

Das bewegliche System

Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik

Helmut Koziol,* Wien/Graz

Kurztext: Das Privatrecht ist eine sehr komplexe Materie und die zu berücksichtigenden Lebenssachverhalte vielfältig. Der Gesetzgeber hat daher eine überaus schwierige Aufgabe zu meistern und er wird stets vor die Frage gestellt, wie die Regelungen am besten zu formulieren sind. Die europäischen Gesetzgeber wenden bisher regelmäßig zwei unterschiedliche Methoden an: Die Normen sind entweder detailliert und starr oder allgemein und somit ausfüllungsbedürftig. Beide Wege weisen schwerwiegende Unzulänglichkeiten auf, sodass nach einer besseren Lösung Ausschau zu halten ist.

Schlagworte: Alles-oder-Nichts-Regeln; bewegliches System; gelenktes Ermessen; komparative Sätze; Rechtssicherheit.

I. Die gegenwärtige Situation

Das Privatrecht ist eine höchst vielschichtige Materie und die zu bedenkenden Lebenssachverhalte bieten einen nahezu unerschöpflichen Variantenreichtum. Der Gesetzgeber hat daher bei der Regelung dieses Bereichs eine überaus schwierige Aufgabe zu bewältigen und wird stets vor die Frage gestellt, welche Regelungsmethode jeweils am besten geeignet ist. Die europäischen Gesetzgeber lassen bisher regelmäßig zwei unterschiedliche Grundtendenzen erkennen: Sie ziehen entweder detaillierte und starre oder allgemeine und somit ausfüllungsbedürftige Normen vor.¹ Allerdings hängt die Wahl der Methode auch von dem zu regelnden Teilgebiet ab; es finden sich daher in so gut wie jeder Privatrechtsordnung auch sehr strikte, aber ebenso höchst unbestimmte Regeln.

Die schadenersatzrechtlichen Grundnormen bieten sehr deutliche Beispiele für die unterschiedlichen Wege. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) neigt eindeutig der erstgenannten Methode starrer, detaillierter Regelungen zu:²

* DDr. h.c. Helmut Koziol ist Universitätsprofessor im Ruhestand, Vizedirektor des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) in Wien und Honorarprofessor an der Universität Graz.
Erweiterte Fassung des an der Karls-Universität in Prag am 25. 5. 2017 gehaltenen Vortrags. Die Vortragsform wurde – ergänzt um die notwendigsten Nachweise – beibehalten. Eine tschechische Fassung dieses Beitrags (übersetzt von Prof. Luboš Tichý) wird in der Zeitschrift „Právnik“ erscheinen.

1 Zum Folgenden siehe Koziol, Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 469.

2 Das hebt auch Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983) 78, hervor, der andererseits auch auf die Ausnahmen – wie etwa die Regelung des Mitverschuldens in § 254 BGB – hinweist.

§ 823 Abs 1 BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Die Normen des französischen Code civil und des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB), beide fast hundert Jahre älter als das BGB, sind hingegen wesentlich allgemeiner und elastischer formuliert. Art 1382 Code civil: „*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*“

Ganz ähnlich § 1295 Abs 1 ABGB, der lediglich nicht von der Verpflichtung des Schädigers sondern von der Berechtigung des Geschädigten ausgeht: „*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern [...].*“

§ 420 des tschechischen Zivilgesetzbuchs ist durchaus vergleichbar formuliert, wenn er bestimmt: „*Jedermann haftet für den Schaden, den er durch die Verletzung seiner Rechtspflichten verursachte.*“ Auch § 6:519 des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuchs ist ähnlich weit gefasst:³ „*Wer einem anderen rechtswidrig einen Schaden verursacht hat, muss diesen erstatten.*“ Ebenso gleicht das russische Recht eher dem französischen und dem österreichischen Vorbild und nicht dem deutschen BGB, wenn es in Art 1064 Abs 1 Zivilgesetzbuch festhält, dass der einer Person oder ihrem Eigentum zugefügte Schaden vom Schädiger in vollem Umfang zu ersetzen ist.

Der genauen Aufzählung der umfassend geschützten Güter in § 823 Abs 1 BGB kommt zwar ohne Zweifel größere Aussagekraft zu als den sehr allgemein gehaltenen Grundnormen des Art 1382 Code civil, des § 1295 Abs 1 ABGB und der ihnen ähnlichen Normen. Aber der deutsche Gesetzgeber hat damit viel mehr Einzelheiten geregelt, sodass sich Fehlentscheidungen wegen der Starrheit der Bestimmungen auch spürbarer auswirken und gesetzliche Regelungen auch eher durch den gesellschaftlichen, technischen oder wirtschaftlichen Wandel fehlerhaft werden, während die unbestimmte Weite des Code civil und des ABGB den Gerichten großzügige Manövriertfreiheit bei der Fortentwicklung einräumt.

Die Regelung des BGB erweckt aber jedenfalls auf den ersten Blick den Eindruck, dass der vom Misstrauen gegenüber den Gerichten geprägte deutsche Gesetzgeber⁴ immerhin sein Ziel, durch detaillierte, starre Regeln möglichst weitgehend die Bewegungsfreiheit der Gerichte einzuschränken, erreicht hat. Demgegenüber ist jedoch bei näherer Betrachtung festzustellen, dass die deutsche Bevorzugung strikter Regeln keineswegs die angestrebte Rechtssicherheit gebracht hat; ganz im Gegenteil.

Das lässt sich gut am Beispiel der reinen Vermögensinteressen veranschaulichen: § 823 Abs 1 BGB schützt nach herrschendem Verständnis nur die aufgezählten und die sonstigen absoluten Rechte und jedenfalls nicht *reine Vermögensinteressen*. Deren Verletzung kann daher nur dann zu Schadenersatzansprüchen führen, wenn ein Schutzgesetz besteht (§ 823 Abs 2 BGB) oder die Verletzung vorsätzlich sittenwidrig (§ 826 BGB) erfolgt. Diese Einschränkung des Schutzes reiner Vermögensinteressen letztlich auf Fälle vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und Schutzgesetzverletzungen wird als folgenschwerer Fehler angesehen⁵ und auf den verschiedensten, methodisch höchst problematischen Wegen versucht, diese Entscheidung des Gesetzgebers zu um-

3 Übersetzung der Wolters Kluwer Jogtár Online.

4 Gmür, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1965) 30.

5 Wagner in Säcker/Rixecker/Oetker/Limpurg (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB V⁷ (2017) § 823 Rz 372.

gehen.⁶ Deutsche Gerichte aber auch Wissenschaftler haben sich hilfesuchend § 826 BGB zugewandt, der die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung vorsieht, und haben diese Bestimmung stark überdehnt; insb dadurch, dass im Ergebnis grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichgehalten wird.

Ferner ebnen deutsche Juristen den Weg für den Ersatz reiner Vermögensschäden, indem sie der vertraglichen Haftung, die im Gegensatz zur deliktischen Haftung auch solche Schäden erfasst, einen sehr weiten Anwendungsbereich zuerkennen. So werden die Haftungen für *culpa in contrahendo*, wegen positiver Forderungsverletzung und auf Grundlage von Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter der Vertragshaftung zugezählt. Es wurden ferner Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens erfunden, die noch dazu überwiegend als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 BGB verstanden werden. Schließlich anerkennen deutsche Juristen überwiegend ein eher rätselhaftes „Recht am Gewerbebetrieb“,⁷ das ebenfalls zum Schutz reiner Vermögensinteressen führt.

Es scheint, dass deutsche Juristen sich an all dem nicht stoßen, da sie von ihrer „juristischen Kindheit“ an daran gewöhnt wurden. Im auswärtigen Beobachter wird allerdings der Eindruck erweckt, dass die deutschen Kollegen gerade wegen der starren Regeln des BGB sehr dazu neigen, die Bestimmungen möglichst zu umgehen und in die unbestimmten, unsystematische Billigkeitsentscheidungen fördernden Generalklauseln zu flüchten⁸ – die Kommentare zu § 242 und § 826 BGB sprechen Bände. Diese Gewöhnung führt bedauerlicherweise dazu, dass ganz allgemein grundlegende Wertungen des Gesetzgebers missachtet werden. Die methodisch anfechtbare Vorgangsweise dürfte allgemein zu einem bedenklich lockeren Verhältnis deutscher Gerichte zu den gesetzlichen Bestimmungen und Wertungen geführt haben.⁹ Da überdies im Einzelfall kaum vorhersehbar ist, wann das Gericht unter Anwendung des einschlägigen starren Einzeltatbestandes und wann es aufgrund der vagen Generalklausel nach Billigkeit entscheiden wird, erreicht der Gesetzgeber damit keineswegs die angestrebte Rechtssicherheit, sondern das Gegenteil.

Daraus kann eine sehr wichtige rechtspolitische Lehre gezogen werden: Versucht der Gesetzgeber durch detaillierte, starre Regeln allzu sehr, die Bewegungsfreiheit der Gerichte einzuschränken, so erreicht er letztlich das Gegenteil.¹⁰ Das auf den ersten Blick wohl verblüffende Ergebnis, dass die stärkere Bindung des Richters durch detaillierte, feste Normen letztlich in Wahrheit zu einer größeren Rechtsunsicherheit führt, ist bei näherer Überlegung allerdings keineswegs überraschend, sondern eben durchaus vorhersehbar. Es ist nämlich in vielen Bereichen schlechtdings unmöglich, sämtliche durch die Vielfalt des Lebens gebotenen Problemfälle so in festen Normen zu erfassen, dass in allen Fallgruppen sachgerechte Entscheidungen getroffen werden können. Ferner: Ein Gesetzgeber, der meint, er könne für die Zukunft die Lösung aller auftretenden Fragen im Detail regeln, überschätzt seine Fähigkeiten. Damit ist keineswegs ein Vorwurf subjektiver Unfähigkeit gemeint, sondern es soll damit nur die – wie auch die Erfahrung zeigt –

6 Zum Folgenden *Koziol* in FS 200 Jahre ABGB I 479 ff; *Koziol*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik, AcP 212 (2012) 1 (48 f).

7 Kritisch zu diesem *Canaris*, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 582 f; *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb (2007) 142 ff; *Wagner* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limpert*, MünchKomm zum BGB V § 823 Rz 318 ff.

8 Vgl *Canaris*, Systemdenken 82.

9 Ausführlicher dazu *Koziol*, Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Österreich, in *Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft II (2000) 943 (959 ff).

10 Siehe dazu *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 533 f.

unentrinnbare Tatsache angesprochen werden, dass es keinem Gesetzgeber möglich ist, in die Zukunft zu sehen, die Entwicklungen im gesellschaftlichen und technischen Bereich vorauszuhauen und für das Unerkannte vorzusorgen. Ein Gesetzgeber, der dies dennoch versucht, ist daher letztlich zum Scheitern verurteilt und er könnte Abhilfe nur durch in kurzen Abständen erfolgende Novellierungen schaffen, wenn er der wenig attraktiven Alternative von nicht sachgerechten Entscheidungen von Einzelfällen oder schlichter Missachtung des Gesetzes entkommen will. Es ist jedoch erfahrungsgemäß politisch gar nicht möglich, den Gesetzgeber – insb im Bereich des Zivilrechts – zu den nötigen Anpassungen zeitgerecht zu bewegen, da er weitgehend von politischen Zwängen und daher auch politischem Opportunismus gelenkt wird. Die notwendigen Weiterentwicklungen könnte nur die Rechtsprechung leisten, in legitimer Weise allerdings nur dann, wenn ihr der Gesetzgeber den nötigen Spielraum eingeräumt hätte.

Es ist auf der anderen Seite aber auch zu betonen, dass nicht nur die starren Regelungen des BGB, sondern auch die elastischen Formulierungen von § 1295 ABGB, Art 1382 Code civil und ähnlicher Normen ihre ganz erheblichen Schattenseiten haben: Sie räumen zwar zB ausreichend Spielraum für die Lösung der Frage ein, wann reine Vermögensschäden zu ersetzen sind, da ja jedermann vom schuldhaften Schädiger Ersatz begehrn kann. Die entscheidende Frage, welchen Schutz reine Vermögensinteressen genießen und wann die Herbeiführung reiner Vermögensschäden rechtswidrig ist, wird jedoch in keiner Weise beantwortet. Es kann lediglich gesagt werden, dass dem Wortlaut nach die Möglichkeit besteht, auch Ersatz für reine Vermögensschäden zu erlangen, allerdings aus dem Gesetz nicht ablesbar ist, unter welchen Voraussetzungen.

Damit scheint es, dass der Unterschied zwischen den beiden Methoden recht harmlos klingend so formuliert werden könnte: Im Bereich des BGB, das strikte Regeln bevorzugt, muss man sich um die Ausweitung zu enger Normen bemühen, unter den elastischer formulierten Kodifikationen hingegen um die einengende Konkretisierung. Diese entgegengesetzten Aufgabenstellungen zeitigen jedoch keineswegs gleichermaßen harmlose Folgen: Der deutsche Richter muss nämlich zur Erreichung des gewünschten Ziels unter Verstoß gegen alle methodischen Prinzipien den klaren, festen Wortlaut des Gesetzes missachten, den eindeutigen Willen des Gesetzgebers beiseiteschieben und damit auch gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung verstößen. Der französische oder österreichische Jurist bewegt sich hingegen innerhalb des Gesetzes und nützt die ihm vom Gesetzgeber (siehe §§ 6 und 7 ABGB) eröffneten Möglichkeiten der Auslegung, Analogie und teleologischen Reduktion in methodisch einwandfreier Weise. Die elastischeren Normen begünstigen daher ganz allgemein die Bereitschaft, das Gesetz und die aus ihm ableitbaren Wertungen zu beachten.

Es bleibt jedoch der erhebliche Nachteil der elastischen Normierungen, dass den Gerichten damit häufig ein allzu weiter Spielraum eingeräumt wird. Wie groß dieser ist, zeigt sich nicht nur in der trotz identischer Ausgangslage unterschiedlichen Entwicklung in Frankreich und Belgien, sondern etwa auch darin, dass die französischen schadenersatzrechtlichen Regeln zwar weitgehend denen des ABGB gleichen, das französische Schadenersatzrecht jedoch heute grundlegend anderen Regeln folgt als das österreichische Schadenersatzrecht, aber auch andere Lösungen vorsieht als zur Zeit der Einführung des Code civil.¹¹ Bedenkt man, dass der Gesetzgeber eine Leitungsaufgabe

11 Ausführlicher Koziol, *Tort Liability in the French 'Civil Code' and the Austrian 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch'*, in Fairgrieve (Hrsg), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond* (2007) 261; Koziol in FS 200 Jahre ABGB I 471 ff.

zu erfüllen hat, so ist dem österreichischen und dem französischen Gesetzgeber eine Unzulänglichkeit vorzuwerfen: Wenn zahlreiche Grundfragen nicht oder nur so unbestimmt angesprochen werden, dass keine Leitlinien vorgegeben werden und die Auslegung in völlig entgegengesetzte Richtungen möglich ist, dann hat die Kodifikation ihre Aufgabe nicht wirklich erfüllt.

Daher wären ähnlich allgemein und unbestimmt formulierte Normen auch kaum für jene Regelungswerke geeignet, die der Rechtsvereinheitlichung in Europa dienen sollen, da sie in den einzelnen Staaten aufgrund ihrer unterschiedlichen Tradition sicherlich höchst unterschiedlich ausgelegt würden. Das ist meines Erachtens ein ganz erheblicher Mangel etwa der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, die ständig auf „*good faith and fair dealing [art 1:102 (1); 1:106 (1); 1:201; 1:302; 1:305; 2:301 (2); 4:118 (2)], unfair advantage [4:117, 118] oder unreasonable in the circumstances [9:101 (2) (b); 9:201 (1)]*“ verweisen, ohne irgendwelche Anhaltspunkte zu geben, was darunter zu verstehen ist.

Das führt zu einer betrüblichen Erkenntnis: Einerseits machen es die Vielschichtigkeit des Privatrechts und die Vielfalt der zu regelnden Sachverhalte unmöglich, stets feste und detaillierte Normen zu formulieren, die in allen Einzelfällen zu sachgerechten Entscheidungen führen. Dazu kommt, dass die zukünftige gesellschaftliche, technische und wirtschaftliche Entwicklung nicht absehbar ist und starre Regeln die erforderliche Anpassung und Fortentwicklung – zumindest mit den legitimen methodischen Instrumenten – verhindern. Andererseits ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber eine Leitungsaufgabe zu erfüllen hat und er dieser nicht nachkommt, wenn er es unterlässt, die maßgebenden Wegweiser vorzugeben. Ganz in diesem Sinn wird betont,¹² dass das heutige Schadenersatzrecht wegen der Unzulänglichkeit des ehrwürdigen ABGB in wesentlichen Teilen Richterrecht ist und einer Reform bedarf.

Zu betonen ist schließlich, dass die Formulierung von *scheinbar festen* Regeln keine Abhilfe bietet. Wird etwa von der Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung gesprochen, ohne näher zu sagen, ob darunter Erfolgs- oder Verhaltensunrecht zu verstehen und ohne Hinweise zu bieten, wie das Unrecht zu ermitteln ist, so würde durch die Verwendung derart unbestimmter Rechtsbegriffe lediglich eine nicht weiter führende Schein-Bestimmtheit der Norm erreicht werden, die keinen Fortschritt bringt.¹³

II. Vorzüge des beweglichen Systems

Die bisher gewonnenen Erkenntnisse legen die Vermutung nahe, dass eine Mittellösung zwischen den bisher begangenen Wegen gesucht werden sollte, und es ist wohl nicht überraschend, wenn ich damit auf die insb von *Walter Wilburg*,¹⁴ *Franz Bydlinski*,¹⁵ *Claus-Wilhelm Canaris*¹⁶ und *Bernd*

12 *Hopf*, Das Reformvorhaben, in *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 17 (18).

13 Siehe dazu auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre 627 f.

14 *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950; englische Übersetzung von *Hausmaninger*: *Wilburg*, The Development of a Flexible System in the Area of Private Law [2000]); *Wilburg*, Zusammenispiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346.

15 *F. Bydlinski*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 21; *F. Bydlinski*, Methodenlehre 529 ff; *F. Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBI 1996, 683.

16 *Canaris*, Systemdenken 74 ff; *Canaris*, Bewegliches System und Vertrauenschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 103; *Canaris*, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBI 1995, 2.

*Schilcher*¹⁷ entwickelten Ideen hinweisen will.¹⁸ Sie haben mit dem *beweglichen System*¹⁹ eine gangbare Alternative zu den beiden heute überwiegend angewendeten Gesetzgebungsmethoden entwickelt. Es ist zwar sicherlich kein Allheilmittel, kann aber doch in weiten Bereichen wertvolle Anregungen für die Formulierung der Normen bieten.

*Wilburgs bewegliches System*²⁰ setzt bei zwei – auch mithilfe der Rechtsvergleichung gewonnenen – Erkenntnissen an: Es anerkennt erstens die *Pluralität* der voneinander unabhängigen fundamentalen Wertungen und Zwecke, die für die jeweiligen Rechtsgebiete wirken; diese können regelmäßig nicht von *einem* zentralen Grundgedanken her verstanden, angewendet und ausgelegt werden. Das darf jedoch nach *Wilburgs* Ansicht nicht zur Billigkeitsjurisprudenz zahlloser unvorhersehbarer *Ad-hoc*-Gesichtspunkte führen, die jeweils nach Belieben herangezogen oder vernachlässigt werden. Im Gegenteil: Es sind sämtliche für ein bestimmtes Rechtsgebiet maßgebenden Grundwertungen in ihrem konkreten Zusammenspiel zu beachten. *Wilburg* nennt diese Grundwertungen des jeweiligen Rechtsgebietes „*Elemente*“; wir würden heute eher von Prinzipien sprechen.²¹

Die Pluralität und das jeweilige selbständige Eigengewicht der Prinzipien unterscheidet das Konzept *Wilburgs* von allen Versuchen, größere Rechtsgebiete auf *ein einziges* Rechtsprinzip zurückzuführen. Er vermeidet daher zum Beispiel die einseitige Erklärung des Schadenersatzrechts mit dem Verschuldens- oder mit dem Gefährdungsprinzip²² oder einem einzigen sonstigen Prinzip.²³ Diese Ansicht erfreut sich heute schon weitgehender Zustimmung: So wird zB im Schadenersatzrecht anerkannt, dass neben dem Verschulden vor allem eine hochgradige Gefährlichkeit von Sachen oder Aktivitäten von entscheidender Bedeutung für die Haftungsbegründung sind, aber auch die wirtschaftlichen Verhältnisse (Schadenstragungsfähigkeit), die Erzielung von Vorteilen oder die Versicherbarkeit eine Rolle spielen können²⁴.

Nach Ansicht von *Canaris*²⁵ ist zwar *Wilburgs* Kritik an jeder Verabsolutierung eines Prinzips und der Forderung nach stärkerer Differenzierung zweifellos zuzustimmen, doch seien die wechselseitige Ergänzung und damit das Zusammenspiel mehrerer Prinzipien nicht an ein bewegliches System gebunden. Man könne durchaus auch feste Tatbestände bilden und einen Grundsatz durch klar umrissene Ausnahmen einschränken. Dem ist insofern sicherlich zuzustimmen, als in manchen Bereichen eine derartige Normenbildung durchaus gelingen kann und dort, wo feste

17 *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977); *Schilcher*, Neuordnung des österreichischen Schadenersatzrechts, in *Magnus/Spier* (Hrsg), European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol (2000) 293; *Schilcher*, Das bewegliche System wird Gesetz in FS *Canaris* (2007) 1299; *Schilcher*, Sowohl als Auch – Vierzig Jahre zwischen Rechtswissenschaft und Politik, in *Wünsch* (Hrsg), Professoren erinnern sich (2008) 147 (151 ff).

18 Siehe auch *L. Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme (1996).

19 Die Frage, ob es sich um ein „System“ handelt, dem die Merkmale Einheit und Ordnung eigen sind, bejaht *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff 76 ff.

20 Ausgezeichnete kurze Zusammenfassung der Ideen *Wilburgs* bieten *F. Bydlinski*, Methodenlehre 529 ff; *F. Bydlinski*, Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht (1998) 189 (190 ff); *Canaris*, Systemdenken 74 ff.

21 Zum Verhältnis von *Wilburgs* System zur Prinzipientheorie siehe *F. Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Dauer-aufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 (329 ff) sowie *F. Bydlinski*, Die „Elemente des beweglichen Systems“, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 9 (9 ff), jeweils mit weiteren Hinweisen.

22 Dazu *Koziol*, Bewegliches System und Gefährdungshaftung, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 51.

23 Siehe *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 1 ff, 26 ff.

24 Vgl *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/182 ff.

25 *Canaris*, Systemdenken 80 f.

Regeln unerlässlich sind (dazu gleich unten), kein anderer Weg offenbleibt. In einem Gebiet wie dem Schadenersatzrecht, das eine unerschöpfliche Vielfalt von Sachverhalten und eine Vielzahl von Prinzipien und Wertungsgesichtspunkten zu erfassen hat, wird es hingegen wohl kaum gelingen, derart feste Grundregeln mit klar umrissenen Ausnahmen in den Griff zu bekommen. Überdies ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber nur dann in der Lage sein wird, Grundregeln mit festen Ausnahmen zu formulieren, wenn er vorher unter Anwendung des beweglichen Systems nach einer sachgerechten Lösung gesucht hat und das so gewonnene Ergebnis möglichst fest zu formulieren versucht. Nicht zu leugnen ist wohl auch, dass das bewegliche System das differenzierte Denken und die Berücksichtigung des Zusammenspiels mehrerer Gesichtspunkte jedenfalls besonders fördert.

Da bisher ausschließlich schadenersatzrechtliche Beispiele angeführt wurden, ist zu betonen, dass *Wilburg* sich zwar vor allem mit dem Schadenersatzrecht, aber auch mit dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung²⁶ beschäftigt hat. Das bewegliche System ist jedoch auch darüber hinaus in vielen anderen Gebieten unverzichtbar, in denen eine Mehrzahl von Gesichtspunkten zu berücksichtigen ist. *Franz Bydlinski* hat dies ua sehr eindrucksvoll für den rechtsgeschäftlichen Bereich gezeigt²⁷. Nach seinen Vorstellungen kann das Vertragsrecht systematisch im Wesentlichen auf das Zusammenspiel von vier Prinzipien zurückgeführt werden:

1. Das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (Selbstbestimmung), wonach die Beteiligten selbst eine Regelung der Rechtsfolgen nach ihrem freien Willen vornehmen können.
2. Das Prinzip der Verkehrssicherheit, insb des Schutzes berechtigten Vertrauens.
3. Das Prinzip der Vertragsgerechtigkeit, das auf eine ausreichende inhaltliche Äquivalenz von Leistungen und Rechtspositionen abstellt; anders ausgedrückt, auf das Fehlen offenkundiger Unausgewogenheit.
4. Das Prinzip der Selbstverantwortung, das die Treue zum eigenen Wort (Vertragstreue) fordert, somit die Selbstbindung, die auch zur Bindung an ungewollte, jedoch zurechenbare Erklärungen führt.

Abgesehen von der Pluralität der Prinzipien betont die Lehre vom beweglichen System die *Abstufbarkeit* der Elemente, mit anderen Worten, deren komparativen Charakter;²⁸ für das Schadenersatzrecht kann bspw auf die Verschuldensgrade hingewiesen werden, die vom Vorsatz bis zur leichtesten Fahrlässigkeit reichen; für das Vertragsrecht auf die Privatautonomie, die durch Fehlinformationen, Irrtümer oder Einschränkungen der Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung in verschiedenen Stufen gegeben sein kann. Die Rechtsfolgen in einem Einzelfall werden dementsprechend durch die komparative Stärke der Elemente in ihrem Zusammenspiel bestimmt. Das führt auch dazu, dass etwa die Haftung selbst dann zu bejahen sein kann, wenn einer der maßgebenden Faktoren fehlt oder nur in sehr geringem Maße gegeben ist, dies jedoch dadurch ausgeglichen wird, dass das Gewicht der anderen Faktoren höher ist als normalerweise vorausgesetzt. Die Elemente weisen somit eine klare, differenzierte Mehr-oder-weniger-Struktur auf. Beim Zusam-

26 *Wilburg*, AcP 163 (1963) 346 ff.

27 *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967); *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 147 ff; *F. Bydlinski*, A 'Flexible System' Approach to Contract Law, in *Hausmaninger/Koziol/Rabello/Gilead* (Hrsg), Developments in Austrian and Israeli Private Law 9 (9 ff); *F. Bydlinski*, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin190 ff.

28 *Wilburg*, Bewegliches System 13 f. Siehe auch *Michael*, Gleichheitssatz 115 ff.

mentreffen gegensätzlicher Prinzipien ist ein Kompromiss durch Bestimmung von „Vorrangrelationen“ festzulegen.

Zu betonen ist, dass nicht nur die Abstufungen der maßgebenden Elemente bei der Festlegung der Rechtsfolgen zu beachten ist, sondern auch die Abstufbarkeit der Rechtsfolgen.²⁹

Das bewegliche System ist somit darauf gerichtet, die maßgebenden Wertungen der anzuwendenden Norm zu erfassen und sowohl die Abstufbarkeit der maßgebenden Faktoren als auch der Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Ob – um beim Schadenersatzrecht zu bleiben – eine Haftung gerechtfertigt ist oder nicht, hängt daher sowohl von der Zahl der gegebenen Faktoren als auch von deren Zusammenspiel ab. Darüber hinaus kommt dem Gewicht der Elemente Bedeutung zu. Wie ferner *Schilcher*³⁰ zu Recht fordert, muss mit der Herausarbeitung einer Basiswertung und der Formulierung des Normalfalls begonnen werden. Das bedeutet, dass das Gesamtgewicht der Faktoren festzustellen ist, das normalerweise ausreicht um die Haftung zu begründen: Nur dann wenn ein Standard für den Vergleich vorhanden ist, kann das „Mehr oder Weniger“ an Gewicht in einem konkreten Fall festgestellt werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Haftung – unabhängig vom Gewicht einzelner Elemente – stets dann zu bejahen ist, wenn das Gesamtgewicht der Faktoren diesem Normalmaß entspricht. *Schilcher* betont auch, dass der Normalfall ganz gleich wie im überkommenen System behandelt wird, nämlich durch Anwendung der die Basiswertung formulierenden Regelung, und lediglich bei Abweichungen vom Normalfall nicht vage mit „Billigkeit“ oder den „Umständen des Einzelfalles“ argumentiert, sondern eine Abwägung der dem Gesetz entnehmbaren Wertungselemente vorgenommen wird.

Das bewegliche System macht etwas deutlich, was eigentlich als eine *Selbstverständlichkeit* erscheint:³¹ Alle schadenersatzrechtlichen Verhaltensregeln und jegliche Anordnung von Rechtsfolgen erfordern eine Abwägung des Gesetzgebers zwischen gegensätzlichen Interessen, nämlich auf der einen Seite dem Interesse an möglichst weitgehender Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit sowie unbeschränkter Nutzung der eigenen Güter, auf der anderen Seite jenem an möglichst weitgehendem Schutz der eigenen Sphäre. Entsprechend spielen im rechtsgeschäftlichen Bereich das Interesse an der Verwirklichung der Privatautonomie und auf der anderen Seite am Vertrauenschutz eine entscheidende Rolle und deren Abwägung ist maßgebend für die Rechtsfolge der Wirksamkeit des Vertrages und der Berechtigung, sich auf die Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zu berufen. Überall dort, wo der Gesetzgeber dem Rechtsanwender einen Entscheidungsspielraum überlassen muss, weil er keine völlig feste Regel formulieren kann oder will, hat der Richter eine derartige *Interessenabwägung* vorzunehmen. Für eine systemgerechte, dem Prinzip der Gleichbehandlung und damit der Gerechtigkeit entsprechende Entscheidung ist diese unerlässlich. Daher wird sie vielfach auch unbewusst vorgenommen, weil anders eine Entscheidung gar nicht zu finden ist. Wenn nun der Gesetzgeber dies klar aufzeigt und überdies als „Kundendienst“ die relevanten Faktoren nennt, so wird nur etwas offen ausgesprochen, was für

29 Vgl *Wilburg*, AcP 163 (1963) 347; dazu *Canaris*, Systemdenken 74 f.

30 *Schilcher*, Schadensverteilung 204; *Schilcher* in *Wünsch* (Hrsg), Professoren erinnern sich 156 ff.

31 *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, 2. Abschnitt: Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike (2006) 52, macht darauf aufmerksam, dass die Rechtsfindung der römischen Juristen sich den Vorschlägen für die Lockerung „starrer“ Privatrechtssysteme durch die Entwicklung eines beweglichen Systems, das durch größere Flexibilität seiner Prämissen und freieren Austausch seiner Bestimmungsgründe eine Optimierung der Problemlösungen anstrebt, nähert.

jeden Rechtsanwender, der zu system- und sachgerechten sowie nachvollziehbaren Ergebnissen kommen soll und will, selbstverständlich ist.

Bisher habe ich stets nur vage von den maßgebenden Faktoren gesprochen; wie diese ermittelt werden, ist eine für die Anwendung und die Bedeutung des beweglichen Systems ganz entscheidende Frage und bedarf selbstverständlich der Konkretisierung, um Fehlvorstellungen zu vermeiden. Es kann – wie schon *F. Bydlinski*³² betont hat – kein Zweifel daran bestehen, dass es *Wilburgs* Ideen widersprüche, wenn es der Entscheidung des Rechtsanwenders überlassen bliebe, nach seinem Belieben die zu berücksichtigenden Faktoren (Prinzipien) zu bestimmen. Das würde nämlich im Ergebnis zu einem freien Ermessen des Rechtsanwenders und damit zu einer Orientierung an der Billigkeit führen. Dies käme jedoch in Wahrheit dem Verzicht auf ein System gleich um dessen Entwicklung *Wilburg* jedoch gerade bemüht ist. Ihm geht es vielmehr darum, dem Richter keine freie Entscheidung einzuräumen, sondern bloß ein „gelenktes Ermessen“.³³ Er betont daher ausdrücklich: „*Es ist gerade der Sinn meines Vorschlages, zu vermeiden, daß das Gericht nur auf Billigkeit, auf jeweiliges Rechtsempfinden, auf gute Sitten oder ähnliche inhaltslose Begriffe verwiesen wird.*“ Nach *Wilburgs* Verständnis vom beweglichen System, das zu einem vom Gesetzgeber gelenkten Ermessen des Richters führen soll, ist es daher ganz entscheidend, dass die beschränkte Zahl³⁴ der zu berücksichtigenden Elemente oder Faktoren vom Gesetz genannt und umschrieben werden, zumindest aber aus dem Gesetz – gemäß den in §§ 6 und 7 ABGB normierten Grundsätzen – ableitbar sein müssen. In jedem Einzelfall sind überdies nicht nur die maßgebenden Faktoren zu identifizieren, sondern auch – soweit möglich – die unterschiedlichen Gewichte der einzelnen Faktoren, da nur dann eine ausgewogene Lösung auf der Basis der leitenden, der Regelung zugrunde liegenden Wertungen möglich ist.

*Wilburg*³⁵ umschreibt den Vorteil dieser Vorgangsweise folgendermaßen: „*Dieses System kann alle denkbaren Fälle in ihrer Eigenart erfassen. Es ist gegenüber den bisherigen Grundsätzen elastisch und zerbricht nicht wie ein Werk aus Glas, wenn sich das Werturteil über die Kraft der einzelnen Elemente, zum Beispiel über die Gefährlichkeit eines Betriebes, im Laufe der Zeiten ändert. Auch das Hinzutreten neuer Gesichtspunkte und Kräfte ist möglich.*“ Wenn *Wilburg* dabei auf die Möglichkeit der Änderung der Werturteile über einzelne Elemente und auf das Hinzutreten neuer Gesichtspunkte hinweist, so meint er damit nicht die Befugnis des Rechtsanwenders, nach seinem Belieben vorzugehen, sondern – ganz im Sinne des eben Ausgeführten – dass der Rechtsordnung derartige Veränderungen entnommen werden können. *Wilburg* anerkennt damit lediglich eine Offenheit des Systems für Veränderungen; eine derartige Wandlungsfähigkeit der Rechtsordnung ist – wie *Canaris*³⁶ betont – dem juristischen System wesenseigentümlich, somit keine Besonderheit des beweglichen Systems.

Die häufig nicht sehr kenntnisreiche Kritik am beweglichen System beruht immer wieder auf der Fehlvorstellung, deren Anhänger verfolgten das Ziel, möglichst bewegliche, unbestimmte, unklare, beliebige und verschwommene Tatbestände zu formulieren. Diese Behauptung ist allerdings völlig unzutreffend und kommt einer Verleumdung nahe. Der führende Vertreter der Lehre vom beweglichen System, *Franz Bydlinski*,³⁷ betont vielmehr ein ganz andere Grundforderung: „*Soweit*

32 *F. Bydlinski*, Methodenlehre 532 f.

33 Bewegliches System 22.

34 *Canaris*, Systemdenken 77 f.

35 Bewegliches System 13 f.

36 *Canaris*, Systemdenken 63 ff.

37 *F. Bydlinski*, Methodenlehre 534.

es sich um typische, auch hinsichtlich der Konsequenzen der Regelung klar überblickbare Sachverhalte handelt, sprechen Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, dh hier voraussehbare und einfache Rechtsanwendung, aber auch die Gerechtigkeitsgleichheit weiterhin dafür, beim gesetzestehischen System der festen Tatbestandsbildung zu bleiben. Auch wo die Rechtssicherheit zu den besonderen Zwecken einer Regelung gehört, wird kein (oder doch nur geringer) Raum für ‚bewegliche‘ Enklaven sein. Ein grundsätzlich beweglich gestaltetes Wechsel-, Grundbuchs-, Prozeß- oder gar Strafrecht ist gewiß ausgeschlossen.“

Nur soweit wegen der Vielschichtigkeit der Rechtsfragen und der Vielfältigkeit der zu lösenden Sachverhalte keine Möglichkeit gegeben ist, eine sachgerechte feste Regel zu formulieren,³⁸ wird ein Mittelweg³⁹ zwischen starren Tatbeständen und vagen Generalklauseln vorgeschlagen: Durch die Angabe der Basiswertung und der vom Richter zu berücksichtigenden maßgebenden Faktoren soll eine erhebliche Konkretisierung erreicht, die Rechtsfindung des Richters gelenkt und damit sein Spielraum erheblich eingeschränkt⁴⁰ sowie seine Entscheidung vorhersehbar werden. All dies fördert die *Rechtssicherheit*. Andererseits aber soll das auf den Einzelfall abstellende Zusammenwirken der Elemente eine gelenkte Berücksichtigung der Vielfalt der Lebenssachverhalte ermöglichen und damit die *Einzelfallgerechtigkeit* fördern. Das Zusammenspiel der in unterschiedlicher Stärke vorhandenen Faktoren entscheidet dann auch über die Rechtsfolgen. *Canaris*⁴¹ stellt deshalb fest: „[D]as bewegliche System stellt einen besonders glücklichen Kompromiß zwischen den verschiedenen Postulaten der Rechtsidee dar – auch die Rechtssicherheit ist ja immerhin noch in weit stärkerem Maß gewahrt als bei einer bloßen Billigkeitsklausel – und bringt deren ‚Polarität‘ in einer abgewogenen ‚mittleren‘ Lösung zum Ausgleich, von den Rigorismen starrer Normen hält es sich gleichermassen fern wie von der Konturlosigkeit reiner Billigkeitsklauseln.“ *Canaris*⁴² zählt deshalb den Gedanken eines beweglichen Systems zu den bedeutenden juristischen „Entdeckungen“.

Die dennoch oft zu erlebende Abneigung gegenüber der Formulierung elastischer Regeln entsprechend der Lehre vom beweglichen System findet meiner Vermutung nach ihren tieferen Grund darin, dass diese Methode zwar die Anwendung der Normen erleichtert und nachvollziehbar macht, für den Gesetzgeber aber erheblich mühsamer ist: Er müsste sich vorher Klarheit über die grundsätzlichen Ziele und maßgebenden Wertungsgesichtspunkte verschaffen. Nur unter diesen Voraussetzungen können die Wegweiser für die Anwendung der Norm aufgestellt werden. Die Gesetzgeber scheuen aber meist vor dieser gründlichen Vorbereitung von Gesetzen zurück und haben oft nur ein aktuelles tagespolitisches Problem und nicht ein in sich geschlossenes, konsequentes Gesamtsystem vor Augen.

Das Ergebnis könnte in einem *beweglichen System der Normsetzung* folgendermaßen zusammengefasst werden: Entscheidende Elemente der vom Gesetzgeber umzusetzenden Rechtsidee sind Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.⁴³ Das bedeutendste Gerechtigkeitskriterium ist wohl die

38 Auf die Unmöglichkeit, stets klare, „unbewegliche“ Normen zu formulieren weist auch Michael, Gleichheitssatz 60 f. hin.

39 Dass es sich um einen Mittelweg handelt, wird von F. Bydlinski, Methodenlehre 533; *Canaris*, Systemdenken 82 ff, hervorgehoben.

40 Schilcher in *Magnus/Spier* 295, spricht deshalb von einem „gebundenen Ermessen“. Diese Terminologie birgt allerdings die Gefahr der Verwechslung mit der im Verwaltungsrecht gängigen Lehre vom „gebundenen Ermessen“ in sich. Zu dieser siehe Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 250 ff.

41 *Canaris*, Systemdenken 84.

42 *Canaris*, Systemdenken 85.

43 Siehe F. Bydlinski, Methodenlehre 290 ff, 325 ff, 335 ff.

Gleichbehandlung der Rechtsadressaten; dem Gerechtigkeitspostulat können demnach Normen nur entsprechen, wenn nach ihnen wesentlich Gleicher gleich und im Wesentlichen Ungleiches ungleich behandelt wird. Dieses Ziel ist allerdings nur erreichbar, wenn die Normen so klar gefasst sind, dass eine gleichmäßige Anwendung gewährleistet ist. Damit ist aber auch das Postulat der Rechtssicherheit angesprochen, sodass die enge Verwobenheit von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erkennbar wird. Andererseits ist aber auch offenkundig, dass die beiden Postulate miteinander in Konflikt geraten können: Einzelfälle können umso gerechter entschieden werden, je feiner die Differenzierung der Tatbestände durchgeführt wird und umso mehr dadurch auf Unterscheidungen eingegangen werden kann; der Rechtssicherheit dienen jedoch eher klare, undifferenzierte Regeln, die leicht nachvollziehbar und anwendbar sind. Soweit als möglich sollten selbstverständlich beide Postulate voll erfüllt werden; ist dies nicht erreichbar, so kommt es darauf an, ob die zu regelnde Materie ein besonders hohes Maß an Rechtssicherheit erfordert oder ob die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund steht. Es könnte daher folgender komparativer Satz gelten: Je wichtiger die Rechtssicherheit für die zu regelnde Materie ist, je klarer die erforderlichen Differenzierungen umschrieben werden können und je geringer der Differenzierungsbedarf ist, desto fester ist die Norm zu formulieren; je weniger starr die Norm wegen der Vielschichtigkeit und der Vielfältigkeit der Materie gefasst werden kann, desto mehr sind die für die Einzelfallentscheidung relevanten Kriterien, deren Gewicht und Zusammenspiel anzugeben.

Noch ein Nachsatz: Es liegt auf der Hand, dass das bewegliche System nicht nur für die Ausgestaltung der nationalen Rechte sondern ganz besonders für die Rechtsvereinheitlichung besondere Vorzüge aufweist: Es ist geeignet, zwei gegenläufige Forderungen in möglichst weitgehendem Maße zu erfüllen, nämlich einerseits nicht bloß höchst konkretisierungsbedürftige Generalklauseln aufzustellen, andererseits aber starre Regelungen zu vermeiden, weil diese der Vielfalt von Einzelfällen nicht gerecht werden können und überdies jeder Anpassung an geänderte Verhältnisse entgegenstehen.⁴⁴ Durch die Angabe der vom Richter zu berücksichtigenden maßgebenden Faktoren wird die Freiheit des Richters entscheidend eingeschränkt und seine Entscheidung vorhersehbar, andererseits wird eine gelenkte Berücksichtigung der Vielfalt der Lebenssachverhalte ermöglicht. Das bewegliche System ist überdies in hohem Maße geeignet, Regelungen zu entwickeln, in denen die in den unterschiedlichen Rechtsordnungen für maßgeblich gehaltenen Faktoren – deren Bedeutung auch von den Angehörigen anderer Rechtsordnungen anerkannt wird – aufgenommen werden, sodass deren künftige Beachtung und damit der Gleichklang in den verschiedenen Ländern abgesichert wird.⁴⁵

44 Dazu *Koziol*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadensersatzrecht, ZEuP 1996, 587.

45 Zu all dem siehe ausführlicher *Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; *Koziol*, Diskussionsbeitrag: Rechtsvereinheitlichung und Bewegliches System, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 311.

III. Beispiele für elastische Tatbestandsformulierungen

A. Irrtum bei Vertragsabschluss

Ich beginne mit einem Beispiel aus dem Vertragsrecht, und zwar dem *Irrtum beim Vertragsabschluss*:⁴⁶ Die entscheidende Voraussetzung für das Recht einer Vertragspartei zur Anfechtung des Vertrages ist deren Irrtum. Nach österreichischem Recht (§§ 871,⁴⁷ 901 ABGB) und ebenso auch nach deutschem Recht (§ 119 BGB⁴⁸) hängt die Bedeutung eines solchen Irrtums davon ab, ob es sich um einen Geschäftsirrtum oder einen Motivirrtum handelt. Der Geschäftsirrtum im weiten Sinn umfasst den Erklärungsirrtum, den Eigenschaftsirrtum und den Irrtum über den Vertragspartner (§ 873 ABGB). Die Geschäftsirrtümer betreffen Umstände, die von Vertrags schließenden üblicherweise zum relevanten Inhalt des Vertrages gezählt werden. Ihnen kommt ein solches Gewicht zu, dass sie – zusammen mit weiteren Voraussetzungen – ein Anfechtungsrecht bei allen Arten von Verträgen rechtfertigen. Motivirrtümer betreffen Umstände die lediglich für die Überlegungen eines der Vertragspartner im „Vorfeld“ seiner Willenserklärung eine Rolle spielen, seinen Risikobereich betreffen und daher den anderen Vertragsteil nichts angehen. Ihnen kommt daher geringeres Gewicht zu, sodass sie ein Anfechtungsrecht lediglich bei unentgeltlichen Geschäften, insb bei Schenkungen, begründen können, da bei diesen der Partner des Irrenden weniger Schutz verdient. Diese Abwägungen nehmen somit Bedacht auf die Interessen des anderen Vertragsteils und leiten damit – zumindest nach österreichischem Recht – zum zweiten entscheidenden Faktor bei der Rechtfertigung von Anfechtungsrechten, nämlich dem Vertrauensgedanken: § 871 ABGB gewährt ein Anfechtungsrecht nur dann, wenn der Partner des Irrenden nicht schutzwürdig erscheint. Diese Schutzwürdigkeit kann darauf beruhen, dass der Partner den Irrtum veranlasst hat oder ihm offenbar auffallen hätte müssen oder wenn der Irrtum so rechtzeitig aufgeklärt wurde, dass der Partner noch keine Dispositionen im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages getroffen hat. Damit berücksichtigt das ABGB nicht nur die Privatautonomie des Irrenden, sondern auch das schutzwürdige Vertrauen des Partners und die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Im Gegensatz dazu lässt das deutsche Recht (§ 119 BGB) die Anfechtung zu, ohne auf das Vertrauen des Partners und dessen Schutzwürdigkeit Rücksicht zu nehmen. Das deutsche Recht schützt den Partner des Irrenden lediglich durch die Einräumung eines Anspruchs auf Ausgleich des Schadens, der durch die Enttäuschung seines Vertrauens in die Gültigkeit des Vertrages entstand.

Es besteht noch ein weiterer, höchst bedeutsamer Unterschied zwischen dem österreichischen und dem deutschen Recht: § 872 ABGB sieht eine Abstufung der Rechtsfolgen entsprechend dem Gewicht des Irrtums vor. Das ABGB unterscheidet nämlich zwischen wesentlichem und unwe-

46 F. Bydlinski, Mistake in Austrian Private Law Viewed in Terms of a “Flexible System” Approach, in Hausmaninger/Koziol/Rabbello/Gilead (Hrsg), Developments in Austrian and Israeli Private Law (1999) 21; F. Bydlinski, Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens, in FS Hans Stoll (2001) 113.

47 § 871 Abs 1 ABGB: War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

48 § 119 BGB: Anfechtbarkeit wegen Irrtums. (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigen schaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

sentlichem Irrtum. §§ 871 und 872 ABGB umschreiben den Unterschied nicht sehr deutlich, doch kann das Gesetz dahin verstanden werden, dass die Kausalität des Irrtums und dessen Reichweite maßgebend sein sollen: Ein wesentlicher Irrtum liegt dann vor, wenn der Vertrag bei irrtumsfreiem Verhalten überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre; ein unwesentlicher Irrtum ist hingegen dann gegeben, wenn der Vertrag bei irrtumsfreiem Verhalten zwar ebenfalls geschlossen worden wäre, jedoch mit anderem Inhalt. Bei der Beurteilung welche Art von Irrtum zu Diskussion steht, ist selbstverständlich nicht nur der Wille des Irrenden zu berücksichtigen, sondern auch die Absicht des Partners. Wenn alle anderen Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind, berechtigt ein wesentlicher Irrtum demnach zur Aufhebung des Vertrages, während ein unwesentlicher Irrtum lediglich zur Anpassung des Vertrages führen kann, und zwar entsprechend dem Inhalt, auf den sich die Parteien bei irrtumsfreiem Abschluss geeinigt hätten. Durch diese Abstufung der Rechtsfolgen verwirklicht das ABGB wesentlich besser als das BGB den Gedanken der Privatautonomie, da es zur Herstellung genau jener rechtlichen Positionen führt, auf die sich die Partner bei irrtumsfreiem Abschluss entsprechend ihren wahren Absichten geeinigt hätten.

B. Geschützte Interessen

Nun zu einem schadenersatzrechtlichen Beispiel, und zwar zu § 1293⁴⁹ des österreichischen Diskussionsentwurfs.⁵⁰ Die Frage, welche Interessen geschützt sind und in welchem Umfang, ist häufig nicht einfach. Die Grenzen des Schutzes sind selbst bei den anerkannten so genannten absoluten Rechten höchst unklar, da sie keineswegs tatsächlich absolut, also gegen jegliche Beeinträchtigung, geschützt werden. Bei der Umgrenzung des Schutzbereiches darf man nämlich nicht aus dem Auge verlieren, dass völlig gegenläufige Interessen im Spiel sind. Gewährt die Rechtsordnung den Rechten und Interessen einer Person Schutz, so verlangt sie damit von allen anderen, diesen Bereich zu respektieren. Im Ergebnis führt daher jede Anerkennung eines geschützten Bereiches zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit aller anderen. Die Festlegung von geschützten Bereichen bedarf daher der *Abwägung* der gegenläufigen Interessen: Auf der einen Seite steht das Interesse an möglichst weitreichendem Schutz eines Rechts, auf der anderen das Interesse an unbegrenzter Freiheit bei der Ausübung gegenläufiger Befugnisse.

Das zeigt sich besonders deutlich bei so manchen Persönlichkeitsrechten, da diesen regelmäßig Persönlichkeitsrechte anderer Personen oder Interessen der Allgemeinheit gegenüberstehen, bei deren Wahrnehmung es zu einem Zusammenprall kommt. So steht etwa dem Recht auf Ehre das Recht der anderen auf Meinungsfreiheit oder der Medienfreiheit gegenüber; dem Recht auf die Privatsphäre steht das Informationsinteresse anderer Einzelpersonen oder der Allgemeinheit gegenüber. Jegliche Grenzziehung bedarf daher einer umfassenden Abwägung aller beteiligten Interessen, um eine Lösung zu finden, die zu einer möglichst weitgehenden Verwirklichung aller

49 § 1293 (1) Schaden ist jeder Nachteil, den jemand an seiner Person, an seinem Vermögen oder an seinen sonstigen geschützten Interessen erleidet. Handelt es sich um einen geldwerten Nachteil, so liegt ein Vermögensschaden vor, sonst ein ideeller Schaden. (2) Der Schutz der Interessen richtet sich insb nach deren Rang und Wert, Abgrenzbarkeit und Offenkundigkeit, aber auch nach den Interessen anderer an freier Entfaltung und an der Ausübung von Rechten sowie nach den Interessen der Allgemeinheit. (3) Die klar umgrenzten und offenkundigen Persönlichkeitsrechte, wie vor allem das Leben und die körperliche Unversehrtheit, die dinglichen Rechte sowie die Immaterialgüterrechte, genießen den höchsten Schutz. Reine Vermögensinteressen werden außerhalb von Schuldverhältnissen nur ausnahmsweise geschützt.

50 Ausgearbeitet von einer vom BMJ eingesetzten Arbeitsgruppe. Die überarbeitete Fassung des Diskussionsentwurfs vom 26. 6. 2007 wurde in JBI 2008, 365, sowie in ZVR 2008, 168, veröffentlicht. Ausführlicher zur Erstfassung siehe Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006).

gegensätzlichen Interessen führt. Aber selbst bei der körperlichen Unversehrtheit, dem Paradebeispiel für ein absolut geschütztes Gut, bestehen Abgrenzungsprobleme: Genießt etwa wirklich jedermann genauso Schutz gegen die Ansteckung mit einer Verkühlung durch einen Mitfahrer in den öffentlichen Verkehrsmitteln wie gegenüber der Infizierung mit Cholera oder Salmonellen durch verunreinigte Lebensmittel? Beim Schutz des Eigentums hat der Gesetzgeber zumindest bei Liegenschaften eine Geringfügigkeitsgrenze eingezogen. Zu all dem kommt noch hinzu, dass sogar die absolut geschützten Güter keinen Schutz gegenüber Notwehr, rechtfertigendem Notstand oder erlaubter Selbsthilfe genießen.

Die in vielen Fällen erforderlichen komplexen Abwägungen können den Rechtsanwendern auch in Zukunft nicht abgenommen werden. Möglich ist aber immerhin eine Erleichterung bei der Lösung der schwierigen Aufgabe, indem einige Wegweiser aufgestellt werden. Das ist insofern machbar, als eine Analyse der Entscheidungen in der eigenen Rechtsordnung wie auch eine breite rechtsvergleichende Untersuchung deutliche Anhaltspunkte dafür liefern, welche Momente vor allem zu berücksichtigen sind. Es dient einerseits der Vorhersehbarkeit der Entscheidungen und damit der Rechtssicherheit, wenn dem Richter relevante Faktoren genannt werden, die er in seine Überlegungen einbeziehen muss, und die unvermeidliche Vorgangsweise vorgezeichnet wird; und andererseits ist es ein „Kundendienst“ des Gesetzgebers, wenn er die mühsam gesammelte Erkenntnis zur Verfügung stellt.

§ 1293 Abs 2 des österreichischen Diskussionsentwurfs versucht, derartige Wegweiser aufzustellen indem er ausführt, dass sich der Schutz der Interessen insb nach deren Rang, Wert, Abgrenzbarkeit und Offenkundigkeit richtet, aber auch nach den Interessen anderer an ihrer freien Entfaltung und Ausübung ihrer Rechte sowie nach den Interessen der Allgemeinheit. Zu betonen ist, dass das Ausmaß des Schutzes von Interessen davon abhängig ist, ob einer oder mehrere Faktoren gegeben sind und welches Gewicht ihnen zukommt; ferner ist auch das Zusammenspiel mit anderen Faktoren maßgeblich. Da der Schutzbereich vom Gesamtgewicht der Faktoren abhängig ist, kann es durchaus sein, dass sogar hochrangige Interessen keinen Schutz gegen minimale Beeinträchtigungen genießen, wenn die gegenüberstehenden Interessen bei weitem überwiegen. So kann zB die drohende Beeinträchtigung der Gesundheit ganz geringfügig sein, wie zB eine Verkühlung, der den Handelnden sonst treffende Vermögensnachteil, etwa der Verlust seines Arbeitsplatzes, hingegen enorm, wenn er die Gesundheit anderer in vollem Ausmaß zu achten hätte und seine allgemeine Handlungsfreiheit daher stark eingeschränkt wäre.

In der letzten Version des Diskussionsentwurfs aus dem Jahre 2007 wird nun auch versucht, eine Basiswertung zu formulieren: Es wird einerseits klargestellt, dass die klar umgrenzten und offenkundigen Persönlichkeitsrechte, wie vor allem das Leben und die körperliche Unversehrtheit, ferner die dinglichen Rechte sowie die Immaterialgüterrechte den höchsten Schutz genießen. Auf der anderen Seite wird festgehalten, dass reine Vermögensinteressen außerhalb von Schuldverhältnissen nur ausnahmsweise geschützt werden.

C. Die Sorgfaltswidrigkeit

Das Beispiel der *Rechtswidrigkeit*: Diese Haftungsvoraussetzung bietet ein sehr anschauliches Beispiel für die zu bewältigenden Schwierigkeiten.⁵¹ Es ist selbstverständlich für den Gesetzgeber wegen der fast unbegrenzten Vielfalt der zu erfassenden Situationen unmöglich, genau festzulegen, wann ein Verhalten rechtswidrig ist. Das ABGB spricht deshalb in § 1294 von der Widerrechtlichkeit, ohne diesen höchst unbestimmten und daher ausfüllungsbedürftigen Begriff zu definieren und ohne auch nur andeutungsweise zu sagen, welche Faktoren für die Feststellung der Widerrechtlichkeit im Einzelfall bedeutsam sind. Das hat nicht nur dazu geführt, dass offenbleibt, ob es um ein Erfolgs- oder ein Verhaltensunrecht gehen soll, sondern auch dazu, dass abgesehen von diesen Grundfragen der Richter ohne jeglichen Wegweiser bleibt, wie er bei der Feststellung im Einzelfall vorzugehen hat. Aber auch das sonst besonderen Wert auf feste Regeln legende BGB lässt den Rechtsanwender diesbezüglich im Dunklen. Das gleiche trifft auch für neuere Gesetze und aus jüngerer Zeit stammende Entwürfe für künftige nationale oder europäische Regelungen zu; doch gibt es auch Ausnahmen, die sich daher für einen Vergleich anbieten.

Eine lediglich scheinbar „feste“ Regel, die nur auf die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung hinweist, ohne näher zu sagen, was darunter zu verstehen und wie sie zu ermitteln ist, findet sich im Draft Common Frame of Reference (DCFR). Art 3:102 lautet: „*A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which does not amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.*“ Diese Bestimmung entspricht zwar durchaus üblichen Formulierungen, lässt aber so gut wie alle wesentlichen Fragen offen: Wonach richtet sich, was erwartet werden kann? Wie stellt der Richter fest, was „reasonable“ ist? Welcher Maßstab ist an „careful persons“ anzulegen? Welche der Umstände des Falles sind letztlich wirklich relevant? Zu all dem finden sich keine näheren Angaben. Ein derart konkretisierungsbedürftiges Regelwerk kann wohl kaum die Aufgabe der Vereinheitlichung des Rechts in den Ländern der Europäischen Union erfüllen:⁵² Sind die entscheidenden Grundwertungen nicht erkennbar, so ist eine Auseinanderentwicklung bei der Anwendung der Norm durch eine Mehrzahl von Höchstgerichten, die auf schon bisher unterschiedlichen Rechtssystemen mit unterschiedlichen Wertungen aufbauen, unvermeidbar, und das Ziel der Vereinheitlichung wird zwangsläufig weitgehend verfehlt oder ist nur über den weiteren und doch recht unsicheren Umweg der Konkretisierung durch den Europäischen Gerichtshof erreichbar.

Die European Group on Tort Law (EGTL) versuchte hingegen in Art 4:102 (1) Principles of European Tort Law (PETL)⁵³ unter Anwendung des beweglichen Systems eine konkretere Umschreibung: „*The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.*“ Diese Regel bietet ganz offenkundig dem Richter wesentlich mehr Anhaltspunkte für eine Entscheidung.

51 Siehe dazu Kozioł, JBL 1998, 619; Kozioł, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBL 2006, 768.

52 Siehe bereits Kozioł, ZEuP 1996, 587.

53 European Group on Tort Law (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005); zu diesen Kozioł, Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, ZEuP 2004, 234.

Deshalb hat sich der österreichische Diskussionsentwurf an diese Formulierung angelehnt und versucht, sie noch etwas weiter zu entwickeln. Ich ziehe im Folgenden daher diesen heran. Desse § 1296 Abs 1 lautet: „*Im Allgemeinen ist die Sorgfalt aufzuwenden, die von einer vernünftigen, die Interessen anderer achtenden Person unter den gegebenen Umständen zu erwarten ist. Dabei sind Rang und Wert der gefährdeten und der verfolgten Interessen, die Gefährlichkeit der Situation, das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten, die Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung sowie die damit verbundenen Kosten und Mühen maßgebend.*“

Sowohl Art 4:102 (1) PETL als auch § 1296 Abs 1 des österreichischen Diskussionsentwurfs beginnen mit dem vage erscheinenden Hinweis auf eine „vernünftige Person“ als Maßstabfigur. Damit wird aber immerhin klargestellt, dass weder der Täter selbst als Maßstab dienen kann, noch eine Durchschnittsperson. Durchaus bedeutsam ist ferner, dass von den „gegebenen Umständen“ auszugehen ist, also die konkreten Verhältnisse eine Rolle spielen, und dass es – wie der österreichische Entwurf betont – um Personen geht, die nicht nur ihre Eigeninteressen verfolgen, sondern auch die Interessen anderer bedenken.

Die beiden Entwürfe bleiben aber nicht bei diesen recht allgemeinen Umschreibungen stehen, sondern bemühen sich um aussagekräftige Wegweiser, indem sie die maßgebenden Faktoren für die Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit angegeben. Die Aufzählung beruht auf rechtsvergleichenden Untersuchungen der European Group on Tort Law, wobei insb das englische Recht eine wertvolle Auskunftsquelle war.

Die Sorgfaltsanforderungen an jene, die fremde Interessen gefährden, sind einerseits umso strenger anzusetzen, je höher der Rang und Wert der gefährdeten Güter einzustufen ist; gegenüber den klassischen Persönlichkeitsgütern, wie insb Leben, Gesundheit und Freiheit, ist ein höheres Maß an Sorgfalt angemessen als gegenüber Sachen oder gar reinen Vermögensinteressen. Die Erwähnung des Wertes der Güter macht deutlich, dass es innerhalb der einzelnen Rangstufen um unterschiedlich hohe Interessen gehen kann, etwa an einem Taschenbuch oder an einem Großraumflugzeug. Aber auch die Gefährlichkeit der Situation, also der Grad der Wahrscheinlichkeit und die Schwere einer Verletzung spielen eine entscheidende Rolle. Andererseits fällt der Wert der mit der gefährdenden Handlung verfolgten Interessen ins Gewicht. Je höher dieser anzusetzen ist, desto weniger erscheint eine gravierende Begrenzung der Bewegungsfreiheit durch strenge Sorgfaltsanforderungen gegenüber anderen sachgerecht. Von besonderer Bedeutung ist ferner die Nahebeziehung zwischen den Beteiligten. Schließlich spielen – wie schon bisher insb bei der Festlegung von Verkehrssicherungspflichten anerkannt – auch die Kosten und Mühen der Schadensvermeidung eine maßgebende Rolle bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer bestimmten Verhaltensweise. Nicht angesprochen werden hier die Rechtfertigungsgründe, da diese üblicherweise wegen ihrer besonderen Bedeutung selbstständig behandelt werden und ihnen daher auch im österreichischen Diskussionsentwurf eine eigene Bestimmung gewidmet ist, nämlich § 1299.

Zu betonen bleibt noch, dass es bei der Feststellung der Sorgfaltspflichten von ganz erheblicher Bedeutung ist, ob lediglich ein Element oder mehrere Elemente auf einer oder der anderen Seite in die Waagschale fallen. Ferner ist das Gewicht der Elemente zu berücksichtigen und auf deren Zusammenspiel zu achten.

An dieser Art der Regelung wird kritisiert, dass die Berücksichtigung vieler Elemente und deren unterschiedliches Gewicht zu schwierigen Abwägungen und zu nicht genau nachvollziehbaren Lösungen führen. Das stimmt in gewissem Maße, aber man darf die noch unbefriedigenderen Alternativen nicht vergessen: Das Weglassen dieser Wegweiser führt ja keineswegs zu einem leichteren Finden des Ziels, denn diese Abwägungen sind – wie auch die Rechtsvergleichung zeigt – letztlich unvermeidlich bei der Feststellung etwa der Sorgfaltswidrigkeit. Es wäre eine Vogel-Strauß-Politik, die maßgebenden Elemente nicht zu erwähnen und sich damit zufrieden zu geben, dass damit die Anwendung der Norm erheblich einfacher erscheint.

Es ist hervorzuheben, dass das bewegliche System eigentlich insofern keinen besonderen Neuigkeitswert hat und bloß eine Selbstverständlichkeit klar macht: Alle schadenersatzrechtlichen Verhaltensregeln und jegliche Anordnung von Rechtsfolgen bestimmten Handelns erfordern eine Abwägung des Gesetzgebers zwischen aufeinander prallenden Interessen, nämlich auf der einen Seite auf möglichst weitgehende Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit sowie unbeschränkte Nutzung der eigenen Güter, auf der anderen Seite auf möglichst weitgehenden Schutz der eigenen Sphäre. Überall dort, wo der Gesetzgeber dem Rechtsanwender einen Entscheidungsspielraum überlässt, weil er eine völlig feste Regel nicht formulieren kann oder will, muss jeder Richter und sonstige Jurist, der diesen Spielraum auszufüllen hat, eine Interessenabwägung vornehmen. Dies wird auch mehr oder weniger bewusst getan, weil es anders gar nicht durchführbar ist. Es ist etwa regelmäßig eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung mehrerer Faktoren nötig, wenn Verhaltensregeln aufzufinden sind und der Rechtsgüterschutz festgelegt wird.

Es ist nochmals zu betonen, dass etwa die als Alternative angebotenen „festen“ Regeln, die nur auf die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung hinweisen, ohne näher zu sagen, was darunter zu verstehen und wie sie zu ermitteln ist, nur scheinbar klar und fest sind. Die Bevorzugung nicht weiter bestimmter Rechtsbegriffe gegenüber deren näheren Determinierung wäre eine reine Selbstausschübung und sollte nicht ernsthaft verfochten werden.

Zusammenfassend ist daher die Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass die oft gerügte hohe Zahl der angeblich Unbekannten bei den erforderlichen Abwägungen nicht dadurch steigt, dass die erforderliche, unvermeidliche und täglich von den Gerichten zu handhabende Interessenabwägung deutlich angesprochen wird. Die Bereitstellung der maßgebenden Faktoren erleichtert den Richtern bloß ihre Arbeit. Der häufig vertretene Standpunkt, dass eine zusätzliche Bindung der Gerichte durch Angabe der zu beachtenden Faktoren zu einer höheren Unbestimmtheit führen soll, ist jedenfalls verbüffend; das *Weglassen* der für die Entscheidung relevanten Faktoren kann das Gesetz sicherlich nicht *bestimmt* machen.

IV. Abgestufte Rechtsfolgen statt Alles-oder-Nichts-Regeln

A. Allgemeines

Während das bewegliche System durch die Angabe der maßgebenden Faktoren unleugbar zu einer Einschränkung des Spielraums und damit zu einer engeren Bindung der Richter beiträgt, als sie bei Verwendung von konkretisierungsbedürftigen, allgemeinen Begriffen erreichbar wäre, ist den Kritikern einzuräumen, dass es in anderer Hinsicht tatsächlich zu einem größeren Spielraum des Richters führt. Den Normen ist sicherlich dann eine größere Beweglichkeit und Unbestimmtheit eigen, wenn an die Stelle einer in der Sache wirklich festen Regel, die etwa eine Alles-oder-

Nichts-Lösung vorsieht, eine differenzierende, abstufende Norm gesetzt wird. Beispiele für solche Regelungen – auf die später noch näher eingegangen wird – bieten Art 3:103⁵⁴ PETL sowie § 1294⁵⁵ des österreichischen Diskussionsentwurfs, die Fälle alternativer Kausalität betreffen; ferner die von Art 10:401 PETL⁵⁶ sowie § 1318⁵⁷ des österreichischen Diskussionsentwurfs vorgeschlagenen Reduktionsklauseln oder auch die schon oben besprochene Abstufung der Rechtsfolgen entsprechend der Art des bei Vertragsabschluss unterlaufenen Irrtums. Allerdings kann ich mich nicht der Meinung der Kritiker anschließen, dass diese Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzip ein Nachteil sei – ich bin vom Gegenteil überzeugt.

Derartige abgestufte Lösungen sind keineswegs eine grundlegende Neuerung, da schon die bewährte und nun in nahezu allen Rechtsordnungen als sachgerecht empfundene Regelung der Mitverantwortung (§ 254 BGB, § 1304 ABGB) zur elastischen Schadensteilung und daher von der archaischen Culpa-Kompensation und somit dem Alles-oder-Nichts-Prinzip weggeführt hat. Abgesehen davon, dass das abrupte Umschwenken von vollem Ersatz zu keinerlei Ersatz aufgrund oft geringfügiger Unterschiede erhebliche Gerechtigkeitsprobleme auslöst, ist zu bedenken, dass Gerichte dazu neigen dürften, die Voraussetzungen der Haftung – bewusst oder unbewusst – zu manipulieren, wenn sie wegen der vorgesehenen Entweder-oder-Lösung keinen anderen Ausweg haben, um ein krass unbilliges Ergebnis zu vermeiden. Ein derartiges Manipulieren ohne Offenlegung der dahinter stehenden Abwägungen ist für die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen sicherlich noch viel abträglicher, als die Eröffnung eines Mittelweges und das offen eingeräumte und gelenkte Ermessen, dessen Ausübung begründet werden muss.⁵⁸

Ein derartiger Mittelweg kann allerdings nicht stets eingeschlagen werden; das manifestiert sich auch in den heute verbreitet anerkannten Anwendungsfällen einer Teilhaftung. So gut wie in allen Rechtsordnungen wird heute eine Teilhaftung in Fällen der Mitverantwortung vorgesehen. Diese erklärt sich daraus, dass sowohl auf Seiten des Schädigers als auch des Geschädigten Zurechnungskriterien gegeben sind und daher auch eine Schadenstragung durch beide sachgerecht erscheint. Darüber hinaus wird eine Teilhaftung vor allem dann vertreten, wenn die Kausalitätsfrage nicht gelöst werden kann: Es wird, worauf sogleich näher eingegangen wird, eine Proportionalhaftung schon an bloß potenzielle Kausalität des Haftenden geknüpft. Diese Auffassung kann sich auf Anhaltspunkte im positiven Recht stützen, insb auf die Regelung der §§ 830 BGB, 1302

54 Art 3:103. *Alternative causes.* (1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

55 § 1294 (1) Eine Handlung, eine Unterlassung oder ein anderes Ereignis ist Ursache eines Schadens, wenn dieser sonst nicht eingetreten wäre. (2) Ein Schaden kann einer Person zugerechnet werden, wenn sie ihn verursacht hat oder das ursächliche Ereignis sonst in ihrem Bereich gelegen ist. Gleches gilt, wenn das Ereignis in hohem Maß geeignet war, den Schaden herbeizuführen, dasselbe jedoch auch für ein anderes Ereignis zutrifft (kumulative und überholende Kausalität). Ist eines der beiden Ereignisse ein Zufall oder vom Geschädigten herbeigeführt oder konnte entweder nur das eine oder das andere Ereignis den Schaden verursacht haben (alternative Kausalität), so ist der Schaden nach dem Gewicht der Zurechnungsgründe und der Wahrscheinlichkeit der Verursachung zu teilen.

56 Art 10:401. *Reduction of damages.* In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.

57 Minderung der Ersatzpflicht: § 1318. Die Ersatzpflicht kann ausnahmsweise gemindert werden, wenn sie den Schädiger unverhältnismäßig und drückend belastet und ein bloß teilweiser Ersatz dem Geschädigten zumutbar ist. Dabei sind das Gewicht der Zurechnungsgründe, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten und des Schädigers sowie die von diesem erlangten Vorteile zu berücksichtigen.

58 So schon Koziol, Grundfragen Rz 1/30.

ABGB für die Haftung mehrerer Täter bei potenzieller Ursächlichkeit. Entsprechendes wird hingegen nicht vertreten, wenn im Bereich der Verschuldenshaftung unsicher ist, ob das für die Haftung in Betracht kommende Verhalten sorgfaltswidrig oder schulhaft war. Es stellt sich die Frage, warum jemand, der die für die Bejahung der Rechtswidrigkeit oder des Verschuldens entscheidenden Tatsachen nur mit einer unterhalb des Regelbeweismaßes liegenden Wahrscheinlichkeit darlegen kann, nicht auch stets einen der *Wahrscheinlichkeit entsprechenden Anteil* seines erlittenen Schadens erhalten sollte⁵⁹.

Dass sich dafür keine Anhaltspunkte in den Rechtsordnungen finden und diese Ansicht auch sonst nicht vertreten wurde, hat aber wohl einen guten Grund: In den Verursachungsfällen steht fest, dass der zur Teilhaftung Herangezogene jedenfalls eine Handlung gesetzt hat, die für die Güter des Geschädigten in hohem Maße konkret gefährlich war und ihm wegen ihrer Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit zurechenbar ist. Er hat daher jedenfalls in verantwortlicher Weise die Schaffung einer unaufklärbaren Situation zu verantworten. Geht es hingegen um die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit, so steht nicht einmal fest, dass den Belangten eine Verantwortlichkeit trifft; ihm kann daher gerade nicht die Unaufklärbarkeit der Situation zugerechnet werden.⁶⁰

Damit zeigt sich, dass die Rechtsordnung nicht schlechthin durch eine Proportionalhaftung über alle beliebigen Beweisschwierigkeiten, hier bezüglich der Sorglosigkeit, hinweghilft, sondern – unter Berücksichtigung der Basiswertung – stets einen Ausgleich für die Schwäche des einen Haftungselements durch ein zusätzliches Element oder die stärkere Ausprägung eines jedenfalls erforderlichen Zurechnungsgrundes vorsieht. Anhaltspunkte dafür, dass wegen der Beweisschwäche für einzelne Haftungsvoraussetzungen schlechthin stets eine entsprechende Senkung des Ersatzes zu erfolgen hat, also stets eine Haftung proportional zur Schwäche der Haftungsgründe eingreift, finden sich in unserer Rechtsordnung somit sicherlich nicht und eine derartige, der erkennbaren Basiswertung widersprechende These wurde bisher auch von niemandem ernsthaft vertreten. Die Einschränkung der Proportionalhaftung auf die Kausalitätsvoraussetzung ist daher – wie im folgenden Abschnitt noch näher gezeigt wird – durchaus berechtigt.

B. Das Beispiel der alternativen Kausalität von haftbarmachendem Ereignis und Zufall

Das Problem der alternativen Kausalität entsteht dann, wenn ein Opfer einen Schaden erleidet, der entweder durch das Ereignis 1 oder das Ereignis 2 verursacht wurde, jedoch nicht feststellbar ist, welches der beiden Ereignisse tatsächliche kausal war. Nach deutschem und österreichischem Recht haften die beiden in Betracht kommenden Täter solidarisch, wenn bis auf den Nachweis der Ursächlichkeit bei beiden Tätern alle Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die PETL und der österreichische Diskussionsentwurf sehen hingegen eine Teilhaftung vor.⁶¹

Im Folgenden wird jedoch nur auf das Sonderproblem eingegangen, dass das Ereignis 1 – wäre die Kausalität nachweisbar – eine Haftung ausgelöst hätte, das Ereignis 2 hingegen nicht, da es

59 So etwa *Kletečka*, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall, JBl 2009, 137 (142).

60 Dazu schon *Koziol*, Flexibility Instead of the All-or-Nothing Rule, Comparative Stimulations, in *Koziol* (Hrsg), Comparative Stimulations for Developing Tort Law (2015) Topic II/A Rz 13 ff.

61 Dazu *Koziol*, Grundfragen Rz 5/75 ff.

sich um einen von niemandem zu verantwortenden Zufall handelt.⁶² Einige Beispiele zur Veranschaulichung:

Der Kläger K, ein Bergsteiger, wurde von einem herabfallenden Stein getroffen und verletzt; zur gleichen Zeit flog ein zweiter Stein nur knapp an seinem Kopf vorbei. Aber in dieser Abwandlung des eingangs erwähnten Beispiels wird der Steinschlag einerseits durch die Sorglosigkeit des Bergsteigers B und andererseits durch eine Gämse ausgelöst; es kann jedoch nicht festgestellt werden, welcher der Steine vom Bergsteiger und welcher von der Gämse losgetreten wurde.

Andere Beispiele sind sicherlich praktisch bedeutsamer, insb solche aus dem Bereich der ärztlichen Fehlbehandlung: Nach der Entlassung aus dem Spital erkrankt K. Es kann nicht festgestellt werden, ob diese Erkrankung auf eine erwiesenermaßen erfolgte ärztliche Fehlbehandlung zurückzuführen ist oder auf eine ebenfalls nachweisbare krankhafte Anlage des Patienten.

Illustrativ ist auch der englische Fall *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*:⁶³ Der 13-jährige Hotson fiel von einem Baum und erlitt schwere Verletzungen; er hatte selbst bei sofortiger ordnungsgemäßer Behandlung nur eine Heilungschance von 25 %. Im Krankenhaus wurde die erforderliche Behandlung jedoch erst verspätet vorgenommen; der Bub blieb lebenslang behindert.

Entsprechende Probleme entstehen regelmäßig dann, wenn der Arzt die Behandlung eines Krebspatienten verspätet beginnt und daher die Heilungschancen erheblich geringer sind: Es kann dann nicht mehr festgestellt werden, ob der Verzug zum Tod des Patienten geführt hat oder nicht.

F. Bydlinski⁶⁴ kombiniert seinen Ansatz zur Lösung der Fälle alternativer Kausalität mit dem Grundgedanken des § 1304 ABGB (§ 254 BGB; Art 44 Abs 1 Schweizerisches Obligationenrecht [OR]), der bei *Mitverantwortung* des Geschädigten eine Schadensteilung vorsieht. Er gelangt damit zu dem Ergebnis, dass der Geschädigte auch bei Konkurrenz eines haftbar machenden Ereignisses mit einem Zufall einen Teil seines Schadens ersetzt bekommen müsse, den potenziell kausalen Schädiger somit eine *Teilhaftung* trifft.

Gegen die von F. Bydlinski vertretene Gleichstellung jener Fälle, in denen zwei verantwortliche Täter als Schädiger in Betracht kommen, und jenen, in denen entweder ein verantwortlicher Täter oder ein Zufall den Schaden herbeigeführt hat, könnte eingewendet werden, dass nur im ersten Fall feststehe, dass der Geschädigte keinesfalls selbst den Schaden hätte tragen müssen, nicht aber im zweiten Fall. Daraus wird verschiedentlich geschlossen, dass K kein Teilanspruch einzuräumen sei. Nach einer in vielen Rechtsordnungen verbreiteten Auffassung⁶⁵ wäre für die Schadenersatzansprüche daher entscheidend, ob der Arzt *nachweislich* durch seinen Behandlungsfehler den Gesundheitszustand verschlechtert oder gar den Tod herbeigeführt hat. Können die Kläger die Kausalität beweisen, so erlangen sie vollen Ersatz; scheitert der Beweis, so erhalten sie nichts.

62 Näheres bei Koziol, Grundfragen Rz 5/86 ff.

63 In 3 WLR 1987, 232.

64 F. Bydlinski, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, FS Beitzke (1979) 3 (30 ff); F. Bydlinski, Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, FS Frotz (1993) 3.

65 Siehe dazu Faure, Comparative Analysis, in Faure/Koziol, Cases on Medical Malpractice in Comparative Perspective (2001) 267 (276 ff).

Das hat zunächst die wenig erfreuliche Konsequenz, dass Ärzte trotz eindeutigen Fehlverhaltens stets von jeglicher Haftung frei sind, wenn die Geschädigten den schwierigen Kausalitätsbeweis nicht erbringen können. Das wäre zwar dadurch vermeidbar, dass die *Beweislast* bezüglich der Verursachung *umgekehrt* wird, wie dies etwa für das deutsche Recht bei grobem Verschulden des Arztes vertreten wird. Mit dieser Lösung kann jedoch der Haupteinwand nicht ausgeräumt werden: *Hans Stoll*⁶⁶ hat schon darauf hingewiesen, dass das Alles-oder-nichts-Prinzip dazu führt, dass bei geringfügigen Unterschieden in der Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs, die für das Gelingen des Beweises jedoch ausschlaggebend sein können, ganz konträre Ergebnisse erzielt werden, nämlich volle Haftung oder gänzliche Haftungsfreiheit. Durch die Umkehr der Beweislast werde nun bloß erreicht, dass im Zweifel den Schädiger die Haftung trifft; an dem abrupten Umkippen von völliger Haftungsfreiheit zu umfassender Haftung ändere sich jedoch nichts.

Es sprechen jedoch nicht nur die unerfreulichen Konsequenzen einer Alles-oder-Nichts-Lösung, sondern auch gewichtige dogmatische Gründe für die von *F. Bydlinski* vorgeschlagene Teilhaftung: Seine Lösung beruht auf dem Gedanken, dass in den Fällen alternativer Kausalität das Element der Verursachung nur in schwacher Ausprägung vorhanden ist, nämlich als bloße potenzielle Verursachung. Entsprechend der Lehre vom beweglichen System und der Berücksichtigung der Basiswertung müssen wegen der Schwäche dieses Haftungselements zum Ausgleich andere Elemente in höherem Maß vorhanden sein, damit das erforderliche Gesamtgewicht aller Haftungselemente erreicht wird. Deshalb betont *F. Bydlinski*, dass die Teilhaftung des alternativen Täters nur dann eingreift, wenn sein Verhalten in höchstem Maße konkret gefährlich war. Anders ausgedrückt: Wegen der Schwäche des Elements der Verursachung erfordert die Begründung der Haftung, dass die Adäquanz des Fehlverhaltens in höchstem Maße vorhanden ist.

Ferner: Die in Österreich allgemein anerkannte Lösung der Solidarhaftung alternativ kausaler Täter beruht auf der bloß *potenziellen Ursächlichkeit* der Haftenden. Wenn in diesen Fällen die potenzielle Kausalität als Haftungsgrund genügt, so muss bei zureichender Wertungskonsequenz Gleicher gelten, wenn bloß ein verantwortlicher Täter möglicherweise den Schaden verursachte und der Geschädigte das Risiko der anderen potenziellen Ursache zu tragen hat. Haben der potenzielle Schädiger und der Geschädigte gemeinsam die Schadensfolgen zu tragen, so bedeutet dies – wie in den Fällen der Miterantwortung (§ 1304 ABGB, § 254 BGB) –, dass der potenzielle Schädiger Teilersatz zu leisten hat.

Der österreichische OGH sah die kritischen Stimmen zu Recht als nicht überzeugend an und folgte der *Teilhaftungsthese F. Bydlinskis*; er begründete dies ausführlich in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1995.⁶⁷ In dem zu beurteilenden Fall war der Geburtsschaden des Klägers entweder auf einen Behandlungsfehler oder auf eine Krankheit der Mutter zurückzuführen; es bestand keine Möglichkeit festzustellen, welcher der beiden Umstände ursächlich war. Der OGH betonte, dass nur die Lehre *F. Bydlinskis* eine dem Gerechtigkeitsgebot entsprechende Problemlösung gewährleiste, weil sonst bei alternativer Konkurrenz zwischen einer schuldhafoten Handlung und einem Zufall nur unverständliche und unbillige Extremlösungen denkbar wären: „*Man könnte sonst nur entweder die Meinung vertreten, dass der Geschädigte mangels eindeutiger Feststellbarkeit, welches*

66 *Stoll*, Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, FS Steffen (1995) 465 (466).

67 OGH 4 Ob 554/95 in JBl 1996, 181.

der beiden Ereignisse tatsächlich kausal war, jeden Ersatzanspruch verliere oder dass der Schädiger ungeachtet der gar nicht feststehenden Kausalität seines Verhaltens dem Geschädigten vollen Ersatz zu leisten habe. Beides widerspräche aber den tragenden Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechtes.“

Die Teilhaftungslösung findet auch international zunehmend Anerkennung.⁶⁸ Auch die EGTL hat diese Gedanken aufgenommen und in den PTEL berücksichtigt (Art 3:106⁶⁹). Unterstützung erfährt diese Lösung auch durch die Ökonomische Analyse des Rechts.⁷⁰

C. Die Reduktionsklausel

Ein weiteres Beispiel für eine Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzip bietet die „Reduktionsklausel“. Als Grundregel sehen die Gesetzbücher den vollen Ausgleich des vom verantwortlichen Schädiger verursachten Schadens vor. Einige europäische Kodifikationen kennen jedoch schon heute eine Herabsetzung des Ersatzes.⁷¹ So hat der Richter nach Art 43 Abs 1 des schweizerischen OR nicht nur ganz allgemein die Größe des Ersatzes unter Berücksichtigung der Umstände und der Schwere des Verschuldens festzusetzen, sondern er kann gem Art 44 Abs 2 leg cit die Ersatzpflicht auch mäßigen, wenn der Schaden nicht grob schuldhaft verursacht wurde und der Ersatzpflichtige durch die Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt würde. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art 6.282 des litauischen Gesetzbuchs. Art 6:109 des niederländischen Burgerlijk Wetboek sieht die Mäßigung nur für Ausnahmefälle vor, wobei es die Voraussetzung nur sehr vage umschreibt: Der Richter kann die gesetzliche Verpflichtung zur Vergütung des Schadens mäßigen, wenn die Auferlegung vollen Schadenersatzes unter den gegebenen Umständen zu offenkundig unannehbaren Folgen führen würde. In einigen anderen Rechtsordnungen wird ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung in Ausnahmefällen eine Reduktion der Ersatzpflicht zugelassen.⁷²

Eine Reduktionsklausel für außergewöhnliche Fälle findet sich auch in Art 10:401 PTEL, in Art 6.202 DCFR und im österreichischen Diskussionsentwurf, dessen § 1318 lautet: „*Die Ersatzpflicht kann ausnahmsweise gemindert werden, wenn sie den Schädiger unverhältnismäßig und drückend belastet und ein bloß teilweiser Ersatz dem Geschädigten zumutbar ist. Dabei sind das Gewicht der Zurechnungsgründe, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten und des Schädigers sowie die von diesem erlangten Vorteile zu berücksichtigen.*“ Der Entwurf macht somit deutlich, dass dem Geschädigten grundsätzlich voller Ersatz gebührt und nur ausnahmsweise eine Reduzierung zulässig ist.

68 Siehe die Nachweise in Koziol, Grundfragen Rz 5/92.

69 Art 3:106 *Uncertain causes within the victim's sphere. The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.*

70 Faure/Bruggeman, Causal Uncertainty and Proportional Liability, in Tichy (Hrsg), Causation in Law (2007) 105 (108 ff).

71 Siehe dazu Finke, Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa (2006).

72 Zu Deutschland siehe Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993 (995, 1001 f); zu Österreich F Bydlinski, System 226 und 233; Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 7/7 ff.

Gerechtfertigt wird die ausnahmsweise Reduzierung der Ersatzpflicht mit dem Gedanken des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes. *Canaris*⁷³ betont, dass die Möglichkeit gegeben sein müsse, unter bestimmten Voraussetzungen für den Schädiger ruinöse Ersatzpflichten zu mäßigen. Er hebt hervor, dass durch exorbitante Ersatzpflichten nicht nur die Handlungsfreiheit des Schädigers, sondern auch dessen verfassungsrechtlich geschütztes Persönlichkeitsrecht betroffen werde. Die Grundrechte müssten in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot auch im Schadenersatzrecht grundsätzlich Schutz vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen des Schädigers gewährleisten. Wie *Canaris*⁷⁴ zu Recht ausführt, ist die Geltendmachung des Ersatzanspruches in voller Höhe dann gerechtfertigt, wenn der Geschädigte auf die Ersatzleistung angewiesen ist. Kann der Geschädigte hingegen auch ohne Ersatzleistung seine Bedürfnisse befriedigen, so ist sein Ersatzanspruch dann zu mäßigen, wenn dessen Erfüllung den Schädiger bis an das Lebensende in den Ruin treiben würde.

*F. Bydlinski*⁷⁵ weist überdies darauf hin, dass die das Selbstverantwortungsprinzip im Schadenersatzrecht konkretisierenden Haftungsgründe mehr oder weniger stark auftreten können, was bei der Ausmessung der Haftung aus Gründen der Gerechtigkeit Beachtung verdient. Er macht auch darauf aufmerksam, dass die wirtschaftliche Existenz eines Menschen nicht nur durch einen erlittenen Schaden, sondern auch durch eine umfangreiche Ersatzverpflichtung ruiniert werden könne, und zwar weithin zufällig. Denn ob und welche Schäden aus einem haftungsbegründenden Vorgang tatsächlich entstehen, sei weithin eine Frage der zufälligen Nebenumstände. All diese Maximen seien mit den für eine umfassende Haftung sprechenden Gründen abzuwegen; sie wirkten sich umso stärker aus, je schwächer im Einzelfall die Haftungsgründe ausgeprägt seien.

Es ist aber abschließend nochmals zu betonen,⁷⁶ dass entsprechend dem Ausgleichs- und dem Präventionsprinzip bei Vorliegen ausreichender Zurechnungsmomente regelmäßig voller Ersatz zu leisten ist und eine Reduktion nur mit großer Zurückhaltung in kraschen Ausnahmefällen zulässig ist.

73 *Canaris*, JZ 1987, 995, 1001 f; *Canaris*, Die Verfassungswidrigkeit von § 828 II BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemkreis, JZ 1990, 679. Kritisch *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992) 35 (53 ff).

74 *Canaris*, JZ 1987, 1002.

75 *F. Bydlinski*, System 226 ff.

76 So auch *F. Bydlinski*, System 228.