, Kausalität und Verschulden bezeichnet.⁹ Zusätzlich verlangen einige Systeme eine eigenständige Prüfung der Rechtswidrigkeit.¹⁰ In den untersuchten Rechtsordnungen überwiegt die Überzeugung, dass sich diese Voraussetzungen abstrakt und allgemein für den gesamten Bereich der Haftung für eigenes Fehlverhalten formulieren lassen. Auf diese Weise wird versucht, die deliktsrechtliche Generalklausel subsumierbar zu machen.

(3) Zweifelhaft ist aber, ob das *aquilianische* System der Voraussetzungen im digitalen Zeitalter immer noch das leistungsfähigste Instrument ist, um die Haftung einzugrenzen. Die Reformbedürftigkeit des europäischen Deliktsrechts wird in der Rechtsvergleichung nahezu einheitlich angenommen.¹¹ Die umfassende rechtsvergleichende Untersuchung der deliktsrechtlichen Systeme hat gezeigt, dass insbesondere die Verhältnisse zwischen der Rechtswidrigkeit, der

5 Die Nummerierung des Artikels wurde mit der Verordnung 2016–131 vom 10.2.2016 geändert. Über 200 Jahre trug die französische Generalklausel die Nummer 1382.

6 Machnikowski, in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego VI², § 15, Rn. 18.

7 Wagner, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Zimmermann (Hrsg.) Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, S. 213.

8 Ranieri, Europäisches Obligationenrecht³, S. 1409.

9 Frankreich: Brun, Responsabilité civile extracontractuelle⁴, Rn. 175 unterscheidet zwischen allgemeinen Voraussetzungen der Deliktshaftung *préjudice* und *causalité* und dem variablen *fait générateur*, der eine Form von *fait personell fautif* haben kann. Polen: Banaszczyk, in: Pietrzykowski (Hrsg.), Kodeks cywilny I⁵, Art. 415, Rn. 2 nennt als Voraussetzungen der Verschuldenshaftung den Schaden, verschuldetes Verhalten und die Kausalität. Spanien: de Ángel Yagüez, Tratado de responsabilidad civil, S. 93 fordert für die Verschuldenshaftung »acción u omisión culposa, producción de un daño y relación de causalidad entre aquella y éste.« Schweiz: Otfinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil I⁵, § 1, Rn. 145ff nennt als Voraussetzungen der Verschuldenshaftung: Existenz des Schadens, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit der Schädigung und Verschulden.

10 Art. 41 OR nennt die Rechtswidrigkeit sogar ausdrücklich als eine Haftungsvoraussetzung.

11 Busnelli, The European Frontiers of Tort Liability, in: Koziol/Spier (Hrsg.) Liber Amicorum Pierre Widmer, S. 18 sagt sogar vom »the chorus of those claiming the inadequacy of national dams to restrain the expansion of liability«.

Fahrlässigkeit und dem Verschulden ein »unglückseliges Nebeneinander« darstellen.¹² Die Bedeutung der Haftungsvoraussetzungen ist darüber hinaus in den einzelnen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich. Die systematische Verortung der Eingrenzungskriterien ist nicht nur relativ, sondern auch missverständlich und manchmal willkürlich. Die Begriffe, welche die Haftung eingrenzen, bilden häufig eine Fassade.¹³ Die tatsächlichen Gründe der Schadensersatzeingrenzung bleiben hinter diesem verwirrenden äußeren Erscheinungsbild der Öffentlichkeit und sogar dem Rechtsanwender verborgen. Um zu beweisen, dass die Verortung der Eingrenzungskriterien beliebig ist, werde ich die Haftungsvoraussetzungen rechtsvergleichend untersuchen. Meine Kritik bezieht sich zum großen Teil auf die Systembildung und weniger auf die tatsächlichen durch die Rechtsprechung formulierten Grenzen der Schadensersatzpflicht. Die abstrakt-allgemeinen Rechtsbegriffe, die sich teilweise völlig von ihrer umgangssprachlichen Bedeutung losgelöst haben, sind nicht das ideale Instrumentarium, um die Grenzen der Ersatzfähigkeit zu bestimmen. Angesichts der Funktionsänderung des Deliktsrechts sind diese Voraussetzungen wenigstens teilweise als Instrumente der Konkretisierung unangemessen.¹⁴

(4) In Bezug auf das französische Recht wird die Kritik an den Eingrenzungsstrategien wie folgt formuliert: »*les techniques de limitation sont, nous l'avons constaté, nombreuses et diversifiées, mais elles sont employées de manière assez anarchique, sans vue d'ensemble.*«¹⁵ Als potenzielle alternative Faktoren, welche die Haftung für eigenes Fehlverhalten in vernünftigen Grenzen halten können, werden insbesondere folgende Instrumente vorgeschlagen¹⁶: (i) *duty of care* und Schutznormgedanke, (ii) Kausalität, (iii) differenzierte Behandlung der unterschiedlichen Schadensarten, (iv) Haftungshöchstgrenzen, (v) besondere Herabsetzungsgründe, (vi) Verschuldensgrad, (vii) finanzielle Situation des Geschädigten, (viii) Haftpflichtversicherung des Schädigers. Abgesehen von den Haftungshöchstgrenzen beziehen sich alle genannten Instrumente sowohl auf Haftungsbegründung als auch Haftungseingrenzung. In dieser Arbeit wird jedoch nur die eingrenzende Rolle der allgemeinen Voraussetzungen der Haftung

12 *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 228, ähnlich *Jansen*, Principles of European Tort Law? Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht, *RabelsZ* 2006, S. 769, der die Begriffe der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens als »dysfunktional« beschreibt.

13 *Infantino*, Causation theories and causation rules, in: Bussani/Sebok (Hrsg.) *Comparative Tort Law*, S. 290 mit Bezug auf die Kausalität.

14 *Jansen*, Principles of European Tort Law? Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht, *RabelsZ* 2006, S. 745.

15 *Viney*, Modération et limitation des responsabilités et des indemnisations, in: Spier (Hrsg.) *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, S. 127.

16 *Rogers/Spier/Viney*, Preliminary observations, in: Spier (Hrsg.) *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, S. 3.

untersucht. Laut der Grundannahme jedes Haftungssystems sollten schließlich diese Begriffe die Haftung ausreichend eingrenzen. Die Einführung zusätzlicher besonderer Ausnahmen ist womöglich lediglich ein Eingeständnis, dass die Voraussetzungen ihre ursprüngliche Rolle nicht genügend erfüllen.

(5) Dank der Arbeiten der *Study Group on European Civil Code* und der *European Group on Tort Law* ist das Thema der Deliktshaftung in den europäischen Rechtsordnungen systemübergreifend gründlich erforscht. Beispielhaft, aber auch ziemlich alleinstehend für eine isolierte Untersuchung der Eingrenzungsstrategien der Deliktshaftung ist etwa das Band herausgegeben von *Spier*.¹⁷ Die zeitweilige Einstellung der Harmonisierungsarbeiten im Rahmen des europäischen Deliktsrechts begründet eine erneute Fokussierung der Rechtsvergleichung auf die strukturellen Probleme der nationalen Rechtsordnungen. Dabei kann und muss auf den Ergebnissen dieser Gruppen aufgebaut werden. Sie ermöglichen vor allem ein besseres Verständnis der nationalen Systeme, die oft auf ausländischen und inzwischen auch übernationalen Konzepten beruhen.

(6) Die Harmonisierungsprojekte sind eine Inspirationsquelle für die potenziellen Reformarbeiten der nationalen Rechtsordnungen. Gemeinsamer Ansatz und gemeinsames Ergebnis sind eine Gesamtbetrachtung der Haftungsvoraussetzungen und ihre weitere Konkretisierung. Die in Bezug auf den Schadensbegriff formulierte Aussage: »*Due to multifarious nature of modern (social and economic) life, those varied and infinite sets of circumstances do not allow for any exhaustive description*«¹⁸ sollte auf alle Voraussetzungen der Haftung für eigenes Fehlverhalten Anwendung finden. Insbesondere das Potenzial der juristischen Datenbanken ermöglicht nicht nur eine stärkere Typisierung der Deliktshaftungskonstellationen, sondern zwingt möglicherweise angesichts der zunehmenden Diversität der Gesellschaft dazu. Eine deliktsrechtliche Generalklausel schließt die Idee der Typisierung nicht aus, sondern erfordert diese sogar.¹⁹ Eine allumfassende Regelung des Deliktsrechts durch die höchst abstrakten Begriffe in einer Generalklausel verdeckt nur die Komplexität des Deliktsrechts.²⁰

(7) Um zu prüfen, ob die traditionellen Eingrenzungen der Deliktshaftung strukturell geeignet sind, wird zuerst die Verortung typischer Eingrenzungsstrategien bei den Voraussetzungen der französischen, schweizerischen, spanischen und polnischen Generalklauseln geschildert (Erster Teil). Diese rechtsvergleichende Gegenüberstellung dient als Grundlage einer kritischen Untersuchung. Kritisiert werden vor allem die Versuche, eine Generalklausel

17 *Spier* (Hrsg.) *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*.

18 *PEL/von Bar*, *Liab. Dam.*, Chapter 2, Introduction, A, 3.

19 *Sacco*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*², S. 94.

20 *Dufwa*, *Complexity of Tort Law. A Swedish Point of View*, FS Koziol, S. 591 ff.

subsumierbar zu machen. Eine Grundnorm der Haftung für eigenes Fehlverhalten lässt sich nicht in eine Gleichung aus allgemein-abstrakt formulierten Voraussetzungen schreiben. Formuliert werden darüber hinaus Postulate zur möglichen Weiterentwicklung der untersuchten Deliktsrechtssysteme. Einerseits wird die Einführung eines beweglichen Systems für die Zwecke der Auslegung deliktsrechtlicher Generalklausel postuliert. Eine bewegliche Grundnorm würde für die Flexibilität sorgen. Andererseits wird für die Entwicklung der Einzeltatbestände plädiert, welche die Rechtssicherheit gewährleisten könnten (Zweiter Teil).

§ 2 Methode

(8) Die Systembildung des Deliktsrechts ist kritisch zu untersuchen. Das Ziel dieser Arbeit ist die systematischen Fragen der Haftungseingrenzung darzustellen und auszuwerten. Die traditionelle²¹ funktionelle Methode der Rechtsvergleichung ist dagegen für diese Arbeit nicht angemessen. Der Funktionalismus versucht die Unterschiede in der Dogmatik von der rechtsvergleichenden Forschung auszuklammern. Die Auseinandersetzung mit der funktionalen Methode erfordert die Orthodoxie ihrer Vertreter, welche den anderen Ansätzen jede Nützlichkeit absprechen. Zunächst wird aus diesem Grund die beanspruchte Ausschließlichkeit des Funktionalismus kritisiert (dazu unter I). Für die Untersuchung der strukturellen Anforderungen an das moderne Deliktsrecht ist der funktionale Ansatz unbrauchbar (dazu II). Es ist vielmehr erforderlich, die negative Rechtsvergleichung anzuwenden. Als kritischer und systematischer Ansatz ermöglicht sie es, die bestehenden Strukturen der Haftung zu überprüfen (dazu III). Schließlich wird die Begrenzung der Untersuchung auf die Generalklauseln sowie die Auswahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen begründet (dazu IV).

I. Kritik der funktionalistischen Orthodoxie

(9) Der Funktionalismus genießt den Status der Hauptmethode in der Rechtsvergleichung.²² Autoren eines der bedeutsamsten Handbücher auf diesem Gebiet beschreiben den Funktionalismus sogar als die einzige Methode der

21 *Siems*, Comparative Law, S. 11.

22 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, S. 31 ff; *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung, in: Zimmermann (Hrsg.) Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, S. 30.

Rechtsvergleichung.²³ Um diesen Ansatz zu beschreiben, sprechen die Kritiker sogar von einer funktionalistischen Orthodoxie.²⁴ Diese offenbart sich dadurch, dass die Funktionalisten alle anderen Methoden der Rechtsvergleichung heftig bestreiten.

(10) Der Anspruch der Vertreter des Funktionalismus an die Ausschließlichkeit ist unbegründet. Keine Methode hat ein Monopol im Rahmen der rechtsvergleichenden Forschung.²⁵ Die Auswahl der Methode soll jeweils den Anforderungen der Klienten der Rechtsvergleichung dienen und den Kontext der Untersuchung berücksichtigen.²⁶ Die Nützlichkeit der funktionalen Rechtsvergleichung für die juristische Praxis lässt sich zwar nicht bestreiten. Schließlich hat die Frage nach den Ergebnissen der Rechtsanwendung die größte Bedeutung. Der Funktionalismus unmittelbar der juristischen Praxis.²⁷ Der funktionale Ansatz, verstanden als Untersuchung der Lösungen konkreter gesellschaftlicher Probleme, ist jedoch für einige Aufgaben der Rechtsvergleichung unbrauchbar.²⁸ Die Rechtsvergleichung sollte nicht nur die Ergebnisse der Rechtsanwendung, sondern auch ihre Methoden untersuchen. Kritisiert wird deswegen nicht der funktionale Ansatz an sich, sondern sein Anspruch der Ausschließlichkeit. Die Rechtsvergleichung sollte ebenfalls die Systembildung des Rechts untersuchen.

II. Unbrauchbarkeit des Funktionalismus für die Untersuchung der Systembildung

(11) Für die Zwecke dieser Arbeit ist der Funktionalismus nicht brauchbar. Es liegt nämlich kein gesellschaftliches Problem vor, dessen rechtliche Betrachtung in den nationalen Rechtsordnungen untersucht werden soll. Die Systembildung des Deliktsrechts ist eine Frage der juristischen Methodenlehre. Es handelt sich daher nicht um ein gesellschaftliches Problem, sondern um eine Methode, sol-

23 *Markesinis*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, S. 86. In einer Tabelle präsentiert der Autor, wie häufig *Zweigert* und *Kötz* im wissenschaftlichen Schrifttum zitiert werden. Die Anzahl der Zitierungen ist bei beiden Autoren fast gleich, was beweist, dass fast alle Verweise ihr gemeinsames Werk betreffen.

24 *Gerber*, Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language, in: (Hrsg.) *Riles*, Rethinking the Masters of Comparative Law, S. 190; *Legrand*, Negative Comparative Law, *J. Comp. L.* 2015, Nr. 2, S. 406 ff.

25 *Basedow*, Comparative Law and its Clients, *AJCL* 2014, S. 856; *Kischel*, Rechtsvergleichung § 3, Rn. 31; *Siems*, Comparative Law, S. 40.

26 *Basedow*, Comparative Law and its Clients, *AJCL* 2014, S. 821 ff.

27 *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, S. 22.

28 *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 380.

che Probleme zu lösen. Der Funktionalismus klammert die Zusammenhänge zwischen den Rechtsbegriffen der nationalen Systeme von der Untersuchung aus.²⁹ Seine Vorgehensweise ist daher punktuell.³⁰ Sie mag für die Praxis besonders effektiv sein. Für eine strukturelle und dogmatische Untersuchung ist dieser Ansatz aber nicht geeignet. Insbesondere vernachlässigt der Funktionalismus die Systembildung und die Terminologie des Rechts.³¹ Zwar postuliert er hinter die Fassade der juristischen Begriffe hineinzureichen, fokussiert jedoch die Bedeutung der Rechtsbegriffe und ihr Zusammenspiel nicht.³² Der Funktionalismus stellt die Systematik der nationalen Rechtsordnungen nicht in Frage, sondern geht von ihrer Rationalität und Kohärenz aus.³³ Die systemübergreifende Gleichheit der Lösungen soll die Systembildung der nationalen Rechtsordnungen zusätzlich unterstützen. Es ist jedoch gerade die Rechtsvergleichung, welche die Mängel und Widersprüche einer nationalen Systembildung enthüllen kann.³⁴ Anders als beim orthodox funktionalistischen Ansatz sollte ein Rechtsvergleicher die Vergangenheit wiedererleben, um die Gegenwart zu verstehen und sich für die Zukunft besser vorzubereiten.³⁵ Diese Ziele kann nur ein kritischer Ansatz erreichen.

III. Negative Rechtsvergleichung

(12) Um die Systembildung des Deliktsrechts zu untersuchen, ist es notwendig den Begriffen der einzelnen Rechtsordnungen zunächst treu zu bleiben und sie kritisch gegenüberzustellen. Eine geeignete Methode dafür ist die negative Rechtsvergleichung. Deswegen wird statt einer problemorientierten, eine systemorientierte Methode angewandt (dazu 1). Im Ersten Teil dieser Arbeit wird daher die traditionelle Systembildung der Haftung für eigenes Fehlverhalten

29 *Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking the Comparative Law*, *Harv. Int' L.J.*, 1985, S. 440.

30 *Gerber*, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, in: (Hrsg.) *Riles*, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, S. 204ff. Die Gegenargumente von *Markesinis* vermögen nicht zu überzeugen.

31 Einige Autoren schreiben dem Funktionalismus auch eine systematisierende Funktion zu: *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*³, S. 43ff. In diesem Bereich ist die *rabelsche* Methode jedoch dadurch begrenzt, dass die dogmatischen Fragen auf den nationalen Rechtsordnungen aufbauen: *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 373.

32 *Gerber*, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, in: *Riles* (Hrsg.) *Rethinking the Masters of Comparative Law*, S. 208.

33 *Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking the Comparative Law*, *Harv. Int' L.J.*, 1985, S. 446.

34 *AaO*, S. 448.

35 *Legrand*, *Negative Comparative Law*, *J. Comp. L.* 2015, Nr. 2, S. 430.

geschildert. Ein kritischer Ansatz hat demgegenüber das Ziel, Postulate für eine moderne Strukturbildung des Deliktsrechts herauszukristallisieren (dazu 2). Diese kritische Methode wird im Zweiten Teil der Arbeit angewandt.

1. Systematischer Ansatz

(13) Die Problemstellung dieser Arbeit erfordert eine systemorientierte Vorgehensweise. Die untersuchten Begriffe des Verschuldens, der Rechtswidrigkeit, der Kausalität und des Schadens werden von ihrer jeweiligen nationalen Bedeutung nicht befreit, um ihre Relativität zu beweisen.³⁶ Trotz der gleichen Begriffe und zahlreichen methodologischen Übernahmen gibt es keine gemeineuropäische Morphologie des Deliktsrechts. Diese Diversität im Verständnis der Grundbegriffe bedeutet nicht, dass die Entwicklung einer paneuropäischen Systematik unmöglich wäre. Dazu ist es jedoch notwendig, über die traditionellen Strukturen des Deliktsrechts hinauszublicken, um die tatsächlichen Argumentationsmodelle zu entdecken.³⁷ Diese Modelle sind das Wesen des Deliktsrechts.³⁸ Es handelt sich nicht nur um den Vergleich der in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen vorfindlichen Theorien, um die »beste« Regel auszuformulieren.³⁹ Angestrebt wird, die Plausibilität der gemeineuropäisch vorherrschenden Systembildung des Deliktsrechts zu überprüfen.

2. Kritischer Ansatz

(14) Das eigentliche Ziel dieser Arbeit ist allerdings nicht, lediglich die traditionellen Begriffe und Strukturen des Deliktsrechts als Instrumente der Haftungseingrenzung zu hinterfragen, sondern vor allem, nach methodologischen Alternativen zu suchen. Die negative Rechtsvergleichung ermöglicht durch ihre Dekonstruktion der Systembildung auch eine darauffolgende Rekonstruktion.⁴⁰ Versucht wird, das Deliktsrecht zu dekonstruieren, um die traditionellen Begriffe als widersprüchlich zu entlarven. Dafür ist es notwendig, sich von der

36 AaO, S. 433. Es handelt sich um die in der negativen Rechtsvergleichung postulierte *singularity of the foreign*.

37 *Markesinis/von Bar*, Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht: eine methodenvergleichende Untersuchung, S. 51 ff sprechen in diesem Zusammenhang von dem »*policy approach*«, was zum Ausdruck bringt, dass die nationalen Begriffe »lediglich verbale Formulierungsmöglichkeiten eröffnen, mit denen Richter ihre Wertentscheidungen zum Ausdruck bringen können.«

38 *Schulz*, A Swedish critique of Principles of European Tort Law, EBLR 2007, S. 1315.

39 *Wagner*, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Zimmermann (Hrsg.) Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, S. 339.

40 *Légrand*, Negative Comparative Law, J. Comp. L. 2015, Nr. 2, S. 411.

bisherigen Dogmatik zu distanzieren.⁴¹ Die Dekonstruktion ist die Hauptmethode der Postmoderne in der Rechtsvergleichung.⁴² Dieser Ansatz ist sehr nah am skandinavischen Pragmatismus, der strikte Definitionen der Hauptkonzepte des Deliktsrechts vermeidet.⁴³ Nach dem kritischen Ansatz soll die Rechtsvergleichung aufhören, das Recht als Ersatz für die Realität zu kontzeptualisieren.⁴⁴

(15) Die deliktsrechtliche Generalklausel dient zwar als ein Paradebeispiel für ein *legal transplant*.⁴⁵ Selbst im engen Bereich der deliktsrechtlichen Eingrenzungsstrategien unterscheiden sich jedoch die untersuchten Rechtsordnungen grundsätzlich. Vor allem die Methode der Haftungseingrenzung und nicht die Haftungsgrenzen sind verschieden. Die Postmodernisten behaupten, dass *legal transplants* an sich unmöglich sind,⁴⁶ weil die Unterschiede zwischen den Sprachen einfach zu groß seien.⁴⁷ Die in dem ersten Teil dieser Arbeit dargestellten Unterschiede in dem nationalen Verständnis der deliktsrechtlichen Generalklausel bestätigen diese These.

(16) Die Kritiker des Postmodernismus werfen seinen Vertretern vor, realitätsfremd zu sein. Die negative Rechtsvergleichung sei weder für die Judikatur noch für den Gesetzgeber nützlich.⁴⁸ Mit dem Verzicht auf den Funktionalismus geht die Praxisrelevanz jedoch nicht verloren. Die Rechtsvergleichung sollte ebenfalls die Strukturen des Rechts und nicht lediglich die Lösung konkreter gesellschaftlichen Probleme untersuchen. Die strukturellen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen können zur Modernisierung der nationalen Systembildung beitragen. Diese Aufgabe ist für die Praxis ebenfalls relevant, weil sie die Qualität der Rechtsanwendung verbessern kann. Eines der Hauptpostulate der negativen Rechtsvergleichung: »*All the law needs, then, is to improve, shape up, and be more in touch with reality*«⁴⁹ scheint im Deliktsrecht besonders aktuell zu sein.

41 Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking the Comparative Law, Harv. Int' L.J 1985, S. 448.

42 Kischel, Rechtsvergleichung, § 3, Rn. 27.

43 Schulz, A Swedish critique of Principles of European Tort Law, EBLR 2007, S. 1321.

44 Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking the Comparative Law, Harv. Int' L.J 1985, S. 447.

45 PEL/von Bar, Liab. Dam., Chapter 2, Article 2:101, Notes, V, 39 beschreibt die spanische Generalklausel als ein *legal transplant* von Art. 1382 fr. CC (nunmehr: Art. 1240 fr. CC).

46 Legrand, Negative Comparative Law, J. Comp. L., 2015, Nr. 2, S. 438f.

47 AaO, S. 443: »*The abyss across languages is unbridgeable.*«

48 Markesinis, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, S. 51 ff.

49 Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking the Comparative Law, Harv. Int' L.J, 1985, S. 446.

IV. Grenzen der Untersuchung

1. Begrenzung der Untersuchung auf die Generalklauseln der Haftung für eigenes Fehlverhalten

(17) Die Systembildung des Deliktsrechts wird nur am Beispiel der Generalklauseln der Haftung für eigenes Fehlverhalten untersucht. Die Verschuldenshaftung ist immer noch der wichtigste Teil des Deliktsrechts und ihr Bedeutungsrückgang ist nicht in Sicht.⁵⁰ Die Schlussfolgerungen dieser Arbeit sind jedoch auf die anderen Bereiche des Deliktsrechts, insbesondere auf die Gefährdungshaftung, anwendbar.

(18) Der Grund für die Begrenzung des Forschungsgegenstandes auf die Generalklauseln ist, dass das hohe Abstraktionsniveau der Gesetzgebung eine vertiefte Untersuchung der eigentlichen Argumentationsmuster, welche über die Ersatzfähigkeit entscheiden, ermöglicht. Dabei lässt sich die Relativität der abstrakt-allgemeinen Grundbegriffe des Deliktsrechts enthüllen. Die Ergebnisse der Untersuchung im ersten Teil dieser Arbeit werden beweisen, dass die Strukturbildung der Deliktshaftung in den ausgewählten Rechtsordnungen nur scheinbar ähnlich ist.

2. Begründung der Länderauswahl

(19) Die Deliktsrechtssysteme, welche eine Generalklausel enthalten, sollen eine eigenständige Gruppe bilden. Es wird behauptet, dass die Einzeltatbestände einer ständigen Ergänzung bedürfen, während die offenen Generalklauseln eine restriktive Auslegung verlangen.⁵¹ Dennoch sind die Unterschiede zwischen den nationalen Generalklauseln nicht zu unterschätzen. Das hohe Abstraktionsniveau und die knappe Formulierung dieser fundamentalen Regeln des Deliktsrechts führen dazu, dass selbst kleinste Wortlautabweichungen die Auslegung grundsätzlich ändern können. Sogar gleichlautende Begriffe werden in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgelegt. Diese Unterschiede zu erkennen, könnte den wissenschaftlichen Austausch erleichtern. Letztlich erlangen selbst die aus den anderen Rechtsordnungen übernommenen Begriffe und Theorien mit der Zeit eine differenzierte Bedeutung, die sich an die Erfordernisse des eigenen Rechtssystems anpasst.

(20) Diese Arbeit setzt sich mit dem französischen, polnischen, schweizerischen und spanischen Recht auseinander. Die Hauptvoraussetzung bei der

50 *Wagner*, Comparative Tort Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 1041.

51 *Kozioł*, Generalnorm und Einzeltatbestände als Systeme der Verschuldenshaftung: Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten, ZEuP 1995, S. 361.

Länderauswahl war eine deliktsrechtliche Generalklausel als Grundnorm der Haftung für eigenes Fehlverhalten. Die Berücksichtigung von sogar vier Rechtsordnungen hat die Tiefe der Untersuchung der einzelnen Systeme zwar deutlich reduziert. Ziel dieser Arbeit ist es jedoch nicht, die nationalen Deliktsrechte umfassend zu beschreiben. In diesem Bereich gibt es bereits umfangreiches, teilweise auch deutschsprachiges Schrifttum.⁵² Die Zahl der Rechtsordnungen ist damit begründet, dass die Relativität der Grundbegriffe nur durch die Gegenüberstellung von mehreren Systemen ausreichend zur Geltung kommen kann. Das französische Recht ist ein Beispiel für eine Rechtsordnung, in der das Verschulden die Hauptrolle bei der Haftungseingrenzung spielt. Das polnische Recht legt dagegen den Hauptfokus auf den Kausalzusammenhang, das schweizerische Recht wiederum auf die Rechtswidrigkeit. Im spanischen Recht gibt es eine Tendenz, für die Zwecke der Haftungseingrenzung neue Rechtsbegriffe zu entwickeln.

(21) Bei der Länderauswahl wurden zudem die europäischen Rechtskreise⁵³ berücksichtigt. Vor allem auf dem Gebiet des Deliktsrechts lässt sich kein homogener kontinental-europäischer Rechtskreis⁵⁴ feststellen. Als Vertreter des romanischen Rechtskreises⁵⁵ wurden das französische und das spanische Deliktsrecht untersucht. Dabei spielt die französische Generalklausel eine Musterrolle und die spanische Generalklausel erweist sich als eine Rezeption. Das schweizerische Recht vertritt den deutschsprachigen Rechtskreis.⁵⁶ Besonders im Rahmen des Deliktsrechts sind die Einflüsse der deutschen Dogmatik auf die durch das französische Recht inspirierten Rechtsnormen sehr ersichtlich. Ferner ist die eidgenössische Kodifikation dank ihrer Verständlichkeit Gegenstand zahlreicher Rezeptionen.⁵⁷ Die polnische Kodifikation wurde wiederum insbesondere im Bereich des Deliktsrechts durch alle vier in der zweiten polnischen Republik geltenden Rechtsordnungen beeinflusst.⁵⁸ Zwar wird behauptet, das französische Recht habe mit der Übernahme der Generalklausel auf dem Gebiet des Deliktsrechts das Gefecht gewonnen.⁵⁹ Jedoch ähnelt die Gesamregelung

52 U.A. von Bar, (Hrsg.) *Deliktsrecht in Europa: systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen*, Köln 1994, und neulich *Koziol*, (Hrsg.) *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, Wien 2014 mit Länderberichten zum französischen und polnischen Recht.

53 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, S. 62 ff.

54 *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung², S. 83 ff.

55 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, S. 73 ff.

56 AaO, S. 166 ff.

57 *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung², S. 87.

58 *Zoll/Liebscher*, Einführung in das polnische Recht, S. 105 f.

59 *Mazeaud*, Kilka nowych postanowień w polskim Kodeksie zobowiązań, Nowy Kodeks Zobowiązań 1936, S. 30 ff.